

THÈSE

Pour obtenir le diplôme de doctorat

Spécialité Sciences juridiques – droit public

Préparée au sein de l'université du Havre

**L'influence de Nicolas Machiavel et Carl Schmitt sur le droit
constitutionnel de l'état de crise**
Étude comparée à la lumière des droits anglais, américain et français

**Présentée et soutenue par
Mamadou BEYE**

**Thèse soutenue publiquement le 14 décembre 2017
devant le jury composé de**

M. Fabien BOTTINI	Maître de Conférences H.D.R. à l'université du Havre	Codirecteur de thèse
M. Jean GICQUEL	Professeur émérite à l'université Paris I Panthéon Sorbonne	Rapporteur
M. Arnaud HAQUET	Professeur à l'université de Rouen	Examineur
M. Carlos-Miguel HERRERA	Professeur à l'université de Cergy-Pontoise	Président du jury - Examineur
Mme Catherine PUIGELIER	Professeur à l'université Paris VIII Lumières	Directrice de thèse
M. François TERRÉ	Professeur émérite à l'université Paris II Panthéon Assas, Membre de l'Institut	Rapporteur

Thèse dirigée par Catherine Puigelier et Fabien Bottini, laboratoires droit social Paris II et LexFEIM Le Havre

À ma tendre Anaïs,

à mes chers parents,

et à Elif.

L'université du Havre n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

Cette version tient compte des remarques faites lors de la soutenance.

Ce travail n'aurait pas été possible sans mes directeurs de thèse. À ce titre, je remercie vivement Catherine Puigelier, qui a su faire naître et perdurer chez moi la passion de la recherche en droit. Avec autant de force, je tiens à remercier Fabien Bottini, dont la rigueur et l'opiniâtreté m'ont été, je le crois, salutaires.

Je tiens encore à remercier les enseignants de l'université du Havre, qui de manière directe ou non, m'ont permis d'enrichir mes réflexions. Je songe particulièrement à Jean-Marc Roy et Nicolas Guillet. Je remercie également Antoine Siffert, Aboubakry Niang et Malado Agne, pour leurs sages conseils, leur sympathie, et leurs qualités de lecteurs. Je salue également les étudiants, dont la vivacité d'esprit permet, souvent, que nous nous enrichissions mutuellement. Il me revient encore de remercier le personnel de l'université, qu'il s'agisse du laboratoire de recherche ou de la bibliothèque universitaire, notamment son service de prêt entre bibliothèques.

J'aimerais également que Philippe sache que son soutien, sa bonne humeur sans faille, ainsi que sa bienveillance, m'ont permis d'achever ce travail.

Enfin, je dois particulièrement témoigner de chaleureux remerciements à la personne qui, durant ces années de recherche, a été mon véritable point de repère afin de demeurer serein. Qu'Anaïs Frébourg sache ici combien elle m'est nécessaire.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : LA SITUATION EXCEPTIONNELLE COMME FONDEMENT NÉCESSAIRE D'UN ORDRE NOUVEAU

Titre 1 : L'instauration d'une situation normale par un retour au droit naturel

Chapitre 1 : L'entrée en rivalité de deux ordres juridiques

Chapitre 2 : L'éradication de l'ordre ancien au profit d'une fondation nouvelle

Titre 2 : L'obtention de la stabilité républicaine au moyen du droit positif

Chapitre 1 : Le spectre de l'instabilité républicaine

Chapitre 2 : Le prix d'une stabilité républicaine

SECONDE PARTIE : LA SITUATION EXCEPTIONNELLE COMME DÉFI AU MAINTIEN DE L'ORDRE FONDÉ

Titre 1 : Les pouvoirs d'exception comme moyen de rétablissement de la situation normale antérieure

Chapitre 1 : La recherche d'un instrument juridique apte à restaurer l'État en cas de péril

Chapitre 2 : L'indispensable contrôle du respect des limites juridiques imposées aux pouvoirs exceptionnels

Titre 2 : Les pouvoirs d'exception comme menace au rétablissement de la situation normale antérieure

Chapitre 1 : L'effacement de l'acception commissariale des pouvoirs d'exception

Chapitre 2 : L'ombre menaçante d'un nouveau paradigme

INTRODUCTION

La lecture croisée de l'« insaisissable »¹ Nicolas Machiavel et du « très sulfureux »² Carl Schmitt ne permet pas seulement de déchiffrer certains événements passés, elle éclaire encore la compréhension des phénomènes les plus récents. En effet, le regard qu'ils portent sur la notion de situation exceptionnelle suggère de voir que si les pouvoirs de crise sont nécessaires à la fondation de l'État, ils peuvent à la fois représenter un danger pour la préservation de ce dernier, bien qu'ils lui soient dans le même temps indispensables.

Ainsi, d'une part, l'une des spécificités de Nicolas Machiavel, penseur florentin des XV^e et XVI^e siècles, réside dans la formulation de moyens permettant, à l'aune de certaines situations exceptionnelles³, « de prendre le pouvoir »⁴ afin d'anéantir l'ordre ancien pour jeter « les fondements d'une cité »⁵, c'est-à-dire ériger un État totalement nouveau⁶. De même, chez le juriste allemand du XX^e siècle Carl Schmitt – dont il ne sera *jama*s question d'adhérer à l'idéologie, mais qui *tou*jours sera employé comme véritable instrument scientifique de compréhension des phénomènes juridiques et politiques –, « le cas d'exception se présente dès lors qu'il faut que soit préalablement créée la situation où des propositions de droit peuvent entrer en vigueur »⁷, afin d'instaurer un ordre nouveau. Ainsi, c'est bien à partir de l'« épreuve décisive »⁸, qu'incarne la situation exceptionnelle, que sa notion de politique trouve à s'exprimer pleinement, suggérant une négation préalable de

¹ Louis ALTHUSSER, *Écrits philosophiques et politiques*, Tome 2, Stock/I.M.E.C., 1995, p. 44. En 1972, le philosophe ouvrait sa leçon d'agrégation par ces mots : « Saisissant. Machiavel se saisit de nous. Mais si d'aventure nous voulons nous saisir de lui, il nous échappe : insaisissable ». Dès cette première note, nous indiquons que par souci de clarté, et afin d'éviter de laborieux retours vers les références précédentes, nous n'utiliserons pas les locutions *opere citato*, ni, *a fortiori*, *loco citato*.

² François SAINT-BONNET, *L'exception dans tous ses états*, Parenthèses, 2007, p. 151.

³ Cristina ION, « Conquérir, fonder, se maintenir », *Lectures de Machiavel*, Marie GAILLE-NIKODIMOV, Thierry MÉNISSIER (dir.), Ellipses, 2006, p. 96 : « La singularité des fondateurs est constituée par la clarté et l'imminence du face à face entre leur vertu et l'occasion qui s'offre à eux ». Or, il se trouve justement que l'on ne voit surgir la « vertu que dans les situations qui sont le fruit de la nécessité », comprises comme situations d'exception (Thomas BERNIS, *Violence de la loi à la Renaissance – L'originnaire du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, 2000, p. 72).

⁴ Julien BRUNET, « Partisans de la politique : Carl Schmitt au miroir de Machiavel et de Clausewitz », *Machiavel Clausewitz – Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Carl SCHMITT, Krisis, 2007, p. 11.

⁵ Cristina ION, « Conquérir, fonder, se maintenir », *Lectures de Machiavel*, Marie GAILLE-NIKODIMOV, Thierry MÉNISSIER (dir.), Ellipses, 2006, p. 97.

⁶ Voir en ce sens : Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques*, *Le Prince*, Gallimard, 1952, notamment chap. VI : « Des principautés nouvelles qu'on acquiert par ses propres armes et par ses talents », p. 303-306.

⁷ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 23.

⁸ Léo STRAUSS, « Remarques sur la notion de politique », *Parlementarisme et démocratie*, Carl SCHMITT, Seuil, 1985, p. 212.

l'ordre existant⁹ permettant ensuite de « *penser le moment constituant* »¹⁰. D'autre part, au sein de cet État fondé, le surgissement d'une situation exceptionnelle ne peut être exclu. La manifestation d'une telle crise est l'occasion, pour ces deux auteurs, de démontrer le nécessaire recours, mais aussi le potentiel danger, des pouvoirs d'exception. En ce sens, Julien Brunet souligne que chez Machiavel, au-delà du saisissement d'un pouvoir propre à fonder l'État, il faut encore parvenir à « *conserver* »¹¹ ce pouvoir afin de l'employer au gré des crises. Mais souhaitant assurer la continuité de l'ordre fondé, et conscient du risque que peuvent alors représenter ces pouvoirs d'exception, le machiavélisme ne se contente pas de simplement réemployer les pouvoirs pré-étatiques, tout à la fois destructeurs et fondateurs. Il s'attache plutôt à définir des outils¹² qui tout en cherchant la plus grande efficacité contre la crise, « *maintiennent l'État et l'empêchent de s'écrouler* »¹³. D'une façon comparable, Renaud Baumert constate, en s'adossant à la pensée de Jean-François Kervégan, que les pré-supposés schmittiens revêtent une réelle « *pertinence pour penser une politique post-étatique désormais marquée au coin du terrorisme et de "l'hostilité absolue"* »¹⁴. De fait, le juriste allemand conçoit – à l'instar de Machiavel – que seuls des pouvoirs exceptionnels possèdent la capacité d'endiguer efficacement les crises survenant au sein de l'État fondé. Mais dans le même temps, ces pouvoirs doivent procéder d'une configuration différente¹⁵ de celle ayant permis la fondation par destruction préalable de l'ordre ancien, dès lors qu'il est désormais question de préserver l'État malgré la crise, et non de l'instaurer de nouveau. Ainsi, de toute part, si certaines situations d'exception font naître des pouvoirs dotés d'une capacité d'instauration étatique, la résurgence d'autres crises au sein de l'État fondé permet

⁹ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 142 : « *La dictature souveraine [...] voit dans l'ordre existant [...] l'état de choses auquel elle entend mettre fin par son action* ».

¹⁰ Renaud BAUMERT, Jean-François KERVÉGAN, « Carl Schmitt, tacticien ou théoricien ? », *La vie des idées*, octobre 2012, p. 3, en ligne : [http://www.laviedesidees.fr/Carl-Schmitt-entre-tactique-et.html].

¹¹ Julien BRUNET, « Partisans de la politique : Carl Schmitt au miroir de Machiavel et de Clausewitz », *Machiavel Clausewitz – Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Carl SCHMITT, Krisis, 2007, p. 11.

¹² Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Le Prince*, Gallimard, 1952, p. 324 : « *Les principaux fondements qu'aient tous les États, aussi bien les nouveaux que les anciens et les mixtes, sont les bonnes lois et bonnes armes* ». On constatera néanmoins, dans *Les Discours*, que l'auteur rattache plus franchement la préservation de l'État à la loi. Voir sur ce point : *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, chap. XXXIV, p. 456-458.

¹³ Cristina ION, « Conquérir, fonder, se maintenir », *Lectures de Machiavel*, Marie GAILLE-NIKODIMOV, Thierry MÉNISSIER (dir.), Ellipses, 2006, p. 97-98.

¹⁴ Renaud BAUMERT, Jean-François KERVÉGAN, « Carl Schmitt, tacticien ou théoricien ? », *La vie des idées*, octobre 2012, p. 3, en ligne : [http://www.laviedesidees.fr/Carl-Schmitt-entre-tactique-et.html].

¹⁵ C'est à ce titre que l'on distinguera, chez le juriste allemand, la dictature souveraine – comprise comme pouvoir d'instauration non déduit d'un droit positif préalable –, et la dictature de commissaire, qui s'analyse comme un pouvoir déduit du juspositivisme étatique, et visant la restauration, et donc la préservation de l'ordre au sein duquel elle agit. Pour une distinction très nette de ces deux notions, voir : Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 142, 150.

à ces deux auteurs de constater le nécessaire recours aux pouvoirs d'exception, autant que la difficulté d'en faire à la fois un véritable moyen de restauration de l'ordre étatique.

À ce titre, la confrontation des pensées des deux auteurs tire son intérêt de ce qu'elle semble permettre d'envisager sous un angle original la manière dont, en pratique, certains États ont pu être fondés dans le passé. Mais plus encore, cette même confrontation suggère un intérêt pour le présent, dès lors que leurs présupposés jouissent d'une réelle actualité au-delà de leurs époques respectives, ainsi que le démontrent Charles Benoist¹⁶, Jean-Yves Boriaud¹⁷ ou Jean-Louis Fournel¹⁸ pour Machiavel et François Saint-Bonnet¹⁹, Jean-François Kervégan²⁰ ou Jean-Claude Monod²¹ à propos de Schmitt. C'est à cet égard que les deux auteurs permettent d'envisager le mouvement révolutionnaire anglo-américain²² et français des XVII^e et XVIII^e siècles comme une situation exceptionnelle au sein de laquelle s'est manifesté un pouvoir capable de fonder un modèle républicain complètement nouveau. Mais dans le même temps, ils permettent de mettre au jour les difficultés auxquelles ces trois États sont confrontés dans leur lutte face aux situations exceptionnelles contemporaines, cherchant eux aussi un équilibre entre le nécessaire recours aux pouvoirs de crise, et l'impérieuse préservation de leur ordre étatique. À ce titre, et d'une même manière, on peut dire que « *les conséquences de la théorie machiavélienne n'ont vraiment été mises en lumière qu'à notre époque* »²³, autant que les concepts de Carl Schmitt offrent « *la possibilité [...] d'éclairer des situations auxquelles lui-même n'avait pas prévu de les*

¹⁶ Charles BENOIST, *Le machiavélisme. Après Machiavel*, Hachette Livre B.N.F., 2016.

¹⁷ Jean-Yves BORIAUD, *Machiavel*, Perrin, 2015.

¹⁸ Jean-Louis FOURNEL, « *Machiavel, ou les vertus du cynisme* », conférence du 7 février 2015, issue du cycle *Politique de la pensée*.

¹⁹ François SAINT-BONNET, *L'exception dans tous ses états*, Parenthèses, 2007, p. 151 : « *Depuis quelques années, la pensée de Carl Schmitt a été revisitée par un certain nombre de personnes en France* ».

²⁰ Renaud BAUMERT, Jean-François KERVÉGAN, « Carl Schmitt, tacticien ou théoricien ? », *La vie des idées*, 2012, en ligne : [<http://www.laviedesidees.fr/Carl-Schmitt-entre-tactique-et.html>] ; Jean-François KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt ?*, Gallimard, 2011.

²¹ Jean-Claude MONOD, « La radicalité constituante (Negri, Balibar, Agamben) ou peut-on lire Schmitt de droite à gauche ? », *Mouvements*, n° 37, janvier-février 2004, p. 80-88, notamment p. 86-87 : « *Une nouvelle gouvernementalité sécuritaire* » ; du même auteur : *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016.

²² Il convient, dès ici, de préciser que le terme anglo-américain ne suggère aucunement une assimilation des droits anglais et américain. Il vise plutôt à alléger la lecture, en évitant d'écrire, à chaque fois : droit *anglais* et *américain*, ou bien conception *anglaise* et *américaine*.

²³ Ernst CASSIRER, *Le mythe de l'État*, Gallimard, 1993, p. 195. L'auteur ajoute, toujours à propos des conséquences de la théorie machiavélienne : « *c'est seulement aujourd'hui que nous pouvons les étudier avec précision* ».

appliquer »²⁴. La pensée machiavélo-schmittienne semble ainsi pouvoir s'inscrire dans une forme de pluralité temporelle.

Malgré l'émergence de ces points communs, il n'est pas ici question de se soustraire aux irréductibles oppositions entre Machiavel et Schmitt, pour ne révéler que leurs accords. Au contraire, il s'agit de confronter leurs convergences autant que leurs divergences, dès lors qu'une telle friction tend à faire surgir des lignes de force, dont précisément le droit anglo-américain et français semble se nourrir. En effet, sans jamais nier un réel anachronisme, on constate par exemple que dans leur phase révolutionnaire, ces trois États rejoignent l'accord machiavélo-schmittien suggérant de recourir à des pouvoirs fondateurs non déduits d'un juspositivisme préalable, incarnés par la décision souveraine. Mais à la fois, leurs hésitations quant à la manière d'ordonner juridiquement cette fondation étatique nouvelle traduisent parfaitement l'opposition des deux auteurs, puisque le penseur florentin considère que l'acte fondateur doit directement laisser place à un cadre de droit positif, quand le juriste allemand – sans rejeter le principe d'applicabilité du juspositivisme au sein de cet ordre – tend néanmoins à y maintenir vivace le décisionnisme souverain ayant permis la fondation. Ainsi, en pratique, le cadre juridique anglo-américain et français jouxtant le premier décisionnisme révolutionnaire, ou premier mouvement révolutionnaire²⁵, illustrera d'abord une filiation avec le décisionnisme schmittien, puis progressivement une adhésion au juspositivisme machiavélien. De même, au sein de l'État fondé, l'émergence de situations exceptionnelles dans le réel démontre toute la pertinence de l'accord machiavélo-schmittien à propos du nécessaire recours à des pouvoirs salvateurs, dans le contexte contemporain. Mais dans le même temps, le droit anglo-américain et français illustre – face à certaines crises récentes – toute la difficulté de parvenir à ce compromis entre des pouvoirs de crise suffisamment radicaux pour être efficaces, et assez tempérés pour ne pas enclencher une destruction engageant la fondation d'un ordre nouveau. Or, cette difficulté est justement révélatrice d'une nouvelle scission entre Machiavel et Schmitt, puisque si le premier tente, même face aux plus graves situations exceptionnelles, de maintenir ce difficile compromis favorable à la conservation

²⁴ Jean-François KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt ?*, Gallimard, 2011, p. 46.

²⁵ Au point de vue temporel, il renvoie au mouvement de la première révolution anglaise, qui trouve ses points culminants dans la guerre civile de 1642 et dans la Grande Rébellion de 1648, menant à l'exécution du roi et à la proclamation de la République en 1649. Dans le cadre américain, il recouvre la période allant de la proclamation d'indépendance de 1776, instaurant la Constitution de 1777 (rédigée sur une longue période, son applicabilité effective débute en 1781), à la victoire décisive de 1781 (à Yorktown). En France, il s'agit de la période allant du soulèvement de 1789, permettant la proclamation républicaine de 1792, à l'exécution du monarque en 1793.

de l'État, le second considère au contraire que certaines crises ne peuvent se résoudre par un tel compromis, et exigent bien plutôt le radical recours aux pouvoirs initiaux, c'est-à-dire à ce décisionnisme fondateur qui suggère une destruction préalable de l'ordre au sein duquel il s'exprime. On peut ici comprendre le choix de recourir à ces deux auteurs, dès lors que ces quelques éléments invitent à considérer tout l'intérêt d'envisager de front les concepts de Machiavel face à ceux de Schmitt. En effet, leur attachement à la situation exceptionnelle tend à faire émerger des points d'accord, autant que d'opposition. Or, on le voit, c'est précisément par cette confrontation qu'il est possible de dégager des lignes de force semblant avoir – autant au passé qu'au présent – des implications dans le réel, permettant alors peut-être de mieux comprendre la pratique, à l'aune de la théorie.

Il se dégage ici une interaction si étroite entre théorie et pratique, qu'elle incite nécessairement à se demander, plus profondément, en quoi la confrontation des théories de Machiavel et Schmitt, à la fois proches et concurrentes, permet de comprendre le caractère réel, bien que limité, de leur influence sur la fondation puis la préservation concrètes de l'État au travers des situations exceptionnelles ?

La volonté d'apporter une réponse aussi intelligible que possible à une problématique si large exige un double exercice de précision. Dans un premier temps, il faut nécessairement procéder à une définition autant qu'à une délimitation des termes du sujet induit par cette problématique (I). Dans un second temps, il convient d'énoncer la méthode spécifique employée pour y répondre (II).

I- L'interaction entre le vocabulaire machiavélo-schmittien et la pensée juridique anglaise, américaine et française

La clarification des termes et concepts employés par Machiavel et Schmitt est nécessaire à leur compréhension, et surtout, leur vulgarisation tend à faciliter leur repérage dans le réel. Ainsi, après avoir retracé quelques éléments biographiques permettant de comprendre leur démarche intellectuelle (A), il conviendra de s'intéresser à la notion d'État et au sens qu'ils y accordent (B). Il faudra également s'attacher à leur conception de la situation exceptionnelle, qui renvoie chez eux à deux formes principales, dont la manifestation est clairement perceptible en Angleterre, aux États-Unis et en France (C). Ces deux formes d'expression renvoient elles-mêmes à deux moyens de gestion de crise (D). Alors que le premier de ces pouvoirs de crise permet la fondation étatique, le second tend à maintenir ce dernier à tout prix, par-delà la situation exceptionnelle. Cette

volonté de préservation de l'ordre étatique fondé ne peut se comprendre qu'en observant le sens donné au régime auquel il renvoie, autant chez les deux auteurs que pour l'Angleterre, les États-Unis, et la France (E).

A. Une vie consacrée à l'engagement intellectuel

Si Machiavel et Schmitt s'opposent à de nombreux égards, il faut constater que leurs vies sont marquées de singulières ressemblances, que l'on observe autant au faîte de leur gloire (1), que lors de leur disgrâce (2).

1. Des théoriciens prêts à l'action pour leur État

Ces deux auteurs sont ainsi proches en ce que, tout au long de leur vie, ils se sont efforcés, par une conviction obstinée, de mettre leur énergie intellectuelle au service de ce qui permettrait – selon eux – d'assurer ou de restaurer la grandeur de leur pays. Ainsi ont-ils en commun d'avoir voulu, pour ainsi dire, lier leur destin personnel à celui de leur pays. C'est en ce sens qu'Edmond Barincou relève à propos du Florentin que, « *pour situer notre homme, il nous faut d'abord faire le tour de ses horizons* »²⁶, parmi lesquels se trouvent, en bonnes places, l'« *Italie et [la] Toscane* »²⁷. D'une manière assez proche, Julien Freund constate combien le juriste allemand, favorable à un État allemand autoritaire, adoptera « *une position dure à l'égard du traité de Versailles, mais aussi à l'égard de l'État weimarien qui en avait accepté les clauses* »²⁸. On perçoit à cet égard d'ailleurs, dès ici, le nationalisme acharné dont pourront faire preuve ces deux auteurs. Alors que des élans nationalistes – parfois équivoques – traversent l'œuvre machiavélique²⁹, la pensée schmittienne révèle – avec souvent bien moins

²⁶ Edmond BARINCOU, « Biographie de Machiavel », *Œuvres complètes*, Nicolas MACHIAVEL, Gallimard, 1952, p. 13.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Julien FREUND, préface de *La notion de politique*, Carl SCHMITT, Flammarion, 1992, p. 10.

²⁹ Voir par exemple ce sens : Nicolas MACHIAVEL, Poésies et proses diverses, *Discours dans lequel on examine si la langue dans laquelle ont écrit Dante, Boccace et Pétrarque doit s'appeler italienne, toscane ou florentine*, Gallimard, 1952, p. 169. Machiavel semble ici préférer sa patrie à sa propre personne lorsqu'il dit : « *Toutes les fois que j'ai pu honorer ma patrie même à mes risques et périls, je l'ai fait du plus profond de mon cœur ; car c'est à elle que dans la vie l'homme a les plus grandes obligations* ». Mais cette conviction nationaliste est particulièrement prégnante dans *Le Prince*, notamment dans son dernier chapitre, où il formule une véritable exhortation à délivrer l'Italie des barbares (Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, p. 121-125). Voir encore : Pierre-François MOREAU, « Althusser et Machiavel : la consistance de l'État », *L'enjeu Machiavel*, Gérald SFEZ, Michel SENNELLART (dir.), P.U.F., 2001, p. 144. L'auteur y explique que « *Si pour Hegel, Machiavel est l'homme de l'État, pour Gramsci il est l'homme de l'État-nation* ».

d'ambiguïté – un nationalisme propre à exclure toute altérité, ce qui se verra notamment au travers de ce qu'on qualifiera, dans le présent travail, d'unité politique exclusive ou encore d'ennemi identitaire³⁰. Toujours quant à leur dévotion pour leur pays, on notera de façon subsidiaire ici – mais avec plus de détails dans des développements relatifs à l'impact qu'a eu la période particulière durant laquelle ils ont vécu sur leur approche de la situation exceptionnelle³¹ – qu'une telle implication provient nécessairement du contexte pareillement mouvementé et jalonné de crises, au sein duquel tous deux ont vécu. En effet, alors que la jonction entre la fin du XVe et le début du XVIe siècle, ceux de la Renaissance italienne et de Machiavel, invitait à décrire les phénomènes du monde non pas tels qu'ils étaient, mais bien plutôt tels qu'ils « *changeaient* »³², le « *siècle [de Schmitt] a voulu qu'il soit durant la plus grande partie de sa vie directement associé à des événements historiques intenses et à des réalités "existentielles" auxquelles ses idées n'ont cessé d'être confrontées* »³³. C'est au cœur de ce contexte que tous deux s'impliqueront pleinement.

Ainsi, dès 1500, Machiavel part en mission auprès de Louis XII, au sujet de la solde de mercenaires prêtés par la France. L'année suivante, il est en légation à Pistoia, afin d'apaiser des luttes entre factions rivales. En 1502, il est chargé de diverses missions auprès de César Borgia. En 1504, il entame sa seconde légation en France, puis revient en Toscane en 1505 afin de lever des troupes dans le domaine florentin. L'année suivante, il part en mission auprès du pape Jules II. En 1507, il est nommé chancelier des Neuf de la milice, et part en mission auprès de l'empereur Maximilien I^{er}. Concernant Schmitt, on l'a dit, la honte infligée par le Traité de Versailles influencera sa conception de l'État et du politique, l'engageant à s'affirmer dans la vie politique de l'État, notamment avec des ouvrages tels que *La Dictature*, publié en 1921, dans lequel il consacre une partie de ses réflexions à la dictature du président du Reich d'après l'article 48 de la Constitution de Weimar. On songe encore à sa *Théorie de la Constitution*, ouvrage publié en 1928, qui malgré des aspects théoriques, développe dans sa troisième partie des éléments très concrets, notamment liés à la République weimarienne. On soulignera d'ailleurs qu'Olivier Beaud, lorsqu'il préfacera ce dernier ouvrage dans son édition de 1993, décrira en tout premier lieu l'auteur

³⁰ Cf. *infra* Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 1, B, 1.

³¹ Cf. *infra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1, A et B.

³² Edmond BARINCOU, « Biographie de Machiavel », *Œuvres complètes*, Nicolas MACHIAVEL, Gallimard, 1952, p. 13.

³³ Alain DE BENOIST, préface de *Du politique « Légalité et légitimité » et autres essais*, Pardès, 1990 pour la préface d'Alain de Benoist et la traduction française, p. VII.

allemand comme un « *juriste engagé* »³⁴. Il faut également relever, à propos de son implication, que jusqu'en 1933, il manifestera très explicitement sa méfiance à l'égard de l'hitlérisme³⁵. Il invitera même à voter contre le parti nazi en juillet 1932, et demandera, la même année, son interdiction pure et simple dans *Légalité et légitimité*. Puis, « *comme la presque totalité des intellectuels allemands, il [fera] au départ confiance à Hitler* »³⁶, devenant même le « *théoricien officiel du nazisme de 1933 à 1936* »³⁷, cherchant à élaborer une théorie juridique défendant ce régime, justifiant même ses exactions.

2. La disgrâce comme moment d'une réflexion majeure

Suite à ces périodes de dévouement total, Machiavel et Schmitt connaîtront de forts revers. Ainsi, en 1512, les Médicis chassent Pier Soderini, chef de la République florentine. Étant à son service, « *Machiavel le suit dans sa disgrâce* »³⁸, et malgré ses efforts pour gagner la confiance des nouveaux maîtres de Florence, il est placé en résidence surveillée. Puis, soupçonné de corruption, il est emprisonné et torturé. Après sa libération, il est exilé sur ses terres de San Casciano, près de Florence. Carl Schmitt, à partir de 1936, est de plus en plus attaqué par les juristes inféodés au nazisme, qui lui reprochent son libéralisme, et fait l'objet de vexations, voire de menaces³⁹. Il quitte alors le parti nazi, et se retire dans sa ville natale de Plettenberg. Après la défaite de l'Allemagne hitlérienne, il deviendra, ainsi que le souligne Julien Freund, « *le bouc émissaire des juristes allemands* »⁴⁰. Il ne se consacrera alors qu'à une activité purement universitaire.

Or, précisément, il faut souligner que cette période de retraite, pour les deux auteurs, sera celle d'une vigueur intellectuelle remarquable. En effet, c'est à ce moment que Machiavel, posant « *à l'Antiquité les questions de l'Italie renaissante* »⁴¹, rédigera, à partir de 1513, *Les Discours*, qu'il interrompra pour se consacrer à l'écriture du *Prince*. De même,

³⁴ Olivier BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », préface de *Théorie de la Constitution*, Carl SCHMITT, P.U.F., 1993, p. 5.

³⁵ Voir en ce sens : Julien FREUND, préface de *La notion de politique*, Carl SCHMITT, Flammarion, 1992, p. 10-11.

³⁶ Julien FREUND, préface de *La notion de politique*, Carl SCHMITT, Flammarion, 1992, p. 11.

³⁷ Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Dalloz, 2005, p. 113.

³⁸ Patrick DUPOUEY, *Machiavel – le Prince*, Nathan, 1982, p. 10.

³⁹ L'on songe ici par exemple à l'article paru en 1936 dans le journal des SS « *Der Schwarze Korps* », que l'on peut traduire par : le corps noir.

⁴⁰ Julien FREUND, préface de *La notion de politique*, Carl SCHMITT, Flammarion, 1992, p. 11.

⁴¹ Patrick DUPOUEY, *Machiavel – le Prince*, Nathan, 1982, p. 10.

Schmitt fera « *preuve de la même activité dans la recherche qu'autrefois* »⁴². C'est par exemple durant cette période qu'il rédigera des ouvrages majeurs tels que *Le Nomos de la Terre*, publié en 1951, *Théorie du partisan*, publié en 1963, ou encore le second volet de *Théologie politique*, publié en 1970. Cette période de réflexion majeure inscrira les deux auteurs dans la postérité, et le présent travail tend à démontrer que leurs pensées – tout à la fois proches et opposées – permettent d'aborder les phénomènes anciens, mais révèlent aussi une actualité propre à décrypter les situations de crise les plus récentes.

B. La notion d'État entre continuité et rupture

Le sens particulier que Machiavel et Schmitt donnent à l'État (2) présuppose de faire brièvement le point sur les différentes acceptions que lui confère classiquement le droit constitutionnel (1).

1. La diversité d'approches de l'État en droit constitutionnel

La notion d'État renvoie nécessairement à une diversité d'acceptions. Mais, de façon assez générale, le droit constitutionnel le définit comme « *une collectivité politique et juridique que sa nature et son indépendance rendent irréductible aux autres collectivités, qu'elles se situent au-dessus ou au-dessous de lui* »⁴³. Classiquement, et à l'aune de la pensée de Raymond Carré de Malberg⁴⁴, ou de Max Weber⁴⁵, trois éléments sont retenus comme formant les conditions d'existence d'un État. D'abord, le territoire est l'élément géographique qui situe l'État dans un espace déterminé, et délimite la « *sphère d'exercice de ses compétences* »⁴⁶. Très concrètement, cette territorialisation est le support à partir duquel pourra s'exercer le pouvoir étatique. Ensuite, il faut qu'une population habite ce territoire, puisque c'est avant tout et nécessairement sur un groupe humain que s'exercera le pouvoir de l'État. Dès lors qu'il ne semble aujourd'hui y avoir de coïncidence parfaite

⁴² Julien FREUND, préface de *La notion de politique*, Carl SCHMITT, Flammarion, 1992, p. 11.

⁴³ Pierre PACTET, Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2005, p. 26.

⁴⁴ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome 1, Recueil Sirey, 1920, p. 2-8. Pour l'auteur, l'État se définit, *in concreto*, comme « *une communauté d'hommes, fixée sur un territoire propre et possédant une organisation d'où résulte pour le groupe envisagé dans ses rapports avec ses membres une puissance supérieure d'action, de commandement et de coercition* » (p. 7).

⁴⁵ Max WEBER, *Le savant et le politique – Une nouvelle traduction*, La Découverte, 2003, p. 118. Selon l'auteur, « *l'État est cette communauté humaine, qui à l'intérieur d'un territoire déterminé [...] revendique pour elle-même et parvient à imposer le monopole de la violence physique légitime* ».

⁴⁶ Pierre PACTET, Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2005, p. 37.

entre l'État et la nation⁴⁷, c'est bien le terme de population qui incarne la seconde composante des conditions d'existence de l'État. Doit enfin exister ce que certains nomment des « *compétences exclusives* »⁴⁸, quand d'autres évoquent l'exercice d'un « *pouvoir de contrainte* »⁴⁹. Cette dernière composante suggère en effet la présence d'une organisation tout à la fois politique et juridique disposant, seule, du pouvoir de fixer des règles de comportement, autant que d'en imposer le respect, s'il le faut par la contrainte.

Au-delà de cette approche consistant à définir l'État par les éléments constitutifs de son existence, il est encore possible de l'envisager au travers de sa temporalité.

D'une part, une définition « *large* »⁵⁰ de l'État suggère de l'entendre comme « *une communauté nationale particularisée par son passé et par une certaine unité* »⁵¹. Ici l'État est inséré dans une forme de continuité temporelle dès lors qu'il est avant toute chose l'incarnation d'un territoire et d'une population. Si ces deux composantes ne peuvent prétendre à une absolue fixité, elles demeurent malgré tout moins variables dans le temps que ne peut l'être un ordre politico-juridique. Ainsi, si l'on considère que les conditions d'existence essentielles de l'État sont ces deux éléments, il apparaît inscrit dans une certaine continuité.

D'autre part, l'État peut s'envisager au travers d'une définition que l'on pourrait qualifier de « *plus limitée* »⁵². Ici, l'État se caractérise davantage par une forme de discontinuité, dès lors qu'il se conçoit plutôt comme l'incarnation d'un ordre politico-juridique, par essence changeant. Par conséquent, son existence est nécessairement liée « *à l'apparition d'un ordre juridique mis en place par la constitution et succédant au désordre de fait antérieur* »⁵³. C'est en ce sens que Raymond Carré de Malberg, sans affirmer que l'État serait sujet à de permanentes ruptures⁵⁴, constate néanmoins que son

⁴⁷ Sur ce point, voir : Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Lextenso/ L.G.D.J., 2010, p. 23-24.

⁴⁸ Pierre PACTET, Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2005, p. 37.

⁴⁹ Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Lextenso/ L.G.D.J., 2010, p. 22.

⁵⁰ Pierre PACTET, Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2005, p. 35.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Idem.*, p. 36.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome 1, Recueil Sirey, 1920, p. 65 : « *la détermination constitutionnelle des organes variables qui auront le pouvoir de vouloir pour la communauté unifiée, n'a point d'influence sur la continuité et l'identité de la personne État. Mais du moins l'existence d'une Constitution forme la condition absolue et la base même de l'État* ».

rattachement à un ordre juridique empêche de l'envisager au travers d'une invariable continuité temporelle. À cet égard, il note que « *la naissance de l'État coïncide avec l'établissement de sa première Constitution* »⁵⁵, c'est-à-dire avec « *l'apparition du statut qui pour la première fois a donné à la collectivité des organes assurant l'unité de sa volonté et faisant d'elle une personne étatique* »⁵⁶. Ainsi, l'État ne peut relever d'une continuité parfaite, dès lors qu'il « *doit avant tout son existence au fait qu'il possède une constitution* »⁵⁷. Ces quelques approches de l'État permettent de faciliter la compréhension qu'en donnent Machiavel et Schmitt.

2. La conception machiavélo-schmittienne de l'État

C'est à cette approche dite discontinue que Machiavel et Schmitt semblent se rattacher le plus fortement. Dans un premier temps, il faut souligner que les deux auteurs envisagent essentiellement l'État sous la forme d'un ordre, d'un régime politico-juridique. Dans un second temps, il faut remarquer que cet État, puisqu'il est justement l'incarnation de cet ordre, peut se trouver remis en cause en cas de crise.

Ainsi, on peut dire du Florentin qu'il aborde l'État comme devant être « *la manifestation, dans ses institutions [juridiques], du bien commun* »⁵⁸. L'État s'apparente ici à un ensemble de lois et d'institutions propres à organiser et à mettre en œuvre la volonté politique du corps social. Ainsi que le note Agnès Cugno, c'est essentiellement au travers de la conception romaine que Machiavel définit l'État. Or, précisément, le modèle républicain romain « *manifeste d'une façon exemplaire la vie du politique, en incarnant la marche, la croissance vers un État stable et puissant, qui marquerait l'avènement de l'État par excellence* »⁵⁹. Il faut pourtant relever que « *ce corps possède en lui-même, comme tous les autres corps vivants, un principe de corruption* »⁶⁰, supposant – afin de s'en prémunir au mieux – de savoir « *changer sa nature pour se régénérer et préserver sa vie* »⁶¹. À cet

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 202.

⁵⁹ *Id.*, p. 205.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

égard, le modèle romain applique un principe universel : « les États sont comme les organismes vivants »⁶², ils doivent « s'accroître ou dépérir »⁶³.

Carl Schmitt envisage l'État comme l'incarnation d'une volonté politique. Il affirme d'ailleurs à cet égard, dans ses tous premiers mots de *La notion de politique*, que « le concept d'État présuppose le concept de politique »⁶⁴. Cette volonté politique est soutenue par l'existence d'une décision politique. Si ce concept de décisionnisme chez Schmitt sera défini ultérieurement⁶⁵, il peut ici être retenu qu'il renvoie à la volonté d'affirmation, par un groupe humain, de ses choix d'existence propres, s'il le faut par la force dans l'hypothèse où ses choix contrediraient ceux d'autres groupements. La pérennisation de ces choix suppose de les inscrire dans la norme fondamentale, et c'est en ce sens que Schmitt précise que l'État est « un mode d'existence (un état) spécifique d'un peuple, celui qui fait loi aux moments décisifs »⁶⁶, afin justement de fixer durablement ces choix d'existence. Ainsi que le souligne Julien Freund, la décision politique doit donc s'entendre comme une forme d'autorité liée au droit en ce qu'elle possède une capacité légiférante⁶⁷. L'État, comme chez Machiavel, renvoie donc à un ordre politico-juridique, c'est-à-dire à une « instance [qui est] à la fois un ensemble constitué plus ou moins rationnellement qui détient le pouvoir de décision dans les affaires internes et externes et le cadre juridique ou institutionnel dans lequel se déroule normalement de nos jours l'activité politique »⁶⁸. Or, c'est précisément cette caractéristique qui va en faire un ordre possiblement sujet à ruptures. En effet, comme le rappelle Denis Collin, Schmitt démontre, à l'instar de Machiavel, cette « volonté d'étudier l'État uniquement en termes de force »⁶⁹, c'est-à-dire en ce qu'il est, en son sein, déterminé par des conflictualités entre groupements divers et opposés, qui s'expriment au travers du décisionnisme politique. Ainsi arrive-t-il, « que lors de situations exceptionnelles, par exemple révolutionnaires ou de guerre civile, l'État se décompose du fait de la rivalité de deux volontés politiques ennemies, de sorte que l'instance disparaît, au moins momentanément et jusqu'à ce que l'un des ennemis ait réussi

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 57.

⁶⁵ Cf. *infra* Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A.

⁶⁶ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 57.

⁶⁷ Julien FREUND, préface de *La notion de politique*, Carl SCHMITT, Flammarion, 1992, p. 17-27.

⁶⁸ *Id.*, p. 19.

⁶⁹ Denis COLLIN, *Comprendre Machiavel*, Max Milo, 2015, p. 210.

à triompher »⁷⁰, et ce « soit en restaurant l'ancien État, soit en en construisant un nouveau »⁷¹. Par cela donc qu'il est l'incarnation d'un ordre habité de forces qui s'opposent, l'État – en tant qu'instance existant sous une certaine forme à un certain moment – peut à un autre moment « *dépérir au profit d'une autre forme d'unité politique organisant la société* »⁷². Pour les deux auteurs, puisque l'État est avant tout l'expression d'un ordre politique dominant, et que par nature ce type d'organisation peut être sujet à opposition, mutation, ou supplantation, alors l'État doit s'entendre sous l'angle d'une discontinuité.

Malgré cette approche étatique tout en rupture, on ne saurait réduire leur conception de l'État à celle d'une discontinuité permanente. À cet égard, il faudra nécessairement constater qu'ils élaborent, face au risque récurrent d'effondrement, des outils visant à permettre la pérennité et la stabilité étatique⁷³. Sans pouvoir donner à ce stade une conception définitive et figée de l'État dans le cadre anglais, américain ou français, on peut noter que leurs approches varieront au fur et à mesure du développement historique de l'État, et des crises auxquelles il devra faire face.

C. Le dualisme de la situation exceptionnelle

Il s'agit ici de préciser dans quelle mesure on peut monopoliser les concepts machiavéliens et schmittiens. Bien qu'une tentative de compréhension de leurs pensées respectives ait nécessairement supposé une lecture approfondie de leurs œuvres, il ne sera pas ici question de retranscrire une approche exhaustive et descriptive de leurs idées. Au contraire, il sera en l'espèce question de se concentrer rigoureusement sur le point névralgique – selon nous – de leur pensée, à savoir d'abord la façon dont est conçue la situation exceptionnelle. Ce thème nous a en effet semblé fondamental chez Machiavel, pour qui « *l'extrême tension que manifeste de bout en bout Le Prince [...] tient en large part à ce qu'il est dans la nécessité de durer en restant dans l'élément de pure actualité de l'exception* »⁷⁴. Pareillement, c'est bien sur la situation de crise que Schmitt concentre tout

⁷⁰ Julien FREUND, préface de *La notion de politique*, Carl SCHMITT, Flammarion, 1992, p. 19.

⁷¹ *Id.*, p. 20.

⁷² *Id.*, p. 18.

⁷³ Cf. *infra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2.

⁷⁴ Bruno BERNARDI, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, J. Vrin, 2003, p. 41, note 1.

son intérêt, dès lors que selon ses propres mots, « *le cas normal ne prouve rien* »⁷⁵, alors qu'à l'inverse « *l'exception prouve tout* »⁷⁶. C'est donc ce « *rapport intime des œuvres de Machiavel et de Schmitt* »⁷⁷ à l'exceptionnalité qui justifie le choix de délimiter notre champ d'exploration autour de cette notion. Mais encore faut-il expliquer comment cette dernière est conçue. Elle fait l'objet d'une approche duale, dès lors qu'elle peut apparaître dans la phase fondatrice de l'État nouveau (1), tout comme elle peut jaillir lorsque celui-ci est fondé (2).

1. Situation exceptionnelle et révolution⁷⁸

La compréhension faite par Machiavel et Schmitt de la situation exceptionnelle renvoie à un cas d'incompatibilité avec le droit positif, mettant en péril le fonctionnement de l'État. Leur approche peut être résumée par cette idée d'« *une situation de fait particulière qui, à cause de cette particularité, échappe à la prévision du droit normalement en vigueur* »⁷⁹. Pour eux, l'exception renvoie à « *toute situation non prévue par le droit [et] mettant en péril l'État* »⁸⁰. Plus précisément, ces auteurs considèrent que l'exception, pour être pleinement constituée, requiert deux éléments cumulatifs. Elle doit entraîner un rejet de la règle habituellement applicable, générant une situation anormale, ainsi qu'une incapacité de cette même règle à s'appliquer néanmoins – c'est-à-dire malgré sa contestation – à cette anormalité. Ces deux caractéristiques sont parfaitement résumées par François Saint-Bonnet et Jean-Jacques Pardini. Alors que le premier explique qu'il est des situations où « *la nécessité renvoie [...] à un fait qui heurte la norme, la normale* »⁸¹, le second développe l'idée selon laquelle « *les caractères exceptionnel et extraordinaire d'une situation de fait donnée [...] rendent [...] inopérants les instruments juridiques*

⁷⁵ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 25.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Julien BRUNET, « Partisans de la politique : Carl Schmitt au miroir de Machiavel et de Clausewitz », *Machiavel Clausewitz – Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Carl SCHMITT, Krisis, 2007, p. 10.

⁷⁸ En vertu des règles dites d'orthotypographie, l'on ne devrait accorder de majuscule qu'à la seule Révolution française de 1789. Voir en ce sens : Jean-Pierre LACROUX, *Orthographe et Typographie françaises, Dictionnaire raisonné*, La Maison du Dictionnaire, 2010. Toutefois, l'on conservera la majuscule pour la Glorieuse Révolution, qui semble être unanimement admise pour ce terme. On conservera encore la majuscule pour d'autres révolutions, lorsqu'elle est sciemment utilisée par des auteurs, ou pour employer le terme en dehors de la langue française.

⁷⁹ Jean-Jacques PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie en France*, PUAM–Economica, 2001, p. 273.

⁸⁰ Guillaume PROTIÈRE, « Situation exceptionnelle et théorie générale de l'État », *L'exception en droit*, 2008, p. 3, en ligne : [<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00590635>].

⁸¹ François SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, P.U.F., 2001, p. 1.

prévus pour les temps ordinaires »⁸². Pour Machiavel comme pour Schmitt, c'est au cœur d'une telle situation – où le droit positif peine à se manifester – que peut jaillir un pouvoir qui lui échappe, afin d'anéantir l'ordre ancien pour fonder un édifice étatique nouveau. Or, il apparaît que le contexte révolutionnaire anglais, américain et français, rend justement compte d'une telle approche de la situation exceptionnelle. En effet, la notion d'exceptionnalité machiavélo-schmittienne livrée jusqu'ici procède, selon Bruno Bernardi, d'une « *tension* »⁸³ et d'une « *structure* »⁸⁴ qui précisément « *se retrouvent lorsqu'il s'agit de rendre compte de l'idée de révolution* »⁸⁵. À ce titre, on constate que le mouvement révolutionnaire, dans ces trois contextes, procède d'une dualité semblable à celle constatée chez Machiavel et Schmitt. Ainsi, le rejet croissant des lois inégalitaires – puisque ne favorisant les libertés individuelle et politique que d'une minorité du corps social –, autant que l'incapacité de la norme à s'appliquer face à cette contestation, traduisent cette proximité entre la notion d'exception, et le mouvement révolutionnaire. Plus encore, c'est bien au cœur d'une telle situation révolutionnaire que l'on voit jaillir un pouvoir capable d'éradiquer l'ordre ancien afin de fonder un État totalement nouveau.

2. Situation exceptionnelle et terrorisme de nouvelle génération⁸⁶

Au-delà de cette fondation nouvelle – et dans un cadre plus contemporain –, l'actualité démontre que l'État peut être menacé par le surgissement de situations exceptionnelles. Mais puisque ici la crise ne provient pas d'un mouvement révolutionnaire du corps social, et que celui-ci demeure attaché à la structure étatique qu'il a fondée, il ne sera pas question de recourir à un pouvoir tout à la fois destructeur et fondateur. Il s'agira plutôt de formuler des pouvoirs capables cette fois de préserver l'État frappé d'exception. On doit donc distinguer le mouvement révolutionnaire fondateur de l'État, et les crises qui, telles la menace terroriste, se jouent en son sein. Cependant, ces deux formes renvoient à la notion de situation exceptionnelle conçue par Machiavel et Schmitt. En effet, cette menace contemporaine réunit elle aussi la dualité propre à constituer une exceptionnalité. Ainsi que l'a montré Maurice Duverger, elle tend à contester les règles relevant de l'État

⁸² Jean-Jacques PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie en France*, PUAM–Economica, 2001, p. 273.

⁸³ Bruno BERNARDI, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, J. Vrin, 2003, p. 41, note 1.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Sur le sens que recouvre ce terme, cf. *infra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2.

de droit⁸⁷, et ces mêmes normes ordinaires peinent, en retour, à s'appliquer à un tel phénomène. Karine Roudier souligne clairement ce lien entre terrorisme et situation d'exception lorsqu'elle explique que « *la gestion des actes terroristes* »⁸⁸ est aujourd'hui comprise comme relevant d'une « *législation dite "d'urgence"* »⁸⁹, précisément applicable aux situations exceptionnelles. Si on ne peut en aucun cas comparer les sources et la nature du mouvement révolutionnaire anglo-américain et français à celles de la menace terroriste qu'ils subissent, on doit néanmoins constater le lien qui unit la manifestation de tels phénomènes, et qui suggère de considérer ici que la situation exceptionnelle couvre les situations non prévus par le droit positif, auxquelles il peine alors à s'appliquer, mettant en péril l'État. Ce dernier, puisqu'il est en danger, doit alors impérativement recourir à des pouvoirs de crise, mais puisque dans le même temps il cherche à se préserver malgré l'exception, il doit nécessairement formuler des outils autres que ceux ayant permis sa fondation. C'est à ce titre qu'il se confronte, en pratique, au difficile compromis machiavélo-schmittien de pouvoirs tout à la fois puissants et salvateurs.

D. La diversité des pouvoirs propres à régir les situations exceptionnelles

On le voit, une telle conception de la situation exceptionnelle appelle nécessairement d'autres éclaircissements, dès lors que la crise ne peut être véritablement cernée que si on s'intéresse aux moyens employés pour la régir. La compréhension d'une telle notion ne semble donc pleinement envisageable que si – après avoir étudié la conception qui en est faite –, on observe ensuite les outils mis en œuvre pour la régir. Ainsi, alors que la dictature souveraine semble trouver son lieu d'expression idéal dans le cadre de l'exception révolutionnaire, rattachée à un contexte fondateur (1), la dictature de commissaire semble plus apte à entrer en jeu lorsqu'il s'agit de préserver l'État face aux crises (2).

1. Dictature souveraine et fondation étatique

Dans le cadre de la fondation étatique, Machiavel et Schmitt font appel à des pouvoirs d'instauration, que l'on qualifie de décision souveraine ou dictature souveraine,

⁸⁷ Maurice DUVERGER, « Ce que prévoit la Constitution », *Le Monde*, 18 octobre 1984.

⁸⁸ Karine ROUDIER, « Le droit constitutionnel et la légalité de l'infraction de terrorisme », *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, CAVINO M., LOSANO M-G., TRIPODINA C. (dir.), Giappichelli Editore, 2009, p. 122.

⁸⁹ *Ibid.*

par emprunt au vocabulaire schmittien. Cette reprise du vocabulaire du juriste allemand se justifie par le fait que – si tous deux conçoivent ce pouvoir fondateur de la même manière – Schmitt est ici bien plus clair que Machiavel dans le choix des termes. Ainsi, l'on peut chez eux comprendre la décision souveraine comme un pouvoir capable de détruire l'ordre ancien pour en fonder un nouveau. Mais plutôt que de définir cette capacité – qui fera l'objet de divers développements –, il s'agit plutôt de s'attacher ici à définir les fondements d'une telle décision, car ce sont eux qui permettront de comprendre pourquoi certaines situations exceptionnelles entraînent l'instauration d'un nouvel État quand d'autres ne peuvent mener qu'à sa restauration. Ainsi, la décision souveraine trouve sa source dans un retour à une forme d'état de nature. En effet, dans le cadre révolutionnaire, la contestation et l'inapplicabilité de la loi traduisent essentiellement le rejet d'un juspositivisme inégalitaire. Or cette contestation du droit relevant des temps ordinaires génère une forme de violence, alors que l'inapplicabilité de ce même juspositivisme inégalitaire démontre la nécessité d'un autre cadre normatif, moins partial. En ce sens, la situation d'exception ressemble fort à la manière dont l'école moderne du droit naturel⁹⁰ définit l'état de nature, dès lors que comme lui, cette exception renvoie à une situation de violence, dont il est nécessaire de s'extraire pour fonder un nouvel ordre plus juste et plus égalitaire. C'est au cœur de cet état que Machiavel et Schmitt discernent une raison humaine capable de découvrir une loi de nature visant la préservation du plus grand nombre, et promouvant l'égalité de tous les individus. Cette raison est encore le moyen de mettre en œuvre de tels principes au travers d'une décision radicale. Ce décisionnisme permet alors aux individus d'affirmer un droit à l'existence les préservant de la violence de l'état de nature, en s'en échappant par la fondation d'un ordre nouveau, où sera rétablie l'égalité usurpée par le juspositivisme. C'est en ce sens que la décision souveraine ne peut jamais viser la restauration de l'ordre juridique frappé d'exception, mais seulement sa destruction afin d'en instaurer un nouveau. En effet, il ne s'agit pas ici de préserver un ordre inégalitaire, au contraire, la situation d'exception apparaît précisément comme la preuve de son invalidité et de la nécessité d'y mettre un terme. Il s'agit plutôt de rompre avec la violence d'une situation exceptionnelle générée par cette loi partielle, afin de fonder un nouvel ordre, égalitaire. En pratique, l'on constate que d'une manière comparable, le décisionnisme révolutionnaire procède d'une capacité tout à la fois destructrice puis

⁹⁰ Voir en ce sens : Samuel DE PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, Tome 1, Presses universitaires de Caen, 1987, p. 150-168.

fondatrice, et c'est à cet égard que « *la tâche consistant à dégager la voie, au moyen de l'abolition révolutionnaire de l'ordre existant, s'accomplit également par l'invocation du pouvoir constituant* »⁹¹. En ce sens, la violence commune au mouvement révolutionnaire anglo-américain et français démontre des similarités avec l'approche machiavélo-schmittienne, puisqu'elle renvoie à un semblable état de nature, au sein duquel une raison active confère au peuple uni par une même aspiration la possibilité de se doter d'un pouvoir constituant capable d'anéantir l'ordre ancien pour en édifier un nouveau. Ainsi, de toute part, la décision souveraine revêt cinq caractéristiques essentielles. Premièrement, elle a vocation à agir dans le cadre d'une situation exceptionnelle, c'est-à-dire lorsque l'ordre juridique normal, après avoir été contesté, ne parvient plus à agir effectivement. Deuxièmement, cette décision cherche à abroger cet ordre frappé d'exception. C'est en ce sens qu'elle est destructrice. En troisième lieu, la décision se rattache à une forme de jusnaturalisme, puisqu'elle tend à affirmer un droit à l'existence fidèle à la loi de nature. Ensuite, la décision souveraine est libérée des chaînes du droit positif⁹², mais est néanmoins dotée d'une capacité normative, propre à établir un ordre nouveau. C'est à ce titre qu'elle est fondatrice. En dernier lieu, cette décision procède d'une unité qui suppose qu'elle soit exercée par un homme seul, ou bien par un groupe doté d'une volonté politique unique.

2. Dictature de commissaire et préservation étatique

Dans le cadre de la préservation de l'État, en revanche, on doit relever la mise en œuvre de pouvoirs différents, que l'on qualifie, chez Machiavel, de pouvoirs constitutionnels d'exception, et que Schmitt nomme la dictature de commissaire, ou décisionnisme commissarial. Là encore, ce sont les fondements de tels pouvoirs qui permettent de cerner l'issue donnée à la situation exceptionnelle. Contrairement à la dictature souveraine, ces pouvoirs sont entièrement déduits du droit positif sécrété par l'État. C'est en ce sens qu'après avoir théorisé un décisionnisme capable de fonder l'État nouveau, Machiavel considère que la survie de ce dernier face aux crises dépend de ce que le droit a, ou non, créé des pouvoirs permettant sa préservation⁹³. Claude Lefort constate à

⁹¹ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 150.

⁹² Voir en ce sens : Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 28. L'auteur souligne l'extériorité de la décision souveraine vis-à-vis du droit positif, reprenant la définition selon laquelle « *la souveraineté est la puissance suprême juridiquement indépendante* ».

⁹³ Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 456-457. C'est en ce sens que Machiavel se réfère à la Constitution romaine, qui selon lui prévoyait le déclenchement de l'institution d'exception en son sein, et faisait dépendre les pouvoirs d'exception de la loi.

cet égard que chez le Florentin, c'est « *dans le cadre même de la loi [que] place est faite à l'institution d'une situation extraordinaire où la décision immédiate [...] de l'acteur politique est requise* »⁹⁴. Pareillement, Schmitt considère que contrairement à la dictature souveraine, l'approche commissariale suppose que les pouvoirs de crise soient entièrement prévus par le droit positif, suggérant qu'ils aient par exemple « *un titre dans la constitution* »⁹⁵. Guillaume Tusseau relève ici que dans la perspective schmittienne, un tel pouvoir « *ne peut avoir pour but que le rétablissement du statu quo ante* »⁹⁶. En pratique, on retrouve cette conception cherchant à restaurer l'État frappé d'un trouble, plutôt qu'à instaurer un ordre nouveau. C'est à ce titre que dans le cadre de la lutte contre le terrorisme actuel, le droit anglo-américain et français s'efforce tout à la fois de prévoir et d'encadrer les pouvoirs de crise. S'inspirant des présupposés machiavélo-schmittiens, mais les complétant à la fois, ces trois États ont progressivement érigé cinq piliers juridiques permettant de s'assurer que les pouvoirs de crise demeurent soumis à l'État. Il s'agit de la prévisibilité de ces pouvoirs par le droit positif, de leur assignation à la seule situation d'exception, de l'imposition de limites à leur champ matériel d'action, du contrôle parlementaire et juridictionnel du respect de ces limites, et du caractère temporellement restreint de ces pouvoirs. Par cette bride conférant néanmoins une certaine marge de manœuvre, il s'agit d'enserrer suffisamment ces pouvoirs pour éviter que leur affranchissement des bornes étatiques mette irréversiblement en péril l'ordre actuel, et en même temps de leur donner une latitude permettant une action efficace.

À travers la définition de ces quelques points, il pourrait sembler que la situation exceptionnelle comprise sous l'angle révolutionnaire renvoie à la dictature souveraine, alors que la manifestation du terrorisme de nouvelle génération, agissant au sein d'un État cherchant sa propre préservation, ne serait prise en charge que par une conception commissariale des pouvoirs de crise. Pourtant – et c'est là un point fondamental –, l'observation des pouvoirs de crise actuels, on le verra, démontre un infléchissement de ces cinq piliers permettant la préservation de l'ordre étatique. En effet, les caractéristiques du terrorisme de nouvelle génération – telles par exemple que l'inscription de sa menace sur le long terme, ou bien encore sa violence accrue – semblent justifier un affaiblissement des

⁹⁴ Claude LEFORT, *Le travail de l'œuvre Machiavel*, Gallimard, 1986, p. 510.

⁹⁵ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 150.

⁹⁶ Guillaume TUSSEAU, « La notion d'urgence dans l'argumentation constitutionnelle. Analyse théorique et comparative à partir du concept de norme d'habilitation. II – Ontologie de l'urgence », *Teoria politica. Nuova serie*, annales II, 2012, p. 368-369.

bornes juridiques, au profit d'une volonté croissante d'efficacité. La mise en brèche de ce cadre juridique invite alors à s'interroger sur le fait de savoir si une telle tendance ne provoque pas une résurgence de la décision souveraine, elle qui par principe est libérée de toute entrave de droit positif. Ce questionnement est essentiel, dès lors que l'on sait désormais que l'un des traits fondamentaux d'un tel décisionnisme est d'anéantir l'ordre au sein duquel il s'exprime afin d'en fonder un nouveau. Il s'agira alors, grâce aux conceptions théoriques de Machiavel et Schmitt, de rechercher dans le réel si une possible mutation des pouvoirs de crise – face au terrorisme actuel – a pu ou pourrait briser l'ordre républicain pour établir un nouveau paradigme.

E. Le caractère polymorphe du paradigme républicain

La possible mise en péril du paradigme républicain, causée par l'idée d'une résurgence du décisionnisme souverain, suggère de définir ce paradigme. À cet égard, la notion de républicanisme fait l'objet de si riches développements au sein de l'œuvre machiavélienne, qu'il nous a semblé pertinent de prendre comme point de repère la conception qu'en donne son auteur, puis de la confronter à la définition de Schmitt, ainsi qu'à celles de la pensée anglaise, américaine et française. Chez le Florentin, le paradigme républicain se comprend comme une forme étatique dont le but est d'ériger une stabilité au sein du corps social. Pour cela, la norme positive doit garantir effectivement et également – c'est-à-dire à l'ensemble des membres de la collectivité, sans autre distinction que leur qualité de citoyen – la jouissance de leurs libertés individuelle et politique. Les deux auteurs divergent ici, car à l'encontre d'une nécessaire garantie et d'une égalité entendue au sens large par Machiavel, Schmitt oppose une absence de garantie, et une égalité restrictive (1). De plus, le républicanisme anglo-américain, autant que le paradigme républicain français, tout en s'éloignant l'un de l'autre, ne peuvent être véritablement associés à la conception du Florentin (2). C'est au regard de cette pluralité d'acceptions que la notion procède finalement d'un caractère polymorphe.

1. L'opposition machiavélo-schmittienne autour du modèle républicain

Restituer la conception républicaine de Machiavel n'est pas aisé, car elle peut être vue comme se situant, pour ainsi dire, à cheval entre deux approches, celle des « Anciens »,

et celle des « Modernes »⁹⁷. La première renvoie à une conception classique, celle de l'humanisme civique, notamment développée par John Greville Agard Pocock⁹⁸. Se fondant sur une inspiration aristotélicienne, cet auteur associe l'humanisme civique à la période antique où l'engagement citoyen était valorisé au mépris de la sphère privée. Dans un cadre italien plus proche de Machiavel, la notion désigne la convergence qui s'opéra au début du XV^e siècle, entre d'une part les idéaux politiques de la République florentine, et d'autre part le courant humaniste italien. L'humanisme civique apparaît ici, selon Hans Baron⁹⁹, comme le fruit de l'opposition florentine à la volonté impérialiste du Duc de Milan d'unifier les provinces italiennes, et incite alors d'une même manière à considérer la supériorité de l'action politique du peuple sur toute autre liberté. Ainsi que l'explique Philippe Raynaud, la conception des « Anciens » rattache donc le républicanisme à une primauté « *de la liberté politique, définie comme participation des citoyens au pouvoir et à l'élaboration des lois* »¹⁰⁰, et ce au détriment d'une reconnaissance des libertés individuelles. Or, considérant que le républicanisme de Machiavel vise avant tout le bien moral, Pocock le rattache à cette approche classique. En effet, certains propos machiavéliens associent clairement la notion de liberté à l'idée d'une participation politique privilégiant le « *bien public* »¹⁰¹ plutôt que « *l'intérêt particulier* »¹⁰². C'est d'ailleurs en ce sens qu'Agnès Cugno estime que chez Machiavel, l'État apparaît comme ce cadre « *à l'intérieur duquel seulement peut trouver place une liberté politique : la république bien constituée* »¹⁰³. Ainsi, l'essence républicaine semble devoir se comprendre chez lui comme fondée sur l'implication des citoyens en faveur du seul bien général, sans égard particulier pour la mise en œuvre des libertés individuelles.

La seconde approche, quant à elle, s'oppose franchement à la première, ainsi que l'explique encore Philippe Raynaud :

⁹⁷ Sur ces termes, voir : Philippe RAYNAUD, « Anciens et Modernes », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 47-52.

⁹⁸ Sur l'humanisme civique de Pocock : J.G.A. POCK, *Le moment machiavélien*, P.U.F., 1997, notamment chap. III : C/ « *La Vita activa et le Vivere civile* », p. 55- 90. On notera que Pocock, bien que se rattachant au néo-républicanisme, s'approche fortement d'une conception classique privilégiant la participation politique du citoyen plutôt qu'un équilibre entre cette dernière et les libertés individuelles.

⁹⁹ Hans BARON, *The Crisis of the Early Italian Renaissance*, Princeton University Press, 1966.

¹⁰⁰ Philippe RAYNAUD, « Anciens et Modernes », *Dictionnaire de Philosophie politique*, Philippe RAYNAUD, Stéphane RIALS (dir.), P.U.F., 1996, p. 13.

¹⁰¹ Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Les Discours*, Livre II, Gallimard, 1952, p. 517.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 214.

« La modernité est elle-même porteuse d'une conception nouvelle de la liberté, dans laquelle le problème politique n'est plus tant de favoriser la vie "vertueuse" des citoyens que de garantir la sécurité des individus afin de leur permettre d'atteindre des fins qu'ils définissent eux-mêmes »¹⁰⁴.

Dans cette perspective, place est faite à une valorisation des libertés individuelles, au mépris d'une participation politique du peuple. À ce propos, Maurizio Viroli constate que Machiavel, dans sa présentation du républicanisme romain, fait surtout l'éloge des citoyens attachés aux « *intérêts privés* »¹⁰⁵, valorisant leur souhait de « *jouir en paix de leur vie privée* »¹⁰⁶. De fait, le secrétaire florentin associe à diverses reprises la notion de liberté au fait de jouir, pour le citoyen, de son bien propre, et de « *vivre en sécurité* »¹⁰⁷ afin de pouvoir pleinement user de sa liberté individuelle. À ce titre, il semble cette fois définir le républicanisme comme procédant d'une primauté dans la mise en œuvre des libertés individuelles, au mépris de la participation politique. Une telle approche incite alors à le rattacher à la pensée moderne.

On constate donc toute l'ambivalence – voire l'ambiguïté – machiavélienne sur la notion de république, relevant dans le même temps d'une aspiration ancienne et moderne, alors que précisément ces dernières s'opposent au point d'être incompatibles. Pourtant, l'auteur semble concevoir une république libre comme celle où les citoyens s'investissent tout autant pour leur « *bien général [que pour] leur bien particulier* »¹⁰⁸. C'est pour cette dernière raison que, voyant en le Florentin l'instigateur d'une parfaite interaction entre ces deux conceptions de la liberté, certains auteurs envisagent Machiavel dans la perspective d'un néo-républicanisme¹⁰⁹ propre à dépasser le clivage entre les conceptions ancienne et moderne, en s'affirmant tout à la fois républicain et libéral. C'est par exemple en ce sens que le néo-républicanisme instrumental, développé par Quentin Skinner notamment, voit dans la pensée machiavélienne un biais permettant de « *concilier les droits individuels des*

¹⁰⁴ Philippe RAYNAUD, « Anciens et Modernes », *Dictionnaire de Philosophie politique*, Philippe RAYNAUD, Stéphane RIALS (dir.), P.U.F., 1996, p. 13.

¹⁰⁵ Maurizio VIROLI, *Républicanisme*, Le bord de l'eau, 2011, p. 75.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 425.

¹⁰⁸ *Id.*, Livre II, p. 521.

¹⁰⁹ Sur le mouvement néo-républicain en général, et non pas seulement dans son acception skinnerienne, voir : Serge Audier, *Les théories de la république*, La découverte, 2015, p. 76-85 : « *Le néo-républicanisme : une alternative au libéralisme ?* ».

citoyens et le bien-être de la communauté dans son ensemble »¹¹⁰, en accordant une même importance à la liberté politique et à la liberté individuelle. L'équivalence de valeur entre ces libertés suppose ici que l'une agisse au bénéfice de l'autre et inversement. Pourtant, il faudra constater à l'occasion de plus amples développements¹¹¹, qu'un tel compromis ne peut embrasser véritablement le républicanisme machiavélien, l'auteur semblant accorder sa préférence à la participation politique du citoyen¹¹², ainsi que le développe Philip Pettit¹¹³. À ce stade, il s'agit de comprendre cette notion comme une forme étatique cherchant à obtenir la stabilité pérenne du corps social en garantissant effectivement et également à chacun, par la loi, une jouissance des libertés politique et individuelle. Mais cela ne signifie en rien que cette garantie suggère d'accorder la même importance à ces deux libertés, de sorte que Machiavel ne prône pas cette interaction équilibrée du néo-républicanisme, supposant de reconnaître à ces libertés la même valeur. En effet, puisque seule la liberté politique peut créer une stabilité sociale permettant de jouir sereinement des libertés individuelles, la première apparaît nécessairement comme le moyen de réalisation de la seconde, et doit à ce titre primer. De plus, puisque l'importance excessive accordée aux libertés individuelles mène les hommes à oublier l'importance de leur implication politique, cet excès peut mener à un ébranlement de la participation politique, et donc de la république. En effet, à en suivre la conception du Florentin, le paradigme républicain ne peut exister qu'autant qu'est présente la participation politique des citoyens¹¹⁴. Ainsi, le républicanisme machiavélien favorise la liberté politique, et dans le même temps – sans pour autant l'évincer –, met en garde contre une importance excessive accordée aux libertés individuelles. Dès lors, si Machiavel ne peut être rattaché à la pensée classique – du fait qu'il ne rejette pas les libertés individuelles –, ni à la pensée moderne – puisqu'il défend l'intérêt de la participation politique –, il apparaît néanmoins difficile de le rattacher au

¹¹⁰ Voir en ce sens : Quentin SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Albin Michel, 2001, p. 118.

¹¹¹ Cf. *infra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 2, a.

¹¹² Cela ne signifie néanmoins pas, on le verra, que le républicanisme machiavélien puisse être associé à la conception classique.

¹¹³ Voir en ce sens : Philip PETTIT, *Républicanisme : une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, 2004. L'auteur développe un républicanisme accordant davantage d'importance aux devoirs qu'aux droits. Il est important de préciser que chez Philip Pettit, l'action citoyenne ne renvoie pas uniquement au vote, puisque l'idée de participation politique suggère également que les citoyens puissent contrôler que les gouvernants agissent réellement au bénéfice du bien commun.

¹¹⁴ Voir en ce sens : Claude Lefort, *Écrire : à l'épreuve du politique*, Calmann-Lévy, 1992, p. 166. L'auteur explique que chez Machiavel, ce n'est que là où les citoyens participent politiquement à la vie de la cité, s'il le faut de manière conflictuelle, « *que la république mérite vraiment son nom* ».

néo-républicanisme. En effet, n'envisageant pas de rapport d'équilibre entre elles, il n'accorde pas aux libertés politique et individuelle la même importance.

Inscrire la pensée schmittienne dans une perspective républicaine est tout aussi peu aisé. Mais, contrairement à la complexité éprouvée avec Machiavel – qui semble *a priori* naviguer entre diverses approches – la difficulté vient ici de ce que Schmitt semble rejeter ce paradigme républicain en tant que tel, déconstruisant les caractéristiques ayant permis de le définir jusqu'à présent. En effet, il semble s'opposer à toute idée de garantie par la loi, car ainsi que le souligne Sandrine Baume, le juriste allemand « *ne songe ni à garantir les libertés [...], ni à les préserver face à la force ou au pouvoir de l'État* »¹¹⁵. De plus, s'il semble associer, comme Machiavel, l'idée de stabilité du régime à celle d'égalité, il faut néanmoins préciser qu'il s'agit, comme l'explique très justement Sébastien Roman, d'une « *égalité "spécifique"* »¹¹⁶, où seuls sont égaux entre eux les individus – au sens racial – dans l'État. Ainsi, alors que Machiavel prône une égalité des individus en se fondant sur le simple critère de leur citoyenneté nationale¹¹⁷, Schmitt soutient l'idée d'une égalité déterminée par l'appartenance raciale. Il faut ici comprendre que dans la perspective schmittienne, la stabilité étatique procède entièrement du fait que les individus composant le corps social relèvent d'une identité unique et commune. Alors que cette homogénéité induit des aspirations et des choix d'existence similaires, assurant une sérénité, l'altérité suggère en revanche la présence de volontés différentes et incompatibles avec celles du groupe homogène, et donc potentiellement une opposition violente. De là naît une instabilité entre des groupes disposant de volontés contradictoires et voulant les affirmer les uns contre les autres. C'est au regard de cette conflictualité possible que les individus incarnant cette altérité sont assimilés à des ennemis. Cette unicité d'identité est incarnée par la notion d'unité politique, qui renvoie à l'« *homogénéité forte et consciente* »¹¹⁸ du peuple « *dans son identité [l'auteur souligne] immédiate avec lui-même* »¹¹⁹. C'est précisément la conscience de cette volonté d'homogénéité identitaire qui permet à l'unité politique de se former et de « *distinguer ami et ennemi en vertu de sa propre conscience*

¹¹⁵ Sandrine BAUME, « Carl Schmitt, penseur de l'État », *La valeur de l'État et la signification de l'individu*, Carl SCHMITT, Droz, 2003, p. 49.

¹¹⁶ Sébastien ROMAN, *Conflit civil et imaginaire social – Une approche néo-machiavélique de la démocratie par l'espace public dissensuel*, École Normale Supérieure de Lyon, 2011, p. 229.

¹¹⁷ Cf. *infra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 1, B, 1.

¹¹⁸ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 342.

¹¹⁹ *Ibid.*

*politique et de sa volonté nationale »*¹²⁰. Une telle approche a pour conséquence de produire une définition très discriminante de la participation politique et de la liberté individuelle, dont la jouissance effective semble en outre incertaine.

D'une part, seuls les membres de l'unité politique dominante pourront jouir de la liberté politique dès lors que précisément, l'acte de discrimination de l'ennemi tend à ériger une « *forme de gouvernement [qui] est le genre spécifique de configuration de cette unité* »¹²¹, c'est-à-dire un ordre étatique qui, cherchant la stabilité, ne confère de pouvoir politique qu'aux seuls membres de ce groupe homogène. Si donc Schmitt rattache le républicanisme et la démocratie¹²² à une forme d'égalité, il faut souligner de nouveau que ce terme procède d'une définition spécifique. En effet, l'auteur emploie le mot allemand *Gleichheit* pour développer l'idée d'égalité. Or, littéralement, ce terme signifie similitude ou ressemblance. De ce fait, ainsi que le souligne Lilyane Deroche, « *le rapport sémantique avec l'homogénéité (Gleichartigkeit) est donc immédiatement évident en allemand* »¹²³. C'est en s'appuyant sur cette compréhension spécifique que le juriste allemand affirme que « *l'égalité de tout "ce qui a figure humaine" ne peut donner ni un État, ni une forme de gouvernement* »¹²⁴. Au contraire, cette notion ne peut être si générale, puisque « *toute égalité tire son importance et son sens de la corrélation avec une inégalité possible* »¹²⁵. Autrement dit, l'idée d'une égalité universelle ne peut prétendre à structurer un ordre étatique, et moins encore un modèle républicain, alors qu'une égalité identitaire parviendrait à former une unité politique capable de se saisir du pouvoir politique et de l'employer à son bénéfice de façon pérenne. Si l'on entend le républicanisme sous l'angle d'une stabilité, on doit alors constater que pour Schmitt, un tel modèle ne peut fonctionner qu'au travers de cette acception restrictive de l'égalité.

¹²⁰ *Id.*, p. 352.

¹²¹ *Id.*, p. 342.

¹²² *Id.*, p. 361-363.

¹²³ *Id.*, p. 364, note 1.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Id.*, p. 365.

D'autre part, une même conception de l'égalité irrigue l'octroi des libertés individuelles. Cependant on constatera, pour deux raisons principales¹²⁶, qu'il s'attarde très peu sur ce point, semblant plutôt plonger en dernier ressort vers ce que Jean-François Kervégan nomme la « *totalisation de la politique* »¹²⁷. S'il semble néanmoins concevoir que la stabilité étatique exige que les individus puissent exprimer autant que réaliser leurs intérêts propres¹²⁸ et leurs aspirations, il précise encore qu'une telle jouissance ne peut s'inscrire que dans le cadre d'une égalité spécifique. C'est en ce sens qu'il s'attaque à l'idée d'un républicanisme libéral envisageant la jouissance de libertés individuelles à partir d'un critère d'égalité se fondant non pas sur une identité spécifique, mais sur « *l'humanité commune* »¹²⁹. Or, l'on sait désormais que dans la conviction schmittienne, « *l'idée de l'égalité humaine ne fournit aucun critère* »¹³⁰ pertinent. Pour Schmitt, l'importance accordée à cette conception élargie ne provient que de ce qu'« *elle fait partie de l'individualisme libéral* »¹³¹. Au fond, Schmitt associe effectivement les notions de stabilité et d'égalité, mais puisque la stabilité exige une homogénéité préalable, cette pérennité ne peut être maintenue que si elle n'accorde de libertés qu'aux seuls membres de l'unité politique, supposant donc d'agir par le biais d'une égalité spécifique.

Au terme de ces définitions, on peut retenir que si ces deux auteurs se sont attelés à discerner le concept républicain – sans nécessairement y adhérer –, ils se distinguent en ce que Machiavel, bien plus que Schmitt, conçoit ce paradigme comme devant produire des lois positives capables de garantir effectivement les libertés individuelle et politique, et ce dans une perspective d'égalité entendue largement.

¹²⁶ D'une part, la thématique des libertés individuelles est rarement étudiée pour elle-même chez Schmitt, et lorsqu'elle l'est, elle se trouve souvent associée à la critique du libéralisme. Il faut ici cerner que son rejet des libertés individuelles provient de ce que le libéralisme – au sein duquel s'inscrivent selon lui ces dernières – entraîne une dénégation du politique, au sens de cette capacité à distinguer l'ami et l'ennemi. En effet, puisque le libéralisme suggère une égalité commune à tous les individus du simple fait qu'ils aient figure humaine, cette pensée empêche toute différenciation, toute dissimilitude. En d'autres mots, elle empêche toute distinction entre l'ami et l'ennemi. Or, une telle distinction apparaît, chez Schmitt, comme le critère essentiel du politique. D'autre part, la conviction étatiste du juriste allemand semble être incompatible avec l'approche libérale de l'individu, et c'est à ce titre qu'il « *oppose à l'individualisme, qui voit dans l'individu la suprême valeur, une autre valeur, celle de la sphère étatique* » (Sandrine BAUME, « Carl Schmitt, penseur de l'État », *La valeur de l'État et la signification de l'individu*, Carl SCHMITT, Droz, 2003, p. 50).

¹²⁷ Jean-François KERVÉGAN, *Hegel, Carl Schmitt, le politique entre spéculation et positivité*, P.U.F., 1992, p. 111.

¹²⁸ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 134.

¹²⁹ *Id.*, p. 364.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Id.*, p. 365.

2. L'impossible classification du républicanisme anglo-américain et français

Le républicanisme anglo-américain et français, dans un souci de clarté, doit ici être analysé d'un point de vue temporel, puis substantiel.

Que l'on observe l'Angleterre, les États-Unis ou la France, on constate que d'une même manière, le premier décisionnisme révolutionnaire n'est pas parvenu à établir un républicanisme durable. En effet, qu'il s'agisse de la République du premier *Commonwealth* proclamée le 19 mai 1649, jouxtant directement la Grande Rébellion de 1648 et l'exécution de Charles I^{er} le 30 janvier 1649, ou des Articles de la Confédération, rédigés dès 1777, dans la foulée de la Déclaration d'Indépendance du 4 juillet 1776, et appliqués dès 1781, suite à la victoire décisive de Yorktown, ou bien enfin des divers régimes érigés à la suite directe des événements de 1789, aucun ne rend compte d'un républicanisme pérenne. Cette instabilité chronique trouve l'une de ses principales sources dans l'absence de garanties effectives et égalitaires des libertés individuelle et politique¹³². On observe alors la résurgence de conflits au sein du corps social, menant à de nouveaux mouvements révolutionnaires, et ce n'est qu'à la suite de ces derniers que l'ordre étatique, parvenant à cette garantie, aboutit à une stabilité républicaine. Ainsi, de manière très progressive, on constate qu'à partir du régime instauré par le *Bill of Rights* de 1689 en Angleterre, au travers de la Constitution fédérale de 1787 aux États-Unis, et dès les commencements de la III^e République française, le droit positif parvient – par les garanties effectives et égalitaires qu'il confère – à s'ériger comme moyen de stabilité républicaine.

Par conséquent, il semble que du point de vue de son contenu, ce paradigme républicain renvoie à l'idée d'une stabilité étatique ne pouvant être pleinement réalisée et préservée que si la loi garantit effectivement, et de la façon la plus égalitaire possible parmi les membres du corps social, la jouissance des libertés individuelle et politique. À cet égard, on peut être d'abord tenté de le rattacher au néo-républicanisme prétendument machiavélien, développant une interaction équilibrée entre ce caractère républicain fortement attaché à la participation politique, et cet aspect libéral, favorisant les libertés individuelles. En ce sens, on constate d'ailleurs que la pensée d'auteurs tels que James

¹³² Cf. *infra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

Harrington, ou bien Algernon Sidney¹³³, sera dans une certaine mesure¹³⁴ marquée par cette lecture machiavélienne du républicanisme censée combiner *a priori* parfaitement les « Anciens » avec les « Modernes ». De même, on note que la pensée fédérale, influencée par cette approche du machiavélisme, tente d'envisager le républicanisme américain comme faisant, dans le même temps, une place « à l'intérêt »¹³⁵ individuel, mais aussi « au conflit »¹³⁶ que suggère nécessairement l'expression politique diverse du peuple. Pareillement, on peut par exemple voir en la pensée française d'Armand Carrel, qui « incarne un républicanisme libéral »¹³⁷, un lien possible avec la synthèse qu'aurait opérée Machiavel. Mais, comme à propos de la pensée machiavélienne, il nous a semblé qu'aucun de ces trois États ne parvenait à s'inscrire véritablement dans une telle perspective, car aucun d'eux ne considère que les libertés individuelle et politique doivent être d'égale importance. On verra ainsi, de manière plus développée, que les républicanismes anglais et américains tendent vers une exclusion de la participation politique du peuple, au profit d'une valorisation des libertés individuelles¹³⁸, alors que le positionnement français – ne parvenant pas à mettre en œuvre l'une de ces libertés sans à la fois affaiblir l'autre, et inversement – révèle en définitive un impossible compromis néo-républicain¹³⁹.

II- L'emploi d'une démarche scientifique spécifique

La clarification de certains termes et concepts employés par Machiavel et Schmitt, ainsi que leur interaction avec la pensée anglaise, américaine et française, permet finalement de borner le champ de notre étude. La problématique à laquelle le présent travail tente de répondre gagne alors en précision, puisque désormais l'on sait que par cette idée de confrontation des théories de Machiavel et Schmitt, il s'agit essentiellement de cerner l'implication des lignes de force issues de leurs accords et oppositions, quant aux notions de situation exceptionnelle, de pouvoirs de crise, ou bien encore concernant la conception

¹³³ Voir en ce sens : Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 111.

¹³⁴ Leur adhésion au machiavélisme n'est pas totale, puisque James Harrington, on le verra, accorde finalement une plus grande importance que Machiavel à la satisfaction des libertés individuelles, alors qu'Algernon Sidney, contrairement au Florentin, « récusé l'idée d'un divorce entre les lois de la morale et celles de la politique » (*id.*, p. 112). Cependant, tous deux demeurent influencés par cette idée que le républicanisme machiavélien serait parvenu à une synthèse idéale entre participation politique et libertés individuelles.

¹³⁵ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 112.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2015, p. 51.

¹³⁸ Cf. *infra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 2, b.

¹³⁹ Cf. *infra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 2, c.

de l'État. Cette clarification ne peut que bénéficier à la compréhension des faits. C'est par exemple en ce sens que le dualisme de l'exception – développé par la pensée machiavélo-schmittienne –, permet de comprendre que le mouvement révolutionnaire anglo-américain et français, autant que la menace terroriste à laquelle ces États sont confrontés de manière contemporaine, relèvent tous deux d'une forme d'exceptionnalité, bien qu'ils soient de natures radicalement différentes. Cet exercice de définition montre encore que la mise en perspective concrète de leurs présupposés théoriques traduit une influence autant que certaines limites. Sur ce dernier point, on constatera que si la dictature souveraine – au regard de sa capacité destructrice et instauratrice – semble théoriquement confinée au contexte révolutionnaire fondateur, elle semble, dans les faits, pouvoir resurgir au sein de l'État fondé. Si cet exemple démontre l'une des limites de l'approche machiavélienne, les tentatives du droit anglo-américain et français de créer de nouvelles bornes juridiques à la puissance des pouvoirs de crise démontre le refus d'adhérer à un schmittisme suggérant de prôner systématiquement le décisionnisme souverain au sein de l'ordre étatique fondé, face à certaines graves menaces telles que le terrorisme actuel. Au-delà de ce travail de définition et de délimitation, mais dans le même objectif de rendre aussi compréhensible que possible cette recherche, la réponse apportée à une problématique si large doit s'astreindre à un autre exercice de précision. Celui-ci consiste en l'adoption d'une méthode scientifique particulière. Cette dernière se décline en divers points. Elle suppose, tout à la fois, le recours à des matières purement juridiques, sans pour autant négliger une certaine transversalité (A), mais également l'emploi d'une démarche de confrontation pratique (B), de comparaison critique (C), et d'anachronisme diachronique (D). Les diverses étapes de définition des termes essentiels du sujet, et de méthode employée pour le traiter, permettront de révéler l'intérêt de ce dernier (E).

A. La transversalité des matières mobilisées

Si le présent travail procède fondamentalement du droit constitutionnel, et plus précisément du droit constitutionnel comparé, il ne peut pourtant – au regard du choix du sujet – s'y limiter.

Un sujet portant tout à la fois sur l'étude des conceptions de Machiavel et Schmitt, et sur leur possible applicabilité dans le réel, ne saurait, selon nous, se limiter à la seule matière juridique au sens strict du terme, bien que pourtant ce même sujet, dans son point de départ autant que son aboutissement, procède fondamentalement de la matière juridique,

et profondément du droit constitutionnel. En effet, d'une part, à la source de la présente étude – relevant intrinsèquement du droit public – se trouve la volonté de discerner à partir de quels outils constitutionnels Nicolas Machiavel et Carl Schmitt, confrontés à leurs contextes historiques respectifs, ont cherché à appréhender le phénomène de situation exceptionnelle, à comprendre pourquoi l'État pouvait y succomber, et à permettre à ce dernier d'y survivre. D'autre part, le point d'aboutissement de cette recherche, on le verra, peut se concevoir comme une proposition de solutions opérationnelles relevant du seul droit positif, permettant de renforcer les garanties conférées par l'État de droit, dans sa lutte face aux crises actuelles. Il s'agira de propositions qui, en définitive, tenteront de préserver l'ordre constitutionnel, garant de cet État de droit. On le voit, une telle volonté suggère de recourir au droit constitutionnel, tant pour apprécier les outils juridiques élaborés par Machiavel et Schmitt, que pour parvenir finalement à en proposer de nouveaux, dès lors que d'un côté comme de l'autre, il est question de permettre à la structure constitutionnelle – en tant que fondement d'assise de l'État – d'affronter les crises et d'en réchapper, sans à la fois renier pleinement les valeurs contenues au sein de cet ordre constitutionnel.

Il faut également relever que ce travail procède pleinement du droit constitutionnel comparé. En effet, puisque l'un des enjeux majeurs de la présente étude est d'identifier si la pensée des deux auteurs trouve à se refléter dans la réalité étatique, ou bien s'y oppose, il convient nécessairement de la confronter concrètement au droit de divers États, ici anglais, américain, et français. Or, c'est précisément en observant les différents rouages constitutionnels de ces ordres juridiques qui ont, au gré des évolutions de régimes, sous-tendu les structures étatiques, qu'il devient possible de déterminer combien Machiavel et Schmitt ont su développer une pensée adaptable au réel, ou bien au contraire irréaliste. De même, c'est en observant les outils que mettent en œuvre les constitutions des divers États pour préserver leur stabilité face aux crises, que l'on peut déceler ce que le droit contemporain a repris, ou non, des conceptions de Machiavel et Schmitt. En ce sens, c'est bien au travers du droit constitutionnel comparé que peuvent être mises en relief les contributions de Machiavel et Schmitt au droit constitutionnel des états de crise.

Cependant, il ne saurait être question de systématiser cette étude sous l'angle du seul droit. En effet, c'est également par l'étude de la pensée politique de Machiavel, autant que de Schmitt, que peuvent s'expliquer leurs conceptions juridiques. Tous deux ont forgé cette pensée politique en procédant à d'incessants allers-retours entre les concepts politiques passés, et le contexte politique auquel ils étaient confrontés. Ainsi, c'est en

retracant l'histoire politique romaine, celle contée par Tite-Live¹⁴⁰, que Nicolas Machiavel cherche à expliquer dans *Les Discours* les maux dont est victime l'Italie des XVe et XVIe siècles, et à en trouver les remèdes. De même, l'un des ouvrages fondamentaux de Carl Schmitt¹⁴¹ tente d'expliquer le concept de dictature, autant que ses implications pratiques dans le cadre de la Constitution de Weimar de 1919, en revenant au préalable sur l'évolution historique et politique de la notion de dictature depuis les approches qu'en ont notamment faites Cicéron, Tacite ou encore Plutarque. De même, il est rapidement apparu nécessaire de retracer, concernant les États anglais, américain et français, l'évolution des notions d'État, de pouvoir, ou de constitution. Ainsi, tout comme à propos de Machiavel et Schmitt, les conceptions juridiques applicables à ces États ne peuvent se comprendre qu'en étudiant les idées politiques qui les soutiennent. En effet, la novation constitutionnelle que représente la Déclaration des droits de 1689, en Angleterre, ne peut être pleinement saisie sans au préalable revenir sur les motifs politiques ayant mené à la Glorieuse Révolution de 1688-89. De même, la réussite constitutionnelle qu'incarne le texte américain de 1787 s'explique notamment par la prise en compte des erreurs politiques majeures commises par les Articles de la Confédération, rédigés à partir de 1777. Pareillement, la frénésie constitutionnelle française, par rapport à celle des États anglais ou américain, est sous-tendue par une histoire politique qui lui est propre.

Il ressort de ces développements que si la présente étude a pour spécialité de rattachement le droit constitutionnel, et en particulier le droit constitutionnel comparé, elle ne peut, selon nous, envisager le sujet auquel elle s'attache sans faire appel à des notions telles que l'histoire des idées politiques et la pensée politique.

B. La méthode de confrontation pratique

Si on a expliqué que le choix de recourir à Machiavel et Schmitt – dans le cadre d'une étude sur les situations exceptionnelles – se justifiait par le fait que ce thème traversait leurs œuvres respectives avec une intensité toute particulière, il demeure néanmoins fondamental d'examiner la véracité de leurs assertions à ce sujet. C'est dans cette volonté de déterminer l'exactitude de leurs propos que la démarche que l'on qualifie de confrontation pratique a trouvé sa source. En effet, ce n'est qu'en opposant, de front,

¹⁴⁰ Voir en ce sens : *Histoire romaine*, Tome 1, Firmin Didot frères, fils et Cie, 1869 ; *Les origines de Rome*, Gallimard, 2007.

¹⁴¹ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000.

leurs théorisations face à la pratique, qu'il devient possible de déterminer ce que les régimes juridiques actuels ont retenu mais aussi rejeté de Machiavel et Schmitt, concernant la fondation étatique et sa préservation, à l'aune des situations exceptionnelles. Autrement dit, un tel mode opératoire permet de déterminer si leurs assertions sont, ou non, effectivement vérifiables dans le réel. Cette méthode nous a semblé fondamentale au regard de la nécessaire objectivité ici poursuivie, dès lors qu'elle vise uniquement à déterminer ce qui, dans les présupposés théoriques de ces deux auteurs, a fait l'objet d'une concrétisation ou d'une mise à l'écart. Mais jamais cette démarche n'a visé à démontrer par exemple que le droit anglo-américain et français n'aurait retenu de ces auteurs que leurs aspects les plus conformes aux valeurs du paradigme républicain, ou les plus respectueux des libertés individuelle et politique, pour ne rejeter dans le même temps que leurs points de vue les plus contestables. Cette démarche s'éloigne donc nécessairement d'une subjectivité qui consisterait à vouloir démontrer qu'en tant qu'États de droit, les trois régimes observés n'auraient puisé au sein de la pensée de Machiavel et Schmitt que des moyens d'action qui y soient conformes. Cette volonté d'objectivité, autant que ce refus d'adopter un point de vue systématiquement mélioratif, sont tout à fait manifestes au long de ce travail, et démontrent que certains choix concrets opérés par les trois ordres juridiques observés relèvent parfois d'une radicalité contraire à l'État de droit, mais sont pourtant mis en œuvre. C'est en ce sens par exemple que la création, par le droit américain, du terme de « *combattant ennemi illicite* »¹⁴² entretient un lien tout à fait tangible¹⁴³ avec le concept schmittien de « *combattant irrégulier* »¹⁴⁴, développé dans la *Théorie du partisan*. Or, l'exclusion de cet ennemi du champ de la légalité étatique recèle un danger absolu, car suggère la possibilité de lui appliquer des mesures qu'interdisent les bornes de l'État de droit. De même, la notion d'ennemi identitaire, que le droit anglais tend à faire resurgir lors

¹⁴² États-Unis, *Military Commissions Act*, 17 octobre 2006, art. 948, a.

¹⁴³ Voir sur ce lien : Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 103. L'auteur constate que John Yoo, procureur général adjoint du bureau du conseiller juridique du département de la Justice entre 2001 et 2003, et auteur du mémorandum du 9 janvier 2002 proposant de ne pas appliquer aux détenus d'Al-Qaïda et aux Talibans les garanties des Convention de Genève, « *est particulièrement visé par ce soupçon de vouloir "schmittianiser" la politique antiterroriste américaine* ». En un même sens, Scott Horton relève encore que John Yoo, ayant été en résidence au sein du groupe de réflexion conservateur de l'American Enterprise Institute, a pu être irrigué de la pensée schmittienne, elle-même influente au sein de ce groupe. Il relève ainsi qu'il « *est peu probable que Yoo ne soit pas familier des écrits de Carl Schmitt. Mais d'un autre côté, il est aisé de comprendre pourquoi il refuserait de reconnaître tout lien avec un auteur aussi stigmatisé* » (Scott HORTON, « The return of Carl Schmitt », *Balkinization*, novembre 2005, en ligne : [<https://balkin.blogspot.fr/2005/11/return-of-carl-schmitt.html>]).

¹⁴⁴ Carl SCHMITT, *Théorie du partisan*, Flammarion, 1992, p. 217.

de ses crises les plus aigües, fait naître certaines craintes. Ainsi, la loi antiterroriste de 2001 prévoyait un régime de détention spécifique, uniquement applicable aux terroristes présumés d'origine étrangère¹⁴⁵. Une telle tendance, poussée à son paroxysme, rapproche ce régime du décisionnisme politique schmittien, ne concevant la stabilité du corps social qu'au travers d'une lutte vitale entre l'ami et l'ennemi, permettant d'atteindre l'homogénéité de l'unité politique en excluant toute diversité identitaire¹⁴⁶. Plus encore, la volonté récente de constitutionnalisation des pouvoirs de crise¹⁴⁷, en France, démontre une incompréhension, ou même un refus de reconnaître la nécessité machiavélienne de limiter la capacité de ces pouvoirs à porter atteinte aux libertés protégées par la loi fondamentale. En effet, il faut ici relever l'une des intuitions fondamentales de Machiavel, supposant un dualisme normatif¹⁴⁸ de l'état de crise. Cela suggère de distinguer l'institution d'exception des pouvoirs d'exception. Dans cette perspective, les conditions permettant la mise en œuvre d'un cadre juridique dérogatoire – c'est-à-dire l'institution d'exception – sont insérées dans la constitution. En revanche, les mesures concrètes découlant de ce cadre dérogatoire, et portant atteinte aux libertés – c'est-à-dire les pouvoirs d'exception –, ne peuvent relever que de la simple loi. Si l'on transpose ce dualisme dans un contexte contemporain, l'avantage est qu'en vertu de la hiérarchie des normes, les libertés contenues dans la constitution demeurent théoriquement hors d'atteinte en toutes circonstances. De plus, un contrôle de constitutionnalité de ces mesures est toujours possible. Il semble pourtant qu'une telle construction juridique n'ait pas d'influence réelle. Le risque d'une constitutionnalisation des mesures d'urgence serait alors d'immuniser – au nom d'une

¹⁴⁵ Royaume-Uni, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 14 décembre 2001, art. 23 : « *A suspected international terrorist may be detained under a provision* ».

¹⁴⁶ Sur la notion d'ennemi, voir : Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 64-65.

¹⁴⁷ Sur la volonté de constitutionnaliser, au-delà du déclenchement de l'institution d'exception, les pouvoirs de crise restrictifs de libertés, voir : France, *Projet de loi constitutionnelle de protection de la nation*, 23 décembre 2015, en particulier l'exposé des motifs. Voir encore : Documents de l'Assemblée nationale, commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Examen du projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation* (n° 3381), n° 43, 27 janvier 2016, p. 21. L'intervenant – Manuel Valls – explique que la constitutionnalisation de l'état d'urgence, mais aussi des mesures concrètes qui s'y rattachent, est justifiée par le fait que « *certaines mesures n'ont pu être inscrites dans la loi du 20 novembre [2015] en raison de contraintes jurisprudentielles* ». Pour un examen critique de cette volonté de constitutionnalisation, voir : Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, V. *Le projet de loi constitutionnelle relatif à l'état d'urgence (2015-2016)*, p. 148-176.

¹⁴⁸ Sur cette idée, voir : Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 457-458.

efficacité accrue – les pouvoirs de crise d'un contrôle permettant pourtant qu'ils se conforment au paradigme républicain.

Ces quelques exemples permettent d'illustrer que la démarche dite de confrontation pratique recherche à démontrer tout à la fois ce que le droit emprunte effectivement aux deux auteurs ici observés, même dans les aspects les plus inquiétants de leur pensée, et ce qu'il refuse de retenir, quand bien même certaines propositions apparaissent utiles à la préservation du paradigme républicain. Cette méthode, à l'instar de celle retenue par Machiavel et Schmitt, est donc clairement marquée d'une forme d'objectivité scientifique, cherchant à rendre compte de ce qui est, plutôt que de ce qui devrait être¹⁴⁹. Cette démarche suppose donc de confronter les conceptions machiavélo-schmittiennes à la réalité juridique des États anglais, américains et français. Cette trinité suggère à son tour une démarche comparative.

C. La démarche comparative critique

Chercher à rendre compte de la véracité des assertions de Machiavel et Schmitt suppose de les confronter à des ordres juridiques concrets. Puisque l'on ne peut fonder de certitudes qu'en multipliant les preuves, qu'en confrontant un concept à plusieurs espèces, il est apparu nécessaire d'envisager la pensée de nos deux auteurs dans la perspective du droit anglais, américain et français. Un tel choix renvoie à une interrogation, et l'on doit se questionner sur le point de savoir l'intérêt qu'il peut y avoir à comparer les moyens mis en œuvre par ces trois ordres juridiques en particulier, face aux situations de crise. Deux réponses permettent de justifier l'intérêt d'un tel choix. D'une part, cette démarche comparative est intéressante car elle démontre que malgré une histoire marquée par de semblables situations exceptionnelles – telles qu'un mouvement révolutionnaire rompant l'ordre juridique en vigueur afin de permettre l'avènement progressif du paradigme républicain, ou plus récemment la commission d'actes terroristes sur leur territoire, suivie d'une menace durable –, ces États n'emploient pas nécessairement les mêmes outils face à ces situations pourtant comparables. Ainsi, la rupture révolutionnaire anglaise opérée en

¹⁴⁹ Voir en ce sens : Julien BRUNET, « Partisans de la politique : Carl Schmitt au miroir de Machiavel et de Clausewitz », *Machiavel Clausewitz – Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Carl SCHMITT, Krisis, 2007, p. 15. L'auteur constate que Machiavel, par son concept de vérité effective, autant que Schmitt, au travers de son mode d'appréhension réaliste du phénomène politique, s'éloignent des « spéculations normatives sur ce qui devrait être au profit d'un effort de connaissance de ce qui est ».

1649¹⁵⁰ se conclut en 1689¹⁵¹ par un républicanisme restaurant la monarchie, alors que le mouvement révolutionnaire français aboutit à un républicanisme frappant d'inéligibilité « *les membres des familles ayant régné sur la France* »¹⁵². Plus récemment, on constate que d'une manière très schmittienne, la radicalité américaine mise en œuvre dans sa lutte antiterroriste tend à renier, à certains égards, son paradigme républicain au profit d'un nouvel ordre sécuritaire¹⁵³. En revanche, l'Angleterre et la France, confrontées à la même menace, semblent demeurer plus fidèles au républicanisme machiavélien, cherchant – non sans difficultés – à faire de la période d'exception une simple discontinuité au sein d'une temporalité républicaine inébranlable. D'autre part, et de manière opposée, cette comparaison démontre qu'en dépit de sources et de conceptions juridiques très différentes, ces trois États procèdent, à certains égards, d'une compréhension très semblable de certaines notions. Ainsi par exemple, alors que le droit anglais se distingue clairement du droit américain et français en ne reconnaissant aucun mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois¹⁵⁴ – la Cour suprême ne pouvant « *contester [...] la "constitutionnalité" d'une loi* »¹⁵⁵ –, et bien que ces deux derniers recourent à des procédures différentes¹⁵⁶ sur ce point, les juges de ces trois États expriment néanmoins une même audace dans leur volonté de renforcer la protection des libertés lorsqu'entrent en jeu

¹⁵⁰ L'on songe ici à l'exécution de Charles I^{er} le 30 janvier 1649, suivie de l'abolition de l'Office royal. Voir en ce sens : Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 384-387 : *The Act abolishing the office of King* (17 mars 1649).

¹⁵¹ Voir en ce sens : Angleterre, *Déclaration des droits*, 16 décembre 1689.

¹⁵² France, *Loi portant révision partielle des lois constitutionnelles*, 14 août 1884, art. 2.

¹⁵³ John FERREJOHN, Pasquale PASQUINO, « The law of the exception : a typology of emergency powers », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, 2004, p. 219. On peut souscrire au constat de ces auteurs, pour qui, aux États-Unis, « *les libertés conquises lentement et sur de longues périodes, peuvent être sujettes à une érosion rapide dans des situations d'urgence* », au point de faire vaciller les valeurs essentielles du paradigme républicain (notre traduction).

¹⁵⁴ Sur ce point, voir : Olivier DEPARIS, « La Cour suprême au Royaume-Uni et la question de constitutionnalité », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, 2011, en ligne : [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-32/la-cour-supreme-au-royaume-uni-et-la-question-de-constitutionnalite-par-olivier-deparis.99061.html>].

¹⁵⁵ Anne STEVENS, « Le Conseil constitutionnel vu d'outre-Manche : une énigme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2009, en ligne : [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-25/le-conseil-constitutionnel-vu-d-outre-manche-une-enigme-sup1-sup.51708.html>].

¹⁵⁶ Le contrôle de constitutionnalité effectué aux États-Unis est très pragmatique et apparaît diffus, concret, par voie d'exception, et *a posteriori*. La conception française est plus théorique et procédurale. Son contrôle est concentré, abstrait (mais peut être concret depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008), par voie d'action (mais peut s'effectuer par voie d'exception depuis cette même révision constitutionnelle), et *a priori* (mais peut être *a posteriori* depuis la révision).

des pouvoirs de crise¹⁵⁷. Là encore, cette démarche permet de rester au plus près de notre volonté d'objectivité, en évitant de prendre systématiquement le parti d'un penseur ou de l'autre. En effet, cette perspective comparative ne prouve pas uniquement qu'à contexte de crise similaire des États peuvent opérer des choix très contrastés, ou que des approches juridiques différentes peuvent néanmoins procéder d'une volonté identique. Au-delà de ces considérations, cette démarche permet de rendre compte de ce que les présupposés de Machiavel ne sont pas absolument vrais, ni ceux de Schmitt totalement faux, et inversement. Elle permet justement de saisir que l'applicabilité concrète de leurs concepts est fonction d'un contexte – d'où la nécessité d'envisager diverses périodes – autant que de l'État observé, suggérant alors de s'intéresser à des États disposant de points convergents et divergents. Une telle démarche pourrait inviter à l'indécision, ou, comme le rappelle Julien Brunet à propos du positionnement de Julien Freund, à s'affirmer « *expressément machiavélien et schmittien* »¹⁵⁸. En effet, grande peut être la tentation d'envisager, alternativement, le recours aux prescriptions machiavéliennes lorsqu'elles semblent se conjuguer avec le réel, et l'emploi des assertions schmittiennes dès qu'elles apparaissent plus aptes à s'appliquer aux faits. Un tel positionnement serait finalement fort objectif dès lors qu'il s'attacherait à ne retenir, parmi les propositions des deux auteurs, que celles étant véritablement opérationnelles. Pourtant – et probablement est-ce ici que l'objectivité doit aménager une place à la prise de position – le refus de choix nous a semblé peu pertinent, menant à une forme de description linéaire. C'est à ce titre que tout en rendant compte de l'applicabilité variable des idées de ces deux penseurs, on s'est astreint à une critique systématique de leurs propos tout au long de ce travail, au point de tenter, à son stade ultime, un dépassement de leur legs théorique, au profit d'un positionnement personnel.

D. Le choix d'un anachronisme diachronique

Les choix opérés dans la présente étude suggèrent un inévitable anachronisme. De fait, on ne peut nier la confusion temporelle qui surgit lorsque l'on envisage par exemple les modalités de gestion des crises subies par nos trois États au cours du XXI^e siècle, à l'aune des conseils prescrits par Machiavel, plusieurs siècles auparavant. De même, il peut sembler déroutant de percevoir, au cœur du premier décisionnisme révolutionnaire de ces mêmes États, exercé entre les XVII^e et XVIII^e siècles, la présence des concepts schmittiens,

¹⁵⁷ Cf. *infra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, B.

¹⁵⁸ Julien BRUNET, « Partisans de la politique : Carl Schmitt au miroir de Machiavel et de Clausewitz », *Machiavel Clausewitz – Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Carl SCHMITT, Krisis, 2007, p. 10.

développés au cours du XX^e siècle. Pourtant, les riches enseignements offerts par ces allers-retours anachroniques, font de leur recours un choix tout à fait volontaire. En effet, d'un côté, cette méthode montre combien des solutions juridiques très anciennes, par leur indéniable actualité, peuvent servir le présent, en lui offrant des outils opérationnels. À ce titre, Machiavel avait justement constaté que la cyclicité temporelle des événements et des régimes politiques – *a priori* proche des cycles polybiens, mais dont le Florentin se détache franchement¹⁵⁹ –, permettait à des dispositifs anciens d'apporter des solutions à des événements contemporains qui, sans jamais être totalement semblables aux périodes antérieures, partagent néanmoins avec elles des traits communs. Ainsi, l'on doit par exemple constater combien l'intuition¹⁶⁰ machiavélique d'encadrer les pouvoirs d'exception de piliers juridiques infranchissables peut bénéficier à l'acception actuelle des pouvoirs de crise. D'ailleurs, l'on constatera que le droit anglo-américain et français s'inspire, à des degrés divers, de ces mécanismes, les complétant¹⁶¹ même au gré de ses propres évolutions. D'un autre côté, cet anachronisme volontaire permet d'éclairer des événements passés à l'aune d'une réflexion plus moderne, et aide ainsi à les mieux comprendre en les observant à travers un axe nouveau. C'est en ce sens que le propos schmittien permet de mettre à nu certains rouages révolutionnaires, montrant par exemple que malgré son universalisme supposé, un tel mouvement a recréé des structures fortement inégalitaires et violentes. En effet, on constate que la période jouxtant le premier décisionnisme révolutionnaire anglo-américain et français procède d'un schéma proche de celui que les révolutionnaires voulaient pourtant abolir. Ainsi, la proclamation républicaine

¹⁵⁹ La théorie polybienne de succession des régimes politiques suppose trois régimes purs desquels peuvent dériver trois régimes « dégénérés ». Ainsi, la monarchie – forme pure – peut dégénérer en tyrannie, l'aristocratie en oligarchie, et la démocratie en ochlocratie (le terme correspond au pouvoir de la foule, de la masse passionnée et manipulable, et s'éloigne donc de l'idée démocratique de gouvernement du peuple). Bien que Machiavel reprenne cette idée de cycle dans ses *Discours* – sans d'ailleurs jamais citer Polybe nommément –, il serait faux de l'y rattacher. On sait en effet que chez Polybe, l'anacyclose est déterminée par une force naturelle, et donc rattachée à un jusnaturalisme antique, selon lequel la succession cyclique des gouvernements suivrait le cycle de la nature. Machiavel s'y refuse pour deux raisons principales. D'une part il rattache cette circularité à l'évolution du temps, à la réalité de l'histoire et même parfois à une forme d'aléa, et considère ainsi que « le hasard a donné naissance à toutes les espèces de gouvernements parmi les hommes » (Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 384). D'autre part – et c'est ce point de vue que nous retiendrons –, il rattache ce cycle à la nature humaine, ainsi que le confirme Thomas Berns (voir Thomas BERNs, *Violence de la loi à la Renaissance – L'originnaire du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, 2000, p. 80) : « chaque étape du cycle s'explique uniquement par des motifs humains, alors que chez Polybe, ces derniers étaient ressentis comme des manifestations (ou des effets) de la loi de nature ».

¹⁶⁰ Cf. *infra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 2, B.

¹⁶¹ Cf. *infra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

du premier *Commonwealth* de 1649¹⁶² reproduit un schéma d'opposition entre amis – fidèles au Parlement, protestants – et ennemis – les opposants à la révolution, les monarchistes et les papistes¹⁶³ –, empêchant toute stabilité républicaine, et entraînant par conséquent de nouveaux soulèvements. D'une semblable manière, les Articles de la Confédération, rédigés dès 1777, mais appliqués à partir de 1781, ne parviendront pas à établir l'égalitarisme prôné par les treize colonies d'Amérique du Nord, et plongeront l'ordre nouveau dans des conflits qu'incarne par exemple la révolte *shaysite*¹⁶⁴. Pareillement, le contexte français de la toute fin du XVIII^e siècle, malgré les événements de 1789, la proclamation républicaine de 1792, puis l'exécution du roi, demeurera marqué d'une « *volonté punitive* »¹⁶⁵ furieuse pouvant s'en prendre à tout individu, opposant les amis de la République aux « *ennemis du peuple* »¹⁶⁶. Un tel acharnement, on le verra, se situe là encore à l'opposé de l'aspiration universaliste initiale des révolutionnaires français, dès lors qu'il semble rompre avec l'idéal d'égalité naturelle entre tous les individus, autant qu'avec celui de salut du peuple compris comme loi suprême.

À cette perspective anachronique s'ajoute une dimension diachronique, c'est-à-dire que l'on cherche à observer l'évolution, dans le temps, du phénomène de situation exceptionnelle, mais aussi et surtout l'évolution de la manière dont il est pris en charge. Une telle méthode révèle encore un intérêt certain, car elle donne à voir que certains éléments demeurent constants malgré l'écoulement du temps, mais éclaire aussi un certain nombre de variables. D'un côté, on constate ainsi que l'exception, malgré les époques, fait irrémédiablement appel à des pouvoirs relativement forts. En effet, que l'on se place au stade de la fondation étatique, ou bien au cœur de l'État fondé, les moyens propres à endiguer l'exception témoignent d'une radicalité tangible. Ainsi, alors que le contexte révolutionnaire fait preuve d'un décisionnisme fondateur particulièrement violent, le contexte actuel de menace terroriste tend à conférer à l'Exécutif des pouvoirs toujours plus larges. La nécessité de maintenir et même de renforcer les piliers juridiques entourant

¹⁶² Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 388 : *An Act declaring England to be a Commonwealth* (19 mai 1649).

¹⁶³ Il s'agit du terme péjoratif par lequel les protestants anglais – en particulier les puritains – désignaient l'église catholique romaine et l'autorité du pape.

¹⁶⁴ Cf. *infra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2, A, 2.

¹⁶⁵ Jean DÉRENS, « La Terreur », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/la-terreur/>].

¹⁶⁶ France, *Loi concernant le Tribunal révolutionnaire*, 10 juin 1794, art. 4.

l'exercice des pouvoirs de crise, formulée avec force par les théoriciens¹⁶⁷ autant que les praticiens¹⁶⁸ du droit, illustre cette intensification progressive des pouvoirs d'exception. D'un autre côté, on doit également relever que l'évolution du temps modifie malgré tout l'appréhension de ces mêmes pouvoirs de crise. Ainsi constate-t-on qu'après que les trois États ici observés soient parvenus à ériger, progressivement, un paradigme républicain suffisamment stable, la volonté de rendre cet ordre pérenne a substantiellement influencé l'acceptation de ces pouvoirs, qui alors ne devaient plus avoir de vocation instauratrice, mais plutôt restauratrice. C'est pour cette raison que l'idée de recours à la décision souveraine – tout à la fois destructrice et fondatrice – tend, sans néanmoins jamais disparaître totalement, à être supplantée au profit d'une acception commissariale qui, voyant son exercice entièrement déduit du droit positif de l'État, est plus apte à le préserver en cas de crise.

Au fond, l'on peut affirmer, avec Nicole Loraux, qu'il est tout à fait possible d'assumer « *une certaine dose d'anachronisme* »¹⁶⁹ et de diachronie, dès lors que ces modes opératoires permettent d'affirmer une démonstration. Or, la juxtaposition des procédés anachronique et diachronique nous semble apporter une richesse réelle aux propos défendus dans la présente étude. Cette méthode démontre en effet que des mécanismes issus du passé peuvent aider à résoudre des problématiques très actuelles, autant qu'une réflexion contemporaine peut donner une dimension nouvelle à des événements antérieurs. Et, dans le même temps, elle permet de mettre en perspective la fixité autant que la mutation de certains mécanismes juridiques au gré des évolutions historiques.

¹⁶⁷ Voir en ce sens : Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 124. Les auteurs démontrent que la loi sur l'état d'urgence (dans sa version du 20 novembre 2015) contient des « *garanties insuffisantes* » à l'égard des citoyens. Par exemple, concernant la saisine de la juridiction administrative dans le cadre des perquisitions administratives et des assignations à résidence, ils constatent que « *le juge arrive toujours trop tard* » (p. 125), et son rôle consiste alors plus souvent à compenser le préjudice qu'à empêcher la mesure attentatoire aux libertés, dans l'hypothèse où elle n'était pas justifiée.

¹⁶⁸ Voir en ce sens : Jean-Jacques URVOAS, *Rapport après engagement de la procédure accélérée, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*, n° 3237, p. 28. Parmi les mesures visant à renforcer les garanties juridiques encadrant l'état d'urgence, Jean-Jacques Urvoas proposait de renforcer les modalités de contrôle de son exercice. Il disait en ce sens : « *Par voie d'amendements, je vais donc vous proposer de conforter le rôle du Parlement comme autorité de contrôle durant toute la durée de l'état d'urgence, et cela avec d'autant plus le souci du détail que le contrôle juridictionnel des mesures prises relève de la compétence du juge administratif* ».

¹⁶⁹ Nicole LORAUX, « Éloge de l'anachronisme en histoire », *Espaces Temps*, vol. 87, 2005, p. 129.

E. Intérêts et enjeux du sujet

Les intérêts du présent travail se déclinent en deux aspects : au travers du prisme de l'actualité, et sous un angle pratique.

D'un côté, ce travail s'inscrit au cœur de l'actualité la plus récente, confrontée à la menace terroriste. Or, il nous semble qu'il revient au chercheur en droit – évidemment aux côtés d'autres disciplines – de comprendre le monde au sein duquel il vit, en s'efforçant de recourir aux matériaux qu'il possède afin d'éclairer le réel. À ce titre, tenter de décrypter la notion d'exception en l'inscrivant dans une perspective large, tout à la fois évolutive et comparée, et supposant d'incessants allers-retours entre théorie et pratique, nous a paru être un moyen de mieux la comprendre, pour peut-être mieux l'expliquer. Par là même, cet exercice nous a semblé répondre à cette définition d'un juriste attentif à la vie de la cité.

D'un autre côté, ce travail pourrait, modestement, révéler un véritable intérêt pratique. En effet, les problématiques ici soulevées, gravitant autour du phénomène actuel d'exception – et qui finalement se posent aussi dans le réel, autant à l'échelle étatique qu'au sein de la société –, trouvent toutes une réponse au travers de la formulation d'une série de propositions opérationnelles¹⁷⁰, dont on s'est efforcé, systématiquement, de rechercher la possible applicabilité concrète. C'est à cette fin qu'une entrevue avec Philippe Bas, président de la commission des lois du Sénat, autant que divers échanges avec Julien Autret, anciennement administrateur principal à la commission des lois de la même Chambre, et aujourd'hui conseiller parlementaire au sein du cabinet du ministre de l'Intérieur, nous ont été d'une aide précieuse afin de confronter nos propositions à la réalité. Ce travail ne s'inscrit donc pas dans une unique perspective théorique, car au travers de ses questionnements, il a une finalité pratique : celle d'identifier les réformes envisageables du droit positif, dans le but de renforcer les garanties conférées par l'État de droit, face aux crises actuelles. Mais une telle volonté suggère de s'appuyer d'abord sur des éléments théoriques, et c'est en ce sens que la confrontation des présupposés machiavélo-schmittiens au droit positif nous a semblé nécessaire à l'émergence d'une réflexion prospective concrète.

Ainsi, puisque toute tentative de formuler des propositions applicables à un avenir inconnu doit – pour être viable – s'appuyer sur ce qui est connu, il convient au préalable de

¹⁷⁰ Si l'intégralité de ce travail tente de formuler des solutions face aux problématiques soulevées par la situation exceptionnelle, les plus concrètes et opérationnelles de ces propositions se situent en sa conclusion.

s'attacher à restituer les implications que supposent les notions de situation exceptionnelle et de pouvoirs de crise. Il s'agira pour cela d'envisager, dans un premier temps, que la situation exceptionnelle et les pouvoirs qu'elle appelle peuvent apparaître comme le fondement nécessaire d'un ordre nouveau (Première partie). Mais il faudra, dans un second temps, constater qu'au sein de cet ordre fondé, le recours aux pouvoirs exceptionnels en cas de crise – bien qu'étant absolument indispensable à la survie de l'État – peut à la fois mettre gravement en péril son existence (Seconde partie).

PREMIÈRE PARTIE : LA SITUATION EXCEPTIONNELLE COMME FONDEMENT NÉCESSAIRE D'UN ORDRE NOUVEAU

Les conceptualisations de Machiavel et Schmitt révèlent des points de convergence et de désaccord, semblant prendre une intensité particulière dans leur approche du phénomène d'exception. Le recours à ces auteurs apparaît alors essentiel dans l'observation du mouvement révolutionnaire anglo-américain et français, dès lors que leur confrontation permet d'éclairer la compréhension d'une telle situation exceptionnelle.

En effet, dans un premier temps, les propositions machiavélo-schmittiennes permettent de cerner la convergence existant entre ces trois États, concernant les sources de la situation exceptionnelle. Celle-ci provient d'une inégalité dans la jouissance des libertés individuelle et politique, causée par la corruption de la loi positive. Une telle situation semble ne pouvoir être résolue qu'au travers de pouvoirs d'exception issus d'un jusnaturalisme, capables d'instaurer un ordre nouveau visant la restauration d'une égalité au sein du corps social (Titre 1). Pourtant, dans un second temps, une divergence naît lorsqu'il s'agit de déterminer les mécanismes juridiques permettant la pérennité de cet ordre nouveau. Alors que la théorie schmittienne suggère la perpétuation d'un décisionnisme souverain fondateur au sein de cet ordre, Machiavel préconise la valorisation d'un juspositivisme capable de maintenir une certaine stabilité étatique. Sans nier un anachronisme évident, le propre du droit anglo-américain et français est ici de nourrir sa quête de stabilité républicaine de l'influence des deux auteurs. Ainsi, il recourt d'abord au décisionnisme souverain de Schmitt dans son constitutionnalisme succédant au premier mouvement révolutionnaire, puis, progressivement, souscrit au juspositivisme républicain de l'auteur de Florence (Titre 2).

Titre 1 : L'instauration d'une situation normale par un retour au droit naturel

La richesse théorique permet-elle de saisir en pratique quels sont les sources autant que les moyens de rompre avec une situation d'exception afin de fonder un ordre nouveau ? Il semble sur ce point que les concepts développés par Machiavel et Schmitt offrent un éclairage utile sur le phénomène révolutionnaire anglo-américain et français, permettant de comprendre que ce dernier renvoie à une pure situation d'exception.

Dans un premier temps, celle-ci procède d'une inégalité – parmi les membres du corps social – dans la jouissance des libertés individuelle et politique. Cette forme de partialité provient d'une corruption de la loi positive, et entraîne une remise en cause de l'ordre étatique, au profit d'un retour à une forme d'état de nature. En son sein se trouve une loi naturelle égalitaire, capable de fonder un nouvel ordre juste. À ce titre, la situation d'exception traduit essentiellement l'entrée en rivalité de deux ordres juridiques (Chapitre 1). Dans un second temps, la réalisation effective des principes égalitaires de la loi de nature suggère la mise en œuvre d'un droit naturel à l'existence, porté par le titulaire de la souveraineté de crise, visant la fondation d'une situation normale nouvelle par l'éradication préalable de l'ordre ancien (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'entrée en rivalité de deux ordres juridiques

Au-delà de différences tenant à leurs époques et à leurs conceptions respectives de la règle de droit, il est possible d'opérer, chez Machiavel et Schmitt, un certain nombre de rapprochements théoriques, notamment concernant la compréhension qu'ils ont de la notion de situation exceptionnelle. Pour rendre compte – en pratique – de l'exactitude autant que des limites de leurs approches, il convient de les envisager à la lumière d'événements concrets. À ce titre, l'instabilité sociale et institutionnelle du milieu du XVII^e siècle anglais, la situation de crise touchant l'Amérique dès les années 1770, mais aussi le mouvement révolutionnaire français de la fin du XVIII^e siècle, présentent un attrait véritable puisqu'ils révèlent, eux aussi, une forme d'exceptionnalité. Afin de déterminer si les cas anglo-américain et français peuvent faire l'objet d'une lecture machiavélo-schmittienne quant à la situation exceptionnelle, il convient d'abord de relever les critères principaux d'une telle situation chez ces deux auteurs, puis de les confronter à ces trois périodes. À ce titre il peut être observé, chez le secrétaire florentin tout comme chez le juriste allemand, que la situation exceptionnelle renvoie à l'entrée en rivalité de deux ordres juridiques. En effet, l'exception engendre d'abord un rejet du droit positif applicable en situation normale, ouvrant le champ à un état nouveau (Section 1), au sein duquel s'appliquera ensuite le droit naturel (Section 2).

Section 1 : Le rejet du juspositivisme

Les conceptualisations de la situation exceptionnelle, faites par Machiavel et Schmitt, apparaissent tout à fait proches, et peuvent être mises en perspective concrète au travers des événements révolutionnaires anglo-américains et français. Ainsi, tous deux relèvent que les privations de libertés individuelle et politique opérées par le droit positif peuvent entraîner une situation d'exception (§ 1). Or, le droit positif applicable en situation normale étant *a priori* incompatible avec cette dernière, s'ouvre l'hypothèse d'un retour à l'état de nature (§ 2).

§ 1. La corruption de la loi comme source de sa contestation

Il faut d'abord constater que par une interaction entre libertés individuelle et politique – assurée par la loi –, Machiavel et Schmitt envisagent une possible stabilité de l'État que semble partager la pensée anglo-américaine et française (A). Mais dès lors que le droit positif engendre des inégalités entre les individus quant à la jouissance de ces libertés, l'on doit ensuite nécessairement observer le surgissement d'une contestation à l'encontre de cette loi relevant de la situation normale (B).

A. Une réflexion nouvelle sur la stabilité étatique

Il se dessine, chez Machiavel et Schmitt (1) autant que dans le cours des événements anglo-américains et français des XVII^e et XVIII^e siècles (2), une même ligne directrice permettant d'échapper à ce qui, de prime abord, se présente comme une indépassable distance temporelle et géographique. De tout point de vue en effet, on relève qu'un contexte très troublé se présente, paradoxalement, comme le point de départ d'une réflexion axée sur la volonté d'obtention d'une stabilité étatique, rendue possible par la réalisation effective de libertés individuelle et politique au bénéfice du plus grand nombre. Si tous semblent envisager cette réalisation par la loi, il est absolument nécessaire de souligner qu'ils ne proposent pas encore réellement de mécanismes législatifs permettant sa concrétisation.

1. L'indissociabilité entre les libertés individuelles et la liberté politique

La conception faite par Machiavel et Schmitt de la situation exceptionnelle semble ne pouvoir être abordée sans retranscrire au préalable, même brièvement, le contexte au

sein duquel elle s'inscrit. C'est en ce sens que Fichte écrit à propos de Machiavel que « l'époque de notre écrivain, c'est là tout particulièrement, une donnée que, pour le juger, on ne doit jamais perdre de vue »¹⁷¹, quand Julien Freund souligne que « pour comprendre les conceptions de Carl Schmitt il faut [...] se replacer à l'époque où sa pensée politique s'est formée »¹⁷². Alors que la Renaissance italienne renvoie à un territoire morcelé¹⁷³ et en proie aux divisions, témoignant d'« une série de douloureuses contradictions issues du contraste flagrant entre son avance économique et culturelle d'une part, et son retard politique et militaire d'autre part »¹⁷⁴, l'Allemagne d'époque schmittienne, au sortir de la première guerre mondiale, revêt une même désunion. Le 28 juin 1919, le Traité de Versailles marque officiellement la fin de la guerre. Il ampute le pays d'une partie de son territoire¹⁷⁵ et de sa population, le séparant en entités distinctes¹⁷⁶. Ainsi voit-on déjà que chez ces deux auteurs, une sorte de « filiation théorique souterraine renvoie à une expérience commune du chaos de la guerre civile et de la guerre extérieure, et de la perte d'autonomie politique consécutive de leur État, où s'enracine leur intérêt "méthodologique" [...] pour les situations extrêmes »¹⁷⁷. Or, de tels contextes révèlent un véritable intérêt car au travers de cette instabilité qui les caractérise – d'une même manière –, ils apparaissent comme le lieu d'une réévaluation des notions de droit, de liberté, de stabilité, et finalement de la conceptualisation même de l'État, permettant une large réflexion politique et juridique. En ce sens, l'époque de Machiavel peut être abordée comme celle de l'émergence d'un républicanisme et d'un humanisme classiques¹⁷⁸, prônant

¹⁷¹ Johann-Gottlieb FICHTE, *Sur Machiavel et sur des passages de ses œuvres*, désormais dans *Machiavel et autres écrits philosophiques et politiques de 1806-1807*, Payot, 1981, p. 87.

¹⁷² Julien FREUND, préface de *La notion de politique*, Carl SCHMITT, Flammarion, 1992, p. 15.

¹⁷³ L'Italie est à cette époque divisée en cinq provinces rivales, que sont Florence, Naples, Venise, Rome et Milan.

¹⁷⁴ Patrick DUPOUEY, *Machiavel – le Prince*, Nathan, 1982, p. 16.

¹⁷⁵ Eupen et Malmédy reviennent à la Belgique, le Schleswig du Nord revient au Danemark, l'Alsace-Lorraine est rétrocédée à la France.

¹⁷⁶ Dans le droit fil de ses amputations territoriales, l'Allemagne est divisée en deux entités distinctes, séparées par le corridor de Dantzig.

¹⁷⁷ Julien BRUNET, « Partisans de la politique : Carl Schmitt au miroir de Machiavel et de Clausewitz », *Machiavel Clausewitz – Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Carl SCHMITT, Krisis, 2007, p. 13.

¹⁷⁸ L'humanisme classique naît à l'époque de la Renaissance en Italie et se diffusera dans toute l'Europe. Il se réapproprie les valeurs, la culture, la littérature et la philosophie de l'Antiquité classique et en fait la base de sa connaissance. L'humanisme classique place l'homme au centre de sa réflexion, et l'envisage comme un être bon. Cette pensée se décline en deux parties : d'une part, sur le fond, elle cherche l'accomplissement moral et intellectuel de l'homme par lui-même, son épanouissement absolu, la recherche de son humanité. D'autre part, sur la forme, elle suppose une pédagogie particulière, les humanités. Elles sont la méthode permettant justement à l'homme de s'accomplir, d'accomplir son humanité, par une synthèse de l'érudition et de la vertu.

les libertés républicaines contre les velléités monarchiques, et plus particulièrement – notamment selon Hans Baron – comme un mouvement de rupture contre l’oppression politique au profit de l’humanisme civique¹⁷⁹, permettant la fondation d’un État durable. D’une façon comparable, Quentin Skinner constate que les humanistes italiens du début du XV^e siècle « *s’investissent principalement dans l’idéal de liberté républicaine, focalisant leur attention sur sa mise en danger et sur la meilleure manière de préserver cette liberté* »¹⁸⁰, afin de préserver la stabilité étatique. L’auteur soulève ici la problématique de la coexistence entre les libertés des citoyens et le bien-être de la collectivité dans son ensemble, qu’il rattache à la difficile conciliation entre les libertés individuelle et politique, regroupées sous le terme de libertés républicaines. L’époque schmittienne s’inscrit elle aussi dans un mouvement de réflexion attaché à l’idée d’une stabilité étatique. On peut ici songer à Max Weber, qui développe une sociologie de l’État où ce dernier – sorte de « *grande entreprise* »¹⁸¹ autonome – parvient à une stabilité en étant compris comme un groupement disposant du monopole de la violence légitime. De même, la pensée normativiste de Krabbe propose une « *théorie de l’État social* »¹⁸² qui, dépersonnalisant l’exercice du pouvoir étatique, pourvoit à sa pérennité face aux crises. Dans cette même conception juridique, Hans Kelsen développe une identité entre l’État et l’ordre juridique, au sein duquel la « *“positivité“ d’un droit [...] “posé“ par la volonté* »¹⁸³ est gage de stabilité. Le contexte schmittien révèle donc, d’une même manière, cette nécessité de penser l’ordre et la stabilité face aux causes de leurs possibles mises en péril.

Machiavel et Schmitt s’avèrent en l’occurrence d’un intérêt central, dès lors que tous deux développent d’une manière tout à fait proche, au regard d’un contexte d’instabilité, cette idée d’une stabilité étatique, qu’ils rattachent essentiellement à une égalité de tous dans la jouissance des libertés individuelle et politique, parce que cet égalitarisme permet la satisfaction des intérêts du plus grand nombre, empêchant ainsi la formation de factions majoritaires pouvant nuire à l’État. C’est très clairement à la loi que

¹⁷⁹ Hans Baron a développé la notion d’humanisme civique. Voir en ce sens : Hans BARON, *The Crisis of the Early Italian Renaissance*, Princeton University Press, 1966. Pour une approche plus contemporaine de la notion, et pour percevoir le lien possible entre cet humanisme civique et la conception républicaine de Machiavel, voir : J.G.A. POCKOCK, *Le moment machiavélien*, P.U.F., 1997.

¹⁸⁰ Quentin SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Albin Michel, 2001, p. 118.

¹⁸¹ Wolfgang PALAVER, « Carl Schmitt, mythologue du politique », postface de *Le Léviathan dans la doctrine de l’État de Thomas Hobbes : sens et échec d’un symbole politique*, Carl SCHMITT, Seuil, 2002, p. 192.

¹⁸² Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 58.

¹⁸³ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l’État*, L.G.D.J., Bruylant, 1997, p. 438.

revient, chez l'auteur florentin, la tâche d'organiser un républicanisme stable, dès lors que chez lui, « *il n'est point de parti ou de faction là où les lois sont en vigueur* »¹⁸⁴. Bien que défenseur d'un décisionnisme radical, Schmitt semble reconnaître – sans néanmoins l'affirmer explicitement – qu'à terme, la stabilité étatique dépend de la capacité de la norme positive à prendre acte de la volonté nationale, qui par sa propre décision, vise à « *empêcher tous les autres groupements sociaux opposés de se dissocier jusqu'à l'antagonisme suprême (c'est-à-dire jusqu'à la guerre civile)* »¹⁸⁵. Or cette stabilité, rendue possible au travers de la loi, n'est envisageable que lorsque cette dernière reconnaît à tous les individus des libertés individuelles, qu'ils seront capables de préserver au travers d'une participation politique. C'est en un tel sens que Machiavel assigne à la loi, au sein de la république, la fonction de fonder et de conserver « *la pureté de ses mœurs* »¹⁸⁶ égalitaires. Pour lui en effet, « *chaque État libre doit fournir au peuple un débouché normal à son ambition, et surtout les républiques* »¹⁸⁷, supposant par là même la reconnaissance et surtout la garantie à chacun d'intérêts personnels pouvant être assurés par une participation politique conférée à tous, elle aussi garantie par la loi. Maurizio Viroli relève d'ailleurs à ce sujet que chez l'auteur florentin, « *l'intérêt commun que les citoyens tirent de la vie républicaine consiste dans le pouvoir de la libre jouissance de ses biens sans inquiétude* »¹⁸⁸. Or, cette libre jouissance d'intérêts divers suggère obligatoirement qu'il existe des « *rapports entre le pouvoir et le peuple* »¹⁸⁹, supposant une forme de représentation « *liant le Prince à ses conseillers* »¹⁹⁰. Sur ce point, Machiavel considère en effet que jamais ne « *nuit à la liberté* »¹⁹¹ une « *autorité [...] conférée par les suffrages du peuple* »¹⁹². C'est à ce titre que le prince ne doit ni légiférer « *ni gouverner dans l'isolement, car il perdrait dès lors son autorité* »¹⁹³. Machiavel rattache donc clairement la stabilité républicaine à une garantie

¹⁸⁴ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 456.

¹⁸⁵ Carl SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, Seuil, 1985, p. 143.

¹⁸⁶ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 456.

¹⁸⁷ *Id.*, p. 391.

¹⁸⁸ Maurizio VIROLI, « Républicanisme, libéralisme et communautarisme », *Klesis Revue philosophique*, n° 18, 2001, p. 2-3. L'auteur reprend ici, à quelques mots près les mots de Machiavel. Voir en ce sens : Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 424 : Machiavel évoque « *ces avantages communs que procure la jouissance de la liberté, ce plaisir inexprimable de jouir de ses bienfaits sans inquiétude, de n'avoir à craindre, ni pour l'honneur de sa femme, ni pour ses enfants, ni pour soi-même* ».

¹⁸⁹ Serge AUDIER, *Machiavel, conflit et liberté*, E.H.E.S.S., Librairie philosophique J. Vrin, 2005, p. 170.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 456.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ Serge AUDIER, *Machiavel, conflit et liberté*, E.H.E.S.S., Librairie philosophique J. Vrin, 2005, p. 170.

effective des libertés individuelle et politique. Dans un même sens, bien qu'avec une nécessaire nuance¹⁹⁴, l'on doit relever avec Sébastien Roman cette idée schmittienne d'une forme démocratique envisagée sous l'angle d'une « égalité "spécifique" »¹⁹⁵. L'égalité dont il s'agit ici n'existe certes que « *sur un plan intérieur, au sein d'une nation* »¹⁹⁶, en ce sens que « *les citoyens sont uniquement égaux entre eux, aucunement avec les étrangers* »¹⁹⁷, y compris ceux vivant sur le même territoire que les nationaux. Pour autant, il faut constater malgré tout chez lui l'idée d'une stabilité de l'État supposant que les choix et libertés d'une nation – sa « *spécificité* »¹⁹⁸, sa « *volonté* »¹⁹⁹, ses « *intérêts [...]* et [...] *aspirations* »²⁰⁰ propres –, trouvent à se concrétiser à une échelle étatique. Ainsi est perceptible l'idée d'une participation politique visant à satisfaire des libertés, au sens où les gouvernants sont nécessairement – et exclusivement – l'incarnation de la nation et de ses volontés. D'ailleurs, le juriste allemand distingue clairement la représentation de la commission. Alors que la première suggère une indépendance des gouvernants vis-à-vis des électeurs, affaiblissant le pouvoir de ses derniers, la seconde renvoie à une émanation du corps national uni, qui pour des raisons techniques et pratiques, sollicite la désignation de commissaires, qui demeurent néanmoins les simples « *serviteurs de la collectivité* »²⁰¹. La nette préférence de Schmitt pour cette dernière approche renforce d'autant son adhésion à l'idée d'une nécessaire participation politique de la nation, favorable à la stabilité étatique. Ainsi chez Schmitt, comme chez Machiavel, la loi renvoie clairement à cette notion de participation politique de la nation au bénéfice de ses libertés, puisqu'une constitution par

¹⁹⁴ Voir sur ce point : Carl SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, Seuil, 1985, p. 28-39. Les critiques faites par Schmitt du parlementarisme moderne et démocratique, qui dans son acception représentative tend à détacher le représenté du représentant, sont assez radicales. Voir encore : Marie GOUPY, *L'essor de la théorie juridico-politique sur l'état d'exception dans l'entre-deux guerres en France et en Allemagne : une genèse de l'état d'exception comme enjeu pour la démocratie*, École Normale Supérieure de Lyon, 2011, p. 410. À propos de Schmitt, l'auteure constate que « *le juriste n'a pas pour principale cible le libéralisme, ni le rationalisme politique, mais bien la démocratie* ». Pour autant, l'on doit relever que Schmitt s'insurge principalement contre le parlementarisme moderne et la tendance de la démocratie représentative à détacher le représenté de son représentant. Il ne s'oppose donc pas au principe démocratique dans sa substance propre et originale, mais plutôt à l'application qui en est faite.

¹⁹⁵ Sébastien ROMAN, *Conflit civil et imaginaire social – Une approche néo-machiavélienne de la démocratie par l'espace publique dissensuel*, École Normale Supérieure de Lyon, 2011, p. 229.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 215.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Id.*, p. 134.

²⁰¹ *Id.*, p. 350. Schmitt reprend ici les termes de l'article 130, al. 1 de la Constitution weimarienne du 11 août 1919.

exemple, précisément en tant que structure normative « *de l'ordre social d'un État* »²⁰², incarne cette idée que « *le pouvoir constitué n'est toujours qu'une expression particulière, par défaut, du pouvoir constituant* »²⁰³ de la nation et de ses aspirations. Plus encore, une telle conception de la loi fondamentale est nécessaire à la stabilité étatique, dès lors que « *l'État cesserait d'exister si cette constitution – c'est-à-dire cette unité et cet ordre – cessait* »²⁰⁴. Ces deux auteurs peuvent, en ce sens, être réunis sous une commune idée d'indissociabilité des libertés individuelle et politique conférées au plus grand nombre par la loi, et permettant ainsi la stabilité étatique. Malgré une proximité de pensée, l'on doit déjà souligner que Machiavel s'attache davantage²⁰⁵ que Schmitt à faire de la norme positive un instrument de garantie effective et égalitaire des libertés individuelle et politique.

2. Les libertés républicaines dans le contexte anglo-américain et français

Un même mouvement de réflexion sur la problématique des libertés et la stabilité étatique caractérise la pensée anglo-américaine et française des XVII^e et XVIII^e siècles. Ces époques sont, comme celles de Machiavel et Schmitt, tout à la fois troublées et créatrices « *de multiples questions morales, politiques et théoriques* »²⁰⁶. La richesse de cette réflexion marquera d'ailleurs l'évolution politique de ces époques, au point de relever, avec Myriam-Isabelle Ducrocq, que « *le siècle de Hobbes, de Harrington, de Sidney et de Locke fut une matrice essentielle de la modernité politique* »²⁰⁷. L'Angleterre du XVII^e siècle peut en ce sens être comprise « *comme un fabuleux terrain d'expérimentation d'où surgissent les grands modes de pensée de l'époque moderne* »²⁰⁸, et dont la voie a – au moins partiellement – été ouverte par Machiavel. De même, les écrits de penseurs américains tels que Thomas Jefferson, James Madison, John Jay ou encore Alexander Hamilton, peuvent être vus « *comme la réflexion théorique de la nouvelle compréhension*

²⁰² *Id.*, p. 132.

²⁰³ Sébastien ROMAN, *Conflit civil et imaginaire social – Une approche néo-machiavélienne de la démocratie par l'espace public dissensuel*, École Normale Supérieure de Lyon, 2011, p. 229.

²⁰⁴ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 132.

²⁰⁵ Cette divergence sera explicitée dans de prochains développements, cf. *infra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2.

²⁰⁶ J.G.A. POCOCK, « L'œuvre politique de Harrington », *Océana*, James HARRINGTON, Belin, 1995, p. 25.

²⁰⁷ Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 15.

²⁰⁸ *Id.*, p. 21.

du politique qui émerge de l'expérience révolutionnaire américaine »²⁰⁹. D'une manière proche, Jean-Clément Martin souligne que la fin du XVIII^e siècle français constitue « *une rupture considérable [...], inventant de nouveaux rapports sociaux et créant une langue politique inédite* »²¹⁰, c'est-à-dire « *rompant la chaîne des temps* »²¹¹ afin de jeter « *les bases d'une nouvelle culture politique* »²¹² dans un contexte troublé.

Cette réflexion théorique conçoit également la stabilité républicaine dans la perspective égalitaire d'un rapport étroit entre les libertés individuelle et politique. Ce lien est présent chez l'écrivain anglais James Harrington, mais aussi chez l'historien américain Frederick Jackson Turner, autant que chez le philosophe Jean-Jacques Rousseau. Ainsi, les deux premiers semblent développer une même idée d'« *équilibre de la propriété* »²¹³, ou d'équilibre égalitaire de la « *balance* »²¹⁴ renvoyant à un amalgame vertueux entre la liberté individuelle et la participation politique, assuré par la loi au bénéfice de la république. Le troisième, bien que « *partisan de la liberté positive* »²¹⁵ au sens de la participation politique, n'abandonne pas pour autant « *l'individu indépendant* »²¹⁶, considérant comme « *irrépressible la revendication individuelle* »²¹⁷. Derrière ce terme, ils entendent que la stabilité de l'État suppose un égalitarisme dans la jouissance des libertés individuelles – presque exclusivement envisagé à travers une égale répartition de la propriété privée dans la pensée anglo-américaine –, devant être reproduit à l'échelle de la liberté politique, entendue comme la participation du plus grand nombre au processus de décision. Ici, il s'agit de « *croire que pour s'affranchir des contraintes il peut être utile de s'unir dans une action collective* »²¹⁸, et en d'autres mots, « *la liberté négative devient alors l'objet d'une volonté positive* »²¹⁹. En ce sens, Harrington relève qu'« *une république égale est celle qui l'est à la fois dans la balance ou les bases, et dans l'édifice ; c'est-à-dire dans*

²⁰⁹ Dick HOWARD, *Aux origines de la pensée politique américaine*, Buchet-Chastel, 2004, p. 331.

²¹⁰ Jean-Clément MARTIN, Marc THIVOLET, « Révolution française », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/revolution-francaise/>].

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*

²¹³ Voir en ce sens : James HARRINGTON, *Océana*, Belin, 1995. Le terme y est largement développé.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Mona OZOUF, « Liberté », *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Tome 4, François FURET, Mona OZOUF, Flammarion, 2017, p. 258.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Id.*, p. 259.

²¹⁹ *Ibid.*

la distribution de ses terres et dans sa rotation »²²⁰, quand Turner précise, que « l'individualisme de la frontière a favorisé l'implantation de la démocratie »²²¹. Par là même, il suggérait que l'étendue immense qu'offrait la découverte du territoire américain était la promesse de chances égales pour l'exercice des libertés individuelles de chacun. Et il envisageait que cette égalité favoriserait une participation politique de tous, chacun ayant alors ses intérêts propres à exprimer auprès du corps social, dans le but de les préserver. Comme l'explique Jean-Fabien Spitz, Rousseau suggère quant à lui « *qu'il ne peut exister de liberté individuelle sans une certaine égalité de conditions* »²²², et cette égalité suppose, « *quant à la richesse, que nul citoyen ne soit assez opulent pour en pouvoir acheter un autre, et nul assez pauvre pour être contraint de se vendre* »²²³. Or, cette égalité de conditions semble reproduite à l'échelle politique dès lors que « *la fin de tout système de législation* »²²⁴, qui vise le « *plus grand bien de tous* »²²⁵ au travers de la participation politique de chacun, « *se réduit à deux objets principaux, la liberté [mais aussi] l'égalité* »²²⁶. C'est finalement dans une même ligne de pensée que l'auteur d'*Océana* considère que « *le pouvoir politique dérive du pouvoir économique* »²²⁷ et que le théoricien de la frontière américaine dispose que « *le pouvoir économique engendre [...] le pouvoir politique* »²²⁸. Pour ces deux auteurs en effet, la liberté individuelle engage une nécessaire expression politique visant à la satisfaire autant qu'à la préserver, et dès lors que la répartition de la propriété est suffisamment égalitaire, la participation politique peut également le devenir, et donc concourir à la garantie des intérêts divers du plus grand nombre. Dans cette perspective, l'État peut acquérir une certaine pérennité, puisque « *le secret de la stabilité de la république consiste en ce que la répartition du pouvoir reflète la*

²²⁰ James HARRINGTON, *Océana*, Belin, 1995, p. 257.

²²¹ Frederick Jackson TURNER, *La frontière dans l'histoire des États-Unis*, P.U.F., 1963, p. 26.

²²² Jean-Fabien SPITZ, « Rousseau et la tradition révolutionnaire française : une énigme pour les républicains », *Les études philosophiques*, n° 83, 2007, résumé de l'article.

²²³ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, 2001, p. 91.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 62.

²²⁸ Frederick Jackson TURNER, *La frontière dans l'histoire des États-Unis*, P.U.F., 1963, p. 27.

répartition des richesses »²²⁹. Avec une nécessaire nuance²³⁰, Rousseau relève que ce n'est pas à partir des intérêts individuels divergents, mais au travers du « *point dans lequel tous les intérêts s'accordent* »²³¹ que peut s'exprimer la souveraineté politique du peuple. Ainsi, contrairement à la conception anglo-américaine, c'est davantage la traduction politique de cet « *intérêt commun* »²³² – plutôt que « *l'opposition des intérêts particuliers* »²³³ – qui permet que la société soit gouvernée dans une perspective de stabilité.

Mais le contexte prérévolutionnaire, en Angleterre, en Amérique et en France, traduit une réalité opposée à ce schéma égalitaire, suggérant par conséquent déjà une possible instabilité, abordée par Machiavel et Schmitt.

B. L'instabilité de l'État favorisée par l'inégalité de la loi positive

Malgré une conceptualisation de la stabilité étatique rendue possible par la loi, l'analyse des faits semble témoigner d'un constat différent, permettant d'observer, *a contrario*, une loi créatrice d'instabilité, dès lors qu'elle conduit à des inégalités entre les individus quant à la jouissance des libertés individuelle et politique. C'est en ce sens que Machiavel et Schmitt développent l'idée d'une législation corrompue (1), quand les contextes anglo-américain et français révèlent une forme de partialité de la loi (2).

1. La corruption de la loi chez Machiavel et Schmitt

Tout en théorisant un rapport nécessaire entre libertés individuelle et politique, Machiavel constate leur ineffectivité dans le contexte italien du XV^e siècle, parce que les concernant, la loi ne vise pas à produire une égalité de jouissance au bénéfice du plus grand nombre. De ce fait, et bien que rattaché par certains points à la pensée du républicanisme

²²⁹ Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 62.

²³⁰ Dans la pensée de James Harrington et de Frederick Jackson Turner, c'est la somme des intérêts individuels divers qui s'empare de la participation politique. Dès lors qu'il existe assez d'égalité dans les libertés individuelles, cette égalité se reproduit dans le cadre de la participation politique, permettant alors la stabilité de l'édifice républicain. Rousseau opère lui une translation entre les intérêts individuels divergents et la participation politique. En effet, l'état de nature regorge d'intérêts particuliers opposés, créant une instabilité et rendant nécessaire l'établissement d'une société. Or, cette société ne peut acquérir de stabilité que parce que ces intérêts particuliers ont trouvé un point commun, une volonté générale pouvant s'exprimer par la souveraineté politique. Ainsi, entre les intérêts particuliers divergents et la participation politique, Rousseau intègre la notion de volonté générale, ce que les deux autres auteurs ne soulignent pas.

²³¹ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, 2001, p. 65.

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.*

classique de la Renaissance, son propos se distingue ici déjà par son originalité. Plutôt que d'envisager des libertés républicaines dont l'effectivité serait garantie par la loi, il part d'abord du présupposé selon lequel le droit positif peut nuire à l'existence de ces libertés, au point de les évincer. En d'autres termes, il s'agit d'envisager ici l'impact potentiellement négatif d'une telle légalité sur les libertés individuelle et politique, et non pas encore – cela fera l'objet d'autres développements²³⁴ – d'observer la capacité du droit positif à préserver ces mêmes libertés au profit de tous. Pour le Florentin, dès lors que la loi se détache d'une vocation égalitaire pour tendre vers une forme de partialité, la république risque de se corrompre et de se ruiner, car elle perdra alors le moyen de sa stabilité. En effet, si l'on conçoit avec Machiavel que « *les bonnes mœurs, pour se maintenir, ont besoin des lois* »²³⁵, l'on peut supposer qu'en l'absence de loi maintenant un égalitarisme permettant ces bonnes mœurs, celles-ci seront dissoutes. Autrement dit, lorsque la loi favorise les libertés individuelle et politique de certains groupements au mépris d'autres, les mœurs républicaines se perdent, emportant avec elles la république, dans la mesure où la stabilité de celle-ci dépend de l'effectivité de celles-là. C'est à cette inégalité que songe Patrick Dupouey lorsqu'il décrit l'impossible stabilité de Florence à l'époque machiavéenne, comparable à « *une république "politiquement morte"* »²³⁶. L'absence d'un égalitarisme garanti par le droit est tout à fait visible dans ce cadre florentin des XV^e et XVI^e siècles. On relève d'une part, concernant les libertés individuelles, que la loi opère une distinction et un favoritisme – à l'égard des premiers – entre les « *arts majeurs* »²³⁷, comprenant « *la banque, le gros commerce et l'industrie* »²³⁸ et les « *arts mineurs* »²³⁹, correspondant au petit commerce et à l'artisanat. D'autre part, à propos des libertés politiques, l'on relève qu'une large partie de la population, « *ouvriers, artisans, petits commerçants se trouvent expressément écartés de l'exercice du pouvoir* »²⁴⁰, puisque « *seule une fraction minoritaire de la population, fraction issue de l'ancienne noblesse et de la nouvelle bourgeoisie, jouit de droits politiques* »²⁴¹. C'est à partir de cette inégalité, issue d'une loi conférant des libertés à certains groupements au détriment d'autres, que Machiavel conçoit

²³⁴ Cf. *infra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2.

²³⁵ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 429.

²³⁶ Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, p. 20.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Id.*, p. 20-21.

²³⁹ *Id.*, p. 21.

²⁴⁰ *Id.*, p. 20.

²⁴¹ *Ibid.*

l'idée d'une « *république corrompue* »²⁴², au sein de laquelle de larges factions se forment, entraînant des conflits et la mise en danger du régime. Cette loi peut donc détruire la république puisque « *la démocratie est menacée de corruption quand les citoyens préfèrent l'inégalité et le luxe plutôt que la frugalité* »²⁴³. En effet, lorsque la loi renonce à maintenir une forme d'égalité, « *les mœurs républicaines se dissolvent [...] et la république est perdue* »²⁴⁴. De fait, la dimension liberticide de la loi engendre une réaction d'opposition violente de la part de ceux qui – largement majoritaires – se sentent évincés, et souhaitent obtenir un pouvoir politique visant à protéger leurs intérêts. On entre alors dans un cadre où la loi positive inégalitaire, relevant de la situation normale, tend à être contestée, générant une instabilité au sein de l'ordre établi.

Doté d'une même contradiction vis-à-vis de la pensée juridique lui étant contemporaine, Schmitt s'oppose également, bien que dans un autre contexte, aux lois positives qui, comme chez Kelsen par exemple, « *ne sont pas valides parce qu'en toute rigueur elles doivent l'être, mais parce qu'elles sont positives, sans égard à leurs qualités comme la rationalité, l'équité* »²⁴⁵ ou bien encore l'égalité telle que conçue par l'auteur allemand. C'est en ce sens d'ailleurs que Carlos-Miguel Herrera note que « *selon Schmitt, la théorie kelsénienne a perdu le sens politique de la démocratie, la substance de l'égalité démocratique* »²⁴⁶. Pour Schmitt, il y a en effet une certaine partialité de la loi, car sa validité ne dépend plus de sa conformité aux aspirations de la nation et à l'expression de ses libertés, mais simplement d'une contrainte prescriptive²⁴⁷. De plus, Schmitt entend le positivisme kelsénien comme destructeur du pouvoir d'autodétermination politique de l'individu, dans la mesure où, visant à l'élaboration d'une théorie pure du droit, il tend à en rejeter les éléments non juridiques, parmi lesquels se trouve la sphère du politique, reléguée dans le cadre de la science du droit, au même titre que la sphère sociologique. C'est à ce titre que Schmitt dénonce une propension liberticide de la loi positive, dès lors qu'elle devient un « *moyen au service de la coercition psychologique et du fonctionnement*

²⁴² Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 428.

²⁴³ Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2004, p. 28.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 137

²⁴⁶ Carlos-Miguel HERRERA, « Kelsen et le libéralisme », *Le droit, le politique autour de Max Weber*, Hans Kelsen, Carl Schmitt, l'Harmattan, 1995, p. 39.

²⁴⁷ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, L.G.D.J., Bruylant, 1997, p. 439 : « *La théorie qui présente la contrainte comme un caractère essentiel du droit est une théorie positiviste, et ne se rapporte qu'au seul droit positif* ».

rationnel, un moyen qui peut servir des fins et des contenus complètement divers et opposés »²⁴⁸. Le formalisme et la neutralité d'un tel positivisme engendrent en effet « un système de légalité étatique qui repose sur un fonctionnement rationnel, sans égard pour des finalités de contenu ou pour une vérité et une justice intrinsèques »²⁴⁹. Ainsi, un tel positivisme peut parfaitement entraîner des conséquences liberticides, et à ce titre, l'« appareil d'État bolchévique [...] dans les années 1917-1920 »²⁵⁰, tout en fonctionnant « selon des normes rationnelles »²⁵¹, et donc au travers d'un formalisme positiviste exemplaire, illustre de façon convaincante l'étouffement progressif des libertés individuelle et politique, dès lors qu'« il n'existe qu'une seule voie pour conserver un gouvernement purement bolchevique : la terreur politique »²⁵². C'est encore en ce sens que Wolfgang Palaver remarque que très tôt, « Schmitt s'est engagé dans la lutte contre toutes les formes de dépolitisation »²⁵³ préjudiciables à la nation, notamment contre les positions de Weber et Krabbe. Ces derniers, sur la base d'une vision désincarnée du pouvoir, auraient en effet « dissous la politique, pour la transformer en une science calculée sur le modèle des sciences naturelles »²⁵⁴. Plus encore, ils auraient fait de la politique « une bureaucratie mécanique »²⁵⁵ où, puisque « la machine fonctionne toute seule »²⁵⁶, elle en vient à ne plus dépendre de la liberté politique du corps social pour se mouvoir, annihilant par là même cette dernière. Comme chez l'auteur de Florence, la propension liberticide de la loi mène à une violence qui engendre – de la part de ceux subissant une atteinte à leurs libertés individuelle et politique – un mouvement de contestation de la règle de droit normalement applicable, favorable à une instabilité de l'État.

Une même contestation de la norme peut être observée dans le contexte anglo-américain et français précédant la révolution, car de la même manière, l'atteinte aux libertés individuelle et politique – provoquée par une loi tout aussi partielle que chez Machiavel et Schmitt – va mener à une inégalité de jouissance des libertés individuelles, favorable à une

²⁴⁸ Carl SCHMITT, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, Seuil, 2002, p. 129.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² Georges HAUPT, « Bolchevisme », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/bolchevisme/>].

²⁵³ Wolfgang PALAVER, « Carl Schmitt, mythologue du politique », postface de *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, Carl SCHMITT, Seuil, 2002, p. 192.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ *Ibid.*

volonté d'appropriation radicale du pouvoir politique, jusqu'alors inégalement réparti. Ce parallèle permettra de constater qu'en théorie, autant qu'en pratique, la partialité de la règle de droit entraîne une instabilité de l'ordre étatique.

2. Le contexte prérévolutionnaire à l'épreuve de la partialité de la loi

La conception théorique de Machiavel et Schmitt trouve pleinement à se déployer dans les événements prérévolutionnaires d'Angleterre, d'Amérique et de France. Il s'y trouve en effet une idée proche de celle de loi corrompue précédemment évoquée et qui entraîne dans les faits une conflictualité supposant une contestation de la règle relevant de la situation normale. Ainsi, l'absence de réelles garanties aux libertés individuelles, autant que leurs atteintes successives (a), est à l'origine d'une volonté de conquête du pouvoir politique par ceux-là même qui en sont victimes (b).

a. L'insoutenable atteinte aux libertés individuelles

L'absence de garanties effectives aux libertés individuelles est l'une des causes de la première guerre civile anglaise de 1642. À la source de ce soulèvement, Myriam-Isabelle Ducrocq souligne en effet qu'au milieu du XVII^e siècle anglais, « *un transfert de propriété s'était progressivement effectué de la noblesse au peuple* »²⁵⁷, révélant le paradoxe de « *l'émergence d'une classe moyenne, qui avait vu sa puissance économique accrue au début du règne des Tudors* »²⁵⁸, sans pour autant posséder les moyens permettant de garantir légalement ses intérêts. La volonté de rupture menant à la révolution américaine procède d'une semblable logique, puisque le développement pourtant croissant du secteur de l'économie et de la propriété foncière ne devait trouver aucune garantie, mais au contraire de réels obstacles. En ce sens, l'on remarque par exemple qu'à partir du milieu des années 1760, afin de compenser le coût de la Guerre de Sept Ans²⁵⁹, la Grande-Bretagne

²⁵⁷ Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 62.

²⁵⁸ *Id.*, p. 89.

²⁵⁹ Cette guerre débute en 1756 pour s'achever en 1763. Ce conflit opposa l'Angleterre et la Prusse d'une part, à la France, l'Autriche, la Russie, la Suède, l'Espagne et des princes allemands d'autre part. Cette guerre est qualifiée de premier conflit mondial, du fait que les belligérants représentent des puissances géographiquement vastes, mais aussi parce qu'elle est un conflit continental, maritime et colonial. Deux traités sont signés en février 1763. Le Traité de Paris, signé avec la France, consacre la victoire de l'Angleterre, alors que le Traité d'Hubertsbourg, signé avec l'Autriche, acte la victoire prussienne.

promulgua plusieurs lois²⁶⁰ – notamment celle, célèbre, sur le timbre, de 1765 – taxant de plus en plus fortement ses treize colonies britanniques d’Amérique du Nord, sans que ne soit requis leur consentement. À ce titre, les colons voyaient en la loi positive une source d’inégalité, puisque au sein du Commonwealth anglais, les entraves aux libertés individuelles des métropolitains pouvaient être contestées par leurs représentants, de sorte qu’elles étaient mieux protégées que celles des colons. Au regard de cette inégalité, Françoise Burgess souligne que « *l’union sacrée se fit autour du refus d’impôts supplémentaires* »²⁶¹. C’est en ce sens d’ailleurs que les rédacteurs de la résolution du *Town Meeting* de Boston en 1770 considéreront que « *La Constitution anglaise, cet objet de vénération, cette “forteresse de la liberté” a été violée par un impôt inique* »²⁶². Là aussi, une rupture va s’amorcer puisque le droit relevant de la situation normale produit des inégalités dans la jouissance des libertés individuelles, en ce sens qu’il soumet certains individus – bien plus que d’autres – à des taxes qu’ils ne peuvent contester. Le contexte français rassemble à lui seul cette idée américaine d’une inégalité produite par la loi, et celle d’une impossible garantie de libertés individuelles observée dans le droit anglais. D’une part, entre 1673 et 1675, Jean-Baptiste Colbert – en tant que contrôleur général des finances – multiplie les taxes afin de rembourser les dettes engendrées par la guerre de Hollande²⁶³. Ainsi, la taxe sur le papier timbré – nécessaire à l’enregistrement d’actes authentiques – « *adoptée sans que les états y aient consenti* »²⁶⁴, illustre le paradoxe entre une imposition de règles nouvelles et l’absence de représentation de ceux auxquels elles

²⁶⁰ Parmi ces lois, il y a d’abord le *Sugar Act*, ou loi sur le sucre. Le texte est adopté par le Parlement britannique le 5 décembre 1764. Au-delà d’accroître les revenus de la Couronne, cette loi – également connue sous le nom de *Revenue Act* – vise à contrôler le commerce des colonies. Pour ce faire, elle taxe rigoureusement, en plus des mélasses (qui faisaient déjà l’objet d’une taxe), une large variété de produits, tels que le café, certains vins, ou encore les indiennes. On peut ensuite noter le *Stamp Act*, ou loi sur le timbre. Adoptée le 22 mars 1765, et devant entrer en vigueur le 1^{er} novembre de la même année, elle impose l’achat et l’apposition d’un timbre fiscal sur les journaux, les brochures, mais aussi les documents légaux, les permis, ou encore les contrats commerciaux. C’est contre elle qu’est déposée, notamment à l’initiative de James Otis, une résolution à l’assemblée du Massachusetts. Cette résolution sera reprise par le « Congrès contre la loi sur le timbre » (*Stamp Act Congress*) réuni dès octobre 1765. Enfin, l’on peut citer les *Townshend Acts*, série de lois votées par le Parlement entre 1767 et 1768, sur proposition de Charles Townshend, alors financiers de l’Échiquier. Elles visaient à financer l’administration coloniale britannique en taxant principalement les produits d’importation.

²⁶¹ Françoise BURGESS, *Les institutions américaines*, P.U.F., 1999, p. 12.

²⁶² Denis LACORNE, *L’invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 59. L’auteur renvoie ici à la résolution du *Town Meeting* de Boston de 1770.

²⁶³ Cette guerre, durant de 1672 à 1679, oppose d’abord la France aux Provinces-unies, puis à une coalition européenne.

²⁶⁴ DICTIONNAIRE ENCYCLOPÉDIQUE LAROUSSE, « Révolte du papier timbré », *Encyclopédie Larousse*, en ligne : [http://www.larousse.fr/encyclopedia/divers/r%C3%A9volte_du_papier_timbr%C3%A9/180595].

s'appliquent. D'autre part, alors que « *l'enrichissement de la bourgeoisie marchande au XVI^e siècle* »²⁶⁵ tend progressivement à supplanter économiquement la noblesse, cette dernière « *se livre, au XVIII^e siècle, à une réaction aristocratique, accaparant toutes les hautes charges dans l'armée, le clergé, l'administration et la magistrature* »²⁶⁶, empêchant alors à la bourgeoisie d'accéder à des moyens lui permettant de protéger légalement ses intérêts nouveaux. Tout comme dans le cadre anglo-américain, il est à retenir que « *les lois, [...] complices elles-mêmes des privilèges* »²⁶⁷, autant que « *la monstrueuse partialité des institutions humaines* »²⁶⁸, vont à l'encontre de cet idéal qu'est l'esprit d'égalité, ce « *ressort qui fait mouvoir le gouvernement républicain* »²⁶⁹ au travers de la « *vertu politique* »²⁷⁰ du corps social.

C'est à partir de cette situation – révélant un déficit politique préjudiciable aux libertés individuelles, et finalement observable « *dès que le gouvernement devient le patrimoine d'une classe particulière* »²⁷¹ – que va s'affirmer de plus en plus radicalement l'exigence d'une représentation politique. En effet, puisque l'absence de pouvoir politique nuit aux libertés individuelles, les futurs révolutionnaires envisagent, *a contrario*, que l'appropriation de celui-là permettra de garantir celles-ci.

b. Une accapARATION du pouvoir politique visant un but commun

Il faut d'abord observer les revendications croissantes en faveur d'une accapARATION du pouvoir politique, pour constater ensuite qu'une telle volonté tend à protéger les libertés individuelles. Autrement dit, il est ici essentiel de constater dans le réel la volonté de reproduire, face à la partialité de la loi, ce retour à l'équilibre égalitaire – entre la participation politique et la garantie des libertés individuelles – décrit par Harrington, Turner ou Rousseau, permettant la stabilité étatique.

²⁶⁵ DICTIONNAIRE ENCYCLOPÉDIQUE LAROUSSE, « Ancien Régime », *Encyclopédie Larousse*, en ligne : [http://www.larousse.fr/encyclopedia/divers/Ancien_R%C3%A9gime/105343].

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Boucher, 2002, p. 38.

²⁶⁸ *Id.*, p. 33. L'auteur donne divers exemples illustrant cette inégalité : « *Dans toutes les affaires qui surviennent entre un privilégié et un homme du peuple, celui-ci n'est-il pas assuré d'être impunément opprimé, précisément parce qu'il faut recourir, s'il ose demander justice, à des privilégiés ? Eux seuls disposent de tous les pouvoirs, et leur premier mouvement n'est-il pas de regarder la plainte du roturier comme un manque de subordination ?* » (p. 37).

²⁶⁹ Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 18.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Boucher, 2002, p. 3.

Les contestations relatives aux inégalités de jouissance dans les libertés individuelles se fondaient, comme cela vient d'être dit, sur le fait que les taxations s'effectuaient sans consultation. Cette absence de représentation politique est tout à fait perceptible sous la dynastie Tudor, puis Stuart, car l'on sait « *le peu de cas qu'avait fait Élisabeth et que continuait de faire Jacques I^{er} du Parlement et des doléances de la nation* »²⁷². Au travers de plusieurs pétitions – dont la Pétition du Droit (*Petition of Right*) en 1628, ou la Grande Remontrance (*the Grand Remonstrance*) en 1641, le Parlement allait exposer les griefs de la nation, résultant d'un manque de participation politique. Danièle Frison constate d'ailleurs à propos de ces pétitions, *qu'« aucune n'était reçue et [...] le Parlement semblait être tenu dans le plus grand mépris : ni Jacques I^{er}, ni son fils, Charles I^{er}, n'entendirent les doléances de leurs sujets »*²⁷³. C'est face à ce refus du pouvoir politique que dès les années 1640, les Communes « *commencèrent par s'indigner qu'on ne les ait pas convoquées depuis onze ans* »²⁷⁴. Le contexte américain permet d'opérer un constat identique, puisque suite à la résolution de James Otis contre le *Stamp Act*, le Congrès contre la loi sur le timbre envoya au roi et au Parlement anglais une pétition, exigeant la reconnaissance d'un plus grand pouvoir politique²⁷⁵. Il s'agissait pour les colons d'opposer une représentation concrète à la représentation virtuelle prônée par la logique britannique, laquelle considérait qu'une telle représentation « *était justifiée pour autant que les représentants étaient soumis aux lois qu'ils votaient* »²⁷⁶. Elle supposait que puisque les colonies étaient soumises aux lois votées à Londres, les colons y étaient, certes virtuellement, représentés. À dire vrai, une telle logique confirmait la volonté britannique de réaffirmer son autorité, « *en renforçant les pouvoirs des autorités coloniales, en abaissant ceux des assemblées coloniales* »²⁷⁷. À cette fin, les Communes votaient d'ailleurs en mars 1766 le *Declaratory Act*, qui affirmait que seule l'Assemblée métropolitaine possédait « *le plein pouvoir et la pleine autorité de faire des lois et statuts dont la force et la validité lient les colonies et le peuple d'Amérique [...] en toutes*

²⁷² Danièle FRISON, *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, Ellipses, 2005, p. 51.

²⁷³ *Id.*, p. 52.

²⁷⁴ Bernard COTTRET, *Histoire de l'Angleterre : de Guillaume Le Conquérant à nos jours*, Tallandier, 2011, p. 249.

²⁷⁵ La pétition visait au fond la suppression de cette loi imposant des taxes, dès lors qu'elle ne prévoyait pas, en contrepartie, une représentation politique au sein de l'Assemblée métropolitaine.

²⁷⁶ Dick HOWARD, *Aux origines de la pensée politique américaine*, Buchet-Chastel, 2004, p. 75.

²⁷⁷ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 58-59.

circonstances »²⁷⁸. Du point de vue colonial, l'argument n'avait aucun sens et il était nécessaire de procéder à un raisonnement inverse. En effet, puisque les seuls véritables représentants se trouvaient au sein du Parlement métropolitain, et que des colons n'y siégeait pas effectivement, ces derniers ne pouvaient voter la loi. Par conséquent, ils ne pouvaient être soumis à elle, même par le biais d'une représentation virtuelle. D'une manière plus générale, la Déclaration du 4 juillet 1776 mettra en évidence cette absence de pouvoir politique du peuple, pour mieux souligner sa nécessité²⁷⁹. La France d'Ancien Régime traduit un même déficit, engageant alors la revendication de « *la moindre partie des droits politiques qui appartiennent au peuple* »²⁸⁰. Michel Figeac autant que Frédéric Bidouze s'intéressent à ce titre au rôle du discours parlementaire d'Ancien Régime. Ils démontrent que bien au-delà d'un « *ultime réflexe archaïque de privilégiés* »²⁸¹, les « *remontrances parlementaires ont rempli une part conséquente* »²⁸² dans l'opposition au pouvoir monarchique, menant « *la nation française vers une existence indépendante du roi* »²⁸³. Ainsi, bien que s'appuyant « *toujours sur la tradition historique* »²⁸⁴ monarchique, les parlements ont su se mettre « *au service d'un discours politique neuf dont les Lumières [...] n'étaient pas absentes* »²⁸⁵. Une telle volonté d'appropriation égalitaire du pouvoir politique est tout à fait explicite dans les écrits de Sieyès²⁸⁶, et très concrète dans les Doléances du Bailliage d'Évreux de 1789, au sein desquelles le tiers état exige qu'il soit « *reconnu et statué que la puissance législative réside essentiellement dans le concours du consentement de la nation assemblée* »²⁸⁷. Il exige encore « *que le nombre de ses députés soit égal au nombre réuni des deux autres ordres* »²⁸⁸. Au-delà de ces revendications visant

²⁷⁸ Dick HOWARD, *Aux origines de la pensée politique américaine*, Buchet-Chastel, 2004, p. 79.

²⁷⁹ La Déclaration de 1776 souligne en effet le refus du roi de sanctionner des lois portant sur l'organisation de grands districts, « *à moins que le peuple de ces districts n'abandonnât le droit d'être représenté dans la législature* », ce qui est pourtant un « *droit inestimable pour un peuple* ». Ainsi, la libre administration du territoire en fonction des intérêts de ceux qui le peuplent semble freinée par une confiscation du pouvoir politique.

²⁸⁰ Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Boucher, 2002, p. 64.

²⁸¹ Michel FIGEAC, « Les magistrats en révolte en 1789 ou la fin du rêve politique de la monarchie des juges », *Histoire, économie et société*, vol. 25, 2006, p. 385.

²⁸² Frédéric BIDOUZE, « Pour une autre histoire des parlements au XVIII^e siècle : discours et représentations, une culture française du politique », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, n° 15, 2011, p. 121.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Michel FIGEAC, « Les magistrats en révolte en 1789 ou la fin du rêve politique de la monarchie des juges », *Histoire, économie et société*, vol. 25, 2006, p. 385.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Boucher, 2002, ch. 3, p. 14-29.

²⁸⁷ *Doléances du Bailliage d'Évreux*, mars 1789, art. 4.

²⁸⁸ *Id.*, art. 2.

la reconnaissance d'une liberté politique égalitaire, il est nécessaire d'observer que cette dernière est recherchée afin de garantir les atteintes aux libertés individuelles.

L'on doit en effet relever que l'acharnement anglo-américain et français à s'approprier le pouvoir politique – perceptible au travers des Dix-Neuf propositions²⁸⁹, de la pétition contre la loi du timbre, ou bien encore des remontrances – vise la défense des libertés individuelles usurpées. C'est précisément à cause de cette violation qu'il convenait, dès 1642 en Angleterre, « *de reconquérir ces libertés en s'érigeant contre un pouvoir tyrannique* »²⁹⁰. Il était autrement dit nécessaire, pour défendre les libertés individuelles, d'opérer une réappropriation de ce pouvoir politique dont l'usage était en l'occurrence liberticide, en s'opposant à lui. Ainsi s'exprimaient « *par la bouche du "roi Pym"*²⁹¹ », *leader incontesté de l'Assemblée*, [...] *quelques-uns des thèmes essentiels de la propagande pré-révolutionnaire* »²⁹². Parmi les revendications principales de ce parlementaire, se trouvait justement formulée – par la voie politique – la nécessaire « *défense de la propriété privée contre l'arbitraire, en particulier fiscal* »²⁹³. D'une même manière, la fin du XVIII^e siècle américain traduit une logique où « *le débat devint rapidement politique* »²⁹⁴, afin de défendre les libertés individuelles. Un tel point de vue se retrouve dans les mots de Denis Lacorne, qui relève que très vite, les récriminations des colons devaient « *se transformer en une critique en règle des institutions politiques britanniques* »²⁹⁵ liberticides. On constate sur ce point que la révolte s'attache à la défense d'intérêts personnels, mais qu'elle

²⁸⁹ Voir sur ce point : Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 249-254 : *The Nineteen Propositions sent by the two Houses of Parliament to the King at York* (1^{er} juin 1642). Le Parlement formule ici clairement la demande d'un pouvoir politique, c'est-à-dire, pour reprendre les mots de Bernard Cottret (Bernard COTTRET, *Histoire de l'Angleterre : de Guillaume Le Conquérant à nos jours*, Tallandier, 2011, p. 251), l'exigence d'« *une participation accrue aux affaires du royaume* ».

²⁹⁰ Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 59.

²⁹¹ John Pym (1584-1643) était un parlementaire anglais et un puritain. Du 13 avril au 5 mai 1640, un Parlement (Short Parliament ou Court Parlement, en raison de sa faible durée) est convoqué par le roi. Le Parlement n'avait pas siégé, de façon effective, depuis 1629, Charles I^{er} craignant des empiètements sur ses prérogatives. Mais le conflit avec l'Écosse, déclenché en 1639, l'obligea à convoquer cet organe, lui seul pouvant donner son accord pour financer la guerre. John Pym en prend rapidement la tête, devenant la figure majeure de l'opposition parlementaire au pouvoir royal. Plutôt que de voter les subsides, il incite à faire voter la Grande Remontrance (*The Grand Remonstrance*), qui énumère les griefs contre le pouvoir royal et exige un contrôle sur celui-ci.

²⁹² Bernard COTTRET, *Histoire de l'Angleterre : de Guillaume Le Conquérant à nos jours*, Tallandier, 2011, p. 249.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ Françoise BURGESS, *Les institutions américaines*, P.U.F., 1999, p. 12.

²⁹⁵ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 59.

est saisie par une revendication politique visant à les protéger. Cette lutte contre l'usurpation de libertés individuelles supposait nécessairement une émancipation vis-à-vis du lien politique de subordination exercé par la Couronne anglaise, afin de s'approprier ce pouvoir politique pour défendre ces libertés. S'il est donc utile de rappeler que les colons américains étaient avant tout imprégnés « *des principes sacro-saints des systèmes européens de l'époque* »²⁹⁶ et donc épris de libertés individuelles, il est tout aussi important d'ajouter que parmi ces principes essentiels, « *la valeur absolue de la propriété privée [...] allait rapidement devenir un des éléments du crédo politique [...] américain* »²⁹⁷. Autrement dit, si l'atteinte aux libertés individuelles était bien la cause d'un soulèvement américain, celui-ci ne pouvait être mené à bien que grâce à une appropriation du pouvoir politique, qui, puisque liberticide lorsque détenu par le monarque anglais, était à la source d'une telle atteinte. Cet accaparement du pouvoir politique, visant à empêcher les atteintes aux libertés individuelles, est d'ailleurs exprimé au travers du célèbre slogan : « *No taxation without representation* »²⁹⁸. Le contexte français traduit également cette volonté de prise du pouvoir politique au profit d'une protection des libertés individuelles usurpées. Ainsi, dès 1675, les opposants à la taxe sur le papier timbré rédigèrent un Code paysan, lequel prévoyait un système de représentation politique²⁹⁹ visant à défendre les intérêts des paysans face au gouvernement. Plus tard, mais de manière comparable, les Doléances du Bailliage d'Évreux affirmeront encore cette volonté d'appropriation du pouvoir politique afin « *qu'il ne soit porté aucune atteinte, sous quelque prétexte que ce soit, à la liberté individuelle des citoyens* »³⁰⁰, ou encore pour garantir la liberté d'expression³⁰¹ ou de culte³⁰². À l'instar du contexte américain, un tel pouvoir visait à garantir « *qu'il ne peut être et ne sera établi aucun impôt [...] sans le consentement libre et unanime des trois ordres* »³⁰³. La volonté de participation politique visait donc à empêcher les atteintes arbitraires aux libertés individuelles. On remarque également avec Matthew Levinger, que dans leur opposition à la Couronne, les parlements tenteront de mettre leur pouvoir

²⁹⁶ Françoise BURGESS, *Les institutions américaines*, P.U.F., 1999, p. 7.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ Littéralement : pas d'imposition sans représentation.

²⁹⁹ Code paysan, 2 juillet 1675, art. 1^{er} : « *Que lesdites quatorze paroisses, unies ensemble pour la liberté de la province, députeront six des plus notables de leurs paroisses aux États prochains pour déduire les raisons de leur soulèvement* ».

³⁰⁰ *Doléances du Bailliage d'Évreux*, mars 1789, art. 8.

³⁰¹ *Id.*, art. 9.

³⁰² *Id.*, art. 11.

³⁰³ *Id.*, art. 13.

politique au service des libertés individuelles, notamment dans les conflits « *à propos des impôts, de la liberté du commerce des grains* »³⁰⁴. Plus encore, Malesherbes incarnera, au-delà de ses remontrances³⁰⁵, cette volonté de défense des libertés individuelles par le biais politique. Ainsi, lorsque Monnerat, marchand de Limoges, fut incarcéré pendant près de vingt mois à la prison de Bicêtre après avoir été accusé de contrebande par les fermiers généraux, Malesherbes, alors premier président de la Cour des aides, usa de son influence politique et par celle-ci « *défendit la liberté individuelle, constamment violée par les ministres et leurs agents* »³⁰⁶. Il s'opposait ainsi au caractère expéditif d'une justice fondée sur les lettres de cachet, dont l'arbitraire était une menace pour les libertés individuelles.

La loi, génératrice d'inégalités – puisque partielle quant à la jouissance des libertés individuelles et refusant de prendre acte des revendications de participation politique d'une partie de la population –, tend finalement à produire contre elle une contestation violente et une instabilité sociale, au travers desquelles se dessine déjà le cadre d'une situation exceptionnelle. En effet, cette contestation de la loi va progressivement mener à son ineffectivité, et l'on va justement observer désormais, avec Machiavel et Schmitt, que cette inapplicabilité du droit positif – observable dans les événements anglo-américains et français – relève précisément d'une situation exceptionnelle.

§ 2. La situation exceptionnelle comme retour à un état de nature

L'inégalité que produit la loi corrompue conduit à une contestation de cette dernière. C'est cette idée de contestation du droit positif que la pensée machiavélo-schmittienne saisit et conceptualise comme une situation exceptionnelle, c'est-à-dire comme celle où la norme réglant une situation courante ne parvient plus à s'appliquer (A). Cette inaptitude juspositiviste à circonscrire l'exception permet d'envisager l'hypothèse selon laquelle une telle situation peut être associée au retour à un état de nature (B).

A. L'incompatibilité entre le droit positif et la situation exceptionnelle

À travers la pensée de Machiavel et Schmitt, il a été possible de constater, dans le cadre anglo-américain et français, que la loi pouvait créer une conflictualité. En effet, cette

³⁰⁴ Matthew LEVINGER, « La rhétorique protestataire du Parlement de Rouen (1753-1763) », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, n° 3, 1990, p. 609.

³⁰⁵ Sur ce point, voir : Élisabeth BADINTER, *Les « Remontrances » de Malesherbes : 1771-1775*, Flammarion, 2008.

³⁰⁶ Jules FLAMMERMONT, *La réforme judiciaire du Chancelier Maupeou*, Alphonse Picard, 1880, p. 6-7.

norme tend – précisément au regard de l'inégalité qu'elle produit – à être contestée. Sur ce dernier point, l'on doit désormais relever que le contexte prérévolutionnaire anglo-américain et français – au prix, il est vrai, d'un anachronisme – s'approche encore du propos de Machiavel et Schmitt, dans la mesure où cette contestation renvoie à la notion de situation exceptionnelle telle qu'ils la conçoivent. Ces derniers considèrent que l'exception exige deux éléments cumulatifs. Elle suppose d'abord un rejet de la règle applicable en situation normale, provoquant une anormalité (1). Elle requiert ensuite une incapacité de cette même règle normale à s'appliquer malgré tout à cette situation anormale (2).

1. Une nécessaire mise en échec de la « *norme normale* »³⁰⁷

La compréhension machiavélo-schmittienne de la situation exceptionnelle se concentre dans un premier temps sur ce moment où la règle relevant de la situation normale tend à être contestée. Les auteurs soulèvent ici l'idée d'un rejet total de cette règle. Ils considèrent en effet que l'exception tend intrinsèquement à exclure la structure juridique au sein de laquelle elle surgit, puisque par principe, cette contestation vise à y renoncer. François Saint-Bonnet formule avec justesse cette idée d'une situation contredisant la règle normalement applicable, en expliquant que l'exception met « *en échec la "norme normale"* »³⁰⁸. Cette situation produit donc une anormalité, puisque du point de vue du droit, la règle applicable en période normale est contestée. Ainsi, Serge Audier remarque que chez Machiavel, l'inégalité produite par la règle de droit préalablement évoquée, conduit à une situation qui, puisque « *la loi n'est plus respectée* »³⁰⁹, devient anormale. De même, Schmitt envisage que certains faits concrets d'opposition à la règle ordinaire puissent créer « *une situation a-normale par rapport à la norme* »³¹⁰, dès lors qu'ils signifient un affranchissement vis-à-vis d'elle. Or, le refus – observé dans le cours des événements anglo-américains et français – de se soumettre à une règle préalablement établie témoigne justement d'une certaine anormalité. Pour paraphraser l'auteur de *L'état d'exception*, la nécessité de conquérir le pouvoir politique afin de protéger des intérêts personnels rattachés à l'exercice de libertés individuelles s'apparente bien, à l'instar de ce

³⁰⁷ François SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, P.U.F., 2001, p. 1.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2004, p. 28.

³¹⁰ Carl SCHMITT, « La raison d'État selon Friedrich Meinecke », *Parlementarisme et démocratie*, Seuil, 1985, p. 176.

premier temps de la réflexion machiavélo-schmittienne, à un fait qui heurte la normalité et la norme, précisément parce que cette dernière ne prévoyait pas – normalement – d’agir de manière égale vis-à-vis des libertés conférées aux individus. Cette revendication révolutionnaire, en tant que fait, met donc en échec la norme parce que le sens et la validité de cette dernière sont entièrement déterminés par l’acceptation préalable par tous d’une inégalité conçue comme relevant d’une situation normale, qu’elle vise à exprimer et à maintenir. De fait, le processus révolutionnaire, en refusant de reconnaître cette validité, dépasse la simple contestation de la règle pour formuler un véritable rejet. C’est un tel rejet qui provoque une anormalité, puisqu’en temps normal, cette règle se serait appliquée.

2. L’inapplicabilité intrinsèque du droit positif à l’exception

Machiavel et Schmitt estiment dans un second temps que cette situation anormale ne devient pleinement exceptionnelle que lorsque cette règle des temps normaux, faisant l’objet d’un rejet, ne parvient pas à contourner cette mise en échec pour s’appliquer malgré tout à cette anormalité. Cette idée d’un droit positif³¹¹ ne pouvant s’appliquer à une situation anormale est particulièrement perceptible dans *Le Prince*. En effet, le célèbre opuscule porté à l’attention de Laurent II de Médicis s’inscrit dans la réalité florentine du début du

³¹¹ Il faut préciser que l’on se situe ici dans le cadre de réflexion du *Prince*. Autrement dit, Machiavel y développe l’idée d’un État nouveau – son modèle républicain – qu’il s’agit de fonder. Mais lorsque l’on se situera dans le cadre de cette république établie – plus largement développée dans *Les Discours* –, le propos variera sensiblement. Il supposera en effet l’idée d’une situation exceptionnelle pouvant être encadrée par le droit positif, capable de prévoir sa survenue et d’agir en son sein. C’est d’ailleurs sur ce point notamment qu’il considère son modèle politique supérieur à ceux de son temps. Il est possible de trouver malgré tout quelques traces d’une situation exceptionnelle à laquelle le droit positif ne pourrait s’appliquer. Voir notamment en ce sens : Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, chap. I : « *Quels ont été les commencements des villes en général, et en particulier ceux de Rome* », p. 379-382 ; chap. IX, p. 405. Machiavel y explique la nécessité d’agir en dehors des règles positives lorsqu’il s’agit de fonder une république. Mais dans ces deux cas, il s’agit justement de la situation exceptionnelle précédant la fondation d’un État nouveau. Dès lors qu’il se situe au sein de son modèle républicain, il est beaucoup moins question d’envisager une exception qui se manifesterait sans qu’il soit recouru au droit positif.

XVI^e siècle³¹². Or cette période – on l’a dit³¹³ – est celle d’une « *cité corrompue* »³¹⁴, où précisément « *les lois ne suffisent plus à faire régner l’ordre, et encore moins à le restaurer* »³¹⁵, puisqu’elles sont confrontées à une anormalité qu’elles ne peuvent saisir. Toujours à propos des conséquences qu’emportent une loi corrompue, Machiavel relève qu’à Milan, où le droit fait alors régner une grande « *inégalité entre citoyens, il faudrait détruire toute la noblesse et la réduire à égalité avec les autres habitants, parce qu’il y en a tant parmi eux qui sont hors du commun, que les lois sont insuffisantes à les réprimer* »³¹⁶. Ainsi, l’idée théorique d’une loi inégalitaire que l’on tente d’envisager comme cause d’un rejet créant une situation anormale – et donc à la fois comme cause de sa propre inapplicabilité – se trouve accréditée par les faits relatifs à cette époque. C’est à une telle situation, où les règles de droit se trouvent figées par une anormalité, que Machiavel associe en effet la situation exceptionnelle décrite dans *Le Prince*. Thomas Berns illustre clairement la spécificité de cet ouvrage, en expliquant « *qu’on ne peut redonner à cet opuscule [...] une position juridique dans son absence de juridicité [...], qu’en le relisant [...] à la lumière de l’ensemble des Discorsi* »³¹⁷, eux qui donnent les moyens d’appliquer de nouveau sereinement la règle de droit au sein de l’  tat. L’exception, telle que Machiavel l’envisage, doit être comprise comme la situation où « *aucune légalité n’est [...] prise en compte* »³¹⁸, dès lors que la règle de droit ne semble pas applicable à une telle anormalité. Schmitt partage ce positionnement et parvient à le renforcer en expliquant qu’une telle règle ne peut justement s’appliquer en situation anormale, dans la mesure où le droit positif fonctionne essentiellement sur une caractéristique de normalité préalable. Si l’on s’en tient

³¹² Machiavel avait entamé *Les Discours* en 1513, mais s’interrompt suite à des événements bouleversant Florence. On pense principalement ici à la prise – le 29 août 1512 –, puis au sac – pendant près de vingt et un jours – de la ville de Prato, où Florence, alliée traditionnelle de la France, est vaincue par les troupes espagnoles de Raimond de Cardona. Cette défaite entraîne le retour des Médicis, et contraint Machiavel à l’exil politique, pour près de quinze ans. De fait, Pier Soderini – chef de la République florentine – ayant été chassé, son secrétaire est contraint de le suivre dans sa disgrâce. Dans ce contexte, il rédige alors *Le Prince*, qu’il conçoit comme un véritable « mode d’emploi », dont l’autorité régnante doit se servir pour sauver l’Italie, mais grâce auquel il entend également retrouver les faveurs des Médicis. Il reprendra *Les Discours* plus tard, pour ne les achever qu’en 1520.

³¹³ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1,    1, B, 1.

³¹⁴ Thomas BERNs, *Violence de la loi à la Renaissance – L’originare du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, 2000, p. 40.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ Nicolas MACHIAVEL, *Discours sur les choses de Florence après la mort de Laurent de Médicis le Jeune, Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n   39, avril 2005, p. 8.

³¹⁷ Thomas BERNs, *Violence de la loi à la Renaissance – L’originare du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, 2000, p. 40. Il s’agit ici du terme italien pour *Les Discours*.

³¹⁸ *Ibid.*

à sa première *Théologie politique*, celle de 1922, l'on note en effet qu'il est nécessaire, pour que la règle de droit puisse s'exercer, qu'il y ait d'abord « *une organisation normale des conditions de vie, où elle pourra s'appliquer* »³¹⁹. C'est en ce sens que Dominique Ségлар explique que la norme doit « *régler, certes, mais en partant d'un ordre concret normal qui la précède* »³²⁰. Par conséquent, la norme, au sens du droit positif, « *n'a de sens et de validité que si elle exprime la normalité d'une situation concrète normale préalable, ou si elle exprime un type de comportement individuel considéré comme normal* »³²¹. Ce n'est qu'à cette condition, qu'« *en période normale, le moyen concret pour parvenir à un résultat concret [...] peut être calculé avec une certaine régularité* »³²². Aussi faut-il constater – à ce stade – que chez Schmitt, le droit positif ne peut s'appliquer qu'à une situation normale, mais pas à l'exception. En effet, cette dernière traduit une contestation de la règle de droit générant une anormalité, celle-ci empêchant alors le droit positif de s'appliquer malgré tout. Si l'on transpose ce point de vue au cadre événementiel anglo-américain et français, l'on relève que celui-ci traduit effectivement la généralisation d'un comportement individuel qui, rejetant l'ordre que régit le droit, peut être considéré comme anormal. Il tend donc à renoncer à cette forme de normalité inégalitaire, et par voie de conséquence, l'on peut envisager que le droit positif, s'il suppose comme chez le juriste allemand une normalité préalable, ne parviendra plus à s'exercer, de sorte que se confirmera ici ce second temps de la réflexion machiavélo-schmittienne. Autrement dit, il faut ici prouver que la règle est figée, car cette anormalité renvoie à ce « *cas non défini dans l'ordre juridique en vigueur* »³²³. Cette inapplicabilité semble effectivement visible, particulièrement au travers de l'inefficacité de l'édit de mobilisation, proclamé par Charles I^{er} en juin 1642, « *rappelant qu'il était le chef des armées* »³²⁴ et visant à « *empêcher le pays de basculer dans l'affrontement armé* »³²⁵. La première guerre civile, qui éclate entre les troupes royales et parlementaires deux mois à peine après cette promulgation, suffit à illustrer l'incapacité de la règle à s'appliquer réellement à cette situation anormale. De même, le *Stamp Act Congress* de 1765, autant que le *Boston Tea Party* de 1773 permettent d'attester

³¹⁹ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 23.

³²⁰ Dominique SÉGLARD, Présentation, *Les trois types de pensée juridique*, Carl SCHMITT, P.U.F., 1995, p. 43.

³²¹ *Ibid.*

³²² Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 30.

³²³ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 17.

³²⁴ Bernard COTTRET, *Histoire de l'Angleterre : de Guillaume Le Conquérant à nos jours*, Tallandier, 2011, p. 251.

³²⁵ *Ibid.*

l'inapplicabilité des lois sur le timbre et sur le thé. Non seulement les colons refusèrent de reconnaître la légalité d'une fiscalité imposée à certains documents sans représentation en contrepartie, mais encore, ils jetèrent le thé à la mer plutôt que de s'acquitter de la taxe qu'imposait pourtant la loi. Comme en Angleterre, l'inefficacité de la loi va mener à l'emploi de la force. De même, l'opposition parlementaire française de la seconde moitié du XVIII^e siècle traduit l'impossible applicabilité des normes issues de la volonté royale en situation anormale. À titre d'exemple, la lecture des remontrances du 31 octobre 1787 permet de constater que le Parlement de Bordeaux « *se montra intransigeant et rejeta systématiquement l'enregistrement* »³²⁶ et la mise en œuvre de l'édit du 27 juin de la même année – instituant les assemblées provinciales – accusant le gouvernement de chercher, par ces assemblées, à « *dresser un cadastre, base du futur impôt* »³²⁷. Peu après, et face à de nouvelles oppositions du Parlement de Paris, Louis XVI dut présider un lit de justice le 6 août 1787, afin de forcer l'enregistrement d'un nouvel impôt sur le timbre. Là encore, les parlementaires s'opposèrent à ce qu'une telle manœuvre puisse effectivement produire des effets de droit, déclarant « *illégal l'enregistrement* »³²⁸ forcé, et rappelant que « *les États Généraux [étaient] seuls habilités à consentir l'impôt* »³²⁹. Le fait que l'autorité royale³³⁰ « *renonça à [...] l'édit sur le timbre* »³³¹ permettant aux parlementaires précédemment exilés à cause de leur fronde d'« *opérer un retour triomphal à Paris* »³³² illustre donc l'impossibilité pour la règle de droit normale de s'imposer à cette situation anormale.

Au fond, l'on pourrait dire que chez Machiavel et Schmitt, seul ce qui est déjà normal peut devenir « normable », puisque la norme ne peut s'appliquer qu'à une situation préalablement ordonnée, donc acceptée de tous. À l'inverse, ce qui est anormal ne peut être normé par le droit positif, et dès lors que les opposants aux régimes évoqués revendiquaient cette forme d'anormalité égalitaire à propos des libertés républicaines, il fallait constater, de façon proprement exceptionnelle, l'impossible applicabilité d'une règle qui, tout à la fois, relevait d'une situation normale et était inégalitaire. Chez Machiavel et Schmitt, autant

³²⁶ Michel FIGEAC, « Les magistrats en révolte en 1789 ou la fin du rêve politique de la monarchie des juges », *Histoire, économie et société*, vol. 25, 2006, p. 386.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ *Id.*, p. 387.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ Il s'agit d'Étienne-Charles de Loménie de Brienne, alors principal ministre d'État.

³³¹ Michel FIGEAC, « Les magistrats en révolte en 1789 ou la fin du rêve politique de la monarchie des juges », *Histoire, économie et société*, vol. 25, 2006, p. 387.

³³² *Ibid.*

que dans le contexte anglo-américain et français, l'on constate donc d'une part un véritable rejet de la norme positive à cause de son caractère inégalitaire, puis, d'autre part, l'incapacité de cette dernière à s'imposer à l'exception pour s'appliquer malgré tout. Cette exceptionnalité révèle un renoncement au droit positif semblant traduire le retour à un état de nature.

B. L'hypothèse d'un retour à l'état de nature

De tout point de vue, la situation exceptionnelle traduit un net rejet du droit positif, qui ne parvient plus à s'exercer face à l'anormalité d'une telle situation. Cette inapplicabilité juspositiviste invite alors à suggérer que l'exception renvoie peut-être à un autre cadre normatif, plus apte à réaliser l'égalitarisme revendiqué par les révolutionnaires. À ce titre, l'on doit relever que cette situation peut être rattachée à l'idée d'un retour à l'état de nature. En effet, autant chez Machiavel et Schmitt qu'à propos des événements anglo-américains et français, l'exception semble posséder les critères généralement admis³³³ de l'état de nature, conçu par l'école moderne du droit naturel. Ainsi, l'exception peut se comprendre comme un état temporaire supposant la dualité suivante : elle est un état de violence (1), dont il est nécessaire de s'extraire pour fonder un modèle politique totalement nouveau (2).

1. La situation exceptionnelle comme état de conflit

Machiavel et Schmitt sont tout à fait clairs sur la conflictualité que recouvre l'exception, de sorte que l'on peut rapprocher la conception qu'ils ont de cette dernière de l'état de nature. On sait, chez l'auteur italien, que cette exception relève d'une inapplicabilité de la loi positive. Thomas Berns évoque à ce titre un moment de « *non encore légalité* »³³⁴. Or, cette situation où la loi positive ne se manifeste plus ou pas encore,

³³³ Il est possible de songer à ce titre à Samuel de Pufendorf, qui semble, à la suite de Grotius, avoir judicieusement développé les notions d'état de nature et de loi naturelle. Son rationalisme expérimental peut ici être préféré au rationalisme abstrait et presque idéaliste, de certains jusnaturalistes des Lumières. Voir en ce sens : Samuel DE PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, Tome 1, Presses universitaires de Caen, 1987. Pour cet auteur, l'état de nature peut devenir dangereux, car rien n'y permet la conservation pérenne des individus. Il considère en effet à ce titre (p. 168), qu'« *Il faut avouer [...] que la paix de l'état de nature est assez faible et assez mal assurée, en sorte que, si quelque autre chose ne vient à son secours, elle sert de bien peu pour la conservation des hommes* ». Cet état invite donc à fonder un ordre nouveau permettant cette conservation. En ce sens, il considère que (p. 152) « *Le genre humain n'aurait pas laissé d'être bien misérable, si l'on eut point établi de Société Civile* ».

³³⁴ Thomas BERNIS, *Violence de la loi à la Renaissance – L'originare du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, 2000, p. 41.

est justement rattachée à une violence qui caractérise pareillement l'état naturel, rappelant les mots de François Terré, pour qui, lorsque « *l'ordre juridique subit une mutation profonde, la violence réapparaît : à l'état naturel, à l'état de nature* »³³⁵. Ainsi, dans le premier chapitre du livre premier des *Discours*, le Florentin évoque « *les commencements des villes en général, et en particulier ceux de Rome* »³³⁶. Cette période renvoie notamment à l'action romuléenne, laquelle « *se situe en deçà de tout cadre légal* »³³⁷. Or, c'est bien comme une situation violente que Machiavel conçoit ce moment, en évoquant notamment « *Le peu de sûreté que les naturels trouvent à vivre dispersés, l'impossibilité pour chacun d'eux de résister isolément* »³³⁸. Cet état est finalement celui d'une conflictualité permanente. Cette situation est encore illustrée par la décadence de l'Empire romain, qui, pareil à un état de nature, était une situation de guerre de tous contre tous, dans laquelle il fallait ou se battre, ou « *fuir et la guerre et les barbares* »³³⁹. On relève cette même association entre violence et exception chez Schmitt. Il considère en effet comme Machiavel que l'exception – que la loi positive ne peut régir – est une situation comparable à un état de nature caractérisé par la violence. C'est ce que souligne Emmanuel Tuchscherer lorsqu'il explique que l'« *extremus necessitatis casus* »³⁴⁰ tel que conçu par Schmitt est tout à la fois un « *cas d'exception* »³⁴¹ rejetant la loi positive normalement applicable « *à laquelle l'exception fait échec* »³⁴², et un « *état de guerre* »³⁴³ caractérisé par la violence. Ainsi, comme chez Machiavel, le cas d'inapplicabilité du droit positif – la situation exceptionnelle – se rattache à une violence caractéristique de l'état de nature.

D'une semblable manière, l'exceptionnalité anglo-américaine et française peut être comprise – tant en théorie qu'en pratique – comme celle d'un retour à l'état de nature. Ainsi – bien que le considérant comme un artifice destiné à prouver la nécessité permanente

³³⁵ François TERRÉ, « Sur le phénomène de violence », *Archives de philosophie du droit*, n° 43, 1999, p. 245.

³³⁶ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 379. Le titre exact de ce chapitre est : « *Quels ont été les commencements des villes en général, et en particulier ceux de Rome* ».

³³⁷ Thomas BERNIS, *Violence de la loi à la Renaissance – L'originare du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, 2000, p. 40.

³³⁸ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 379.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ Emmanuel TUCHSCHERER, « Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec du décisionnisme politique », *Astérian*, vol. 2, juillet 2004, p. 282.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ *Ibid.*

du Léviathan³⁴⁴ – Hobbes remarque que « *l'état de nature n'est pas décrit comme un chapitre clos de l'histoire humaine : [...] l'actualité la plus immédiate du XVII^e siècle atteste qu'il peut resurgir à tout moment* »³⁴⁵. Selon lui, « *l'état de révolte qu'a connue l'Angleterre au milieu du XVII^e siècle s'apparente à un état de chaos et de barbarie* »³⁴⁶, qu'il associe à une « *description de l'état de nature* »³⁴⁷. Il précise en effet dans *Le Citoyen*, que « *la condition des hommes hors de la société civile (laquelle condition permettez-moi de nommer l'état de nature) n'est autre que celle d'une guerre de tous contre tous* »³⁴⁸. Ce même constat apparaît dans *Léviathan*, notamment aux XIII^e et XIV^e chapitres³⁴⁹. Chez Harrington, la perspective de l'état de nature, comme chez Hobbes, « *apparaît bien comme artificialiste* »³⁵⁰, mais l'on retrouve néanmoins « *la description des hommes dans leur état pré-social* »³⁵¹, où le droit positif ne s'applique pas. Or, cet état naturel est très contextuellement associé à la révolution anglaise, et donc à la situation d'exception violente. En effet, la perte de l'équilibre de la balance engendré par la loi positive est, « *pour Harrington, à l'origine de la guerre civile anglaise* »³⁵². Ainsi, une telle situation révèle tout à la fois une inapplicabilité de la loi inégalitaire, et une violence manifeste, comparable à l'état de nature. D'une semblable manière, le contexte américain permet de lier les critères théoriques de l'état de nature à ceux, plus concrets, de la situation exceptionnelle. Que l'on se réfère à la Déclaration d'Indépendance ou au *Fédéraliste*, l'on constate que leurs

³⁴⁴ Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 118 : « *La description de l'état de nature remplit donc une double fonction : elle permet d'une part de comprendre les fondements de la société humaine, mais également le danger que lui fait courir l'effondrement de ces mêmes fondements, au premier rang desquels l'autorité du souverain* ».

³⁴⁵ Franck LESSAY, *Souveraineté et légitimité chez Thomas Hobbes*, P.U.F., 1988, p. 79.

³⁴⁶ Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 118.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ Thomas HOBBS, *Le Citoyen*, Les échos du Maquis, 2013, p. 15.

³⁴⁹ Thomas HOBBS, *Léviathan*, Librairie philosophique J. Vrin/ Dalloz, 2004, chap. XIII, p. 107 : « *Il est donc manifeste qu'aussi longtemps qu'il n'existe aucune puissance coercitive, la condition des hommes est celle que j'ai appelée une guerre de chacun contre chacun* », et chap. XIV, p. 111 : l'auteur y explique que dans l'état de nature, « *la condition des hommes et une condition de guerre de tous contre tous* ».

³⁵⁰ Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 106.

³⁵¹ *Id.* p. 106-107.

³⁵² *Id.*, p. 62

auteurs³⁵³ sont largement impliqués dans le phénomène révolutionnaire américain, de sorte qu'apparaît un maillage étroit entre théorie et pratique. D'une part, la Déclaration d'Indépendance formalise en termes solennels le constat d'une situation exceptionnelle où le droit positif ne s'applique plus, et dont les causes se logent dans une législation inégalitaire antérieure³⁵⁴. D'autre part, le *Fédéraliste* associe cette crise à un état de nature violent, supposant qu'en telle situation, « *on peut dire que l'anarchie règne aussi bien que dans l'état de nature, où l'individu plus faible n'est point à l'abri de la violence du plus fort* »³⁵⁵. Le contexte prérévolutionnaire français – théorique comme factuel – témoigne également de ce rapprochement entre une situation exceptionnelle où la loi positive ne parvient plus à s'appliquer et un phénomène de violence proche de l'état de nature. Ainsi Montesquieu note-t-il que certains peuples, en l'absence de « *quelque loi politique ou civile* »³⁵⁶, doivent nécessairement sombrer dans la violence, pouvant à leur « *fantaisie exercer [leur] vengeance, jusqu'à ce qu'elle eût été satisfaite* »³⁵⁷, se plaçant ainsi, « *pour ainsi dire, dans l'état de nature* »³⁵⁸. Rousseau, quant à lui, souligne d'une part que les lois positives sont absentes³⁵⁹ de l'état de nature. D'autre part, et bien que ne partageant pas la conception hobbesienne³⁶⁰ de l'état de nature, il y constate néanmoins une possible violence, notamment lorsque les hommes – qui y sont « *stupid[e] et borné[s]* »³⁶¹ – arrivent à une situation « *où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature* »³⁶² l'emportent sur la capacité des individus à se maintenir en tel état. Ainsi, comme dans le contexte anglo-américain, il peut être constaté ici qu'une situation

³⁵³ L'implication tout autant théorique – notamment au travers de la rédaction de la Déclaration d'Indépendance de 1776 –, que politique de Thomas Jefferson – en tant que troisième président des États-Unis de 1801 à 1809 – semble, comme dans le contexte anglais, attester une certaine filiation entre l'acception théorique de l'état de nature, et son rapprochement avec la situation exceptionnelle américaine concrète, soulignant ainsi l'identité entre leurs caractéristiques essentielles. De même, les articles de Hamilton Jay et Madison, au sein du *Fédéraliste*, semblent opérer un lien entre le phénomène exceptionnel de la révolution américaine auquel ils ont pris part et l'approche conceptuelle de l'état de nature qu'ils élaborent.

³⁵⁴ Les *Townshend Acts*, votés et promulgués entre 1767 et 1768, peuvent à ce titre être cités.

³⁵⁵ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 434.

³⁵⁶ Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 404.

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, 2001, p. 76 : ces lois n'apparaissent en effet véritablement qu'après que le « *pacte social* » ait permis l'émergence du corps politique. Ces lois entrent alors en jeu pour lui « *donner le mouvement et la volonté* ».

³⁶⁰ *Id.*, p. 48 : évoquant la conception de Caligula, supposant une inégalité naturelle entre les hommes, l'auteur précise que « *le raisonnement de ce Caligula revient à celui d'Hobbes* » qui, dans le droit fil d'Aristote, s'attache à l'idée que « *les hommes ne sont point naturellement égaux* ».

³⁶¹ *Id.*, p. 61.

³⁶² *Id.*, p. 55.

exceptionnelle, où le droit positif est absent, renvoie à une violence proche de celle de l'état de nature. Dans les faits, le contexte prérévolutionnaire renvoie, on l'a vu, à une impossible applicabilité de la loi où se jouent précisément des révoltes à la violence croissante, ainsi qu'en témoignent par exemple les manifestations de Meymac et d'Égletons, les 1^{er} et 3 avril 1789³⁶³. Sur ce point d'ailleurs, et comme dans le cadre anglo-américain, théorie et pratique semblent se joindre dès lors que Rousseau, plus de vingt ans avant la Révolution française, avait déjà saisi que l'on approchait « *de l'état de crise et du siècle des révolutions* »³⁶⁴. Or, l'on sait avec cet auteur, que certains événements, par leur violence, « *ramènent les choses dans l'ordre de la nature* »³⁶⁵. L'exceptionnalité anglo-américaine et française, au sein de laquelle le droit positif ne s'applique plus, traduit ainsi une violence comparable à celle de l'état de nature.

2. La nécessité de rupture avec l'exception

Comme dans l'état de nature, l'insoutenable violence de l'exception développée par Machiavel et Schmitt oblige à fonder un ordre totalement nouveau, afin de rompre avec une telle situation. À ce titre, les risques précédemment évoqués, relatifs aux commencements de Rome, apparaissent à l'auteur florentin comme les principaux « *motifs qui portent les premiers habitants d'un pays à bâtir des villes pour échapper à ces dangers* »³⁶⁶. C'est donc bien ici « *le besoin de se réunir, de se défendre* »³⁶⁷ qui inaugure la « *réunion en société* »³⁶⁸, fondant un ordre nouveau, plus sécurisant. Dans ce cadre conflictuel insoutenable, le retour à l'état de nature apparaît donc provisoire, et peut s'assimiler à une période charnière, précédant un ordre complètement nouveau ainsi que le souligne Thomas Berns³⁶⁹. En effet, « *les dissensions* »³⁷⁰ propres à cet état de conflit,

³⁶³ Voir sur ce point : Jean BOUTIER, *Campagnes en émois : révoltes et Révolution en Bas-Limousin, 1789-1800*, Les Monédières, 1989.

³⁶⁴ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Émile ou de l'éducation*, Livres I, II et III, édition électronique complétée – université du Québec à Chicoutimi, 2002, p. 150.

³⁶⁵ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, 2001, p. 119.

³⁶⁶ Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 379.

³⁶⁷ *Id.*, p. 384.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ Thomas BERNs, *Violence de la loi à la Renaissance – L'originale du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, 2000, p. 41. L'auteur évoque l'idée de « "principe" innovateur ». Le nom « *principe* » doit ici être entendu au sens de prince, Thomas Berns reprenant le terme en langue italienne. On pourra, plus généralement, se rapporter à sa riche introduction sur Romulus (p. 39-70), et plus particulièrement à ses développements sur « *le moment de l'innovation politique* » (p. 39-43).

³⁷⁰ *Id.*, p. 83.

« jouent leur rôle moteur de nécessité non seulement tournées vers un futur qu'elles exigent, mais aussi comme issues d'un passé [...] dont elles doivent représenter le quasi-anéantissement »³⁷¹. Une même idée de fondation nouvelle caractérise le propos schmittien. Sur ce point en effet, il faut remarquer avec Emmanuel Tuchscherer que la dialectique de l'exception schmittienne, en tant que moment charnière, renvoie très exactement au « mouvement qui caractérise chez Hobbes le passage de l'état de nature, situation originelle de désordre complet, d'anarchie et de guerre, *bellum omnium contra omnes*, à l'état civil, état de tranquillité, de sécurité et d'ordre »³⁷². Autrement dit, l'exception schmittienne, tout comme l'état de nature, peut se voir comme cette situation de danger ne pouvant être que temporaire³⁷³, et dont il s'agit de s'extraire en fondant un ordre nouveau.

La situation anglo-américaine et française semble suivre le rattachement machiavélo-schmittien à un état de nature, en ce sens que l'exception oblige ici aussi – au regard de la violence dont elle témoigne – à fonder un ordre nouveau pour y échapper. Ainsi relève-t-on – pour l'Angleterre – chez Hobbes, Sidney, Locke³⁷⁴, et dans une certaine

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² Emmanuel TUCHSCHERER, « Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec du décisionnisme politique », *Astérior*, vol. 2, juillet 2004, p. 283. L'auteur se réfère ici à la description hobbesienne de l'état de nature. Voir notamment en ce sens, Thomas Hobbes, *Léviathan*, Librairie philosophique J. Vrin/ Dalloz, 2004, chap. XIV, p. 111 : cette idée de *bellum omnium contra omnes* renvoie à l'état naturel tel que compris par le philosophe anglais, dans lequel « la condition des hommes est une condition de guerre de tous contre tous ».

³⁷³ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p.250 : « l'état d'exception est par essence limité ; au fond il n'existe que pour être levé et pour rester une exception ».

³⁷⁴ L'on peut s'étonner, chez Locke, de la nécessité d'abandonner cet état naturel, dans la mesure où ce dernier est décrit comme un état de paix, de bonne volonté, d'assistance mutuelle et de préservation. Pourtant, l'auteur anglais semble considérer nécessaire un tel renoncement, puisque malgré le règne d'une loi naturelle de la raison assurant la liberté des individus, la nature humaine peut demeurer problématique, et il arrive donc que des droits naturels entrent en conflit. Voir en ce sens : John LOCKE, *Le second traité du gouvernement – Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, P.U.F., 1994, p. 11 : « À cette étrange doctrine, que dans l'état de nature tout un chacun possède le pouvoir de mettre la loi de nature à exécution, on objectera sans doute qu'il est déraisonnable que des hommes soient juges en leur propre cause et que l'amour de soi rendra les hommes partiaux pour eux-mêmes et pour leurs amis. D'un autre côté leur mauvaise nature, la passion et la revanche les porteront à punir les autres trop rigoureusement. Il ne peut sortir de là que confusion et désordre ». Il faut constater ici que ce n'est pas la loi naturelle, ni même sa méconnaissance qui obligent à sortir de l'état de nature. Mais c'est précisément la nature humaine qui est en cause, puisqu'elle peut engendrer la partialité quand il s'agit d'exécuter les mesures d'équité édictées par la loi naturelle. Cette nature est un obstacle au maintien de l'état de nature car elle le mène finalement à un état de guerre, et empêche la réalisation de la sûreté, droit essentiel chez l'auteur anglais. Locke répond à cet obstacle : « Je reconnais volontiers que le gouvernement civil est le remède qui convient aux inconvénients de l'état de nature. Ceux-ci doivent certainement être considérables puisque les hommes y sont juges en leur propre cause ; on imagine en effet difficilement que quelqu'un qui est assez injuste pour faire du tort à son propre frère, puisse ensuite être assez juste pour se condamner lui-même de sa faute ».

mesure Harrington³⁷⁵, un constat identique, « *celui de l'impossibilité de perdurer dans l'état de nature* »³⁷⁶ et « *la nécessité d'entrer dans la société civile* »³⁷⁷. S'intéressant à Hobbes, Michel Villey remarque que cette impossibilité de demeurer dans l'état de nature – qui n'est alors plus qu'une « *poussière d'hommes* »³⁷⁸ –, engage une fondation nouvelle – où nécessairement « *les institutions seront reconstruites à partir des hommes* »³⁷⁹ –. Bien qu'opposé³⁸⁰ à Hobbes sur la définition de l'état de nature, Sidney rattache néanmoins le phénomène d'exception anglais à cet état duquel il faut s'échapper pour fonder un modèle politique nouveau. En effet, il explique qu'en pratique – dans le cadre révolutionnaire anglais – comme en théorie – dans l'état de nature –, « *les gouvernements tirent leur origine du consentement des hommes* »³⁸¹, ces derniers ne pouvant échapper à une telle situation que par un accord commun. Locke envisage également cet état de nature, devenu « *confusion et désordre* »³⁸² à cause de la nature partielle de l'homme, et dont il devient nécessaire de s'écarter pour fonder le gouvernement civil. Là encore, son discours démontre une interaction entre sa définition de l'état de nature et la situation anglaise, ce que Pocock remarque en soulignant la proximité de l'auteur et l'influence possible de ses concepts vis-à-vis de certains parlementaires ayant exercé leurs

³⁷⁵ Harrington ne peut être cité qu'incidemment ici. Contrairement à Hobbes, Sidney et Locke, il ne s'intéresse que très peu à l'état de nature. Son obsession pour l'équilibre de la propriété – qu'il s'agit de réaliser pleinement dès lors que l'on se situe dans l'état social – le mène directement dans le cadre d'une société fondée et d'un État établi. L'état naturel n'est envisagé que furtivement, et bien qu'étant nécessaire, considéré comme un pur artifice. Il n'envisage que très peu cette situation charnière de l'état de nature vers l'état social, pour s'attacher presque exclusivement à la stabilité de la république déjà fondée, qu'il nomme Océana. Il ne partage donc pas, avec Hobbes et Locke par exemple, la pensée contractualiste. Voir sur ce point : Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 107. L'auteure évoque James Harrington : « *on verra que la notion même de contrat finit chez lui par devenir accessoire* ».

³⁷⁶ Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 107.

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, P.U.F., 1990, p. 138.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ Voir sur cette opposition, Algernon SIDNEY, *Discourses Concerning Government*, Liberty Fund, 1996, p. 49. Sidney s'oppose ici à la définition anarchique que Hobbes donne de l'état de nature : « *Certes Hobbes se joue scandaleusement de Cicéron, Platon, Aristote caeterosque Romanae et Graecae anarchiae fautores (et tous les autres instigateurs d'anarchie grecs et romains) ; mais il peut sembler étrange que cette anarchie qu'il compare à un chaos, plein de ténèbres et de confusion, où il ne peut y avoir ni force, ni action régulière vienne à bout de toutes les monarchies qui ont croisé son chemin, "si (comme le dit notre auteur, [c'est-à-dire Thomas Hobbes]) le meilleur ordre, la plus grande puissance et la plus grande stabilité sont l'apanage de la monarchie"* » (notre traduction).

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² John LOCKE, *Le second traité du gouvernement – Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, P.U.F., 1994, p. 11.

fonctions durant ce demi-siècle qui ébranla l'Angleterre³⁸³. Chez James Harrington – dont les travaux théoriques, là encore, doivent être indubitablement rattachés aux événements anglais³⁸⁴ –, l'on retrouve l'idée d'un état de nature qui s'efface rapidement et « *presque complètement au profit de la question de l'édification du politique* »³⁸⁵. Le retour à l'état de nature est, chez cet auteur, aussi bref que doit l'être la situation exceptionnelle, et il incite surtout à la formation d'un nouvel ordre politique. L'exception américaine suggère la même nécessité de fondation d'un ordre nouveau. En ce sens, la Déclaration d'Indépendance formule la nécessité « *d'établir un nouveau gouvernement* »³⁸⁶, afin de rompre avec cet état de violence. C'est à cette fin qu'Alexander Hamilton déclare qu'une « *Union solide sera encore de la plus grande importance pour la liberté et la paix des États, en opposant une barrière aux factions intestines et aux insurrections* »³⁸⁷, qui justement s'expriment pleinement et violemment au sein d'une situation exceptionnelle. Dans le cadre de réflexion français, l'on retrouve également l'idée d'une exception comparable à un état de nature qui, ne pouvant être que temporaire, suggère la fondation d'un ordre nouveau, puisque bien assez tôt, « *l'opposition des intérêts particuliers a rendu nécessaire l'établissement des sociétés* »³⁸⁸. Tout comme dans la pensée anglo-américaine, l'on

³⁸³ Voir sur ce point : J.G.A. Pocock, « L'œuvre politique de Harrington », *Océana*, James HARRINGTON, Belin, 1995, p. 185. L'auteur explique la proximité entre Locke et Lord Shaftesbury, ayant siégé au Parlement de Cromwell. Au-delà d'une conception théorique, nombre de penseurs anglais étaient impliqués – plus ou moins directement – dans le processus politique du XVII^e siècle, de sorte que l'on peut percevoir une possible interaction entre leurs présupposés et la réalité révolutionnaire, et en l'occurrence, une résonance entre les critères de l'état de nature, et ceux de la situation exceptionnelle, propre à ce contexte anglais.

³⁸⁴ Les écrits de Harrington permettent d'illustrer l'idée selon laquelle un lien entre théorie et pratique est perceptible. En effet, son œuvre majeure, *Océana*, est rédigée pendant la première révolution anglaise, et publiée en 1656, durant l'interrègne cromwellien. Pocock constate que malgré l'idéalisme de ces écrits, Harrington « *déclare d'une manière parfaitement explicite que l'histoire imaginaire de cette république est bien l'histoire de l'Angleterre* » (id., p. 151). L'état de nature brièvement décrit par Harrington peut ainsi être interprété comme la situation exceptionnelle qui traverse le mouvement révolutionnaire anglais dans son ensemble, lui qui, dès 1647, devenait attaché à la Couronne de Charles I^{er}. Ce rapprochement porte autant sur l'aspect violent de l'état naturel, que sur la nécessité d'en sortir en fondant un ordre nouveau. Pocock ajoute, sur ce dernier point, que s'adressant « *à ses contemporains* » au travers de cet ouvrage, « *Harrington s'efforce désormais de leur dire exactement où en est l'Angleterre et quelles sont les exigences du moment. Ce dont on a besoin, c'est de légiférer, [...] de fonder un État ou de donner au corps politique ces institutions qui en sont l'âme* ». Ce maillage étroit entre théorie et pratique, permettant d'associer les critères de l'état de nature à ceux de l'exceptionnalité anglaise, est parfaitement résumé par Austin Herbert Woolrych (Austin Herbert WOOLRYCH, « The Good Old Cause and the Fall of the Protectorate », *The Cambridge Historical Journal*, vol. 13, 1957, p. 157) qui considère que pour Harrington, « *la révolution d'avril (1648-49) semblait ouvrir des possibilités excitantes pour traduire ses théories dans la pratique* » (notre traduction).

³⁸⁵ Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 107.

³⁸⁶ États-Unis, *Déclaration unanime des treize États unis d'Amérique*, 4 juillet 1776.

³⁸⁷ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 58.

³⁸⁸ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, 2001, p. 65.

constate d'une part que « *cet état primitif ne peut plus subsister, et le genre humain périrait s'il ne changeait de manière d'être* »³⁸⁹. D'autre part, les individus doivent donc trouver une nouvelle « *forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé* »³⁹⁰. Sur ce point, la Déclaration de 1789 – dont l'influence rousseauiste témoigne là encore d'une interaction entre théorie et pratique – semble incarner cette volonté de fondation, basée sur une « *association politique* »³⁹¹ nouvelle et égalitaire, où la « *volonté générale* »³⁹² supposerait une participation politique de chacun, permettant la garantie des droits et libertés de tous.

Tout comme chez Machiavel et Schmitt, les contextes anglo-américain et français révèlent ici que c'est à partir d'une exceptionnalité assimilable à un état de nature, dont il est nécessaire de sortir, que la volonté de fondation d'un ordre égalitaire nouveau va s'établir. Sur ce point, il faut désormais souligner que si une telle situation échappe au droit positif, elle relève d'une normativité propre, qui est justement le moyen de mettre fin à cette exception pour fonder cet ordre.

Section 2 : L'applicabilité du jusnaturalisme

Dès lors qu'est constaté un état de nature violent ne pouvant être de ce fait que temporaire, il faut déterminer le moyen permettant de s'en échapper. À cette fin, il faut nécessairement rechercher s'il existe chez Machiavel, Schmitt et dans le cadre de réflexion anglo-américain et français, une loi présente au sein de l'état de nature, capable d'ordonner cette exception, car finalement, puisque « *la situation exceptionnelle est toujours autre chose [...] qu'une anarchie et un chaos, [...] au sens juridique, il subsiste malgré tout toujours un ordre, fût-ce un ordre qui n'est pas de droit* »³⁹³ au sens positif du terme. De toute part, il sera possible de constater la présence d'une loi de nature ayant pour principe la préservation de l'existence, et dont le contenu semble faire l'objet d'une violation par la situation exceptionnelle, dès lors qu'elle représente une mise en péril de la vie pour les individus (§ 1). Mais à la fois, une telle usurpation va entraîner la mise en œuvre d'un droit

³⁸⁹ *Id.*, p. 55.

³⁹⁰ *Id.*, p. 56.

³⁹¹ France, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 août 1789, art. 2.

³⁹² *Id.*, art. 6.

³⁹³ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 22.

visant à réinstaurer les principes de la loi naturelle, et ainsi rétablir une forme de stabilité, en rompant avec le risque de mort que représente l'exception (§ 2).

§ 1. La violation des principes de la loi naturelle

Il est possible d'identifier, unanimement, la présence d'une loi naturelle visant à préserver la vie (A), dont le principe essentiel tend à être violé par le risque de mort qu'incarne la situation exceptionnelle (B).

A. L'identification d'une loi de préservation

La perception d'une loi naturelle n'apparaît pas aisément dans le cadre de réflexion qui est le nôtre. Ainsi, l'hypothèse de la présence d'une telle loi de préservation de l'homme suggère d'abord de l'identifier dans le contexte de pensée dont elle est issue (1), de manière à en extraire les critères essentiels, pour ensuite tenter de les retrouver au sein de la pensée machiavélo-schmittienne, ainsi que dans le contexte anglo-américain et français (2).

1. La conception jusnaturaliste de la loi

La pensée jusnaturaliste moderne développe l'idée d'une loi naturelle rattachée au concept de raison, qui serait un moyen de découvrir un certain nombre de principes propres à la nature humaine et à sa préservation. C'est en ce sens que Jean-Louis Bergel souligne qu'à la suite de Grotius, l'école du droit naturel des XVII^e et XVIII^e siècles se fondera sur l'idée d'une « *raison humaine* »³⁹⁴ capable de « *dégage[r] les principes d'un droit naturel universel et immuables, fait de règles indépendantes* »³⁹⁵ du temps, des sociétés et de leur droit positif. Dans ses développements sur les courants jusnaturalistes, Michel Villey explique ainsi que pour l'école moderne, c'est bien à partir d'une observation de la nature humaine, opérée au moyen de la raison, que peuvent être déduits les principes de la loi de nature. Ainsi, « *n'importe quel homme [...] découvre au sein de sa nature* »³⁹⁶ une règle fondamentale, conçue comme une sorte de « *dictée de la raison* »³⁹⁷. Pufendorf développe lui aussi l'idée selon laquelle l'homme, précisément en sa qualité « *d'animal*

³⁹⁴ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, p. 25.

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ Michel VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 224.

³⁹⁷ *Ibid.*

raisonnable »³⁹⁸ est capable de découvrir cette « règle la plus générale des actions humaines »³⁹⁹ que chacun doit suivre. Dans le cheminement de cet auteur, Pierre Laurent précise que lorsqu'il use de raison, « l'homme se révèle capable de loi »⁴⁰⁰, car au travers de cette introspection « son existence s'ordonnera et prendra sens »⁴⁰¹, l'écartant ainsi « d'une anarchie jouisseuse »⁴⁰² et lui permettant donc de sauvegarder sa vie autant que possible. Cette raison permet ainsi de révéler une loi visant à préserver la nature humaine dans son existence. De même, Jean-Paul Coujou constate que la pensée de Burlamaqui soutient cette idée que tout homme, puisqu'il « possède un instinct moral et l'usage de la droite raison [...], peut découvrir en lui ces principes de la loi naturelle qui garantissent théoriquement et pratiquement son humanité »⁴⁰³. On trouve donc ici la présence d'une raison capable d'identifier une loi conforme à la nature humaine, c'est-à-dire ayant pour principe essentiel la préservation des hommes.

2. La reconnaissance unanime d'une loi de nature

Si la pensée de Machiavel et Schmitt n'identifie pas explicitement une telle loi de nature, il faut néanmoins remarquer qu'ils théorisent, dans une forme d'extériorité vis-à-vis de l'ordre étatique, une loi déterminée par la raison humaine, qui s'avère tout à fait proche du jusnaturalisme moderne. En d'autres termes, l'« originarité » de cette loi, puisqu'elle trouve appui sur la raison, permet de supposer la présence d'une loi de nature, c'est-à-dire l'existence d'une loi dont la validité ne dépendrait pas de sa positivité, mais d'une nature proprement humaine, dotée de raison. Thomas Berns semble s'approcher d'une telle norme quand il écrit, dans son ouvrage sur la violence de la loi chez Machiavel :

« L'insistance de Machiavel sur le moment de l'origine de la loi, comme moment où se joue son autorité, et le fait que celui-ci [...] ne peut être considéré comme un moment simplement empirique par lequel débiterait de façon linéaire la genèse de la loi, nous porte [...] à envisager la possibilité que

³⁹⁸ Samuel PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, Tome 1, Presses universitaires de Caen, 1987, p. 169.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ Pierre LAURENT, *Pufendorf et la loi naturelle*, J. Vrin, 1982, p. 87.

⁴⁰¹ *Id.*, p. 87-88.

⁴⁰² *Id.*, p. 88.

⁴⁰³ Jean-Jacques BURLAMAQUI. *Principes du droit naturel*, suivi de *Droit naturel et humanité chez Burlamaqui*, par Jean-Paul Coujou, Dalloz, 2007, p. 408.

cette origine se conçoit comme faisant partie d'une "fiction rationnelle" grâce à laquelle l'autorité de la loi [...] serait établie »⁴⁰⁴.

Dans l'un de ses ouvrages⁴⁰⁵ les plus précoces, Carl Schmitt semble aborder cette même loi. Il écrit ainsi dans *La valeur de l'État et la signification de l'individu* :

« Tant qu'il est un être de raison, le sujet est autonome [...]. Un être de raison si exigeant ne se détermine pas selon des considérations empiriques, mais se fonde davantage dans une valeur, une norme, qui comme Kant l'exprimerait, constitue une loi »⁴⁰⁶.

De même, dans *La notion de politique*, le juriste allemand semble s'en remettre à « un droit supérieur et plus juste que l'on nommera droit naturel ou droit rationnel [et qui] signifie le règne et la souveraineté de ceux qui savent en appeler à ce droit supérieur et qui décident de son contenu »⁴⁰⁷. Ces deux auteurs semblent rejeter la possibilité d'une loi déterminée par un élément extérieur, empirique, pour y préférer l'idée de raison. Ce positionnement semble renvoyer – certes de façon anachronique – à une contestation de la pensée de Kelsen, pour qui le droit positif contient à son fondement, une contrainte, c'est-à-dire cet élément extérieur lui conférant une validité effective. Logiquement, puisque l'on doit compter « avec la possibilité que les hommes agissent autrement que les normes de droit positif le prescrivent »⁴⁰⁸, ces normes positives ne peuvent tirer leur applicabilité concrète, dans la réalité sociale, que du fait qu'elles contiennent une sanction en cas de non-exécution, et non pas de leur rattachement à la raison. C'est donc « précisément pour

⁴⁰⁴ Thomas BERNIS, *Violence de la loi à la Renaissance – L'originale du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, 2000, p. 211. Ce positionnement est particulièrement révélateur de la difficulté machiavélienne, au sens de son insaisissabilité. On ne peut conclure, avec Thomas Bernis, qu'à une duplicité des origines de la loi (voir chap. II : « Machiavel et l'origine violente de la loi », le point II : « Indécidabilité des genèses de la loi », p. 71-130). L'autorité peut être logée dans une contrainte extérieure, ce qu'attestent les exemples historiques de Machiavel, où la contrainte est nécessairement extérieure car issue de l'observation des faits. Mais à la fois, et c'est le positionnement que nous adoptons et développerons, l'idée de *virtù* – rattachée à une raison humaine – qui traverse l'œuvre du Florentin, permet de situer l'autorité de l'ordre juridique en dehors de cet aspect empirique.

⁴⁰⁵ Carl SCHMITT, *La valeur de l'État et la signification de l'individu*, Droz, 2003. Schmitt entame la rédaction de cet ouvrage dès 1913, soit à peine trois ans après la soutenance de sa thèse de doctorat, portant sur la culpabilité en droit (*Über Schuld und Schuldarten*), sous la direction du Professeur de droit pénal Fritz von Calker.

⁴⁰⁶ *Id.*, p. 128.

⁴⁰⁷ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 111.

⁴⁰⁸ Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, L.G.D.J., Bruylant, 1997, p. 439. Kelsen distingue donc ici le droit naturel du droit positif en vertu de la notion de contrainte, seul ce dernier droit la possédant.

cette raison que la contrainte est un élément indispensable du droit positif »⁴⁰⁹. Mais Machiavel et Schmitt semblent d'abord rejeter cette acception. En effet, la notion de contrainte ne peut donner validité à la norme, parce qu'elle y inclut alors un élément d'extériorité. À ce titre, l'on doit noter que cette contrainte, « au fondement même du droit positif, relève [...] du domaine empirique, puisqu'elle prend en compte les conséquences, les finalités, en fait l'exécution de la norme, qui ne peuvent qu'appartenir au registre du factuel »⁴¹⁰. Or, chez ces auteurs, le droit ne semble pouvoir trouver son fondement dans une telle extériorité. Ainsi, chez Machiavel, « l'empiricité [semble] empêcher [...] la possibilité de fonder l'autorité de la loi »⁴¹¹, alors que chez Schmitt, « le droit est une pensée abstraite, qui n'est pas dérivée des faits »⁴¹². En ce sens il devient possible d'affirmer que chez ces penseurs, « la norme détient sa valeur et sa validité indépendamment du réel et de la réalisation de la contrainte »⁴¹³. En effet, la règle de droit ne procède pas ici d'une volonté de contraindre déduite d'une certaine propension à désobéir, et c'est en ce sens d'ailleurs que « le droit n'est pas une volonté, mais une norme »⁴¹⁴. Autrement dit, la contrainte et le droit relèvent de catégories distinctes, et les associer dans le cadre d'une théorie du droit positif suppose de reconnaître que – presque paradoxalement – ce droit n'est pas purement normatif, puisqu'il tire son effectivité d'un élément qui ne l'est pas. La validité du droit ne peut donc se rattacher à cette extériorité qui semble vider la règle de sa normativité. Au contraire, c'est bien d'une introspection interne, d'une raison proprement humaine que la loi tire, chez ces auteurs, son autorité et sa validité. C'est dans cette perspective que Cristina Ion situe la source de légitimité de la norme machiavélienne dans « une forme d'interdépendance [...] entre les lois [...] et leur support humain »⁴¹⁵. Pareillement, Sandrine Baume affirme que « dans *La valeur de l'État et la signification de l'individu* [l'un des premiers écrits de Schmitt], c'est essentiellement la

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ Sandrine BAUME, « Carl Schmitt, penseur de l'État », *La valeur de l'État et la signification de l'individu*, Carl SCHMITT, Droz, 2003, p. 43.

⁴¹¹ Thomas BERNIS, *Violence de la loi à la Renaissance – L'originare du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, 2000, p. 243.

⁴¹² Carl SCHMITT, *La valeur de l'État et la signification de l'individu*, Droz, 2003, p. 89.

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ Cristina ION, « Conquérir, fonder, se maintenir », *Lectures de Machiavel*, Marie GAILLE-NIKODIMOV, Thierry MÉNISSIER (dir.), Ellipses, 2006, p. 94.

raison qui constitue la première source de légitimation du droit »⁴¹⁶, de sorte que « *la source de validité du droit [...] réside dans la raison et non dans ce qui relève du factuel* »⁴¹⁷. Un tel fondement semble donc s'apparenter à une perspective jusnaturaliste. En effet, si chez Kelsen une norme ne peut s'imposer qu'au travers d'un impératif externe prescrit par une autorité, la loi chez Machiavel et Schmitt, s'impose en vertu d'un impératif interne dicté par la raison : la nécessaire préservation de l'individu. Or, chez ces deux auteurs, le lien entre raison et préservation est tout à fait visible. En effet, Schmitt note que chez Machiavel, la raison se rattache à un « *principe de construction de la communauté étatique* »⁴¹⁸, favorable à sa propre préservation. De même, l'on se souviendra que pour le juriste allemand, l'homme, tant qu'il use de raison, se détermine dans une valeur, pouvant être comprise comme la « *préservation de l'unité et de l'intégrité d'une collectivité particulière* »⁴¹⁹. On serait tenté de dire que la contrainte n'a ici que peu de sens, puisque la raison tend à révéler une préservation de l'homme consubstantielle à sa nature même, et particulièrement perceptible au cœur de l'exception. Si l'on conçoit en effet la raison comme une manifestation rationnelle des aspirations essentiellement existentielles de la nature humaine, la loi qu'elle produit ne requiert aucune contrainte pour s'appliquer. Chez ces deux auteurs au fond, la raison dégage un devoir être qui, puisque rattaché à la préservation de l'homme, contient un commandement interne guidant un comportement nécessairement conforme à la loi naturelle de conservation. C'est en ce sens que la normativité d'une telle loi ne peut s'attacher à une extériorité.

Dans un cheminement similaire, la pensée anglo-américaine et française déploie une raison humaine capable de dégager une loi de nature ayant pour principe la préservation de l'homme. Ainsi trouve-t-on chez Hobbes cette « *règle générale élaborée par la raison, par laquelle il est interdit à chacun de faire ce qui lui paraîtra tendre à son détriment* »⁴²⁰. Cette raison renvoie alors à une liberté de l'individu, dont l'usage vise « *la préservation de*

⁴¹⁶ Sandrine BAUME, « Carl Schmitt, penseur de l'État », *La valeur de l'État et la signification de l'individu*, Carl SCHMITT, Droz, 2003, p. 47.

⁴¹⁷ *Id.*, p. 48.

⁴¹⁸ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p.28.

⁴¹⁹ Julien BRUNET, « Partisans de la politique : Carl Schmitt au miroir de Machiavel et de Clausewitz », *Machiavel Clausewitz – Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Carl SCHMITT, Krisis, 2007, p. 15.

⁴²⁰ Thomas HOBBS, *Léviathan*, Librairie philosophique J. Vrin/ Dalloz, 2004, p. 111.

sa propre nature, autrement dit de sa propre vie »⁴²¹. Locke conçoit également une loi naturelle qui enseigne à tout homme prenant la peine de consulter sa raison, qu'« aucun ne doit nuire à un autre dans sa vie, sa santé, sa liberté et ses possessions »⁴²². Il développe ainsi une « loi fondamentale de nature »⁴²³ en vertu de laquelle « l'homme doit être préservé autant que cela est possible »⁴²⁴. Cette même idée se retrouve dans *Le Fédéraliste*, où Madison semble rattacher l'idée d'une raison cherchant ce qui est bon⁴²⁵, à ce :

« grand principe de la conservation personnelle, cette loi suprême, naturelle et divine, qui veut que la sûreté et le bonheur de la société soient le but auquel tendent toutes les institutions politiques et auquel elles doivent toutes être sacrifiées »⁴²⁶.

Proche, sur ce point, de la conception anglo-américaine, Montesquieu conçoit lui aussi que « la loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre »⁴²⁷. Les premières lois que l'homme peut découvrir « sont celles de la nature, ainsi nommées, parce qu'elles dérivent uniquement de la constitution de notre être »⁴²⁸. Or, dans cet état de nature, l'homme sentant ses faiblesses et sa timidité, userait avant tout de sa raison pour « songer à la conservation de son être »⁴²⁹. Ainsi, la raison humaine permet de découvrir une loi naturelle de conservation, ce que Montesquieu confirme en faisant de la paix l'une des lois fondamentales de l'état de nature⁴³⁰. On perçoit donc ici clairement la présence d'une forme de « raison universelle, que tout homme peut découvrir en lui, et grâce à laquelle les multiples introspections peuvent aboutir à la découverte d'un droit naturel commun »⁴³¹ et protecteur.

⁴²¹ *Id.*, p. 128. L'auteur ajoute que cette liberté permet à l'individu de « faire tout ce qu'il considérera, selon son jugement et sa raison propres, comme le moyen le mieux adapté à cette fin », qui est ici la préservation de son existence (*ibid.*).

⁴²² John LOCKE, *Le second traité du gouvernement – Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, P.U.F., 1994, p. 6.

⁴²³ *Id.*, p. 14.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ Voir : Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 330.

⁴²⁶ *Id.*, p. 366.

⁴²⁷ Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 24.

⁴²⁸ *Id.*, p. 23.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ *Id.*, p. 23-24.

⁴³¹ Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Dalloz, 2005, p. 22.

Chez Machiavel et Schmitt autant que dans ce contexte, l'idée d'une raison révélant une loi de nature protectrice de l'homme. C'est cette loi que la situation exceptionnelle semble usurper.

B. L'usurpation de la *salus populi suprema lex*⁴³²

La pensée machiavélo-schmittienne, mais aussi les événements anglo-américains et français, semblent rendre compte d'une exception qui tend à violer le contenu de la loi naturelle, dès lors qu'elle contrevient à son principe essentiel de préservation. Tous conçoivent en effet qu'un conflit, quel qu'il soit, peut se radicaliser en une opposition mettant en jeu la vie de ses protagonistes (1). Le trait le plus saillant de cette dérive s'illustre par la conversion des simples notions d'opposants et de concurrents en celles d'amis et d'ennemis pouvant se donner la mort (2).

1. La radicalisation du conflit

L'idée d'une violation de la loi naturelle de préservation est perceptible chez Machiavel et Schmitt, au travers de la radicalisation du conflit au sein de l'exception. Chez ces deux auteurs, il a été constaté que l'exception suggérerait un bouleversement de l'ordre juridique, faisant surgir une violence proche de l'état de nature. Cette violence intéresse encore ici, car au-delà de l'idée d'une opposition cristallisée autour de dissensions idéologiques entre adversaires, elle révèle une certaine radicalisation. Il existe ainsi un moment dans la situation d'exception, conceptualisé par Machiavel et Schmitt, où cette opposition dépasse la simple mise en danger des idéologies des uns et des autres, pour muer en une mise en péril de l'existence, au sens vital du terme. C'est en ce sens que l'exception semble violer le principe jusnaturaliste d'une préservation de la vie humaine. En effet, au paroxysme de l'exception, les opposants en viennent à comprendre les aspirations – religieuses, économiques ou encore doctrinales – de leurs adversaires comme un empêchement au mode de vie qu'ils défendent, et donc comme une mise en péril de leurs propres existences. Cette radicalisation n'est plus le signe d'une simple opposition idéologique, mais, ainsi que l'explique François Terré, celui d'une violence qui, « *par*

⁴³² L'expression complète est : *salus populi suprema lex est*. Elle peut être traduite par : le salut du peuple est la loi suprême. La notion est notamment développée par Locke, voir : John LOCKE, *Le second traité du gouvernement – Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, P.U.F., 1994, chap. XIII : « De la subordination des pouvoirs de la république », § 158, p. 115-116.

nature [...] met en cause la vie d'un individu ou d'un groupe »⁴³³. L'auteur de Florence théorise cette exacerbation du conflit au travers de l'idée de *fortuna*, que l'on reprend ici dans sa langue originale afin de respecter au mieux la sémantique machiavélique⁴³⁴. Elle est ce que l'on pourrait nommer « la “matière” informe du devenir »⁴³⁵, c'est-à-dire cet imprédictible déroulement des événements bruts de l'histoire, propre à radicaliser un conflit. En effet, Machiavel relève sur la *fortuna* que les pires situations « sont celles qui proviennent de ses coups »⁴³⁶ puisque « sa domination n'est jamais sans violence »⁴³⁷. Carl Schmitt développe une idée de nécessité tout à fait proche de l'idée de *fortuna*, au point que Patrick Dupouey l'envisage comme un concept qui « fait pendant à celui de fortune »⁴³⁸. Comme chez Machiavel, la nécessité incarne ce moment où le conflit, acquérant une radicalité extrême, mène à une mise en danger de la vie de ses protagonistes. Elle est cet instant où « les discordes morales, économiques, religieuses, esthétiques ou scientifiques »⁴³⁹, atteignent un tel antagonisme qu'elles dépassent le stade de la discorde, pour atteindre celui d'un conflit vital. Cette radicalisation traduit ainsi une « situation extrême où il y a conflit aigu »⁴⁴⁰, ce que confirme Étienne Balibar en associant cette situation extrême au « péril national »⁴⁴¹, et donc à la mise en péril de l'existence. Dans *La notion de politique*, à l'occasion d'un chapitre sur la guerre⁴⁴², Schmitt précise encore cette

⁴³³ François TERRÉ, « Sur le phénomène de violence », *Archives de philosophie du droit*, n° 43, 1999, p. 245.

⁴³⁴ Il convient ici de retranscrire le terme dans la langue de l'auteur, afin de n'en pas dénaturer le sens, et pour s'approcher au plus près de la sémantique machiavélique. Au-delà du sens de sa traduction de l'italien au français (qui renvoie à l'idée de chance, de hasard des événements), Machiavel donne une dimension proprement personnelle à ce terme. Sur cette distinction de la notion vis-à-vis de son sens général, voir Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, p. 128. L'auteur y explique la difficulté de la notion, dans la mesure où « Machiavel ne donne pas au mot “fortune” le contenu rigoureux d'un concept ». Il faudrait en fait dire que ce terme ne doit pas être pris dans son acception généralement admise, non parce qu'il y serait opposé, mais parce que le sens donné par Machiavel embrasse à la fois le sens communément admis, mais aussi une définition propre, et en définitive beaucoup plus symbolique. On songe par exemple à la déification qu'il opère dans le *Capitolo* qui lui est consacré. Voir en ce sens : Nicolas MACHIAVEL, Poésies et proses diverses, *Capitolo de la Fortune*, Gallimard, 1952, p. 81-86, et notamment p. 82 : « Que cette déesse cruelle tourne un moment vers moi ses yeux inhumains, qu'elle lise ce que je vais chanter d'elle-même et de son empire ».

⁴³⁵ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 45.

⁴³⁶ Nicolas MACHIAVEL, Poésies et proses diverses, *Capitolo de la Fortune*, Gallimard, 1952, p. 82.

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, p. 132.

⁴³⁹ Julien FREUND, « Les lignes de force de la pensée politique de Carl Schmitt », *Nouvelle École*, n° 44, avril 1987, p. 15.

⁴⁴⁰ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 65.

⁴⁴¹ Étienne BALIBAR, « Le Hobbes de Schmitt, le Schmitt de Hobbes », préface, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, Carl SCHMITT, Seuil, 2002, p. 37.

⁴⁴² Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, chap. III : « La guerre, phénomène d'hostilité », p. 66-75.

association entre la situation d'exception et le risque de mort, en remarquant que « *le cas de guerre est resté, jusque dans le présent, l'épreuve décisive par excellence* »⁴⁴³. Or, il ajoute, directement après cette phrase sur la guerre : « *en cette occasion, [...] on peut dire que c'est la situation d'exception qui revêt une signification particulièrement déterminante* »⁴⁴⁴. Ainsi l'exception est-elle associée à la guerre, donc à la manifestation d'une violence qui par principe, pose la question de la vie et de la mort.

Le contexte anglo-américain et français traduit, mais d'une manière bien plus concrète, cette idée qu'au cœur de l'exception jaillit un irréversible moment, mettant en péril la vie. À ce titre, les massacres de l'Ulster en octobre 1641, de Boston en mars 1770, ou encore l'affaire Réveillon d'avril 1789, sont assez éclairants parce que tous trois incarnent d'une même manière la dérive d'une opposition religieuse, économique ou doctrinale, vers une situation mettant en péril l'existence de ses protagonistes.

Le premier massacre s'inscrit dans le contexte d'opposition entre catholiques irlandais et colons britanniques protestants, arrivés à peine quarante ans plus tôt, dans le cadre de la politique de plantation menée par Jacques I^{er}. Des oppositions naissent dès octobre, revendiquant de part et d'autre l'obédience catholique ou bien protestante de l'île. Après quelques émeutes, le conflit dégénère rapidement en insurrection, gagnant toute l'île. C'est ici que surgit la radicalisation précédemment évoquée, avec le massacre, par les catholiques irlandais, des protestants britanniques de l'Ulster, à l'automne 1641. Ce massacre renvoie ainsi à l'idée d'un conflit mettant en péril la vie de ses protagonistes, suggérant parmi les colons britanniques ayant migré sur l'île « *la thèse d'un massacre concerté visant à éliminer tous les protestants de l'île* »⁴⁴⁵. C'est dans ce contexte que les Communes votèrent « *l'un des textes les plus justement célèbres de l'histoire constitutionnelle anglaise, la Grande Remontrance [...] précédée d'une pétition* »⁴⁴⁶. C'est cette pétition, davantage que le texte principal, qui retient l'attention ici, parce qu'elle matérialise la dérive radicale d'une opposition religieuse vers un conflit vital. En effet, elle illustre une opposition où l'existence, bien plus que la prévalence d'une conviction religieuse, est en jeu. C'est à ce titre que les Communes considèrent que les sujets anglais « *se trouvent contraints d'exposer leurs personnes* »⁴⁴⁷ contre l'opposant catholique. Le

⁴⁴³ *Id.*, p. 73.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ Bernard COTTRET, *La Révolution anglaise 1603-1660*, Perrin, 2015, p. 164.

⁴⁴⁶ *Id.*, p. 165-166.

⁴⁴⁷ *Id.*, annexe 5, Pétition de la Chambre des communes, 1^{er} décembre 1641, p. 490.

second massacre, celui de Boston en 1770, s'inscrit lui aussi pleinement dans l'idée machiavélo-schmittienne selon laquelle une opposition, en l'occurrence fondée sur des divergences économiques, devient un conflit mettant en danger la vie, dès lors qu'il atteint une certaine intensité. Depuis la fin des années 1760, la multiplication des taxations sur les marchandises importées dans les colonies provoquait un foyer de contestation particulièrement vif à Boston. C'est dans ce contexte instable que la Couronne britannique décida d'envoyer des troupes supplémentaires pour réprimer les mouvements d'opposition. Le 5 mars 1770, menacés par la foule, les soldats britanniques font feu, sous les ordres du capitaine Thomas Preston. Suite à ce massacre, le *Town Meeting* de Boston prend une résolution qu'il adresse à la Chambre des représentants. Ce texte est particulièrement éclairant, car comme la pétition de 1641, il traduit une certaine mutation du conflit. Ce ne sont en effet plus les intérêts économiques qui semblent menacés, mais bien l'existence même des colonies et de leurs habitants. La résolution dispose ainsi :

« Une série de faits, de nombreux événements récents [...] donnent une raison particulière de penser qu'un plan visant à l'instauration d'un despotisme impérial, préparé depuis longtemps et ne reculant devant rien, a été projeté et en partie exécuté »⁴⁴⁸.

Bernard Bailyn accrédite cette compréhension du conflit, en approuvant les mots de Samuel Seabury, selon lequel il existait bien « *un plan préétabli et arrêté pour réduire les colonies, comme d'ailleurs la nation entière, en esclavage ou les soumettre à un gouvernement arbitraire* »⁴⁴⁹.

L'affaire Réveillon, quant à elle, montre la possible dérive d'une opposition doctrinale, pouvant se radicaliser en un conflit mettant en péril la vie. Dans un contexte de tension sociale, tout à la fois provoquée par la concurrence induite par le Traité de libre-échange Eden-Rayneval de 1786, l'augmentation des prix du pain au début de l'année 1789 et l'approche des états généraux, les ouvriers et apprentis les plus précaires commencent à s'insurger. Lors d'une assemblée d'électeurs le 23 avril 1789, Jean-Baptiste Réveillon – dirigeant d'une manufacture de papier –, fait montre d'une doctrine libérale précoce, et propose au gouvernement du roi de supprimer les taxes prélevées sur les biens

⁴⁴⁸ Bernard BAILYN, *Les origines idéologiques de la révolution américaine*, Belin, 2010, p. 75. L'auteur reprend ici la résolution du *Town Meeting* de Boston envoyée à sa Chambre des représentants, en 1770.

⁴⁴⁹ *Id.*, p. 94.

de consommation courante entrant dans la capitale, permettant mécaniquement la baisse de leur prix, et offrant alors aux entrepreneurs la possibilité de baisser les salaires. Ne retenant que ce dernier élément, les travailleurs précaires se réunissent aux abords de la Bastille dès le 27 avril, brûlent des effigies de Réveillon – ainsi que d’autres dirigeants⁴⁵⁰ –, et saccagent sa manufacture. C’est à ce stade, comme dans le contexte anglo-américain, que l’on voit s’opérer une mutation du conflit : le désaccord doctrinal gravitant autour de la fixation des salaires dérive en émeutes violentes mettant en péril la vie, illustrant ainsi que « *ce n’est [...] qu’à partir du moment où le groupe national se sent menacé dans son existence même, que la crise prend tout son sens* »⁴⁵¹. En effet, le lendemain, les émeutiers s’opposent violemment aux troupes des gardes françaises, faisant au moins une centaine de morts dans le premier camp, et douze dans le second. Bien au-delà de l’opposition doctrinale entre dirigeants de manufactures et ouvriers, c’est bien ici l’État qui est accusé de mettre en péril la vie des individus. C’est ce que Robert Darnton explique en rappelant qu’« *au moment crucial* »⁴⁵² – dès les années 1787-1788 – les Français doutent légitimement que « *le roi pense sincèrement au bien de ses sujets* »⁴⁵³ et par conséquent « *se croient les victimes d’un despotisme oriental* »⁴⁵⁴ prêt à les anéantir.

Qu’il soit d’ordre religieux, économique ou doctrinal, le conflit semble, au travers de l’idée de *fortuna* ou de nécessité, dériver vers une certaine radicalisation. C’est bien cette radicalité, suggérant un conflit mettant en jeu la vie des hommes, qui semble, de tout point de vue, violer le contenu de la loi de nature, visant au contraire la préservation de la vie. Ainsi, le positionnement théorique de Machiavel et Schmitt trouve une dimension très concrète dans les événements anglo-américains et français, illustrant la violation du principe selon lequel le salut du peuple est la loi suprême. C’est en ce sens que la Grande Remontrance, suite aux événements irlandais, dispose justement que « *la racine de tout le mal présent provient d’un dessein malin et pernicieux de renverser les lois et les principes*

⁴⁵⁰ L’on peut songer à Henriot, dirigeant d’une manufacture de salpêtre.

⁴⁵¹ Olivier GIGNOUX, « Réflexions sur l’unité et la solidarité nationales en période de crise : l’exemple français », *Pouvoir et société en temps de crise*, Marc BONINCHI (dir.), Perspectives Juridiques, 2003, p. 266.

⁴⁵² Robert DARNTON, *Édition et sédition. L’univers de la littérature clandestine au XVIII^e siècle*, Gallimard, 1991, p. 213.

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ *Ibid.*

*fondamentaux [...] de ce royaume »*⁴⁵⁵, ceux-ci visant la préservation du peuple. Le texte se rattache clairement aux événements irlandais, en soulignant que le clergé catholique continuait de publier des « *canons contenant de nombreux points contraires [...] aux lois fondamentales et aux statuts de ce royaume »*⁴⁵⁶. La résolution américaine de 1770, déjà évoquée, propose une même compréhension, expliquant qu'au regard des événements de Boston, « *l'auguste et jadis révérée forteresse de la liberté anglaise [...] – la Constitution britannique – semble chanceler et être menacée d'une ruine prochaine, aussi fatale qu'inévitable »*⁴⁵⁷. Au fond, on retrouve ici l'idée de John Locke, notamment reprise par Jonathan Mayhew⁴⁵⁸, selon laquelle « *un prince qui ne respecte pas la loi fondamentale commet un crime »*⁴⁵⁹ vis-à-vis du peuple. De fait, la Couronne britannique, avec le massacre de Boston, visait selon les colons à les réduire en esclavage, et donc à nier cette loi suprême protectrice⁴⁶⁰. De même, le contexte politique français traduit l'idée d'un gouvernement cherchant à asservir la nation⁴⁶¹, dès lors que « *le prince n'administre plus l'État selon les lois »*⁴⁶² de *salus populi*. Une telle violation de cette loi naturelle de préservation est encore visible au travers de la nature des relations qu'entretiennent les individus au cœur de l'exception, puisque ceux-ci deviennent de véritables ennemis dont l'opposition s'intensifie au point de mettre en jeu leur existence.

⁴⁵⁵ Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 206 : *The Grand Remonstrance, with the Petition accompanying it* (notre traduction).

⁴⁵⁶ *Id.*, p. 218.

⁴⁵⁷ Bernard BAILYN, *Les origines idéologiques de la révolution américaine*, Belin, 2010, p. 75.

⁴⁵⁸ Jonathan Mayhew, *A Discourse Concerning Unlimited Submission and Non-Resistance to the Higher Powers*. D. Fowle, 1750.

⁴⁵⁹ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 58-59.

⁴⁶⁰ Bernard BAILYN, *Les origines idéologiques de la révolution américaine*, Belin, 2010. Voir notamment : chap. IV : « *La logique de la rébellion* », p. 75-125. Bernard Bailyn illustre clairement et en détail l'association faite par les colons entre les événements bostoniens, compris comme volonté de les réduire en esclavage par la violence, et l'idée de violation de la loi naturelle, laquelle confère une liberté totale vis-à-vis de sa propre existence, permettant de la préserver. Cette association d'idées renvoie également à la logique de Thomas Paine selon laquelle aucun homme ne peut avoir de propriété sur la personne et la vie d'un autre homme, sauf à supposer une condition d'esclavage, qui renvoie à la violation de la loi de nature. Il s'agit encore de l'idée de Locke – dont l'influence n'est pas négligeable dans le contexte américain –, selon laquelle l'homme peut, en vertu d'une loi de nature lui conférant des droits, jouir librement de ses possessions et de sa propre personne, donc de sa vie. Ainsi, puisque dans l'état naturel la liberté consiste en une telle propriété personnelle, tout « transfert » de cette propriété d'un homme à un autre renvoie à la condition d'esclavage, et plus largement à une violation de la loi naturelle.

⁴⁶¹ Michel FIGEAC, « Les magistrats en révolte en 1789 ou la fin du rêve politique de la monarchie des juges », *Histoire, économie et société*, vol. 25, 2006, p. 386. Dès 1787, Le Parlement – dans ses remontrances – « reprochait au gouvernement de rechercher à asservir la Nation ».

⁴⁶² Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, 2001, p. 126.

2. La naissance de l'ennemi

L'opposition précédemment évoquée, dès lors qu'elle acquiert une intensité telle qu'elle met en péril la vie, tend à transformer de simples adversaires en amis et ennemis, et s'annonce d'autant plus périlleuse qu'elle suggère une lutte, dont Julien Freund remarque parfaitement le caractère vital, en expliquant que ce « *couple ami/ennemi donne à la politique sa dimension existentielle, du fait que, lorsqu'il prend un caractère belliqueux, il pose le problème de la vie et de la mort* »⁴⁶³. Machiavel envisage une telle distinction, en expliquant que la manifestation de la *fortuna*, qui oriente le conflit vers une dimension potentiellement mortelle, suggère en permanence de faire face « *aux attaques de l'ennemi qui se présente* »⁴⁶⁴. Avant toute possibilité réelle d'union, la violence d'un tel conflit tend donc à opérer une distinction entre « *bon et honnête* »⁴⁶⁵ et « *vicieux et mauvais* »⁴⁶⁶. De même, Schmitt relève que nécessairement, la radicalisation du conflit devient « *tellement intense qu'elle finit par séparer les adversaires en amis et en ennemis* »⁴⁶⁷. Cette dualité traduit alors le caractère proprement vital qu'acquiert le conflit, puisque comme le souligne l'auteur allemand, « *les concepts d'ami et d'ennemi doivent être entendus dans leur acception concrète et existentielle et non point comme des métaphores ou des symboles, il ne faut pas les atténuer* »⁴⁶⁸. Une telle dualité peut s'observer en pratique.

Cette radicalisation du conflit suggère également, dans les événements anglo-américains et français, une mise en danger de la vie, formant une dualité entre amis et ennemis. La pétition de 1641, autant que la Grande Remontrance, révèlent encore, à ce sujet, qu'une situation de mise en péril de la vie inaugure la formation d'une dualité entre amis et ennemis. Les Communes, s'adressant au roi, y considèrent en effet les jésuites et les émissaires de Rome comme une source de danger pour le royaume et ses sujets. Le clivage entre protestants et catholiques est donc clairement perceptible, semblant à ce titre indiquer que « *l'ennemi intérieur était nommément désigné ; l'on s'en prenait aux papistes*

⁴⁶³ Julien FREUND, « Les lignes de force de la pensée politique de Carl Schmitt », *Nouvelle École*, n° 44, avril 1987, p. 15.

⁴⁶⁴ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 379.

⁴⁶⁵ *Id.*, p. 384.

⁴⁶⁶ *Id.*, p. 385.

⁴⁶⁷ Julien FREUND, « Les lignes de force de la pensée politique de Carl Schmitt », *Nouvelle École*, n° 44, avril 1987, p. 15.

⁴⁶⁸ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 66.

jésuitiques »⁴⁶⁹. Il faut aussi et surtout constater – bien que plus indirectement – que « l'entourage immédiat de Charles I^{er} »⁴⁷⁰ était accusé d'avoir « provoqué [...] le massacre [du] peuple »⁴⁷¹. Certes, on doit relever qu'à cette époque, l'attachement des Communes à la Couronne demeurait encore manifeste, et « loin de remettre en cause le roi, on expliquait à qui voulait l'entendre qu'il était mal entouré »⁴⁷². Pour autant, il est à noter que « le massacre d'Ulster accentua la défiance envers la Couronne »⁴⁷³. Une distinction semble donc se dessiner et former une dualité antagoniste entre l'ami et l'ennemi. Tout comme pour les événements anglais, une ligne de démarcation semble se dessiner au cours de la radicalisation du conflit américain, de sorte que bientôt, « les oppositions étaient [...] définies »⁴⁷⁴ entre amis et ennemis, entre les colonies et la Couronne britannique. Emmanuel Joseph Sieyès développe un même clivage lorsqu'il relève, dans la fin de l'Ancien Régime, « la division, encore subsistante pour le malheur de la France, de trois ordres ennemis l'un de l'autre »⁴⁷⁵. Il souligne encore que dès lors que certains ont revêtu « le caractère de privilégié »⁴⁷⁶, alors « ils sont devenus les ennemis réels de l'intérêt commun »⁴⁷⁷ du reste du peuple. L'auteur établit donc ici une distinction très nette entre ceux qu'il nomme les privilégiés d'une part, renvoyant à la noblesse et à la monarchie, et le peuple d'autre part⁴⁷⁸.

Tout ici renvoie à une situation qui, par le danger vital qu'elle représente au regard de sa radicalisation, et par l'affirmation d'une relation violente entre amis et ennemis qu'elle suggère – certes de façon encore imprécise à ce stade –, viole la loi suprême de conservation. Cela engage alors de la part des révolutionnaires une action capable de restaurer les principes de la loi naturelle.

⁴⁶⁹ Bernard COTTRET, *La Révolution anglaise 1603-1660*, Perrin, 2015, p. 167.

⁴⁷⁰ *Id.*, p. 166.

⁴⁷¹ *Id.*, annexe 5, Pétition de la Chambre des communes, 1^{er} décembre 1641, p. 490.

⁴⁷² Bernard COTTRET, *Histoire de l'Angleterre : de Guillaume Le Conquérant à nos jours*, Tallandier, 2011, p. 249.

⁴⁷³ Bernard COTTRET, *La Révolution anglaise 1603-1660*, Perrin, 2015, p. 165.

⁴⁷⁴ Dick HOWARD, *Aux origines de la pensée politique américaine*, Buchet-Chastel, 2004, p. 95.

⁴⁷⁵ Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Boucher, 2002, p. 19.

⁴⁷⁶ *Id.*, p. 82.

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ *Id.*, p. 27 : « Il n'est que trop vrai, les plus dangereux ennemis du peuple sont dans ces classes détachées de l'intérêt national ».

§ 2. La restauration des principes de la loi naturelle

C'est au sein de cette situation exceptionnelle que va se manifester un droit naturel à l'existence. En effet, la violation du contenu de la loi naturelle que cette exception provoque va appeler une action capable de restaurer les principes de cette loi, afin de protéger de nouveau la vie des individus en péril. Il convient en ce sens de relever qu'au cœur de la situation exceptionnelle, la raison humaine devient un principe d'action (A), visant à exprimer ce droit à l'existence (B).

A. La raison comme principe d'action

La raison humaine, on l'a vu, permet de dégager les principes de la loi de nature – tels que la nécessaire préservation de la vie – de sorte qu'elle semble pouvoir guider les actions humaines en un tel sens. À ce titre, la raison semble autant être le moyen de découvrir la loi naturelle, que celui de mettre en œuvre les principes que contient une telle norme. Ce dernier processus est particulièrement visible au sein de l'exception, puisque le danger qu'elle représente semble appeler, de façon impérieuse, une raison permettant de dégager un principe d'action orienté vers cette nécessité de préservation. À ce titre, la pensée des auteurs italien et allemand (1) peut s'illustrer au travers des événements anglo-américains et français (2), dès lors que ceux-ci apportent une dimension concrète à la conception théorique de ceux-là.

1. La *virtù*⁴⁷⁹ machiavélo-schmittienne

Machiavel et Schmitt développent en un même sens une raison capable de dégager un certain nombre de droits. Mais avant d'envisager ces droits, il faut observer que la raison tend à développer, à cause d'une situation propre à mettre en péril la vie, un principe d'action, permettant justement l'affirmation de ces droits. C'est en ce sens que Jean-

⁴⁷⁹ La notion de *virtù*, comme celle de *fortuna*, exige d'être restituée au plus près des termes de l'auteur, d'où la préférence d'un emploi dans sa langue originale. Là encore, le terme suggère un certain nombre de difficultés de traduction et d'interprétation, et l'emploi du terme français de vertu risquerait de tromper, par le sens qu'on lui attribue généralement, la conception machiavélienne. La notion en effet, comme l'explique très justement Agnès Cugno (*Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p.25), fait depuis plus de cinq siècles « le désespoir des traducteurs, qui échouent toujours à rendre son sens spécifique par un équivalent simple comme "vaillance", "génie" [...] ou "force d'âme" ». Il semble ici impossible d'envisager cette *virtù* comme celle qui, dans la pensée humaniste, qualifie une excellence civique autorisant certains hommes à en gouverner d'autres. Cette dernière acception est proche de Platon, mais chez Machiavel, le terme recouvre d'autres spécificités, dont une pouvant selon nous se rattacher à l'idée de raison humaine.

François Duvernoy explique que chez Machiavel, la *fortuna*, en tant que forme extrême du conflit, « remplit [...] une fonction complexe, destinée à dégager le champ de l'action »⁴⁸⁰. Chez le Florentin en effet, le propre de la *fortuna* est de manifester une violence mettant en péril l'existence des individus, « à moins qu'une vertu supérieure ne lui tienne tête »⁴⁸¹. Cette notion de vertu, en tant que « figure d'une conscience »⁴⁸², se comprend donc comme la réaction d'une raison active propre à établir « le rapport le plus harmonieux des forces en présence »⁴⁸³, dès lors que cette *fortuna* signifie une menace pour l'existence. Thomas Berns suppose d'ailleurs en ce sens, qu'on « ne trouverait de la vertu que dans les situations qui sont le fruit de la nécessité »⁴⁸⁴. Cette vertu, puisqu'elle peut être comprise comme une « norme comportementale »⁴⁸⁵, est tout à fait propre à engendrer une action, c'est-à-dire un certain comportement face à l'exception, dans la mesure où elle renvoie à cette force humaine « qui permet de se couler dans le lit de ce fleuve impétueux, en fonction de ce qu'exigent les circonstances »⁴⁸⁶. La violence que recouvre la *fortuna* – déjà évoquée⁴⁸⁷ – provoque une même idée de raison active chez Louis Althusser⁴⁸⁸, mais aussi chez Laurent Bouvet et Thierry Chopin, qui constatent que « pour Machiavel, l'apparente omnipotence de la Fortune sur les actions humaines [...] constitue [...] l'occasion pour la vertu de l'homme de se manifester »⁴⁸⁹. Carl Schmitt remarque également cette idée d'une raison déterminant une action, lorsqu'il rapproche la vertu machiavélique d'un acte radical consistant « à atteindre un certain résultat déterminé, à mettre quelque chose en œuvre »⁴⁹⁰. Lui-même conceptualise, lorsque la vie est mise en danger, une raison capable de faire émerger une action décisionniste, qui comme chez Machiavel semble viser à mettre quelque chose en œuvre, à instaurer un ordre protecteur. En effet, si chez Machiavel la vertu

⁴⁸⁰ Jean-François Duvernoy, « Machiavel (1469-1527) », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-run.fr/encyclopedie/machiavel/].

⁴⁸¹ Nicolas MACHIAVEL, Poésies et proses diverses, *Capitolo de la Fortune*, Gallimard, 1952, p. 82.

⁴⁸² Louis ALTHUSSER, *Politique et Histoire, de Machiavel à Marx*, Seuil, 2006, p. 228.

⁴⁸³ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 29.

⁴⁸⁴ Thomas BERNS, *Violence de la loi à la Renaissance – L'originnaire du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, 2000, p. 72.

⁴⁸⁵ Thierry MÉNISSIER, « République, ordre collectif et liberté civile », *Lectures de Machiavel*, Marie GAILLE-NIKODIMOV, Thierry MÉNISSIER (dir.), Ellipses, 2006, p. 172.

⁴⁸⁶ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 30.

⁴⁸⁷ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, B, 1.

⁴⁸⁸ Louis ALTHUSSER, *Politique et Histoire, de Machiavel à Marx*, Seuil, 2006, chap. IV : « Fortune et vertu : une théorie de l'action ? », p. 228-235.

⁴⁸⁹ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 28.

⁴⁹⁰ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 29.

renvoie à « *ce que la raison et la volonté construisent, face au devenir chaotique des choses du monde* »⁴⁹¹, chez Schmitt, « *c'est bien depuis l'état d'exception de désordre et de violence [...] que peut se penser au mieux l'institution, par la décision constituante de l'instance politique, d'un ordre collectif durable* »⁴⁹². Dès lors que la vie de l'individu est mise en péril par l'exception, Schmitt voit la raison déployer une forme d'action décisionniste, et c'est en ce sens qu'il explique que « *la vertu est la seule chose décisive* »⁴⁹³, ou encore que « *c'est la raison [...] qui décide* »⁴⁹⁴ en tel cas. La raison renvoie donc, chez ces deux auteurs, à un principe d'action déterminé vers un objectif.

2. La raison active dans le contexte anglo-américain et français

Un même principe d'action caractérise le contexte anglo-américain et français, car d'une semblable manière, la raison confrontée à une violation de la loi de nature va dégager un décisionnisme. En d'autres termes, ce contexte témoigne de la présence d'une *virtù*, c'est-à-dire la mise en œuvre de cette raison active « *dont la nature [est] de gouverner, d'agir, de prendre des décisions* »⁴⁹⁵. Il faut à cet égard relever que les conceptions anglo-américaines et françaises s'inscrivent pleinement dans le jusnaturalisme moderne, puisque comme lui, elles traduisent une « *ambivalence en laquelle coexistent, parfois malaisément, le nouveau et l'ancien* »⁴⁹⁶. On sait en effet que dans l'école moderne, le « *droit naturel n'a pas trouvé d'un seul coup son lieu d'excellence dans la raison humaine* »⁴⁹⁷. Ainsi, bien qu'elle marque un « *point de non-retour dans l'évolution d'un monde juridique qui s'arrache à la théologie* »⁴⁹⁸ cette école semble incliner au déisme, et le travail de Grotius par exemple, se caractérise à la fois par le « *grand nombre des références scripturaires et des réminiscences ecclésiales* »⁴⁹⁹, et par « *une doctrine laïque* »⁵⁰⁰. Marqué de cette

⁴⁹¹ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 45.

⁴⁹² Julien BRUNET, « Partisans de la politique : Carl Schmitt au miroir de Machiavel et de Clausewitz », *Machiavel Clausewitz – Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Carl SCHMITT, Krisis, 2007, p. 14.

⁴⁹³ Carl SCHMITT, *La valeur de l'État et la signification de l'individu*, Droz, 2003, p. 141.

⁴⁹⁴ *Id.*, p. 142.

⁴⁹⁵ J.G.A. POCKOCK, *Le moment machiavélien*, P.U.F., 1997, p. 329.

⁴⁹⁶ Simone GOYARD-FABRE, « École du droit naturel moderne et rationalisme juridique », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 564.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, p. 25. L'auteur rappelle ainsi que « *le droit naturel ne procède plus alors de dieu, mais de la nature sociale de l'homme dont la raison humaine dégage les principes d'un droit naturel universel et immuable* ».

ambivalence, le cadre anglo-américain et français demeure attaché à une raison qui, d'où qu'elle provienne, dégage une action dès lors qu'est constatée une mise en péril de la vie, particulièrement visible en cas d'exception. Pocock remarque en ce sens le peu d'importance de savoir si le XVII^e siècle anglais « *fût le signe d'un accomplissement de la prophétie ou celui des ressources naturelles de l'homme* »⁵⁰¹, dans la mesure où de tout point de vue, cette époque appelait une nécessaire révolution, c'est-à-dire une action de « *transformation de la société par des hommes opérant spirituellement dans le temps* »⁵⁰². Cette farouche volonté d'action décisionniste s'observe parmi les Agitateurs et les Niveleurs⁵⁰³. Tout en voyant en l'Angleterre « *une nation élue, choisie par Dieu, lequel s'est révélé [...] à ses Anglais, afin qu'ils mènent le grand combat contre l'Antéchrist romain* »⁵⁰⁴, ils faisaient néanmoins appel à une raison proprement humaine⁵⁰⁵. Ainsi, une détermination tout à la fois divine et rationnelle, « *appelait les hommes à une libération finale et une sanctification de leurs capacités* »⁵⁰⁶, et donc à une forme d'action radicale. De même, le jusnaturalisme américain n'échappe pas à une forme de théologie, puisque l'on relève avec Élise Marienstras, que « *les Américains ont eu le sentiment d'avoir été élus pour recommencer le monde sur un territoire exceptionnel qui leur était de tout temps destiné* »⁵⁰⁷. Mais dans le même temps, il révèle une raison n'ayant sa source qu'en l'homme, ce que confirme Jürgen Habermas, qui voit en le soulèvement américain « *un concept de révolution qui pénètre comme tel la conscience de ses acteurs et ne peut être accompli que par eux* »⁵⁰⁸, et uniquement « *au contact du droit naturel rationnel* »⁵⁰⁹. Mais de nouveau, ces deux approches portent à l'action. La pensée française peut, à certains égards, être rapprochée d'une telle dualité. C'est en ce sens que d'une part, Jean Bodin

⁵⁰¹ J.G.A. POCOCK, « L'œuvre politique de Harrington », *Océana*, James HARRINGTON, Belin, 1995, p. 40.

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ Les Agitateurs, et les Niveleurs comptent parmi les révolutionnaires les plus radicaux. John Lilburne (1614-1657) fut le chef le plus célèbre du mouvement niveleur, luttant contre l'intolérance de Charles I^{er} dès la fin des années 1630, et s'engageant farouchement dans le mouvement révolutionnaire anglais. Les partisans de ces mouvements se caractérisent par des revendications démocratiques beaucoup plus poussées que celles des autres révolutionnaires, tels que Cromwell. Bernard Cottret note d'ailleurs sur ce point (voir Bernard COTTRET, *La Glorieuse Révolution d'Angleterre, 1688*, Gallimard, 2013, p. 27), que dès 1647, « *Les Niveleurs luttent pour une extension des droits civiques* ».

⁵⁰⁴ J.G.A. POCOCK, « L'œuvre politique de Harrington », *Océana*, James HARRINGTON, Belin, 1995, p. 39.

⁵⁰⁵ La proposition de constitution faite par les Niveleurs le 1er mai 1649, l'*Agreement of the people*, démontre une rationalité totale, notamment au travers des suggestions visant à élargir la participation politique.

⁵⁰⁶ J.G.A. POCOCK, « L'œuvre politique de Harrington », *Océana*, James HARRINGTON, Belin, 1995, p. 49.

⁵⁰⁷ Élise MARIENSTRAS, *Les mythes fondateurs de la nation américaine : essai sur le discours idéologique des États-Unis à l'époque de l'indépendance (1763-1800)*, Maspero, 1977, p. 310.

⁵⁰⁸ Jürgen HABERMAS, *Théorie et pratique*, Payot et rivages, 2006, p. 110.

⁵⁰⁹ *Ibid.*

développe une « *raison, qui est toujours conforme à la volonté de Dieu* »⁵¹⁰, ce que Janine Chanteur confirme, en expliquant que chez cet auteur, « *la loi éternelle [...] est inscrite en chacun, comme loi naturelle, ou raison innée* »⁵¹¹. D'autre part, l'on note avec Alain Sériaux que l'humanisme et le rationalisme français rompent « *avec les dimensions théologiques qui animaient les doctrines précédentes* »⁵¹². De ce fait, le fondement ultime du droit « *devient l'homme et le droit naturel conçu comme le droit de la raison humaine s'offre comme instrument conceptuel de ce bouleversement* »⁵¹³. Là encore, de tout point de vue, une telle raison porte à l'action, puisque dans l'acception théologique, l'homme possède, « *par nature, une connaissance immédiate de la réalité de l'ordre* »⁵¹⁴, dont la raison s'attache à une capacité fondatrice, à « *la puissance de commander* »⁵¹⁵, alors que sous l'angle d'une source proprement humaine, l'école du droit naturel s'efforce, au travers de la raison, d'« *établir rationnellement les fondements de l'ordre juridique* »⁵¹⁶ nouveau. Au fond, tout ici semble renvoyer aux mots de Jean Le Rond d'Alembert, pour qui « *la théologie naturelle n'a de connaissance de Dieu que celle que produit la raison seule* »⁵¹⁷. Mais par-delà cette dualité, l'idée d'une nécessaire action, propre au décisionnisme machiavélo-schmittien, est incarnée dans le cadre anglo-américain et français par l'idée même de révolution.

Ainsi, de quelque point de vue que l'on se place, la raison occupe la même fonction, puisqu'« *elle désigne avant tout la capacité d'imposer sa loi à la fortune* »⁵¹⁸, c'est-à-dire

⁵¹⁰ Jean BODIN, *Les six livres de la République*, édition électronique (2011), Librairie générale française, 1993, p. 53.

⁵¹¹ Janine CHANTEUR, « La loi naturelle et la souveraineté chez Jean Bodin », *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*, n° 147, 1991, p. 287. Il faut néanmoins souligner qu'il s'agit d'une définition générale de l'homme. Mais dans le cadre de la vie politique, des nuances apparaissent nécessairement. Ainsi, l'auteure souligne que « *tous les êtres humains sont des créatures appelées à reconnaître le primat de la raison sur la passion, mais tous ne sont pas capables d'y parvenir. C'est bien pour cela que ceux qui peuvent se maîtriser eux-mêmes, grâce aux aptitudes qui sont les leurs et à l'éducation de leurs dons, sont de droit responsables de ceux dont les appétits usurpent la première place ou dont la faiblesse n'a pas encore accepté le gouvernement de la raison* » (p. 288).

⁵¹² Alain SÉRIAUX, « Droit naturel », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 507.

⁵¹³ *Ibid.* Néanmoins, relevons que malgré ces fortes évolutions de la théorie du droit naturel au cours du XVII^e siècle, « *les relations entre Dieu et la loi naturelle ne sont [...] pas récusées* » (Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Introduction au droit*, Dalloz, 2010, p. 21).

⁵¹⁴ Janine CHANTEUR, « La loi naturelle et la souveraineté chez Jean Bodin », *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*, n° 147, 1991, p. 287.

⁵¹⁵ Jean BODIN, *Les six livres de la République*, édition électronique (2011), Librairie générale française, 1993, p. 53.

⁵¹⁶ Alain SÉRIAUX, « Droit naturel », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 508.

⁵¹⁷ Jean DE ROND D'ALEMBERT, *Œuvres complètes*, A. Belin, 1821, p. 49.

⁵¹⁸ Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, p. 136.

qu'elle dégage un principe d'action contre ce qui met en péril l'existence au cœur de l'exception. Or, puisque cette mise en péril peut être comprise comme une violation de la loi de nature, cette action issue de la raison va essentiellement viser à réaffirmer ces principes préservant la vie. En d'autres termes, la décision issue de cette raison détermine une action capable d'exprimer radicalement un droit à l'existence conforme aux valeurs essentielles de la loi de nature.

B. L'adoption de mesures propres à défendre un droit à l'existence

Le concept de raison semble justifier, unanimement, l'adoption de mesures propres à défendre un droit à l'existence. Mais à la fois, il convient de souligner sur ce point une nuance entre la théorie machiavélo-schmittienne et ces événements, qui tend à illustrer le caractère limité d'un positionnement théorique, dès lors qu'il est confronté à une situation concrète. En effet, chez les deux auteurs, la raison renvoie directement à une action visant à affirmer un droit à l'existence, comme s'il suffisait de s'en remettre à la seule loi naturelle pour parvenir à une action préservant l'existence. En revanche, le contexte anglo-américain et français, bien qu'ayant une identique finalité salvatrice, semble s'attacher à l'édification de règles transitoires qui permettront d'affirmer ce droit à l'existence, laissant comprendre qu'une décision, bien que visant à rétablir le contenu de la loi naturelle, exige de se fonder sur une certaine positivité, même si celle-ci puise sa source dans la loi de nature et s'oppose aux règles ordinaires. Malgré cette divergence, la notion de raison justifie la mise en place de mesures permettant l'affirmation d'un droit à l'existence, autant chez Machiavel et Schmitt (1) que dans le cours des événements anglo-américains et français (2).

1. L'affirmation d'un droit naturel à l'existence

Il a été vu⁵¹⁹, chez Machiavel et Schmitt, qu'il existait une loi naturelle de préservation. Puis l'on a pu observer⁵²⁰ qu'au contact de l'exception, la raison tendait à formuler un principe d'action, compris comme réponse au danger vital d'un tel cas. Il faut désormais constater qu'une telle action vise à exprimer un droit à l'existence qui est justement rattaché à cette loi de nature, dès lors que cette action vise à restaurer ses principes usurpés, en s'opposant au risque de mort qu'incarne l'exception. Ainsi, chez

⁵¹⁹ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, A, 2.

⁵²⁰ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, A, 1.

Machiavel, la *virtù* déploie, face à cette situation, une action permettant l'affirmation d'un droit à l'existence, dont le contenu peut par exemple être « *la plus grande liberté et la plus grande sécurité des hommes* »⁵²¹. Schmitt évoque quant à lui un « *droit qui précède l'État et qui est, dans son principe, indépendant de lui* »⁵²². Il songe ici à ce « *droit originaire, non étatique, [...] dont on peut dire [...] qu'il est un droit naturel* »⁵²³, parce qu'il est issu de cette loi de nature et non pas d'une législation positive de l'État. Or, Olivier Beaud relève que cette dimension existentielle de la décision, capable d'affronter tout ennemi mettant en danger la vie, renvoie à un « *droit à l'existence, qui est théoriquement un droit naturel* »⁵²⁴. Le principe d'action que révèle la raison semble donc clairement dirigé vers ce droit naturel à l'existence, puisqu'il suppose de décider si l'altérité de l'ennemi « *représente, dans le concret de tel cas de conflit, la négation de sa propre forme d'existence* »⁵²⁵. En ce sens, ces actions « *de la défense ou du combat* »⁵²⁶ entreprises par l'individu, visent à « *préserver le mode propre, conforme à son être, selon lequel il vit* »⁵²⁷. C'est un même droit à l'existence qui s'observe dans le contexte anglo-américain et français, mais il semble rattaché à une norme plus concrète que la pure loi de nature.

2. Un droit de préservation fondé sur une règle transitoire

Dans le cours des événements révolutionnaires anglais, américains et français, l'on perçoit l'idée, présente chez Machiavel et Schmitt, selon laquelle la raison met en œuvre une action permettant d'exprimer un droit à l'existence. En effet, il faut constater ici que l'action révolutionnaire a pour enjeu majeur la réappropriation du contenu de la loi naturelle de préservation, afin de la réaffirmer. C'est en ce sens qu'Edmund Burke note que « *la révolution a eu pour objet de conserver nos antiques et incontestables lois et libertés* »⁵²⁸ et que Denis Lacorne constate que la révolution américaine visait à « *restaurer les règles*

⁵²¹ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 29.

⁵²² Carl SCHMITT, *La valeur de l'État et la signification de l'individu*, Droz, 2003, p. 117.

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 138 (note de texte d'Olivier Beaud).

⁵²⁵ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 65.

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ Edmund BURKE, *Réflexions sur la Révolution de France*, A. Égron, 1823, p. 52.

de la “vraie” *Constitution abusée par George III* »⁵²⁹. Au-delà de ses déterminations économiques et politiques, elle fut donc aussi :

« une révolution de principe et les principes pour lesquels les Insurgents sont prêts à risquer leur vie ne sont pas des idées abstraites inventées de toute pièce pour les besoins d’une cause douteuse. Ce sont de “vieux principes”, des droits “anciens et inestimables” »⁵³⁰.

De même, Jean-Clément Martin souligne que le mouvement révolutionnaire français avait pour but l’affirmation radicale de principes opposés à ceux de la monarchie, cherchant à mettre en œuvre l’idée de préservation au travers d’une valorisation du « *bien commun de la nation* »⁵³¹. En ce sens, le mouvement révolutionnaire anglo-américain et français semble, comme chez Machiavel et Schmitt, déterminé par la violation d’une loi naturelle qu’il s’agit de restaurer par une décision radicale affirmant un droit à l’existence. Mais il faut relever qu’ici, cette raison – mettant en œuvre une action visant à exprimer un droit à l’existence – nécessite un support normatif concret, inexistant à ce stade chez ces deux auteurs. En effet, un tel droit trouve appui sur une forme de règle transitoire, c’est-à-dire dans une norme qui, tout en prenant sa source dans cette loi naturelle de préservation, relève d’une positivité en ce qu’elle est posée par l’homme. Autrement dit, cette idée d’une « *raison en exercice* »⁵³² déploie, comme chez Machiavel et Schmitt, un décisionnisme actif affirmant un droit à l’existence, mais trouvant appui sur une norme concrète. En ce sens d’ailleurs, Denis Baranger relève qu’outre la *common law*, les coutumes et le droit écrit, « *la raison a souvent été placée au rang de sources du droit anglais* »⁵³³, permettant l’émergence de divers textes. Ainsi, c’est par exemple au travers de la pétition anglaise de 1641 que les Communes expriment le droit à l’existence du peuple en affirmant : « *tous nos efforts pour procurer la paix, la sûreté, la conservation [...] de votre peuple ne peuvent*

⁵²⁹ Denis LACORNE, *L’invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 57.

⁵³⁰ *Ibid.*

⁵³¹ Jean-Clément MARTIN, Marc THIVOLET, « Révolution française », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/revolution-francaise/>].

⁵³² Pierre LAURENT, *Pufendorf et la loi naturelle*, J. Vrin, 1982, p. 89.

⁵³³ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 19.

qu'être inutiles si on ne trouve pas un moyen prompt et efficace pour détruire ce dangereux parti »⁵³⁴. Dans la résolution de 1770, les protagonistes de Boston déclarent :

« Cette effroyable catastrophe promet des ravages universels et, d'une façon terrible, nous avertit de n'épargner aucun effort, pour le cas où nous aurions une chance d'éviter, dans ces contrées lointaines, d'être totalement écrasés et ensevelis sous les ruines de nos droits les mieux établis »⁵³⁵.

Cette idée de préservation est encore formulée dans un autre texte, la Déclaration d'Indépendance. Or, l'on sait l'influence qu'a eue la pensée de Locke sur le constitutionnalisme américain en général, et sur ce texte en particulier⁵³⁶, notamment à propos de cette idée qu'il existe des lois naturelles obligeant chacun à ne pas blesser les autres dans leur vie, leur santé, leur liberté ou leurs possessions. Or, relève Jean-Éric Branaa, « ces lois sont les lois de la nature auxquelles Jefferson a fait référence dans sa Déclaration d'Indépendance »⁵³⁷, ce que Jean Gicquel confirme en rattachant cette Déclaration « à la doctrine du droit naturel »⁵³⁸. Là encore, et contrairement à la conception machiavélo-schmittienne, la mise en œuvre d'un droit de préservation – issu de la loi naturelle et dégagé par la raison – est formalisée par une norme posée par l'homme. De même, la Déclaration de 1789, se référant aux « droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme »⁵³⁹, renvoie à cette idée de droits protecteurs, « que chaque individu peut découvrir en lui grâce à sa faculté raisonnante »⁵⁴⁰. Mais c'est bien au sein d'un texte posé par l'homme que la « conservation des droits naturels »⁵⁴¹ tels que la « sûreté »⁵⁴² ou « la résistance à l'oppression »⁵⁴³, est inscrite. Dans ces trois cas, si une raison affirmant un

⁵³⁴ Bernard COTTRET, *La Révolution anglaise 1603-1660*, Perrin, 2015. Annexe 5, Pétition de la Chambre des communes, 1^{er} décembre 1641, p. 490.

⁵³⁵ Bernard BAILLYN, *Les origines idéologiques de la révolution américaine*, Belin, 2010, p. 75.

⁵³⁶ Ce texte est, on le sait, entièrement empreint de la pensée jusnaturaliste. On peut simplement rappeler quelques mots de son introduction, qui valorise particulièrement certains droits inaliénables, tels que les a décrits Locke. Voir en ce sens : États-Unis, *Déclaration unanime des treize États unis d'Amérique*, 4 juillet 1776 : « Nous tenons pour évidentes pour elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis parmi les hommes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés ».

⁵³⁷ Jean-Éric BRANAÀ, *La Constitution américaine et les institutions*, Ellipses, 2006, p. 24.

⁵³⁸ Pierre AVRIL, Jean, GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, P.U.F., 2016, p. 38.

⁵³⁹ France, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 août 1789, préambule.

⁵⁴⁰ Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Dalloz, 2005, p. 22.

⁵⁴¹ France, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 août 1789, art. 2.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ *Ibid.*

droit à l'existence est perceptible, il faut néanmoins noter qu'un tel droit trouve appui sur des textes qui, bien qu'empreints de l'idée d'une loi naturelle de préservation, renvoient à une positivité plus prégnante que dans la théorisation machiavélo-schmittienne. Ce sont ces textes qui aident à mettre en œuvre l'action révolutionnaire, dès lors qu'ils fondent un droit à agir permettant de préserver la vie des individus. Mais il est impératif de noter que si ce droit à l'existence semble trouver appui sur une règle positive transitoire, celle-ci autorise, on le verra⁵⁴⁴, à s'affranchir de la légalité positive relevant de la situation normale, dès lors que cette légalité représente une oppression, une mise en péril de la vie.

Ainsi, de tout point de vue, la situation exceptionnelle entraîne la rivalité de deux ordres juridiques. D'une part, elle provoque cette concurrence entre la loi positive et la loi naturelle chez Machiavel et Schmitt, et d'autre part, entre la loi positive fondée sur la volonté du monarque, et les normes trouvant leur source dans la loi naturelle, au cœur du contexte anglo-américain et français. À ce titre, il semble se dégager un consensus manifestant un net rejet de la règle applicable en situation normale. En effet, dès lors qu'une telle crise entraîne une « *suspension de l'ordre établi, [...] le droit recule* »⁵⁴⁵, car la violence d'une telle situation déploie finalement, ainsi que le souligne avec justesse François Terré, une « *puissance prompte à submerger le système juridique lorsque les situations passent de l'ordinaire à l'exceptionnel* »⁵⁴⁶. C'est alors qu'apparaît une nouvelle forme de normativité, un jusnaturalisme révélé par l'exception. Chez Machiavel et Schmitt, la mise en œuvre d'un droit à l'existence contenu dans la loi naturelle suggère une action soutenue par la seule raison, permettant une décision affirmant radicalement un droit à l'existence. En revanche, dans le contexte anglo-américain et français, il est possible de constater l'émergence d'une norme transitoire posée par l'homme et fondée sur cette même loi naturelle. Mais dans tous les cas, la violation de la loi naturelle justifie l'adoption de mesures décisionnelles permettant l'affirmation d'un droit à l'existence dans une situation où l'ennemi présente un risque pour la vie. À ce titre, les révolutions anglo-américaine et française peuvent s'observer sous l'angle d'une lutte pour l'existence, et en ce sens, « *le mot lutte doit être entendu ici dans son sens original et existentiel* »⁵⁴⁷, et ce n'est donc plus à ce stade « *une simple concurrence que ce mot désigne, ni la lutte purement intellectuelle*

⁵⁴⁴ Cf. *infra* Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 2.

⁵⁴⁵ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 22.

⁵⁴⁶ François TERRÉ, « Sur le phénomène de violence », *Archives de philosophie du droit*, n° 43, 1999, p. 247.

⁵⁴⁷ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 71 (l'auteur souligne).

de la discussion »⁵⁴⁸, parce que en tel contexte, « *la vie humaine tout entière est un combat, et tout homme un combattant* »⁵⁴⁹. La notion de décision renvoie alors tout à la fois à une lutte pour l'existence et à un pouvoir souverain, puisqu'elle voit dans l'éradication de l'ennemi monarchique portant atteinte à la vie, et dans l'appropriation de son autorité suprême, l'unique moyen de fonder un ordre nouveau et protecteur. Ce sont désormais le souverain nouveau agissant dans l'exception, et le pouvoir décisionnel dont il est doté, qu'il faut envisager. Car tout autant qu'elle rejette le droit applicable aux situations normales, l'exception semble également rejeter le détenteur habituel de la souveraineté.

⁵⁴⁸ *Ibid.*

⁵⁴⁹ *Ibid.*

Conclusion du chapitre 1

La confrontation des présupposés d’auteurs aussi divergents que Machiavel et Schmitt peut-elle néanmoins aboutir à un fil directeur commun, dont les implications – plus ou moins effectives dans le réel – seraient perceptibles dans l’observation des révolutions anglo-américaine et française ? Une telle interrogation peut se conclure par l’affirmative puisqu’en dépit d’apparentes oppositions – tenant notamment au fait que Machiavel soit appréhendé comme le défenseur inconditionnel de la fondation et de la stabilité étatique⁵⁵⁰, alors que Schmitt incarne ce « *juriste pour temps de crise* »⁵⁵¹, pour qui « *l’exception est plus intéressante que le cas normal* »⁵⁵² –, de nombreux points de concordance permettent de lier ces auteurs sur une même ligne de pensée. Or, la mise en perspective concrète de cette veine commune, au travers des révolutions d’Angleterre, d’Amérique et de France, permet de rendre compte de l’effectivité des analyses de ces auteurs, autant que de certaines de leurs limites.

Ainsi, d’une part, l’on peut constater que de tout point de vue, l’entrée en rivalité de deux ordres juridiques provient d’une forme de corruption de la loi positive, qui lorsqu’elle devient partielle et liberticide, produit contre elle une opposition concevable comme une exception à la règle normale. Le rejet d’un tel juspositivisme entraîne un retour à l’état de nature au sein duquel s’applique un jusnaturalisme visant à sauvegarder les individus en restaurant les principes égalitaires de la loi naturelle usurpée. Mais d’autre part, et en contradiction avec la pensée de Machiavel et Schmitt, la mise en œuvre concrète de ce droit à l’existence suggère, dans le contexte anglo-américain et français, le recours à des normes qui, bien qu’inspirées des principes de la loi naturelle, n’ont d’effectivité que parce qu’elles sont posées par l’homme.

Puisqu’une telle démarche permet d’éclairer la compréhension de l’exception, il peut être intéressant de la prolonger, cette fois concernant la manière dont il va être mis fin à cette situation de crise chez ces deux auteurs. Sur ce point, leur adhésion conjointe à l’idée d’une nécessaire éradication de l’ordre ancien, par des outils radicaux, invite à continuer

⁵⁵⁰ Voir par exemple : Cristina ION, « Conquérir, fonder, se maintenir », *Lectures de Machiavel*, Marie GAILLE-NIKODIMOV, Thierry MÉNISSIER (dir.), Ellipses, 2006, p. 93-128 ; Thierry MÉNISSIER, « République, ordre collectif et liberté civile », *Id.*, p. 151-191 ; Pierre-François MOREAU, « Althusser et Machiavel : la consistance de l’État », *L’Enjeu Machiavel*, Gérald SFEZ, Michel SENELLART (dir.), P.U.F., 2001, p. 141-148.

⁵⁵¹ Dominique SÉGLARD, Présentation, *Les trois types de pensée juridique*, Carl SCHMITT, P.U.F., 1995, p. 8.

⁵⁵² Voir en ce sens : Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 25.

de penser leurs conceptualisations croisées à l'aune de leur éventuelle dimension pratique dans le contexte anglo-américain et français.

Chapitre 2 : L'éradication de l'ordre ancien au profit d'une fondation nouvelle

Il apparaît désormais que la situation exceptionnelle tend à immobiliser l'applicabilité de la règle relevant de la situation normale. En effet, « *cette impuissance structurelle [...] du droit à maîtriser la situation exceptionnelle* »⁵⁵³ permet de comprendre que « *celle-ci échappe au droit, par définition* »⁵⁵⁴ puisqu'« *elle exige non des normes, mais des décisions* »⁵⁵⁵. À ce titre, l'on a pu voir émerger au sein de l'exception, une décision machiavélo-schmittienne affirmant un droit à l'existence porté par la seule loi naturelle, et non par la norme positive applicable à la situation normale. Au cœur de ce décisionnisme, Machiavel et Schmitt logent la souveraineté, ce qu'illustre d'ailleurs clairement l'expression de décision souveraine⁵⁵⁶, formulée par ce dernier. Le constitutionnalisme anglo-américain et français suit un cheminement identique puisque ici, la décision affirme un droit à l'existence qui ne se fonde pas non plus sur la loi positive applicable en situation normale, mais plutôt – au sein de l'exception – sur une législation transitoire, qui bien que posée par l'homme puise sa source dans la loi naturelle de préservation qu'il s'agit de restaurer. Or, une telle loi transitoire invite à s'émanciper de la règle relevant de la situation normale – comme chez les deux auteurs – dès lors qu'elle exerce une oppression. Un tel décisionnisme renvoie là aussi à la souveraineté, puisqu'il permet de détruire l'ordre existant pour en fonder un autre. En effet, il tend à contester le souverain habituel, devenu ennemi, pour en déterminer un nouveau, au cœur de l'exception (Section 1). C'est justement à ce dernier que reviendra l'exercice de cette forme nouvelle d'autorité suprême qu'est la décision souveraine, fondant un ordre juridique nouveau lui aussi (Section 2).

⁵⁵³ Jean-Louis SCHLEGEL, introduction de *Théologie politique*, Carl SCHMITT, Gallimard, 1988, p. IX.

⁵⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ Voir sur ce terme : Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, chap. IV : « *Le concept de dictature souveraine* », p. 135-154.

Section 1 : L'affirmation d'un nouveau souverain

Le bouleversement qu'opère la situation d'exception précédant la fondation de l'État nouveau provoque une interrogation sur le titulaire de la souveraineté de crise (§ 1). La réponse à ce questionnement traduit une remise en cause du pouvoir souverain habituel, et engage alors un transfert de souveraineté au bénéfice du peuple (§ 2).

§ 1. La contestation du titulaire normal de la souveraineté en droit positif

Dès lors que l'exception met en échec l'ordre de droit positif, elle tend à rompre le fondement de la souveraineté ordinaire, de sorte que son titulaire habituel est dépossédé de son pouvoir (A). Mais puisque l'exception requiert néanmoins l'action d'une autorité suprême capable de l'ordonner, elle pose nécessairement la question du souverain de crise (B).

A. Le rejet du souverain légal

L'effondrement du socle juridique relevant de la situation normale tend à abolir le lien entre la souveraineté et son titulaire habituel, menant à l'effacement de ce dernier. Si un tel présupposé apparaît très théorique chez Machiavel et Schmitt (1), le déroulement des événements anglo-américains et français atteste, dans les faits, une telle lecture (2).

1. La perte d'emprise du souverain

Avant d'envisager l'interrogation portant sur le souverain, il est utile d'aller à la source d'un tel questionnement. Chez Machiavel et Schmitt, cette source est identique. Pour eux en effet, le souverain tire ses compétences, en situation normale, du cadre de droit positif. Mais dès lors que ce fondement juridique vient à être aboli, le titulaire de l'autorité suprême suit, lui aussi, ce cheminement. Il a été souligné chez eux cette incompatibilité entre le droit positif et l'exception dans le contexte précédant la fondation de l'État nouveau, menant à une forme de paralysie qui empêche l'effectivité de la règle positive. Claude Lefort perçoit parfaitement cette causalité machiavélienne lorsqu'il affirme qu'« *en dernier ressort* »⁵⁵⁷, au sens des situations exceptionnelles, « *ce n'est pas dans les lois*

⁵⁵⁷ Claude LEFORT, préface aux *Discours sur la première décade de Tite-Live*, Nicolas MACHIAVEL, édition électronique/ Bibliothèque Berger-Levrault, 1980, p. 21.

établies, ou dans les hommes qui gouvernent, que réside l'autorité dernière »⁵⁵⁸. Les mots de Carl Schmitt sont assez semblables à ce sujet, puisque selon lui :

« Une norme générale telle qu'elle est présentée par la proposition juridique normalement en vigueur ne comprendra jamais une exception absolue, et c'est pourquoi elle ne pourra pas non plus totalement fonder la décision »⁵⁵⁹.

Le droit positif, inapte à régir une telle situation, est par conséquent incapable de produire une décision souveraine, seule capable d'ordonner – à ce stade – l'exception. Pour ces deux auteurs, l'inapplicabilité du droit positif – à cette anormalité – évince le souverain, légitime en situation normale, car en le privant du fondement de son autorité, elle l'empêche d'agir. Si une telle déduction peut sembler trop irréaliste pour échapper à une critique pragmatique, il faut néanmoins noter, dans les faits, la justesse théorique de ces deux auteurs.

2. Un roi privé du fondement de son autorité

Si l'on tente de confronter ce positionnement machiavélo-schmittien au contexte révolutionnaire anglo-américain et français, une correspondance apparaît et lie alors leur théorie au déroulement factuel de ces événements. En effet, l'inapplicabilité du cadre juridique normal semble, ici aussi, ébranler le titulaire habituel de la souveraineté. Cela peut notamment s'illustrer au travers du refus du *Long Parliament*⁵⁶⁰, convoqué le 3 novembre 1640, d'accorder au roi le financement de la guerre d'Écosse, face auquel Charles I^{er} déclencha une dissolution. Le Parlement refusa une telle éviction, « déclarant qu'il était seul habilité à décider de sa dissolution »⁵⁶¹. Les députés y opposèrent une mise

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 16.

⁵⁶⁰ Le *Long Parliament*, ou Long Parlement, tire son nom de sa durée, par opposition au *Short Parliament* (13 avril – 5 mai 1640). Il fut convoqué par Charles I^{er} le 3 novembre 1640, à la suite de la dissolution de ce dernier. Il dura jusqu'en 1653, si l'on considère que l'éviction de ses membres par Cromwell entraîna sa dissolution, ou bien plus tard, si l'on prend en compte l'adoption par ses membres d'une loi de dissolution datant de mars 1660. Il est à retenir que ce Parlement siégea durant toute la première révolution anglaise, qui se déroula de 1642 à 1660.

⁵⁶¹ Danièle FRISON, *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, Ellipses, 2005, p. 57.

en accusation pour trahison du principal ministre du roi, Strafford⁵⁶², par la procédure de l'*impeachment*. Dans ce contexte, deux éléments illustrent, comme chez Machiavel et Schmitt, l'idée que l'inapplicabilité du cadre juridique normal tend à faire perdre au souverain son autorité. On citera d'abord la loi du 10 mai 1641⁵⁶³, disposant « *que le Parlement ne pouvait être dissous contre sa volonté* »⁵⁶⁴, supposant qu'une telle décision ne pouvait être prise que par « *une loi du Parlement votée à cet effet* »⁵⁶⁵. Ce texte révèle combien l'inapplicabilité de la législation normale tend à infléchir le pouvoir de dissolution du monarque, pourtant ancré dans la coutume constitutionnelle. En effet, si l'on se réfère aux situations précédentes relevant de la normalité, l'on doit constater que lorsque ce cadre juridique est effectif, il confère au souverain une autorité incontestable, permettant de dissoudre l'organe législatif sans son consentement. On peut à ce titre citer l'exemple du *Short Parliament*, convoqué par Charles I^{er} le 13 avril 1640, et dissout le 5 mai de la même année, sans opposition parlementaire réelle. Il est frappant de constater que la cause d'une telle dissolution se situe dans le même refus du Parlement de financer la guerre d'Écosse, mais qu'une telle décision de dissolution, prise en dehors ou bien dans le cadre de l'exception, ne recouvre pas la même autorité. Il faut ensuite relever la loi d'exécution du conseiller Strafford⁵⁶⁶, du 10 mai 1641 également, que le roi fut contraint, malgré lui et sous la pression des Communes et du peuple londonien, de signer. Ainsi, bien que très « *attentif à la situation de son conseiller* »⁵⁶⁷ et considérant que « *personne ne pouvait le*

⁵⁶² Thomas Wentworth, comte de Strafford, est un personnage relativement étonnant, par son ambivalence politique, ce que Roland Marx souligne d'ailleurs très justement. Voir en ce sens : Roland MARX, « Strafford Thomas Wentworth comte de (1593-1641) », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-runn.fr/encyclopedie/thomas-strafford/] : « Issu d'une famille de la gentry du Yorkshire, Thomas Wentworth a connu une vie publique très contrastée sous les deux premiers Stuarts. Presque constamment élu aux Communes entre 1613 et 1628, il s'y fait le champion des libertés anglaises, attaque vigoureusement les prétentions qu'émettent Jacques I^{er} puis Charles I^{er} de lever des taxes ou des dons gratuits sans l'approbation du Parlement, apparaît, aux côtés d'un John Pym ou d'un William Coke, comme l'un des plus talentueux meneurs du clan antiabsolutiste ; cela lui vaut même un court emprisonnement en 1627. Un an plus tard, tenté par la perspective d'une responsabilité efficace, il accepte les offres du roi et devient progressivement l'un de ses conseillers les plus écoutés et les plus honorés ». L'auteur illustre toute la radicalité de son revirement en expliquant qu'« on lui doit probablement l'expression de *thorough system*, qui définit le régime autoritaire de Charles entre 1629 et 1640 : il est fondé non seulement sur le refus de réunir à nouveau un Parlement, mais aussi sur le souci de faire triompher l'intérêt public en passant outre à toutes les résistances et en ne tenant compte d'aucun obstacle légal ».

⁵⁶³ Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 158-159 : *The Act against Dissolving the Long Parliament without its own consent* (10 mai 1641).

⁵⁶⁴ Danièle FRISON, *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, Ellipses, 2005, p. 58.

⁵⁶⁵ Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 159.

⁵⁶⁶ *Id.*, p. 156-158 : *The Act for the Attainder of the Earl of Strafford* (10 mai 1641).

⁵⁶⁷ Bernard COTTRET, *La Révolution anglaise 1603-1660*, Perrin, 2015, p. 156)

juger coupable »⁵⁶⁸ de trahison, le roi privé d'autorité ne put rien faire pour sauver Strafford. Pourtant, en situation normale, le roi aurait eu pleine autorité pour refuser la promulgation d'une telle loi d'exécution, comme l'explique notamment John Fraiser Frisell⁵⁶⁹, ou ainsi qu'en disposent la *common law* et les lois fondamentales du royaume⁵⁷⁰. En vertu de ces textes, toute loi issue du Parlement doit en effet être « *soumise à l'approbation du roi en dernier lieu* »⁵⁷¹. En ce sens, « *le roi possède toujours la sanction finale, soit en donnant son aval pour que la loi entre en application, soit en imposant son veto afin de faire avorter le projet* »⁵⁷². On voit ici combien l'exceptionnalisme révolutionnaire amoindrit l'autorité souveraine fondée sur l'ordre juridique monarchique. L'affaiblissement de cet ordre se manifeste encore par le fait qu'au début de l'année 1642, « *le roi signait pour la dernière fois des lois votées par le Parlement* »⁵⁷³. Il quittait Londres à cette même époque, et ne devait « *plus y revenir que sept ans plus tard afin d'y être*

⁵⁶⁸ Michel DUCHEIN, *50 années qui ébranlèrent l'Angleterre – Les deux révolutions du XVII^e siècle*, Fayard, 2010, p. 114.

⁵⁶⁹ Voir sur ce point : John Fraiser FRISSELL, *Vue générale de la Constitution de l'Angleterre, depuis son origine jusqu'à nos jours*, Le Normant, 1835, p. 49. L'auteur explique le développement progressif du veto royal, parallèlement à l'évolution du Parlement, jalonnant le constitutionnalisme anglais. Dès le XIII^e siècle, le financement des guerres anglaises suggérait des convocations de plus en plus fréquentes de l'instance législative. En contrepartie de l'octroi de ces fonds, les parlementaires demandaient au souverain certaines concessions, formulées au travers de pétitions, « *que les rois accordaient ou refusaient selon le degré de pouvoir dans le moment* ». En ce sens, il explique l'omniprésence du veto royal dans le constitutionnalisme anglais, ainsi que sa plus ou moins large utilisation en fonction des situations ordinaires – où l'applicabilité de la loi permettait de conférer à cette compétence une réelle autorité – ou bien exceptionnelles, tendant à affaiblir ce veto.

⁵⁷⁰ Voir sur ce point : Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 6. La *common law*, que Denis Baranger qualifie avec justesse de « *noyau* » du droit anglais, précède le constitutionnalisme de ce pays, et semble déjà consacrer un droit de veto royal, puisqu'elle a historiquement formalisé en règles générales des coutumes portant sur l'exercice des pouvoirs de puissance publique. On note encore que les lois fondamentales du royaume d'Angleterre confient une même compétence au roi, en contrepartie d'avantages conférés à la noblesse, tels que ceux octroyés par la Charte des libertés par Henri I^{er} à ses barons, le 5 août 1100, jour de son couronnement. Aurélien Antoine relève d'ailleurs à ce sujet que cette Charte est finalement (Aurélien ANTOINE, « Chronologie raisonnée de l'histoire constitutionnelle de l'Angleterre, de la Grande-Bretagne, puis du Royaume-Uni », *Jus Politicum*, n° 14, 2015, en ligne : [<http://juspoliticum.com/Chronologie-raisonnee-de-l.html>]) « *un ensemble de concessions réciproques entre le roi et les aristocrates* ».

⁵⁷¹ Morgane LE QUÉAU, *L'opposition de la Chambre des communes à Jacques I^{er} roi d'Angleterre (1603-1625)*, université de Rennes I, 2012, p. 41.

⁵⁷² *Id.*, p. 3.

⁵⁷³ Bernard COTTRET, *Histoire de l'Angleterre : de Guillaume Le Conquérant à nos jours*, Tallandier, 2011, p. 251.

jugé »⁵⁷⁴. La pensée révolutionnaire américaine, notamment celle de Thomas Paine⁵⁷⁵, partage également l'idée selon laquelle l'inapplicabilité du droit relevant de la situation normale tend à priver le souverain habituel de son pouvoir. En effet, la contestation opérée par les colons contre les lois anglaises liberticides, vise avant toute chose à discréditer l'absolutisme royal, c'est-à-dire à le priver de son assise constitutionnelle. Dans ce cadre en effet, est toujours sous-entendue l'idée jurnaturaliste que « *les hommes pourraient se soustraire aux règles qui enfreignent les principes supérieurs du droit idéal* »⁵⁷⁶, puisque la « *loi humaine doit [...] être juste et destinée au bien commun des peuples qu'elle régit pour devoir être observée* »⁵⁷⁷. Mais lorsqu'apparaît une loi inégalitaire et liberticide, l'exception qui en résulte tend à rejeter le cadre juridique dans son ensemble, et par conséquent le souverain qui en est l'instrument. C'est en ce sens que les colons considéreront que puisque le roi et le Parlement n'ont pas « *respecté leurs engagements constitutionnels* »⁵⁷⁸ en adoptant des textes sans consultation, leurs lois n'avaient plus vocation à s'appliquer en Amérique. Dès lors, les pouvoirs britanniques seront accusés d'avoir « *usurpé un pouvoir qui ne leur appartenait pas* »⁵⁷⁹ ou plus précisément qui ne leur appartenait plus, justement parce que ce pouvoir ne se fondait alors plus sur aucun cadre juridique valable selon les colons. En effet, si les colons avaient, pendant un temps, accepté l'applicabilité de lois qu'ils ne votaient pas effectivement, la situation exceptionnelle traduit ici le refus d'un tel principe. En conséquence, l'autorité monarchique s'en trouvait nécessairement affaiblie. Le contexte révolutionnaire français démontre, en un même sens, que l'ineffectivité de l'ordre juridique normal tend à priver l'autorité qui s'y rattache de son pouvoir. On sait que les révolutionnaires, déterminés par une volonté

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ Voir notamment sur ce point : Dick HOWARD, *Aux origines de la pensée politique américaine*, Buchet-Chastel, 2004, p. 96. L'auteur précise en effet qu'à l'encontre de l'autorité légale dont se réclamait la Couronne britannique, « *la seule autorité sur laquelle se fondait Paine était le sens commun* ». Voir encore : Thomas PAINE, *Le sens commun*, édition électronique de 2009, à partir de l'édition R. Vatar de 1793, p. 23. Paine se propose d'examiner la question de l'indépendance et de la dépendance des colonies vis-à-vis de l'Angleterre, et surtout celle des rapports respectifs de pouvoir s'y rattachant, à l'aune de ce qu'il nomme le sens commun. Il écrit ainsi : « *Comme on a beaucoup parlé des avantages d'une réconciliation [...], il convient d'examiner l'autre côté de la question et d'approfondir les griefs capitaux et nombreux dont les colonies ont à se plaindre [...], à raison de leurs rapports avec l'Angleterre, et de la dépendance où elles sont vis-à-vis d'elle ; il convient de discuter ces rapports et cette dépendance d'après les principes de la nature et du sens commun* ».

⁵⁷⁶ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, p. 24.

⁵⁷⁷ *Id.*, p. 25.

⁵⁷⁸ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 59.

⁵⁷⁹ *Ibid.*

de liberté, contestaient l'applicabilité de normes partiales et liberticides imposées par l'autorité monarchique. De ce fait, ils tendaient à contester également l'autorité usant de telles normes pour gouverner. Or, les lois de cette fin de XVIII^e siècle rendent justement compte de ce qu'« *il n'y a point de liberté [...] lorsque, dans la même personne [...], la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice* »⁵⁸⁰, autant qu'« *il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice* »⁵⁸¹. En conséquence, les révolutionnaires s'acheminaient logiquement vers la contestation d'un pouvoir monarchique qui, s'appuyant sur des normes liberticides, s'opposait *de facto* à leurs aspirations. Matthew Levinger souligne d'ailleurs cette perte d'emprise croissante du pouvoir souverain normal, expliquant que la contestation de la loi s'accompagnait logiquement d'une remise en cause du pouvoir royal. Ainsi, outre le refus d'admettre la légalité des normes⁵⁸² issues de la volonté du monarque, les parlements contestaient, durant presque toute la seconde moitié du XVIII^e siècle, l'autorité même du roi, notamment au travers du « *refus des sacrements* »⁵⁸³, ou du refus « *de l'extension du pouvoir administratif royal* »⁵⁸⁴. Par là même, « *les parlements évoquèrent une subtile redéfinition de l'autorité politique légitime* »⁵⁸⁵, visant justement à priver le souverain de son pouvoir afin de faire émerger « *un discours politique dont les implications étaient révolutionnaires* »⁵⁸⁶. Ce « *défi à la volonté royale* »⁵⁸⁷ allait la priver de son autorité.

De tout point de vue, la situation exceptionnelle traduit donc une dépossession des compétences du souverain habituel. Pourtant, dans le même temps, cette situation est celle qui requiert – plus que toute autre – une autorité capable d'ordonner l'anormalité présente. En ce sens, une telle situation provoque un nécessaire questionnement sur le fait de savoir qui, au cœur de cette exception, sera titulaire de la souveraineté de crise.

⁵⁸⁰ Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 112.

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² Matthew LEVINGER, « La rhétorique protestataire du Parlement de Rouen (1753-1763) », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, n° 3, 1990, p. 609. L'auteur évoque par exemple l'« *opposition aux ordonnances royales* ».

⁵⁸³ *Ibid.*

⁵⁸⁴ *Ibid.*

⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁵⁸⁶ *Ibid.*

⁵⁸⁷ *Ibid.*

B. La formulation unanime d'un *Quis judicabit*⁵⁸⁸

Face au détachement opéré par l'exception, entre le titulaire habituel du pouvoir et la souveraineté, un même questionnement rapproche la pensée machiavélo-schmittienne (1) de la réflexion révolutionnaire anglo-américaine et française (2), s'attachant au fait de savoir qui, au cœur de la situation d'exception, sera titulaire de la souveraineté.

1. L'interrogation machiavélo-schmittienne

Si l'exception semble effacer le titulaire de la souveraineté, elle n'affecte pas – bien au contraire – cette dernière. Une telle situation tend dangereusement à mettre la souveraineté à nu et à la placer hors de contrôle, en ce sens qu'elle la dépossède de son titulaire habituel, mais à la fois en requiert un nouveau, afin d'endiguer l'exception et fonder un ordre. À ce titre, Machiavel et Schmitt relèvent d'une part que l'exception déploie potentiellement une « *violence qui ruine* »⁵⁸⁹, et qui de ce fait apparaît comme une « *menace*⁵⁹⁰ pour l'existence de l'État ou de ce qui en tient lieu »⁵⁹¹, car ce dernier semble perdre le monopole de la souveraineté, celle-ci se retrouvant alors sans véritable cadre. Mais ils ajoutent d'autre part qu'une telle situation, puisqu'elle appelle une action de la plus haute importance – cette décision située « *hors des règles ordinaires pour [...]* fonder »⁵⁹² un ordre nouveau –, rend particulièrement « *actuelle la question du sujet de la souveraineté, c'est-à-dire la question de la souveraineté tout court* »⁵⁹³. Ainsi, le propre de l'exception est d'interroger sur le fait de savoir « *qui est compétent quand l'ordre juridique*

⁵⁸⁸ Ce terme latin peut être traduit par : qui juge ? Qui décide ? Cette interrogation apparaît régulièrement dans l'œuvre schmittienne. Elle est particulièrement discutée dans sa critique du *Léviathan* de Hobbes, et dans *La Dictature*. C'est dans le cadre de ce *Quis judicabit* qu'il se demande par exemple si, en cas d'exception, la Constitution de Weimar de 1919 permet au président du Reich de demeurer le véritable souverain. Ce point particulier est étudié dans un appendice de *La Dictature*, portant sur *La dictature du président du Reich d'après l'article 48 de la Constitution de Weimar*. Voir en ce sens : Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 207-259.

⁵⁸⁹ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p.405.

⁵⁹⁰ L'idée de menace, utilisée par Schmitt, ne signifie pas ici qu'il déplore une telle situation. Il constate plutôt que, du point de vue de l'État de droit, l'exception est effectivement conçue comme une menace à sa propre existence.

⁵⁹¹ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 17.

⁵⁹² Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 405.

⁵⁹³ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 17.

ne donne pas de réponse à la question de la compétence »⁵⁹⁴. Un questionnaire identique caractérise le mouvement révolutionnaire anglo-américain et français.

2. Le questionnaire révolutionnaire

À l'instar des développements de Machiavel et Schmitt, le cadre révolutionnaire anglo-américain et français fait le constat d'une souveraineté dénuée de titulaire, mais dont l'impérieuse nécessité au sein de l'exception amène un questionnaire quant à son dépositaire. On constate donc encore dans ce contexte l'importance cruciale de la souveraineté, dès lors qu'ici aussi, « *la question tourne autour du sujet de la souveraineté, c'est-à-dire autour de la notion appliquée à une réalité concrète* »⁵⁹⁵, celle de l'exception. Ainsi, Bernard Cottret relève par exemple que le procès du ministre Strafford – dont on a déjà vu qu'il illustre ce relâchement entre la souveraineté et son titulaire habituel – « *renvoyait en creux à cette [...] question : qui est le souverain ? Où se trouve-t-il ? Ou encore, qui est souverain ?* »⁵⁹⁶. Ainsi, dès lors que l'exception tendait à annihiler le fondement de l'autorité royale et donc à en effacer le titulaire ordinaire, se posait nécessairement la question de savoir « *Qui désormais incarnait la souveraineté* »⁵⁹⁷. Dans une même perspective, Daniel Boorstin s'interrogeait, à l'occasion d'un chapitre de son *Histoire des Américains*, sur le fait de savoir « *Qui commande* »⁵⁹⁸, dans le cadre de la situation exceptionnelle de la fin du XVIII^e siècle américain. D'une même manière, et cette fois dans le cadre du mouvement révolutionnaire français, qui se manifeste comme « *une situation où le pouvoir apparaît à tous comme vacant* »⁵⁹⁹, Sieyès s'interrogeait également sur le point de savoir « *à qui donc appartient-il de décider ?* »⁶⁰⁰ précisément lorsque, au sein d'une situation de crise, les clivages sur la constitution à fonder traduisent le besoin impérieux d'une autorité souveraine.

Finalement, l'on peut constater que de tout point de vue, l'exception efface le souverain habituel car elle le dépouille du fondement normal de son autorité, laissant la

⁵⁹⁴ *Id.*, p. 21.

⁵⁹⁵ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 20.

⁵⁹⁶ Bernard COTTRET, *La Révolution anglaise 1603-1660*, Perrin, 2015, p. 154.

⁵⁹⁷ Bernard COTTRET, *Histoire de l'Angleterre : de Guillaume Le Conquérant à nos jours*, Tallandier, 2011, p. 251.

⁵⁹⁸ Daniel BOORSTIN, *Histoires des Américains : l'aventure coloniale, naissance d'une nation, l'expérience démocratique*, Robert Laffont, 1991, p. 817-825.

⁵⁹⁹ François FURET, *La Révolution française*, Gallimard, 2007, p. 62.

⁶⁰⁰ Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Boucher, 2002, p. 56.

souveraineté à nu. Mais dans le même temps, cette exception requiert l'exercice de la souveraineté – qui bien qu'encore désincarnée – est nécessaire à un ordre nouveau. Ouvrant une brèche à propos du dépositaire ordinaire de la souveraineté et de son fondement de compétence, l'exception questionne donc tout à la fois sur le destinataire de la souveraineté de crise, et sur la source d'appui d'un tel pouvoir. C'est en ce sens que l'exception interroge sur le fait de savoir « à qui attribuer les prérogatives qu'aucune disposition positive [...] n'avait prévues »⁶⁰¹. Il faut donc désormais tenter de répondre à ce double questionnement du titulaire de la souveraineté et du fondement de cette dernière en cas d'exception.

§ 2. L'identification d'un peuple souverain d'après la loi naturelle

Dès lors que l'exception bouleverse la normalité juridique établie, le souverain et le fondement de sa compétence, relevant de cette normalité, sont figés puis remis en cause. Naît alors un questionnement, précédemment évoqué, dont la réponse traduit un transfert de souveraineté. À ce titre, l'on doit relever la cohérence entre la conception machiavélo-schmittienne et le déroulement des événements anglo-américains et français quant au titulaire de la souveraineté de crise et quant à son fondement. De toute part en effet, l'on observe un transfert de souveraineté au profit du peuple, dès lors qu'il est doté d'une volonté d'existence unie (A). Un tel pouvoir ne peut revenir qu'à lui, puisque au regard de la loi naturelle de préservation, une telle souveraineté repose sur la liberté – uniquement détenue par le peuple – de choisir l'ordre protecteur au sein duquel il veut vivre (B).

A. Le critère de détermination du souverain de crise

Si les écrits de Machiavel et Schmitt semblent de prime abord exalter la théorie d'un souverain unique, l'on peut en réalité percevoir chez eux la présence d'un peuple titulaire de la souveraineté de crise, lorsque celui-ci dispose d'une unité conséquente (1). D'une manière très concrète, le contexte anglo-américain et français rend compte de ce caractère nécessairement uni dont doit disposer un peuple, s'il doit être le sujet du pouvoir souverain (2).

⁶⁰¹ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 20.

1. Les artisans d'une unité politique

À première vue, la réponse au *Quis judicabit* machiavélo-schmittien semble se dessiner sans équivoque, et renvoyer à cette sorte de dictateur souverain jaillissant de l'exception et agissant en son sein pour fonder un nouvel ordre, visible sous nombre des références florentines aux actes romuléens⁶⁰², ou perceptible au travers des affiliations idéologiques de Schmitt entre 1933 et 1936⁶⁰³, autant que dans certains de ses écrits⁶⁰⁴. En effet, alors que Bruno Bernardi relève que le petit opuscule machiavélien manifeste de bout en bout cet élément de pure actualité de l'exception⁶⁰⁵, où devient souverain celui qui parvient à « *se rendre seul arbitre de la contrée* »⁶⁰⁶, Carl Schmitt entame le chapitre premier de sa *Théologie politique*⁶⁰⁷ de 1922 avec une phrase aussi célèbre qu'insaisissable : « *Est souverain celui qui décide de [ou dans]*⁶⁰⁸ *la situation*

⁶⁰² Voir sur ce point : Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 382. Outre Moïse, Alexandre, Cyrus ou Thésée, Machiavel voit en Romulus cet individu seul, qui, par sa *virtù* rare, parvint à user de ce pouvoir décisionnel pour devenir le « *fondateur de Rome* ».

⁶⁰³ L'on songe ici à son rattachement au nazisme, inscrit dans l'idéologie d'un homme fort conçu comme guide autocrate de l'État. Sur ce point, l'on renverra à Jean Louis Schlegel (Jean-Louis SCHLEGEL, « Schmitt Carl (1888-1985) », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unirunn.fr/encyclopedia/carl-schmitt/]). Il considère que l'auteur allemand « *s'est bien plus compromis avec le nazisme qu'on ne le laissait croire en France dans les années 1980. En effet, bien loin de n'avoir soutenu le régime que pendant une brève période, de 1933 à 1936, il est maintenant avéré que si Schmitt a effectivement connu des démêlés avec le Parti nazi en 1936, qui l'ont contraint alors à cesser son activité politique, il a par la suite refusé de revenir sur son passé et, peut-être jusqu'à la fin de sa vie, a fait preuve d'un antisémitisme trivial, même s'il se parait de couleurs théoriques* ».

⁶⁰⁴ Voir sur ce point : Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000. Le chapitre premier « *La dictature de commissaire et la théorie de l'État* » (p. 23-56) envisage la dictature de commissaire, notamment sous un angle individuel. Le chapitre III, « *Le passage à la dictature souveraine dans la doctrine de l'État au XVIII^e siècle* » (p. 103-134) envisage la dictature souveraine comme pouvant revenir à un homme seul. Enfin, l'appendice à cet ouvrage, *La dictature du président du Reich d'après l'article 48 de la Constitution de Weimar* (p. 207-259), interroge sur la possibilité concrète d'un exercice personnel de l'autorité dictatoriale, conféré par la Constitution allemande de 1919.

⁶⁰⁵ Bruno BERNARDI, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, J. Vrin, 2003, p. 41, note 1.

⁶⁰⁶ Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, p. 46.

⁶⁰⁷ Le premier volet de cet ouvrage, auquel on fait référence ici, date de 1922. Le second volet de *Théologie politique* date lui de 1969.

⁶⁰⁸ La restitution de cette phrase dans sa langue originale peut aider à en saisir le sens : « *Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet* ». Il peut y avoir une diversité de points de vue quant à la traduction de la préposition allemande « *über* », puisqu'elle peut être comprise comme signifiant « *de* » ou bien « *dans* ». Ainsi, il est possible de traduire la phrase de Schmitt par : est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle, ou bien par : est souverain celui qui décide dans, c'est-à-dire pendant la situation exceptionnelle. Il n'y a pas d'unanimité sur la traduction française du terme. Pour preuve, Julien Freund – dont le point de vue sera celui retenu ici – choisit le terme « *lors* », qui selon lui est la traduction la moins mauvaise, car elle recouvre les deux acceptions possibles du terme « *über* », sans trancher en faveur de l'une ou de l'autre. (Voir en ce sens : Julien FREUND, « Les lignes de force de la pensée politique de Carl Schmitt », *Nouvelle École*, n° 44, avril 1987, p. 17). Au contraire, Jean-Louis Schlegel s'attache à la rigueur grammaticale du terme et le traduit par « *de* ». (Voir en ce sens : Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 15).

exceptionnelle »⁶⁰⁹. Bien que rien ici ne renvoie à un peuple souverain, une déduction supposant un titulaire unique peut être discutée.

En effet, ces réponses manquent de clarté, puisqu'à la question de savoir qui prend la décision lors de la situation exceptionnelle, elles n'énoncent pas véritablement qui – d'un individu seul ou d'un groupe – décide, mais affirment que celui qui décide est, de par cette action même, souverain. Autrement dit, les deux auteurs demeurent finalement équivoques, en contournant la réponse attendue : ils ne déterminent pas clairement qui sera souverain, mais affirment que celui-là même qui disposera de la décision et l'exercera, deviendra par cet acte, souverain, c'est-à-dire titulaire de la dictature souveraine au sein de l'exception. S'ils qualifient donc de souverain celui qui décide, ils ne disent pas qui il est. Cette ambiguïté tend à créer des désaccords quant au fait de savoir si le titulaire de la souveraineté est un individu unique, ou bien s'il s'agit d'un groupe d'hommes unis, tel qu'un peuple opposé à son roi. Ainsi, pour déterminer chez eux qui est souverain durant la situation exceptionnelle, il est nécessaire d'opérer un cheminement particulier, qui suppose non pas de partir d'un titulaire supposé de la souveraineté, mais bien plutôt de partir de cette manifestation de souveraineté, pour en découvrir le titulaire. C'est en ce sens d'ailleurs que Carlos-Miguel Herrera souligne que c'est précisément « *l'effectivité de la décision [...] qui permet, en dernière instance, de discerner le souverain* »⁶¹⁰. Or, cette manifestation, autant chez Machiavel que Schmitt, contient bien une idée d'unicité, ce qui, de nouveau, semble tendre vers un titulaire unique. À ce titre, Machiavel préconise un décisionnisme issu d'une volonté unique, car en toute délibération, et particulièrement en situation exceptionnelle, « *il faut aller promptement au fait et ne pas rester toujours dans l'indécision et dans l'incertitude* »⁶¹¹ qu'une pluralité de volontés recouvre inexorablement. De même, chez Schmitt « *la force et la légitimité de la décision souveraine* »⁶¹² trouvent – non pas dans une diversité – mais bien dans la volonté unique du « *sujet déterminé qui l'édicte sa raison d'être et son effectivité* »⁶¹³. Cependant, l'on doit noter ici que la caractéristique essentielle de cette manifestation de souveraineté se loge dans l'idée d'une unicité de volonté, et non

⁶⁰⁹ *Ibid.*

⁶¹⁰ Carlos-Miguel HERRERA, « Décisionnisme », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 348.

⁶¹¹ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre II, Gallimard, 1952, p. 549.

⁶¹² Emmanuel TUCHSCHERER, « Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec du décisionnisme politique », *Astérion*, vol. 2, juillet 2004, p. 280.

⁶¹³ *Ibid.*

pas forcément – même si l’un semble être la conséquence logique de l’autre – dans un individu seul, au sens d’un dictateur souverain.

Ainsi doit-on relever, chez ces deux auteurs, que dès lors que le peuple abandonne ses divisions pour exister en tant qu’unité politique nationale, il peut être sujet de la souveraineté, car alors il possède cette volonté unique permettant l’appropriation de la décision souveraine, fondatrice d’un nouvel ordre. Cette notion d’unité peut se comprendre comme « *l’identité du peuple présent avec lui-même en tant qu’unité politique* »⁶¹⁴ lorsqu’il est capable de distinguer, de différencier entre « *ami et ennemi en vertu de sa propre conscience politique et de sa volonté nationale* »⁶¹⁵. Or, c’est précisément en situation d’exception – lorsque le conflit, on le sait, rend vitale la nécessité « *d’exprimer le degré extrême d’union ou de désunion, d’association ou de dissociation* »⁶¹⁶ – que les individus tendent vers une telle homogénéité. De ce fait, ils parviennent à une prise de conscience de leur volonté d’existence collective, supposant la mise à l’écart de l’ennemi – entendu comme un danger pour une telle existence – afin de fonder un nouvel ordre. C’est à ce titre qu’il faut insister sur l’idée qu’« *est politique tout regroupement qui se fait dans la perspective de l’épreuve de force* »⁶¹⁷. Ce regroupement, provoqué par l’exception conflictuelle, est parfaitement saisi par Louis Althusser et Étienne Balibar. Le premier remarque ainsi l’acharnement machiavélien à fonder – contre les envahissements successifs et les tentatives d’appropriation territoriale de l’ennemi – « *une unité politique qui n’existe pas en Italie* »⁶¹⁸. Le second explique en un même sens que dans la vision schmittienne, « *la communauté non seulement n’exclut pas le conflit, mais elle le présuppose : elle naît et se préserve d’affronter un ennemi mortel* »⁶¹⁹. C’est donc au contact de cette mise en péril de la vie que les individus entament une forme de rapprochement unitaire, et exercent le droit à l’existence que leur confère la loi de nature, celle-ci supposant justement la possibilité d’une préservation. Ainsi, le mouvement

⁶¹⁴ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 352.

⁶¹⁵ *Ibid.*

⁶¹⁶ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 64.

⁶¹⁷ *Id.*, p. 78.

⁶¹⁸ Louis ALTHUSSER, *Politique et Histoire, de Machiavel à Marx*, Seuil, 2006, p. 207. Voir encore : Hannah ARENDT, *La crise de la culture*, Gallimard, 1972, p. 181. L’auteure y évoque la volonté machiavélienne de « *fondation d’une Italie unifiée qui devait devenir la [...] pierre angulaire sacrée d’un corps politique “éternel” pour la nation italienne* ».

⁶¹⁹ Étienne BALIBAR, « Le Hobbes de Schmitt, le Schmitt de Hobbes », préface, *Le Léviathan dans la doctrine de l’État de Thomas Hobbes : sens et échec d’un symbole politique*, Carl SCHMITT, Seuil, 2002, p. 37.

d'unification qu'opère l'exception semble rendre possible la détention de l'autorité suprême par la nation, puisqu'en tel cas, le degré d'association dont il témoigne révèle une volonté politique unique, critère essentiel au soutien de la décision souveraine. Ainsi peut-on affirmer, à l'opposé d'Agnès Cugno, que s'il est vrai que l'« *appropriation* [du pouvoir constituant] *ne peut avoir lieu [...] que [...] dans l'unicité d'une volonté politique* »⁶²⁰, cette unicité peut néanmoins provenir de la nation⁶²¹. Dans un cheminement identique, Schmitt souligne qu'il faut que « *le peuple soit existant et présupposé comme unité politique s'il doit être le sujet d'un pouvoir constituant* »⁶²². Ainsi, dès lors qu'il existe en tant qu'unité politique, le peuple peut devenir nation et détenir en lui la décision souveraine, ou bien en confier l'exercice à un dictateur, tous deux révélant une même unicité de volonté. En ce sens, Machiavel relève que lorsque les individus possèdent un tel degré d'unité, « *ils se déterminent d'eux-mêmes, ou par le conseil de celui qui, parmi eux, a le plus d'autorité* »⁶²³. Dans un même sens, Schmitt souligne que « *le problème du sujet du pouvoir constituant à l'intérieur d'une unité politique se laisse ramener [...] à une alternative simple : le peuple ou le prince* »⁶²⁴, ce qui signifie « *soit le peuple comme unité politiquement capable d'agir dans son identité consciente avec lui-même, soit le prince comme représentant de l'unité politique* »⁶²⁵. Mais dans tous les cas, ce titulaire unique n'est que le commissaire de l'unité nationale, de sa volonté, et résulte de son choix. Dès lors, au-delà des perceptions individualistes du *Prince*, l'on peut dire, avec Claude Lefort, que la souveraineté de crise peut ne pas être l'apanage du dictateur souverain, précisément parce que en cas d'exception, c'est bien « *la puissance [...] du peuple qui décide* »⁶²⁶. De même, malgré le personnalisme décisionnel de Schmitt le rattachant à certains penseurs de

⁶²⁰ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 183.

⁶²¹ *Ibid.* L'auteure ne rattache cette unicité qu'à un fondateur devant « *être seul* ».

⁶²² Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 195. C'est à partir de ce présupposé que Schmitt distingue le contrat social du pacte constitutionnel. Alors que les théories du contrat social « *sont censées servir à fonder l'unité politique d'un peuple ex nihilo* », le pacte constitutionnel renvoie lui à un peuple déjà doté d'une unité politique nationale, et qui de ce fait, devient capable d'user d'un pouvoir constituant, menant à un pacte constitutionnel par lequel « *naît une constitution* ». Autrement dit, le contrat social fonde une unité politique, et le pacte constitutionnel s'en distingue parce qu'il présuppose une telle unité, permettant de conférer à la nation un pouvoir constituant fondateur. C'est l'idée de pacte constitutionnel qui caractérise, en l'occurrence, le contexte anglo-américain et français.

⁶²³ Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 379.

⁶²⁴ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 197-198.

⁶²⁵ *Id.*, p. 198.

⁶²⁶ Claude LEFORT, préface aux *Discours sur la première décade de Tite-Live*, Nicolas MACHIAVEL, édition électronique/ Bibliothèque Berger-Levrault, 1980, p. 21.

la contre-révolution⁶²⁷, il faut relever, avec lui, que « *le peuple, la nation reste l'origine de tout événement politique, la source de toutes les énergies qui s'extériorise dans des formes toujours nouvelles, qui produit de son sein des formes et des organisations toujours nouvelles* »⁶²⁸. C'est à ce titre que la décision souveraine, en tant que pouvoir constituant, « *en appelle au peuple toujours subsistant, qui peut à tout moment entrer en action* »⁶²⁹. Plus encore, Emmanuel Tuchscherer relève que « *la notion de "pouvoir constituant" exploitée dans la Théorie de la Constitution* »⁶³⁰ de 1933, et supposant une unité politique nationale comme titulaire, peut être comprise comme une évolution « *et, si l'on peut dire, une "juridicisation" de la notion de "dictature souveraine" développée dans la Dictature* »⁶³¹ de 1927, et renvoyant, elle, à un titulaire unique. C'est en tout cas en ce sens que Dominique Ségald perçoit chez le juriste allemand un « *décisionnisme suprapersonnel* »⁶³², qui « *sans véritablement renoncer au cadre général du décisionnisme, mais plutôt à ses composantes [...] absolutiste et personnelle* »⁶³³, permet de rapprocher Schmitt d'un décisionnisme machiavélien détenu par une unité politique. En vertu de ce concept, le juriste allemand entend la décision comme « *la volonté d'un peuple d'habiter un territoire et de donner un ordre à sa propre vie collective* »⁶³⁴, alors que Machiavel suggère qu'au regard de leur unité politique, les individus peuvent décider d'« *habiter ensemble dans un lieu de leur choix, qui offre plus de commodité et de facilité pour s'y défendre* »⁶³⁵. Une même unité politique caractérise, dans le cadre révolutionnaire, les peuples anglais, américain et français.

2. La recherche d'une cohésion nationale

Le mouvement révolutionnaire anglo-américain et français, en tant qu'il est une situation d'exception, produit une identique unification du peuple. En effet, l'exception y révèle cette conflictualité qui tend à regrouper les individus face au danger de l'ennemi

⁶²⁷ L'on pense ici particulièrement à Louis-Ambroise de Bonald, Joseph de Maistre et Juan Donoso Cortès.

⁶²⁸ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 215.

⁶²⁹ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 150.

⁶³⁰ Emmanuel TUCHSCHERER, « Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec du décisionnisme politique », *Astérian*, vol. 2, juillet 2004, p. 276.

⁶³¹ *Ibid.*

⁶³² Dominique SÉGLARD, Présentation, *Les trois types de pensée juridique*, Carl SCHMITT, P.U.F., 1995, p. 55.

⁶³³ Emmanuel TUCHSCHERER, « Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec du décisionnisme politique », *Astérian*, vol. 2, juillet 2004, p. 283.

⁶³⁴ Dominique SÉGLARD, Présentation, *Les trois types de pensée juridique*, Carl SCHMITT, P.U.F., 1995, p. 55.

⁶³⁵ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 379.

commun, les dotant d'une unité politique capable d'exprimer une volonté radicale d'élimination de ce dernier et de fondation d'un ordre nouveau. On y observe alors la possible prise de décision souveraine d'un peuple uni, attestant par là même l'idée machiavélo-schmittienne selon laquelle ce dernier doit nécessairement exister en tant qu'unité politique s'il souhaite devenir sujet du pouvoir souverain. En effet, l'on relève dans ces trois pays, que la privation de libertés déjà évoquée, tend à exercer une unification, c'est-à-dire un « *groupement humain dont la cohésion* »⁶³⁶ n'est plus seulement culturelle, religieuse ou économique, « *mais [...] nécessairement politique* »⁶³⁷, au sens où le critère de l'existence politique est cette capacité de « *discrimination de l'ami et de l'ennemi* »⁶³⁸ par une décision souveraine, précédant la fondation d'un ordre nouveau.

Ainsi, d'une part, l'exceptionnalité conflictuelle, présentant un ennemi, crée effectivement une unité politique au sein du peuple. On relève dans le cadre révolutionnaire anglais un tel mouvement, notamment à la lecture des charges⁶³⁹ retenues contre Charles I^{er} lors de son procès. Lui qui devait assurer « *la préservation de ses droits et libertés* »⁶⁴⁰, a pourtant exercé « *un pouvoir illimité et tyrannique* »⁶⁴¹, visant à « *renverser les droits et les libertés du peuple* »⁶⁴² ici compris dans sa globalité. Est alors apparue au sein de ce dernier une unité politique d'opposition, au travers de laquelle « *le Parlement, jusqu'à lors simplement réfractaire aux abus royaux, s'était transformé en tribunal révolutionnaire* »⁶⁴³, cristallisant une unicité de volonté issue du peuple. De même, l'on relève dans le contexte américain, qu'au regard des abus de la Couronne britannique, qui n'avait selon les colons accompli rien de moins qu'une « *œuvre de mort, de désolation et de tyrannie* »⁶⁴⁴, une même unité politique devait apparaître. En ce sens, la Déclaration d'Indépendance évoque des « *colonies unies* »⁶⁴⁵ contre un ennemi monarchique, dès lors que « *le seul point commun des colonies était un sentiment de solidarité contre*

⁶³⁶ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 215.

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 64.

⁶³⁹ Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 371-374 : *The Charge against the King* (20 janvier 1649).

⁶⁴⁰ *Id.*, p. 372 (notre traduction).

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² *Ibid.*

⁶⁴³ Danièle FRISON, *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, Ellipses, 2005, p. 57.

⁶⁴⁴ États-Unis, *Déclaration unanime des treize États unis d'Amérique*, 4 juillet 1776.

⁶⁴⁵ *Ibid.*

Londres »⁶⁴⁶, propre à fédérer une unicité de volonté. Une unité politique française va également se produire au contact d'une exception conflictuelle, caractérisée par la présence d'un ennemi liberticide. C'est en effet à partir de la conceptualisation d'un monarque devenu tyran⁶⁴⁷, que les Doléances vont reconnaître un pouvoir royal « *arbitraire* »⁶⁴⁸ contre lequel une « *unité de volonté* »⁶⁴⁹ allait apparaître. Comme chez Machiavel et Schmitt, l'on relève donc que « *la nation pouvait posséder les mêmes caractères d'unité que la Couronne* »⁶⁵⁰. Ainsi, de toute part, l'on constate que l'exception conflictuelle où se loge l'ennemi dote le peuple d'une unité. On peut désormais observer que lorsque cette unité est suffisamment intense, elle peut faire du peuple le titulaire de la souveraineté, dès lors que comme chez Machiavel et Schmitt, le critère fondamental de celle-ci réside dans une unicité de volonté.

D'autre part, c'est donc au travers de cette polarisation que l'on observe l'effacement du peuple au profit d'une unité politique nationale qui témoigne d'une cohésion si vive, qu'elle devient capable de porter une volonté politique unique. Alors, cette unité « *prend conscience [...] de sa capacité d'action* »⁶⁵¹ en tant que telle, lui permettant l'appropriation – à elle et à nulle autre – du pouvoir souverain. Il n'est pas ici question d'affirmer – dans le cadre anglo-français – que la nation apparaît à l'aune du phénomène révolutionnaire, mais de souligner que c'est par ce dernier que « *la nation prend conscience d'elle-même à l'égard de la monarchie* »⁶⁵², et se dote d'une unité capable de formuler une volonté unique. C'est au regard d'une telle unité qu'en ce milieu de XVII^e siècle anglais, il était de plus en plus certain « *que la souveraineté ne se limitait plus à la personne physique du roi mais qu'elle concernait l'autorité suprême de la nation* »⁶⁵³. De même, Louis Arénilla relève dans le contexte américain, qu'au travers de l'opposition avec son ennemi monarchique, la « *nouvelle nation s'adjoignait [...] une nouvelle unité*

⁶⁴⁶ Françoise BURGESS, *Les institutions américaines*, P.U.F., 1999, p. 11.

⁶⁴⁷ Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 112.

⁶⁴⁸ *Doléances du Bailliage d'Évreux*, mars 1789, art. 8.

⁶⁴⁹ Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Boucher, 2002, p. 51.

⁶⁵⁰ Matthew LEVINGER, « La rhétorique protestataire du Parlement de Rouen (1753-1763) », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, n° 3, 1990, p. 609.

⁶⁵¹ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 195.

⁶⁵² Pierre-Clément TIMBAL, « Nation – L'idée de nation », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/nation-l-idee-de-nation/>].

⁶⁵³ Bernard COTTRET, *La Révolution anglaise 1603-1660*, Perrin, 2015, p. 154.

politique »⁶⁵⁴, lui conférant justement le pouvoir suprême de forger un « modèle d'édification étatique »⁶⁵⁵ nouveau. Ainsi ce « phénomène typiquement américain »⁶⁵⁶ de sécessionnisme formant une unité nouvelle constitue-t-il « un paradigme de la création d'une souveraineté »⁶⁵⁷, car un tel groupement est alors existentiellement mû par une détermination unanime. Daniel Boorstin confirme ce point de vue, considérant que si « ailleurs, la création d'un État avait été, en règle générale, l'œuvre [...] d'un envahisseur »⁶⁵⁸ ou d'un souverain unique, tel qu'un « Guillaume le Conquérant »⁶⁵⁹, imposant « son administration à un peuple désorganisé »⁶⁶⁰, le contexte américain tend au contraire à révéler une construction étatique issue d'« une nation consolidée par les forces mêmes de dispersion »⁶⁶¹, et dont la souveraineté provient alors nécessairement d'une unification de volonté. La Déclaration de 1776 affirme cela lorsqu'elle dispose que l'unité des colonies lui confère une « pleine autorité »⁶⁶². Un même mouvement caractérise la période française, marquée par la présence d'une unité politique suffisamment dense pour s'approprier le pouvoir souverain, ce que souligne Arnaud Haquet en rappelant « le caractère unitaire du titulaire de la souveraineté »⁶⁶³ dans l'histoire constitutionnelle française. Ainsi, dans cette fin de XVIII^e siècle, « le Parlement commença à se référer beaucoup plus fréquemment à la nation en tant que principe actif de la politique française »⁶⁶⁴, semblant même parfois « associer l'idée de souveraineté plus à la nation qu'au roi »⁶⁶⁵. Au travers de la supposition selon laquelle « l'autorité suprême résidait dans la nation plus que dans le roi »⁶⁶⁶, cette « idée d'un système politique sans monarque »⁶⁶⁷ apparaissait concrètement, confirmant que seule une unité politique nationale pouvait, au

⁶⁵⁴ Louis ARÉNILLA, « Histoire des Américains », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 72, janvier – juin 1982, *Habiter, produire l'espace*, p. 184.

⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ Daniel BOORSTIN, *Histoires des Américains : l'aventure coloniale, naissance d'une nation, l'expérience démocratique*, Robert Laffont, 1991, p. 816.

⁶⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁶⁰ *Ibid.*

⁶⁶¹ *Ibid.*

⁶⁶² États-Unis, *Déclaration unanime des treize États unis d'Amérique*, 4 juillet 1776.

⁶⁶³ Arnaud HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, P.U.F., 2004, p. 94.

⁶⁶⁴ Matthew LEVINGER, « La rhétorique protestataire du Parlement de Rouen (1753-1763) », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, n° 3, 1990, p. 609.

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ *Ibid.*

sein de la situation exceptionnelle, détenir ce pouvoir suprême, « *voulant et agissant* »⁶⁶⁸. Olivier Gignoux cerne parfaitement cette idée, en rappelant que ce n'est que lorsque le peuple est devenu unité nationale, c'est-à-dire lorsqu'il s'est envisagé comme une « *nation [...] formant un tout ou comme étant une, que les révolutionnaires ont été en position de transférer la souveraineté de la personne du roi à celle de la nation* »⁶⁶⁹. Ainsi, « *avec la Révolution, le symbole de l'unité n'est plus le roi mais la nation assemblée* »⁶⁷⁰, et de ce fait, « *la nation est désormais seule titulaire de la souveraineté* »⁶⁷¹. Tout aussi clairement, Sieyès dispose que c'est parce que le tiers état forme « *une nation complète* »⁶⁷², dotée d'une « *unité de volonté* »⁶⁷³, que c'est « *à la nation indépendante [qu'il] appartient [...] de décider* »⁶⁷⁴. Tout comme chez l'écrivain de Florence et le juriste allemand, l'on peut ici affirmer que « *la théorie du pouvoir constituant du peuple présuppose la volonté consciente d'exister politiquement* »⁶⁷⁵ comme unité nationale.

Mais si l'on constate ici la possibilité d'appropriation de la souveraineté par la nation, du fait de son unité, encore faut-il démontrer que c'est le fondement de cette autorité suprême qui – plus profondément – justifie une telle attribution.

B. La liberté naturelle comme fondement de souveraineté de la nation

La détermination du souverain de crise renvoie à une unité politique. Mais il est encore nécessaire de déterminer pourquoi ce n'est qu'à elle qu'un tel pouvoir revient. Le fondement de cette souveraineté de crise permet de répondre à une telle interrogation. Sur ce point, Machiavel et Schmitt disposent justement que la loi naturelle ne confère un tel pouvoir qu'au peuple uni, dès lors qu'il est l'unique destinataire d'une liberté naturelle permettant l'affirmation d'un mode d'existence qui lui est propre (1). Si le déroulement des événements anglo-américains et français témoigne d'une réelle similarité, l'on doit de

⁶⁶⁸ Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Boucher, 2002, p. 51.

⁶⁶⁹ Olivier GIGNOUX, « Réflexions sur l'unité et la solidarité nationales en période de crise : l'exemple français », *Pouvoir et société en temps de crise*, Marc BONINCHI (dir.), Perspectives Juridiques, 2003, p. 262.

⁶⁷⁰ *Id.*, p. 261.

⁶⁷¹ *Ibid.* En un même sens, voir Matthew LEVINGER, « La rhétorique protestataire du Parlement de Rouen (1753-1763) », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, n° 3, 1990, p. 610 : « *En étendant implicitement la notion d'unité à la nation, les parlements déclenchèrent le processus par lequel la souveraineté unitaire fut transférée du roi la nation* ».

⁶⁷² Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Boucher, 2002, p. 2.

⁶⁷³ *Id.*, p. 51.

⁶⁷⁴ *Id.*, p. 56.

⁶⁷⁵ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 215.

nouveau constater que cette forme d'existence librement choisie, bien qu'issue de la loi de nature, demeure néanmoins soutenue par une législation positive (2).

1. L'affirmation d'une autodétermination de l'unité politique

L'on a précédemment⁶⁷⁶ pu constater qu'au cœur de l'exception, se révélait une loi naturelle de préservation, déployant un droit à l'existence, c'est-à-dire cette liberté décisionniste permettant l'autodétermination quant à un « *certain genre et forme de cette existence* »⁶⁷⁷. On a également observé⁶⁷⁸ qu'au sein de cette même exception, ce pouvoir revenait au peuple en tant qu'unité politique. Au travers de ces deux éléments il peut être déduit, chez Machiavel et Schmitt, que cette unité est souveraine au sein de la situation exceptionnelle, parce que ce n'est qu'à un tel groupement, en dernier ressort, que la loi naturelle confère cette autorité suprême. Autrement dit, le fondement sur lequel repose le décisionnisme souverain fait de l'unité politique l'unique destinataire de ce pouvoir. Pour ces auteurs, il apparaît en effet légitime qu'un tel pouvoir lui revienne, dès lors que ce sont exclusivement les libertés appartenant au peuple qui ont été violées, entraînant par là même, au sens plein du terme, une usurpation des principes de la *populi suprema lex*. Ainsi, seul lui, inscrit dans l'unité, peut posséder la liberté de déterminer la forme d'existence collective correspondant le mieux à ses aspirations, dès lors qu'une telle compétence se fonde sur une loi naturelle dont l'objet est de confier au peuple les moyens de sa préservation. Claude Lefort souligne cette idée d'une liberté revenant exclusivement au peuple uni lorsqu'il développe sa conception du soupçon chez Machiavel. Selon lui, dès lors que germe dans l'esprit du peuple la crainte d'un pouvoir liberticide, il tend à se ressaisir de sa liberté naturelle. Ainsi, « *quand le soupçon tire son origine du peuple, quand il est, au plus profond, associé à son désir de liberté, au désir d'interdire à quiconque de s'approprier le pouvoir* »⁶⁷⁹, alors jaillit cette « *puissance inconnue, indéterminable du peuple* »⁶⁸⁰, qui décide au nom d'une liberté dont il est l'unique titulaire. Un tel pouvoir de crise ne peut donc revenir qu'au peuple uni. Schmitt confère à son unité politique ce même pouvoir d'autodétermination, car il opère un rattachement identique entre le peuple uni et

⁶⁷⁶ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, A, 2.

⁶⁷⁷ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 215.

⁶⁷⁸ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 2, A, 1.

⁶⁷⁹ Claude LEFORT, préface aux *Discours sur la première décade de Tite-Live*, Nicolas MACHIAVEL, édition électronique/ Bibliothèque Berger-Levrault, 1980, p. 21.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

la loi naturelle. Il relève d'une part que « *c'est la nation qui est le sujet du pouvoir constituant* »⁶⁸¹, et d'autre part, que ce « *pouvoir constituant n'est pas lié à des formes juridiques et à des procédures ; il est toujours à l'état de nature lorsqu'il apparaît dans cette qualité inaliénable* »⁶⁸², puisqu'il se rattache nécessairement à cette loi naturelle de préservation. C'est à ce titre que Julien Freund s'interroge ironiquement sur le fait de savoir « *quel texte juridique peut-on invoquer dans ce cas [...] pour amener la volonté politique à la décision ?* »⁶⁸³. La réponse semble relativement claire, puisque aucun texte, au sens du droit positif, ne peut fonder une telle décision, cette dernière relevant d'une liberté naturelle. Celle-ci confère donc à l'unité politique un pouvoir constituant, faisant d'elle l'unique titulaire de la souveraineté de crise. Dès lors, c'est à elle que revient la libre compétence d'édifier un ordre nouveau, reflétant la volonté d'existence qu'il choisit. En effet, Schmitt considère que « *le pouvoir constituant est la volonté politique dont le pouvoir ou l'autorité sont en mesure de prendre la décision globale concrète sur le genre et la forme de l'existence politique propre* »⁶⁸⁴, autrement dit de « *déterminer l'existence de l'unité politique dans son ensemble* »⁶⁸⁵. Ainsi, autant chez Machiavel que Schmitt, l'on doit relever que le transfert de souveraineté au profit de l'unité politique s'explique par le fait qu'un tel pouvoir d'autodétermination trouve son fondement sur une loi naturelle exclusivement rattachée à ceux dont elle vise à préserver l'existence.

2. L'apparition d'une souveraineté naturellement nationale

Si l'on peut constater, au sein de l'exception anglo-américaine et française, un déplacement du centre de gravité du pouvoir souverain – de son titulaire habituel vers la nation –, il demeure nécessaire de rechercher, au-delà de l'unité politique, ce qui permet un tel transfert. Il apparaît encore ici que le fondement de cette souveraineté de crise, la liberté naturelle, explique qu'un tel pouvoir ne puisse revenir qu'à la nation. En l'occurrence, il semble que tout comme chez les auteurs italien et allemand, le retour au jusnaturalisme opéré par l'exception serve de soutien à un tel pouvoir. Comme chez eux en effet, la loi de nature révèle une liberté qui renvoie à une capacité fondatrice d'un ordre nouveau,

⁶⁸¹ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 214.

⁶⁸² *Id.*, p. 215.

⁶⁸³ Julien FREUND, « Les lignes de force de la pensée politique de Carl Schmitt », *Nouvelle École*, n° 44, avril 1987, p. 17.

⁶⁸⁴ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 211-212.

⁶⁸⁵ *Id.*, p. 212.

c'est-à-dire à une « *décision globale libre, prise par des hommes, sur le genre et la forme de l'existence politique* »⁶⁸⁶. Or, c'est exclusivement à l'unité politique nationale que la loi naturelle confère une telle compétence.

Ainsi, d'abord, l'on observe que ce lien entre la loi de nature et la liberté fondatrice est très présent. À ce titre, Denis Baranger explique qu'en Angleterre, « *la liberté humaine reconnue [...] par le jusnaturalisme moderne conditionnait la manière de construire l'État* »⁶⁸⁷, quand Jürgen Habermas développe la notion de « *droit naturel rationnel [...] sur laquelle s'appuient les auteurs de la Constitution américaine* »⁶⁸⁸, permettant d'envisager l'idée d'une souveraineté fondatrice, appartenant à la nation libre, et basée sur la loi de nature. Plus encore, cet auteur considère la révolution américaine et la fondation nouvelle qui s'y rattache comme n'ayant pu naître « *qu'au contact du droit naturel rationnel* »⁶⁸⁹. De la même manière, la conception de Sieyès suggère que c'est dans une liberté naturelle que la « *volonté [...] également naturelle* »⁶⁹⁰ peut trouver la « *puissance morale de former l'association* »⁶⁹¹ permettant la fondation d'un ordre nouveau.

Ensuite, l'on constate que la loi naturelle, conférant une liberté fondatrice, fait de l'unité politique son unique titulaire. Bernard Cottret souligne ainsi, à propos de l'Angleterre du milieu du XVII^e siècle, que :

« *Si la monarchie et la Chambre des lords furent abolies en mars, la république fut officiellement proclamée le 19 mai 1649. Le droit le plus ancien étant celui du peuple, il était normal que ce droit lui revînt. Et qu'il décidât désormais de se passer d'un roi* »⁶⁹².

Dans un sens assez proche, Denis Lacorne note, à propos de l'Amérique de la fin du XVIII^e siècle :

⁶⁸⁶ *Id.*, p. 213.

⁶⁸⁷ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 74.

⁶⁸⁸ Jürgen HABERMAS, *Théorie et pratique*, Payot et rivages, 2006, p. 113.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

⁶⁹⁰ Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Boucher, 2002, p. 55.

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² Bernard COTTRET, *Histoire de l'Angleterre : de Guillaume Le Conquérant à nos jours*, Tallandier, 2011, p. 259.

« Le choc des traditions voulu par Jefferson peut se résumer ainsi : l'invocation des droits de l'homme justifie l'irruption sur la scène de l'histoire d'un peuple souverain, "dégagé de toute obéissance envers la Couronne de Grande-Bretagne". La référence aux libertés anglaises engage le procès symbolique d'un Roi qui a trahi sa vraie constitution et qui est donc impropre à gouverner un peuple libre »⁶⁹³.

Emmanuel Joseph Sieyès souligne quant à lui que la « *volonté commune* »⁶⁹⁴ de la nation, qui lui permet de déterminer une constitution, ne peut exister « *que dans l'ordre naturel* »⁶⁹⁵. Ainsi, c'est là encore en vertu d'un jurnaturalisme que la souveraineté revient à la seule nation, lui conférant alors la capacité de former un ordre nouveau. De ce fait, puisque naturellement « *toute nation doit être libre* »⁶⁹⁶, alors, « *si nous manquons de constitution, il faut en faire une ; la nation seule en a le droit* »⁶⁹⁷. Au fond, la loi naturelle suggère que « *quand une nation change la forme de son gouvernement, chaque citoyen est magistrat* »⁶⁹⁸. On constate ici le semblable mouvement d'une unité politique qui, refusant de reconnaître l'ordre juridique actuel, s'appuie sur celui de la loi naturelle, et s'octroie la liberté souveraine permettant la réaffirmation du principe de préservation de tous. En d'autres termes, cette loi naturelle dote la nation d'une liberté permettant d'affirmer, par la décision, la forme et le genre d'une existence qui soit la plus conforme à ses aspirations. C'est à cet égard qu'Algernon Sidney évoque la « *permission conférée à chaque nation, si les circonstances l'exigent* »⁶⁹⁹ – donc précisément lorsque l'exception empêche l'ordre juridique normal de fonder le pouvoir du souverain habituel, mais qu'à la fois elle présente un danger appelant une action salvatrice, – « *de se réserver la souveraine puissance, en un mot de choisir le type de gouvernement qui lui convient le mieux, et d'en changer lorsqu'elle l'estime nécessaire* »⁷⁰⁰. En un même sens, Jonathan Mayhew constate à propos du contexte américain, que c'est bien à la nation, en tant qu'unité politique, que revient le

⁶⁹³ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 66.

⁶⁹⁴ Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Boucher, 2002, p. 55.

⁶⁹⁵ *Ibid.*

⁶⁹⁶ *Id.*, p. 50.

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ Isaac LE CHAPELIER, « Discours du 29 septembre 1791 », *Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, p. 23.

⁶⁹⁹ Algernon SIDNEY, *Discourses Concerning Government*, Liberty Fund, 1996, p. 20 (notre traduction).

⁷⁰⁰ *Ibid.*

pouvoir de « résister et même de détrôner le prince »⁷⁰¹ lorsque, n'exerçant plus « une autorité juste et raisonnable pour le bien de la société »⁷⁰², il est à l'origine d'une situation exceptionnelle. Ce serait alors une « façon raisonnable d'imposer le respect des libertés et des justes droits de la nation »⁷⁰³, et une telle action serait justifiée par un droit à « l'autodéfense »⁷⁰⁴, précisément fondé sur la loi naturelle et revenant nécessairement à la nation, dès lors qu'une telle défense est dirigée contre une atteinte à ses libertés. De même, la conception révolutionnaire française conçoit qu'en cas d'oppression, lorsqu'il s'agit pour les individus de se préserver, alors « le salut public est remis dans [ces] cas les plus extrêmes entre les mains du peuple, dans le cadre de la “résistance à l'oppression” »⁷⁰⁵. À ce titre, le salut public apparaît comme « l'impératif de survie exigeant la mise à l'écart provisoire de la légalité ordinaire en période de crise »⁷⁰⁶. S'ouvre alors un possible retour à une liberté naturelle fondatrice d'un ordre nouveau, ce que souligne Rousseau en expliquant que lorsque « le Prince n'administre plus l'État selon les lois et qu'il usurpe le pouvoir Souverain »⁷⁰⁷, ou lorsque le pacte unissant les individus est violé⁷⁰⁸, alors se produit une « dissolution de l'État »⁷⁰⁹ ou du pacte social⁷¹⁰, suggérant que chacun « reprenne sa liberté naturelle »⁷¹¹. Or, le contexte révolutionnaire français, nécessitant « de plus en plus la restitution des droits usurpés »⁷¹², traduit dans les faits une telle approche. À dire vrai, ces périodes témoignent fondamentalement d'un élément commun, celui d'un pouvoir constituant de la nation, fruit d'une loi naturelle lui conférant exclusivement ce pouvoir d'autodétermination. C'est en ce sens que Locke considère qu'« en cas de forfaiture des gouvernants, [...] le pouvoir retourne à la société, et le Peuple [...] peut [...] établir un nouveau type de gouvernement »⁷¹³. De même, Denis Lacorne

⁷⁰¹ Jonathan MAYHEW, *A Discourse Concerning Unlimited Submission and Non-Resistance to the Higher Powers*. D. Fowle, 1750, p. 40.

⁷⁰² *Id.*, p. 20.

⁷⁰³ *Id.*, p. 40.

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ Gilles LEBRETON, « Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 82.

⁷⁰⁶ *Ibid.*

⁷⁰⁷ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, 2001, p. 126.

⁷⁰⁸ *Id.*, p. 56.

⁷⁰⁹ *Id.*, p. 126.

⁷¹⁰ *Ibid.* : « à l'instant que le Gouvernement usurpe la souveraineté, le pacte social est rompu ».

⁷¹¹ *Id.*, p. 56.

⁷¹² Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Boucher, 2002, p. 34.

⁷¹³ John LOCKE, *Two Treatises on Government*, Cambridge University Press, 1960, p. 446 (notre traduction).

remarque que la donnée essentielle du XVIII^e siècle américain « est sans doute la découverte de l'origine populaire du pouvoir [...] : le peuple est à l'origine du pouvoir et cette origine est celle de la liberté »⁷¹⁴. Sieyès est proche de cette même idée lorsqu'il rappelle que la volonté de l'unité politique est un pouvoir souverain, et qu'« il suffit qu'elle veuille »⁷¹⁵, pour que s'exerce son pouvoir constituant. La liberté que confère la loi de nature aux individus s'érige donc comme le fondement le plus solide de la souveraineté de la nation. On peut affirmer ici avec François Terré que par conséquent, le « peuple [est] seul créateur de la norme »⁷¹⁶.

Il faut encore souligner ici, sans atténuer le rapprochement opéré avec la pensée machiavélo-schmittienne, qu'apparaît de nouveau cette normativité transitoire, puisque la loi de nature, bien qu'indubitablement présente, semble être « positivée » par l'action de l'homme, dès lors que ses principes sont observés au sein de textes ayant eu, à leurs époques respectives, une réelle portée normative. En d'autres termes, si la loi de nature confère effectivement à la nation une liberté souveraine, celle-ci est consacrée par le droit positif, et cette positivation affermit alors davantage ce titulaire. Ainsi, l'acte⁷¹⁷ retenant les charges contre Charles I^{er} à son procès, et surtout la loi abolissant l'Office royal⁷¹⁸, tout en considérant qu'en vertu « des lois fondamentales »⁷¹⁹ le roi devait pourvoir « au bien du peuple et à la préservation de ses droits et libertés »⁷²⁰, constatent qu'il a usé d'un pouvoir tyrannique « pour gouverner le royaume en fonction de sa seule volonté »⁷²¹, renversant ainsi les droits et libertés de la nation. Or, « les lois fondamentales du royaume réservent un tel pouvoir au peuple »⁷²², et c'est donc au titre de cette loi naturelle visant cette préservation, que « l'autorité suprême doit résider [...] dans la nation et en elle seule »⁷²³. La présence d'une loi naturelle de préservation demeure donc, et les actions parlementaires en témoignent. En effet, suite au départ du roi de Londres, « le Parlement allait légiférer

⁷¹⁴ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 68.

⁷¹⁵ Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Boucher, 2002, p. 55.

⁷¹⁶ François TERRÉ, « Le peuple seul créateur de la norme », *Le peuple et l'idée de norme*, Pierre MAZEAUD, Catherine PUIGELIER (dir.), éditions Panthéon-Assas, 2012, p. 21.

⁷¹⁷ Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 371-374 : *The Charge against the King* (20 janvier 1649).

⁷¹⁸ *Id.*, p. 384-387 : *The Act abolishing the office of King* (17 mars 1649).

⁷¹⁹ *Id.*, p. 371 (notre traduction).

⁷²⁰ *Id.*, p. 371-372.

⁷²¹ *Id.*, p. 372.

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ *Id.*, p. 387.

par ordonnances »⁷²⁴, c'est-à-dire sans requérir l'accord ni la promulgation du roi, et donc en dehors de l'ordre juridique normal, mais en se justifiant par l'accomplissement de l'impératif de survie contenu dans la loi naturelle. Ainsi, sous la seule autorité parlementaire, l'ordonnance du 5 mars 1642⁷²⁵ « *faisait passer théoriquement la force militaire sous le contrôle du Parlement* »⁷²⁶. Or, cette ordonnance visait précisément à assurer « *la sécurité et la défense du royaume* »⁷²⁷ et de sa nation, de manière à restaurer cette loi de préservation. Une telle ordonnance illustre finalement l'influence duale de la loi naturelle. Non seulement elle est le fondement permettant aux représentants de la nation d'agir seuls, au nom d'une liberté naturelle – alors que tout acte parlementaire exige en principe, en vertu de l'ordre juridique normal, l'approbation du roi –, mais encore, elle irrigue le contenu de la législation parlementaire, puisque cette dernière vise à restaurer les principes de la loi naturelle en érigeant une forme d'existence qui lui soit conforme. En un même sens, la Déclaration d'Indépendance américaine – dont on a vu avec Jean Éric Branaa⁷²⁸ qu'elle renvoyait bien à l'idée de loi naturelle, notamment à celle de Locke – dispose que c'est en vertu des « *lois de la nature* »⁷²⁹ usurpées par un souverain liberticide, que les colonies – et donc par métonymie la nation y étant établie – ont, « *comme les États libres et indépendants [...] pleine autorité* »⁷³⁰ d'accomplir les mêmes actes « *que les États indépendants ont droit de faire* »⁷³¹. C'est donc elle qui confère le pouvoir de restaurer ses principes, dès lors qu'elle donne au « *peuple [...] le droit [...] d'établir un nouveau gouvernement, en le fondant sur les principes et en l'organisant en la forme qui lui paraîtront les plus propres à lui donner la sûreté* »⁷³². Bien que relevant d'une législation positive, cette Déclaration manifeste néanmoins la nette « *supériorité du droit naturel sur le droit positif et son rôle de précédent absolu* »⁷³³. D'une très semblable

⁷²⁴ Bernard COTTRET, *Histoire de l'Angleterre : de Guillaume Le Conquérant à nos jours*, Tallandier, 2011, p. 251.

⁷²⁵ Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 245-247 : *The Militia Ordinance*.

⁷²⁶ Bernard COTTRET, *Histoire de l'Angleterre : de Guillaume Le Conquérant à nos jours*, Tallandier, 2011, p. 251.

⁷²⁷ Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 245.

⁷²⁸ Jean-Éric BRANAA, *La Constitution américaine et les institutions*, Ellipses, 2006, p. 24.

⁷²⁹ États-Unis, *Déclaration unanime des treize États unis d'Amérique*, 4 juillet 1776.

⁷³⁰ *Ibid.*

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 191.

manière, en affirmant que « *le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation* »⁷³⁴, la Déclaration de 1789 apparaît à la fois comme le support normatif d'un pouvoir constituant ne pouvant appartenir qu'à la nation, tout en demeurant fortement emprunte d'un incontestable jusnaturalisme. Si l'on demeure proche de Machiavel et Schmitt en ce sens que la loi naturelle confère à la nation seule ce pouvoir de crise, cette norme semble passer par le filtre d'une certaine positivité, c'est-à-dire au travers d'une législation posée par l'homme.

Que l'on s'en remette – avec Machiavel et Schmitt – au terme de décision souveraine, ou bien – dans le contexte anglo-américain et français – à celui de pouvoir constituant, tout peut finalement être ramené à l'unique idée de liberté appartenant à la nation, puisque c'est bien à chaque fois en vertu de celle-là que celle-ci peut agir. Un tel pouvoir ne peut revenir qu'à elle, dès lors que la loi naturelle de préservation – cette *salus populi suprema lex* –, visant la protection du plus grand nombre, confère à ceux-là même dont la vie est en danger, le pouvoir de recouvrer leur droit à l'existence. Ainsi ce pouvoir d'autodétermination fondé sur une loi naturelle renvoie-t-il à une unité politique consciente de ses volontés d'existence, et en ce sens capable de décider de la fondation d'un ordre relatif aux principes protecteurs d'une telle loi. Ainsi, le terme même de révolution, caractérisant le contexte anglo-américain et français, illustre parfaitement l'idée machiavélo-schmittienne d'un déplacement radical du centre de gravité du pouvoir, effaçant le titulaire de la souveraineté ainsi que le soutènement de son pouvoir, mais à la fois désignant un destinataire nouveau, et conférant un fondement à son autorité suprême. C'est désormais l'exercice concret d'une telle souveraineté qu'il faut aborder, afin de déterminer la manière dont s'opère la restauration du principe de préservation contenu dans la loi naturelle.

Section 2 : L'exercice d'une nouvelle souveraineté

La situation exceptionnelle permet de révéler un nouveau souverain, titulaire d'une souveraineté dotée d'un nouveau fondement. Mais en retour, ce titulaire agit lui aussi sur l'exception pour y mettre un terme. En effet, si l'exceptionnalité d'une situation vient de ce qu'elle est imprévisible dans sa survenue, son trait le plus saillant semble être sa brièveté. Ce caractère temporaire s'explique par la nécessité de rompre au plus vite avec le risque de

⁷³⁴ France, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 août 1789, art. 3.

mise en danger présent, et cette volonté de rupture s'illustre essentiellement par deux actions distinctes, mais toutes deux dirigées vers la restauration d'un principe protecteur, incarné par la loi de nature. Dans un premier temps, la décision s'exerce contre l'incarnation de la mise en péril de la vie, c'est-à-dire qu'elle produit une stabilité en tranchant – pour prolonger le vocabulaire schmittien – entre l'ami et l'ennemi, ce dernier étant entendu comme cause de l'exception (§ 1). Dans un second temps, afin de pérenniser la préservation de ses titulaires, la décision fonde – suite à l'avènement d'une situation normale consécutive à l'élimination de l'ennemi – un ordre nouveau (§ 2).

§ 1. L'anéantissement des ennemis du peuple

Confronter l'approche faite par Machiavel et Schmitt de cette nécessaire élimination de l'ennemi au déroulement des événements anglo-américains et français révèle un double intérêt. En effet, une telle approche permet d'une part de rendre compte de l'exactitude des présupposés de ces deux auteurs, dès lors que les faits traduisent effectivement ce processus violent contre un ennemi institutionnel, à des fins préservatrices (A). Mais à la fois, une telle démarche tend à révéler les limites théoriques de ces auteurs, puisque leur conceptualisation de l'ennemi identitaire ne trouve pas, à ce stade, de véritable écho dans la réalité anglo-américaine et française (B).

A. L'inévitable élimination de l'ennemi institutionnel

Le présupposé machiavélo-schmittien, autant que les événements anglo-américains et français, conçoivent ici un même ennemi institutionnel. En effet, sous l'angle théorique comme pratique, la condition d'une stabilité nouvelle suggère l'éradication d'un ennemi, articulée autour de l'ancien ordre juridique (1) et du souverain liberticide (2).

1. La dissolution de tout lien avec l'ordre juridique ancien

L'abolition de l'ancien ordre juridique est une nécessité chez les auteurs italien et allemand, puisqu'il est à la source d'une inégalité provoquant une situation exceptionnelle. Or, puisque le déploiement de la souveraineté dans les faits doit avant tout se comprendre comme la volonté d'un groupe uni d'éradiquer tout élément dont l'existence représente une menace et un désordre, la condition d'une stabilité nouvelle semble ne pouvoir se situer que dans l'élimination de cet ordre ancien, par la décision souveraine. Sur ce point,

Machiavel explique qu'afin de « *conserver la liberté [...] au milieu de la corruption* »⁷³⁵, il est nécessaire de changer les formes constitutionnelles, en tranchant « *tout à coup dans la constitution, lorsque chacun reconnaît qu'elle ne peut plus servir* »⁷³⁶. En telle circonstance, « *les moyens ordinaires non seulement ne suffisent plus, ils nuisent même* »⁷³⁷, et il faut alors agir radicalement, en recourant « *à des mesures extraordinaires, à la violence, aux armes* »⁷³⁸ pour fonder une stabilité nouvelle. À ce titre, Thomas Berns constate qu'en exerçant le pouvoir souverain visant un ordre nouveau, « *on ne vient pas "avec", on vient "contre"* »⁷³⁹, car comme le relève Agnès Cugno, l'appropriation et l'usage d'un tel pouvoir fondateur ne peuvent advenir « *que dans une rupture avec l'ordre précédent* »⁷⁴⁰. Procédant d'une même logique, Schmitt explique que la dictature souveraine « *voit dans l'ordre existant pris dans son ensemble, l'état de choses auquel elle entend mettre fin par son action* »⁷⁴¹, ce qui explique d'ailleurs que « *la constitution existante [la] nie d'une certaine manière* »⁷⁴². Ainsi, ce « *moment de l'origine* »⁷⁴³, qui est celui de l'exercice du pouvoir fondateur, « *semble aussi [...] devoir entraîner l'exclusion de la loi* »⁷⁴⁴. Tous deux s'accordent donc sur la nécessaire élimination de l'ordre juridique par un décisionnisme souverain.

Le cadre révolutionnaire offre une dimension concrète à la conception qui précède, dès lors qu'il révèle une mise en application réelle et rigoureuse d'un tel procédé d'élimination de l'ennemi institutionnel, afin de rendre possible une stabilité nouvelle. À ce titre, l'on peut reprendre, mais sous un angle différent, la loi du 17 mars 1649 abolissant l'Office royal⁷⁴⁵, et celle du 19 mars de la même année, abolissant la Chambre des lords⁷⁴⁶. Toutes deux procèdent à une éradication de l'ordre monarchique, puisque la première

⁷³⁵ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 430.

⁷³⁶ *Id.*, p. 431

⁷³⁷ *Ibid.*

⁷³⁸ *Ibid.*

⁷³⁹ Thomas BERNS, *Violence de la loi à la Renaissance – L'originnaire du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, 2000, p. 42.

⁷⁴⁰ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 183.

⁷⁴¹ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 142.

⁷⁴² *Id.*, p. 143.

⁷⁴³ Thomas BERNS, *Violence de la loi à la Renaissance – L'originnaire du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, 2000, p. 41.

⁷⁴⁴ *Ibid.*

⁷⁴⁵ Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 384-387 : *The Act abolishing the office of King*.

⁷⁴⁶ *Id.*, p. 387-388 : *The Act abolishing the House of Lords*.

procède à « *l'abolition de la royauté* »⁷⁴⁷, alors que la seconde décide que « *dorénavant la Chambre des lords au Parlement doit être entièrement abolie* »⁷⁴⁸, empêchant tous les Lords de « *voter, siéger, conseiller, ou s'exprimer sur tout sujet* »⁷⁴⁹, en tant que membre de ladite Chambre. D'une même manière, Dick Howard relève dans les événements américains, l'acharnement colonial à « *se dresser contre la monarchie* »⁷⁵⁰ en tant qu'ordre juridique, en « *démolissant le dernier lien avec l'Empire* »⁷⁵¹, afin de l'abolir. Tout comme les textes anglais, les colonies formalisent l'abolition de l'ordre monarchique détenu par George III, au travers de la Déclaration d'Indépendance qui déclare « *que tout lien politique entre elles et l'État de la Grande-Bretagne est et doit être entièrement dissous* »⁷⁵². À ce titre, l'on peut distinguer nettement l'idée de Bruno Bernardi, pour qui la caractéristique fondamentale de la décision révolutionnaire, contrairement à la simple rébellion, est précisément qu'elle « *annule un ordre institutionnel* »⁷⁵³. Les événements français renvoient au même processus d'une « *rupture [qui] emporte ce qui est devenu l'ancien droit* »⁷⁵⁴. Yves Durand constate à ce titre que le doublement des représentants du tiers état, consenti par le gouvernement⁷⁵⁵ pour la réunion des états généraux initialement fixée au 1^{er} mai 1789, tendait déjà à « *reconnaître la fin de la société d'ordres* »⁷⁵⁶. En effet, s'étant proclamé Assemblée nationale le 17 juin, le tiers état refusera, lors de la séance du 23, la répartition par ordre ordonnée par Louis XVI, obligeant ce dernier à inviter les deux autres ordres à se joindre au tiers état. Puis, l'élan révolutionnaire de la nuit du 4 août 1789 entraînera l'Assemblée à « *détrui[re] entièrement le régime féodal* »⁷⁵⁷, bien que les décrets

⁷⁴⁷ *Id.*, p. 386.

⁷⁴⁸ *Id.*, p. 387.

⁷⁴⁹ *Ibid.*

⁷⁵⁰ Dick HOWARD, *Aux origines de la pensée politique américaine*, Buchet-Chastel, 2004, p. 96.

⁷⁵¹ *Ibid.*

⁷⁵² *Ibid.* Voir encore : États-Unis, *Déclaration unanime des treize États unis d'Amérique*, 4 juillet 1776: « *il devient nécessaire pour un peuple de dissoudre les liens politiques qui l'ont attaché à un autre* ».

⁷⁵³ Bruno BERNARDI, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, J. Vrin, 2003, p. 41.

⁷⁵⁴ Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Flammarion, 2006, p. 38.

⁷⁵⁵ Archives parlementaires, *Cahiers des états généraux*, Librairie administrative de Paul Dupont, 1868, p. 498 : « *Que le nombre des députés du tiers état sera égal à celui des deux autres ordres réunis* ».

⁷⁵⁶ Yves DURAND, « États généraux, France », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/etats-generaux-france/>].

⁷⁵⁷ France, *Décret relatif à l'abolition des privilèges*, 5-11 août 1789.

des 5-11 août n'abolissent d'abord que certains privilèges⁷⁵⁸. Par la suite, le décret du 19 juin 1790 abolira la noblesse héréditaire, tandis que la loi d'Allarde, des 2 et 17 mars 1791, achèvera le travail entamé par le décret du 11 août 1789, en abolissant radicalement les corporations⁷⁵⁹. Finalement, suite à la suspension de Louis XVI⁷⁶⁰, la Convention abolit la royauté par décret le 21 septembre 1792, dès la tenue de sa première séance.

L'on retrouve ainsi, dans les faits, l'idée machiavélo-schmittienne d'élimination de l'ordre présent, d'une rupture supposant que lorsque « *le moment, le lieu et les circonstances individuelles l'exigent, le souverain peut changer les lois et y déroger. C'est justement en cela que se manifeste la souveraineté* »⁷⁶¹. Ainsi, l'éradication brutale de l'ordre monarchique et de son droit renvoie, de tout point de vue, à l'expression d'une décision souveraine, mais qui ne sera pleinement achevée qu'avec l'élimination, dans le même temps, de son titulaire, le monarque. Une telle action permettra alors, théoriquement, l'obtention d'une stabilité.

2. La nécessaire exécution du monarque liberticide

Au-delà de cette dissolution de l'ordre juridique, l'on doit constater – de manière bien plus radicale – la nécessaire élimination de son titulaire, dont l'action est entendue comme liberticide. Sur ce point encore, un rapprochement peut être établi. Machiavel préconise cette élimination lorsque, évoquant les principautés nouvelles⁷⁶² – c'est-à-dire non pas héritées mais dont la fondation suggère l'exercice d'une décision souveraine –, il

⁷⁵⁸ Jean TULARD, « Nuit du 4 août 1789 », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/nuit-du-quatre-aout-1789/>]. Malgré l'élan révolutionnaire qui habite l'Assemblée, ces décrets faisant suite à la nuit du 4 août « *n'abolissent que les servitudes personnelles, les corvées et le droit de chasse, tandis que les droits réels pesant sur la terre ne sont déclarés que rachetables à un taux onéreux* ».

⁷⁵⁹ Voir en ce sens : Matthieu BERTOZZO, « Le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 ou la matérialisation des idées libérales de la Révolution française », *Revue générale du droit*, 2015, en ligne : [<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/03/09/le-decret-dallarde-des-2-et-17-mars-1791-ou-la-materialisation-des-idees-liberales-de-la-revolution-francaise/>].

⁷⁶⁰ La journée du 10 août entraînera la suspension (et non la déposition, qui intervient le 16 septembre) de Louis XVI par l'Assemblée législative.

⁷⁶¹ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 182.

⁷⁶² Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, chap. III : « *Des principautés mixtes* », p. 42-50. Machiavel y précise (p.42) que c'est bien « *dans une principauté nouvelle que toutes les difficultés se rencontrent* ». En effet, cette dernière suggère de rompre radicalement avec les structures du droit et du pouvoir jusqu'alors en vigueur. Cette difficulté ne se retrouve pas, en revanche, dans les principautés héréditaires (chap. II, p. 42), et bien moins encore dans les principautés ecclésiastiques (chap. XI, p. 74-76), sur lesquelles Machiavel ironise particulièrement, puisqu'elles maintiennent le prince au pouvoir sans même qu'il n'ait à gouverner.

précise que le succès de la fondation requiert d'« *éteindre la race de l'ancien prince* »⁷⁶³, après l'avoir lui-même éliminé. Avec un même détachement, Schmitt relève que l'action souveraine est dirigée vers « *un adversaire concret dont l'élimination doit constituer le but immédiat et défini de l'action* »⁷⁶⁴. Un tel pouvoir vise en effet à sortir de l'exception et de cette situation concurrentielle, en mettant fin à l'existence de celui qui est considéré comme source de dangers, et qui motive donc une action salvatrice. Ainsi, tout comme « *l'acte de légitime défense consiste, par définition, à repousser une attaque illicite actuelle et qu'il reçoit sa détermination précise du caractère actuel de l'attaque* »⁷⁶⁵, de même, le titulaire habituel de la souveraineté représente une attaque liberticide, et donc illicite au regard de la loi naturelle. Ce titulaire incarne finalement « *l'actualité immédiate de la situation à laquelle mettre fin, en ce sens que cette élimination apparaît comme une tâche* »⁷⁶⁶ nécessaire à l'éradication d'un risque vital, permettant l'avènement d'une situation normale.

Une même radicalité anime les événements anglo-américains et français, et l'on y retrouve alors cette inévitable élimination du monarque liberticide. En effet, la nécessité de survie engage à rompre avec le souverain, afin de fonder une stabilité salvatrice, dont l'accomplissement exige un décisionnisme ne pouvant mettre fin à l'exception qu'en éradiquant radicalement la cause. Un tel contexte rend donc compte de l'exactitude théorique de Machiavel et Schmitt, dès lors qu'ici aussi, « *le concept d'ennemi inclut, au niveau de la réalité concrète, l'éventualité d'une lutte* »⁷⁶⁷, dont la caractéristique essentielle est de pouvoir engendrer la mort. Ainsi, la première révolution anglaise, qui jalonnée de plusieurs guerres civiles s'étend de 1642 à 1660, illustre la confrontation armée entre unités politiques antagonistes. En ce sens, Danièle Frison relève que ce conflit opposa « *les Têtes Rondes, rassemblées autour du Parlement, et les forces les plus conservatrices, les Cavaliers, rassemblés autour du roi* »⁷⁶⁸. Le contexte américain suggère une même dualité, des lors qu'il voyait s'opposer d'une part les colons, et d'autre part « *le roi et le*

⁷⁶³ *Id.*, p. 44. Machiavel procède ici à une véritable remise en cause du caractère sacré du souverain, et de l'inviolabilité dont il dispose normalement. Un tel propos mérite d'être souligné, précisément parce qu'il est tenu dans *Le Prince*. S'adressant à Laurent II de Médicis en particulier, mais aux souverains en général, l'auteur conseille finalement autant qu'il met en garde.

⁷⁶⁴ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p.140.

⁷⁶⁵ *Id.*, p. 141.

⁷⁶⁶ *Ibid.*

⁷⁶⁷ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 70.

⁷⁶⁸ Danièle FRISON, *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, Ellipses, 2005, p. 59.

ministère [qui] étaient un même ennemi »⁷⁶⁹. La France révolutionnaire déploie une même dualité, voyant s'opposer, selon Sieyès, la nation face aux « *ennemis [...] de l'ordre commun* »⁷⁷⁰, qui, nécessairement « *doivent être [...] exclus* »⁷⁷¹. Surtout, le roi est lui-même qualifié par les révolutionnaires d'« *ennemi étranger au corps de la nation* »⁷⁷², qu'il faut là aussi éliminer. La reconnaissance de l'ennemi renvoie maintenant, plus que précédemment⁷⁷³, à une radicalité absolue, dès lors qu'au-delà de sa désignation, il semble ici n'y avoir d'autre choix possible que son éradication.

Cette distinction univoque de l'ennemi engage alors une lutte réelle pour l'existence entre ces unités politiques. La première guerre civile anglaise débute ainsi en août 1642, et se conclut provisoirement par la bataille de Naseby, le 14 juin 1645. Celle-ci opposa l'armée du parti parlementaire, dite *New Model Army*⁷⁷⁴, commandée par Sir Thomas Fairfax et Olivier Cromwell, contre l'armée royaliste dirigée par le prince Rupert. L'écrasante victoire des parlementaires n'atténue pas le conflit, puisque dès 1648 s'entame la deuxième guerre civile de la première révolution anglaise, ou Grande Rébellion. Cette guerre civile s'achève par la victoire de l'entité politique ayant la plus grande volonté d'unité, au sens où elle parvient à concentrer en son sein l'ultime décision rompant avec l'ordre monarchique. Pour le dire autrement, cette phase de conflit s'achève par la victoire de l'unité parlementaire, qui donne alors une dimension concrète à la volonté d'abolition de la monarchie, en décapitant l'ennemi⁷⁷⁵ Charles I^{er} le 30 janvier 1649, suite à un procès mené au nom du peuple. La guerre de l'indépendance américaine révèle une même lutte

⁷⁶⁹ Dick HOWARD, *Aux origines de la pensée politique américaine*, Buchet-Chastel, 2004, p. 96. Pour davantage de détails, l'on peut voir : Thomas PAINE, *Rights of Man*, Penguin Books, 1985. L'auteur y développe (notamment p. 53, 60) la figure de « *l'ennemi de la révolution* », qu'il ne limite d'ailleurs pas seulement à la révolution américaine.

⁷⁷⁰ Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Boucher, 2002, p. 78.

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² Jean-Clément MARTIN, Marc THIVOLET, « Révolution française », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : <http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/revolution-francaise/>.

⁷⁷³ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, B, 2.

⁷⁷⁴ Littéralement l'armée « nouveau modèle ».

⁷⁷⁵ Les documents du procès de Charles I^{er} recouvrent, dans leur totalité, cette idée d'une nécessaire élimination de l'ennemi. Voir par exemple : P.H. Nicolle, *Procès et meurtre de Charles I^{er}, Roi d'Angleterre*, (Traduit de l'anglais), P.H. Nicolle, à la librairie Stéréotype, 1816, p. 40. Lors de la troisième séance de la Haute Cour, le 23 janvier 1649, les minutes du procès retiennent la qualification « *d'ennemi de la république d'Angleterre* », emportant condamnation à la « *peine de mort* ». La séance du 27 janvier 1649 le qualifie (p. 53) d'« *ennemi public* ». Voir encore : Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 379. L'auteur reprend l'Acte de condamnation du Roi par la Haute Cour de Justice, faisant suite à la séance du 27 janvier, et condamnant Charles I^{er} « *ennemi public du Commonwealth* », à la décapitation.

armée, car à l'instar du contexte anglais, « *le mal devait être expurgé, si on voulait placer quelque espoir dans la cause de la liberté civile* »⁷⁷⁶. En août 1776, les troupes britanniques de Richard Howe vainquent celles de George Washington à Long Island, entraînant alors un repli dans le New Jersey. Les troupes américaines obtiennent quelques victoires par la suite, notamment à Trenton, en décembre 1776 et à Princeton, en janvier 1777, mais cela n'empêche pas l'armée britannique d'occuper Philadelphie, l'automne de cette même année. Il faut attendre l'éclatante victoire américaine à Saratoga, en octobre 1777, et la capture de John Burgoyne, pour que la France rallie la cause des insurgés américains, l'année suivante⁷⁷⁷. La bataille de Yorktown, de septembre à octobre 1781, consacre de façon définitive la victoire des Américains et de leurs alliés, face aux Anglais. Cornwallis, commandant des forces anglaises, capitule et se rend. La Chambre des communes se prononce en faveur de l'arrêt de la guerre en février 1782, alors que le Premier ministre Lord North démissionne le mois suivant. L'ennemi est vaincu, les troupes anglaises quittent le territoire américain, et par le Traité de Paris, conclu le 3 septembre 1783, la Grande-Bretagne admet son statut d'unité politique indépendante aux États-Unis⁷⁷⁸. Le contexte révolutionnaire français, dès l'été 1791, voit s'opposer violemment « *partisans et adversaires de la Révolution* »⁷⁷⁹ dans diverses régions, au point que « *tout le pays s'enfonce dans la guerre civile* »⁷⁸⁰. En ce sens, l'affrontement mortel entre les Sans-culottes et la Garde suisse lors de la journée du 10 août 1792, illustre cette idée d'une lutte réelle contre l'ennemi monarchique. En effet, Jean-Clément Martin relève que dans ce contexte, « *les forces antagonistes s'organis[ai]ent en vue de l'affrontement* »⁷⁸¹, concluant la prise des Tuileries par un « *massacre* »⁷⁸². Par la suite, le roi est emprisonné, puis jugé à partir du 11 décembre 1792. Jugé coupable de trahison, qualifié d'« *usurpateur* »⁷⁸³, et

⁷⁷⁶ Bernard BAILLYN, *Les origines idéologiques de la révolution américaine*, Belin, 2010, p. 215.

⁷⁷⁷ Le Traité d'alliance éventuelle et défensive est conclu à Paris le 6 février 1778 entre la France et les États-Unis. Ce traité a été favorisé par la volonté française de reprendre l'ascendant sur le royaume britannique (il faut en effet se souvenir de la défaite française de 1763, lors de la Guerre de Sept Ans), et par l'action diplomatique du député du Congrès général de Pennsylvanie, Benjamin Franklin.

⁷⁷⁸ États-Unis – Grande-Bretagne, *Traité de paix de Paris*, 3 septembre 1783, art. 1^{er} : « *Sa Majesté Britannique reconnaît les dits États-Unis [...] comme des États indépendants, libres et souverains, qu'il traite avec eux comme tels, et tant pour lui-même que pour ses héritiers et successeurs renonce à toute prétention au gouvernement, à la propriété et aux droits territoriaux sur ces États et sur toute partie des dits États* ».

⁷⁷⁹ Jean-Clément MARTIN, Marc THIVOLET, « Révolution française », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/revolution-francaise/>].

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² *Ibid.*

⁷⁸³ *Ibid.*

« *mis hors de l'humanité* »⁷⁸⁴, il est condamné à mort et exécuté le 21 janvier 1793. L'idée républicaine pouvait alors, non sans violence, s'affirmer davantage.

La conception machiavélienne selon laquelle « *les bases de toute grandeur politique résident nécessairement dans le crime* »⁷⁸⁵, tout autant que le présupposé schmittien selon lequel les concepts d'ami et d'ennemi engagent une décision fondatrice dont la caractéristique est de « *provoquer la mort physique d'êtres humains* »⁷⁸⁶, trouvent en l'espèce – malgré leur radicalité théorique – une réelle effectivité dans le contexte anglo-américain⁷⁸⁷ et français.

B. L'impraticable élimination de l'ennemi identitaire

L'on doit émettre une réserve quant à l'idée machiavélo-schmittienne d'une nécessaire élimination de l'ennemi identitaire pour aboutir à la stabilité, dès lors que le contexte anglo-américain et français, bien que témoignant aussi clairement d'une décision souveraine détenue par l'unité politique, parvient à une certaine stabilité tout en s'éloignant d'un tel ennemi. Cet attachement identitaire se déduit, chez ces deux auteurs, d'une instrumentalisation nationaliste de la loi naturelle, conduisant nécessairement à une unité politique exclusive (1). À l'inverse, le mouvement révolutionnaire anglo-américain et français révèle, à ce stade, un universalisme conforme à la loi naturelle, menant à la conception d'une unité politique inclusive (2).

1. L'instrumentalisation de la loi naturelle au profit d'une unité politique exclusive

Dans le cadre machiavélo-schmittien, la situation exceptionnelle et les actions qu'elle entraîne – contre un ennemi institutionnel – peuvent trouver une justification. Non seulement la liberté du peuple uni lui offre cette force d'opposition contre l'usurpation de la loi naturelle censée lui prodiguer une existence satisfaisante, mais encore, l'élimination d'un tel ennemi, en théorie comme en pratique, semble être le moyen d'une stabilité nouvelle.

⁷⁸⁴ *Ibid.*

⁷⁸⁵ Léo STRAUSS, *Pensées sur Machiavel*, Payot et Rivages, 2007, p. 45.

⁷⁸⁶ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 70.

⁷⁸⁷ Voir en ce sens : Léo STRAUSS, *Pensées sur Machiavel*, Payot et Rivages, 2007, p. 45 : « *Si l'on en croit Thomas Paine, l'origine de tous les gouvernements du Vieux Monde se rattache à cette description ; ils sont nés de la conquête et de la tyrannie* ».

Mais la stabilité nécessaire à l'édification étatique semble se rattacher, chez ces deux auteurs, à l'élimination d'un autre ennemi, que l'on doit ici qualifier d'identitaire, montrant leur détachement vis-à-vis d'une approche universelle de la loi naturelle – et finalement son instrumentalisation –, menant à une logique d'unité politique visant à exclure nombre d'individus. Tous deux voient en effet dans certains hommes, dissemblables, la cause essentielle d'une instabilité justifiant leur intégration à la sphère de l'ennemi, car la conception qu'ils ont de l'unité politique associe la stabilité à une certaine homogénéité du groupe. Autrement dit, cette cohérence identitaire est gage de stabilité puisque ce rapprochement entre individus semblables, provoqué par l'exception, est précisément ce qui a permis d'enclencher le retour à une situation normale. Outre l'ennemi institutionnel, l'ennemi identitaire, du fait de son altérité, représente donc une instabilité intrinsèque, c'est-à-dire un facteur d'empêchement à la fondation étatique. C'est à cet ennemi que Machiavel songe dans son chapitre du *Prince* formulant une « *exhortation à prendre l'Italie et la délivrer des barbares* »⁷⁸⁸, dont les différentes provinces « *ont tant souffert de ces inondations d'étrangers* »⁷⁸⁹. C'est ce même ennemi qu'envisage Schmitt, et dans l'existence duquel il voit l'expression d'une conflictualité et d'une instabilité permanentes. Il note, à propos de cet autre :

« Il se trouve simplement qu'il est l'autre, l'étranger, et il suffit, pour définir sa nature, qu'il soit, dans son existence même et en un sens particulièrement fort, cet être autre, étranger et tel qu'à la limite des conflits avec lui soient possibles qui ne sauraient être résolus ni par un ensemble de normes générales établies à l'avance, ni par la sentence d'un tiers, réputé non concerné et impartial »⁷⁹⁰.

Tout comme l'ennemi institutionnel, l'ennemi étranger est donc la source d'un conflit, parce que son altérité empêche l'homogénéité identitaire du groupe, elle-même entendue comme seul moyen de stabilité. C'est de ce présupposé que partent les deux auteurs pour justifier, après l'avoir distingué, la nécessaire élimination d'un tel ennemi par la décision. Ainsi Machiavel soutient-il que la fondation d'un État nouveau – sur des bases stables – présuppose une détermination et une élimination de l'ennemi en tant que figure

⁷⁸⁸ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Le Prince*, Gallimard, 1952, chap. XXVI, p. 367-371.

⁷⁸⁹ Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, p. 125.

⁷⁹⁰ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 64-65.

étrangère. Il explique en effet que « *Quiconque veut [...] établir un gouvernement [...] sous forme de monarchie ou de république, et qui ne s'assure pas de tous les ennemis de l'ordre nouveau, fait un gouvernement de peu de durée* »⁷⁹¹, parce que « *seul l'État national et non l'État étranger peut faire l'unité du peuple* »⁷⁹². En conséquence, lorsque la patrie « *se voit forcée de rejeter de son sein une partie de ses propres citoyens, on doit plutôt l'applaudir de ceux qu'elle conserve que la blâmer de ceux qu'elle répudie* »⁷⁹³. Schmitt s'accorde parfaitement à ce point de vue, percevant dans « *les propositions d'un nationaliste désespéré* »⁷⁹⁴ tel que Machiavel, l'idée selon laquelle seule l'élimination préalable et violente de l'ennemi identitaire pourrait permettre, ensuite, l'édification d'un État national stable. C'est d'ailleurs à cette précondition que songe Hannah Arendt lorsqu'elle évoque, chez Machiavel, la « *nécessité de la violence pour la fondation de nouveaux corps politiques* »⁷⁹⁵. En effet, une construction étatique durable semble relever ici d'un décisionnisme permettant une certaine homogénéité, dès lors que « *la fondation d'une Italie unifiée devait devenir la [...] pierre angulaire sacrée d'un corps politique "éternel" pour la nation italienne* »⁷⁹⁶. Carlos-Miguel Herrera confirme ce caractère sectaire du décisionnisme stabilisateur, chez Schmitt, lorsqu'il relève que « *la décision vaut en tant qu'elle rétablit un ordre, une unité* »⁷⁹⁷, sous-entendant par-là l'association faite par le juriste allemand entre l'homogénéité identitaire et la stabilité qu'elle peut produire. Ainsi, l'unité politique développée par nos deux penseurs jusqu'à présent apparaît ici exclusive, au sens où elle procède d'une exclusion identitaire. On doit relever que si les deux auteurs entendent l'unité politique exclusive comme nécessaire à la stabilité permettant la fondation de l'État, Machiavel s'écartera d'une telle conception lorsqu'il se projettera dans l'État républicain fondé, privilégiant un universalisme comme seul moyen d'une stabilité durable. En revanche, Schmitt demeurera en permanence dans cette forme exclusive d'unité.

⁷⁹¹ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 424.

⁷⁹² Pierre-François MOREAU, « Althusser et Machiavel : la consistance de l'État », *L'enjeu Machiavel*, Gérald SFEZ, Michel SENNELART (dir.), P.U.F., 2001, p. 144.

⁷⁹³ Nicolas MACHIAVEL, Poésies et proses diverses, *Discours dans lequel on examine si la langue dans laquelle ont écrit Dante, Boccace et Pétrarque doit s'appeler italienne, toscane ou florentine*, Gallimard, 1952, p.170.

⁷⁹⁴ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 27.

⁷⁹⁵ Hannah ARENDT, *La crise de la culture*, Gallimard, 1972, p. 181-182.

⁷⁹⁶ *Id.*, p. 181.

⁷⁹⁷ Carlos-Miguel HERRERA, « Décisionnisme », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 349.

Néanmoins, les deux auteurs révèlent, à ce stade, une approche similaire de l'unité politique, relativement critiquable.

Il est possible d'opérer un franc détachement vis-à-vis de la pensée machiavélo-schmittienne, car bien au-delà de leur caractérisation systématique de l'étranger comme ennemi – qui finalement ne « *naît [que] de ce que je deviens conscient de lui* »⁷⁹⁸ –, une telle conception tend à remettre en cause le rattachement jusnaturaliste auquel, sur certains points, ils peuvent prétendre. Ce n'est en effet qu'au prix d'un nationalisme acharné qu'ils aboutissent à l'idée selon laquelle la stabilité qu'il s'agit d'obtenir pour fonder l'État nouveau requiert, au-delà de l'éviction de l'ennemi institutionnel, la criminalisation et l'élimination d'un ennemi qui ne l'est que du fait de son altérité. Une telle étroitesse démontre une forme d'instrumentalisation de la loi naturelle, à laquelle ont recours ces auteurs pour justifier une telle conception de l'unité politique. En effet, si cet ennemi représente une altérité favorable aux troubles, c'est parce que pour Machiavel et Schmitt, la loi de nature renvoie à une cohésion identitaire naturelle, qui ne trouve à réaliser sa vocation protectrice que dans l'hypothèse où se manifeste une homogénéité, c'est-à-dire une situation où l'unité identitaire du groupe est telle qu'elle exclut par principe toute différenciation, tout antagonisme et donc tout conflit potentiel. Sur ce point, les deux auteurs semblent de nouveau parler un même langage, puisqu'ils rattachent nettement la loi de nature à cette notion identitaire. Quentin Skinner relève ainsi que chez Machiavel, la *virtù* – définie sous l'angle de la raison⁷⁹⁹ – est « *un élément clé pour [...] vaincre ses ennemis* »⁸⁰⁰. Or, l'on sait qu'un lien⁸⁰¹ peut être opéré entre la raison et la loi de nature chez Machiavel – la première permettant de découvrir les principes de la seconde –, supposant par là même l'élimination d'un ennemi tout aussi identitaire que chez Schmitt, dès lors que la *virtù* conduit à l'exclure du cadre protecteur de la loi de nature du fait de son inadéquation avec les critères d'une telle norme. Pareillement, Schmitt tend à exclure cet ennemi du champ que circonscrit la loi naturelle puisque selon lui, le fait que « *l'adversaire ne respecte pas les normes juridiques que le dictateur reconnaît comme déterminantes à titre de fondement juridique* »⁸⁰² renvoie à la nécessité d'une décision

⁷⁹⁸ Julien BRUNET, « Partisans de la politique : Carl Schmitt au miroir de Machiavel et de Clausewitz », *Machiavel Clausewitz – Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Carl SCHMITT, Krisis, 2007, p. 17.

⁷⁹⁹ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, A, 1.

⁸⁰⁰ Quentin SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Albin Michel, 2001, p. 187-188.

⁸⁰¹ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

⁸⁰² Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 141.

visant à affirmer les principes de cette loi fondamentale qui, alors, est nécessairement discriminatoire. C'est donc cette non-appartenance à la loi naturelle originale qui détermine un individu comme ennemi. Ainsi, paradoxalement, la loi de nature renvoie bien à une préservation de l'homme, mais uniquement à certains d'entre eux, car envisagée au travers d'une identité particulière⁸⁰³, comme l'explique Louis Althusser, ou sous l'angle d'une égalité spécifique⁸⁰⁴, comme on l'a déjà vu avec Sébastien Roman. À cause de ce critère racial, l'accomplissement de la loi de nature suggère l'élimination de l'ennemi institutionnel, mais aussi de l'ennemi identitaire, dès lors que la stabilité promise par cette loi suppose de n'inclure que ceux relevant d'une identité similaire. À ce titre, cette loi semble nécessairement échapper à toute dimension universaliste, parce que la protection qu'elle confère exige de ses destinataires certains critères identitaires qui, déterminés subjectivement, confinent davantage au nationalisme sectaire qu'au jusnaturalisme auquel peuvent être rattachés ces auteurs sur certains aspects. Ainsi, le concept d'unité politique homogène – entendu comme unique voie de stabilité – apparaît « excluant »⁸⁰⁵ chez ces auteurs, parce que la loi de nature elle-même, à travers ce filtre machiavélo-schmittien, devient restrictive. En ce sens on observe, ainsi que l'a décrit Johann Chapoutot, une « *loi du sang* »⁸⁰⁶ qui, devenue « *loi de la nature [...] justifiait tout* »⁸⁰⁷, mais s'éloignait alors nécessairement d'une conception jusnaturaliste relative à l'idée d'un *salus populi*. Un tel positionnement ne peut relever que d'une forme de détournement de la loi naturelle, au profit d'un nationalisme acharné, dès lors que jamais les deux auteurs ne font la preuve véritable de ce lien entre une instabilité empêchant la fondation étatique, et l'absence d'homogénéité identitaire. D'ailleurs, le contexte anglo-américain et français permet de penser Machiavel et Schmitt au travers des limites de leurs propres conceptions théoriques, puisque ces pays donnent à voir – dans un premier temps – une possible stabilité par la seule élimination de l'ennemi institutionnel.

⁸⁰³ Louis ALTHUSSER, *Politique et Histoire, de Machiavel à Marx*, Seuil, 2006, p.207. L'auteur explique que chez Machiavel, cette identité renvoie à une unité nationale, c'est-à-dire une nation italienne dénuée d'étrangers, permettant l'assise d'un État protecteur. En ce sens, la vocation préservatrice de la loi naturelle semble ne valoir que pour cette unité exclusivement italienne.

⁸⁰⁴ Sébastien ROMAN, *Conflit civil et imaginaire social – Une approche néo-machiavélienne de la démocratie par l'espace publique dissensuel*, École Normale Supérieure de Lyon, 2011, p. 229.

⁸⁰⁵ Ce néologisme est ici employé comme adjectif, et renvoie à l'idée d'un phénomène d'exclusion de certains individus au travers de critères subjectifs.

⁸⁰⁶ Johann CHAPOUTOT, *La loi du sang – Penser et agir en nazi*, Gallimard, 2014, 4^e de couverture.

⁸⁰⁷ *Ibid.*

2. La réalisation de la loi naturelle par une unité politique inclusive

Le mouvement révolutionnaire anglo-américain et français semble manifester une des limites de la pensée de Machiavel et Schmitt. De fait, l'on y observe – du moins dans un premier temps – l'idée d'un ennemi institutionnel comme seule cause d'instabilité, et donc comme seul opposant à abattre. Un tel positionnement s'explique par le fait que contrairement à ces deux auteurs, le cadre anglo-américain et français procède dans un premier temps d'une unité politique fondée sur un principe d'inclusion et non d'exclusion. Cette logique inclusive s'explique elle-même au travers d'un jusnaturalisme bien plus franc que chez Machiavel et Schmitt. S'articulant autour d'une raison universelle, ce jusnaturalisme tend à rattacher l'homme à la loi de nature du simple fait de son humanité, et non du fait d'une identité spécifique. À ce titre, l'on relève chez Harrington la nécessité d'un *Commonwealth* appréhendé sous un angle universaliste, au sein duquel tous les hommes doivent être inclus, parce que l'auteur anglais dote tous les individus d'une égale liberté⁸⁰⁸, du seul fait de leur existence humaine. De même, Myriam-Isabelle Ducrocq relève, dans la pensée liée au mouvement révolutionnaire anglais, la volonté de fonder une organisation politique « *dans une perspective universelle et pérenne* »⁸⁰⁹, c'est-à-dire dans le cadre d'un ordre stable et bénéficiant au plus grand nombre. Le contexte américain dégage une même perspective, notamment par les mots de Thomas Paine, qui à de nombreux égards entend « *la cause de l'Amérique* »⁸¹⁰ comme « *celle du genre humain* »⁸¹¹, dès lors que l'auteur se place dans un axe au travers duquel les circonstances américaines « *ne sont pas locales, mais universelles* »⁸¹² et « *parlent au cœur de tous les amis des hommes* »⁸¹³. Plus encore, l'idée d'une loi naturelle bénéficiant à l'homme du seul fait de son humanité apparaît dans son ouvrage sur les *Droits de l'homme*. Il y relève que la loi de nature ne peut prétendre à une protection des hommes que lorsqu'elle les concerne

⁸⁰⁸ Raymond POLIN, « Économie et politique au XVII^e siècle : l' "Oceana" de James Harrington », *Revue française de science politique*, n° 1, 1952, p. 24-41. L'auteur explique notamment (p.37) un possible rapprochement entre la pensée d'Aristote, pour qui la volonté de liberté, universellement présente chez les hommes, apparaît comme la cause de toute révolution, et l'égalitarisme harringtonien, supposant la reconnaissance à tous d'une égale liberté permettant de préserver leur vie et d'accomplir leur bonheur, et ayant pour conséquence de conférer à chacun le droit de s'insurger contre un pouvoir liberticide.

⁸⁰⁹ Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 37.

⁸¹⁰ Thomas PAINE, *Le sens commun*, édition électronique de 2009, à partir de l'édition R. Vatar de 1793, p. 4.

⁸¹¹ *Ibid.*

⁸¹² *Ibid.*

⁸¹³ *Ibid.*

tous et indifféremment, illustrant ses propos par le fait que « *l'économie universelle de la nature nous apprend [...] que l'espèce humaine dégénère lorsqu'elle est réduite à un petit nombre de personnes [...] qui ne contractent de mariage qu'entre elles* »⁸¹⁴. À ce titre, l'homogénéité identitaire que représente par exemple l'aristocratie, « *tend à faire dégénérer l'espèce humaine* »⁸¹⁵, et à ce titre contrevient à la vertu protectrice de la loi naturelle, puisqu'elle « *devient avec le temps l'opposé de tout ce qui est noble en l'homme* »⁸¹⁶. Ainsi la loi de nature concerne-t-elle les hommes sans autre distinction que leur existence en tant que tels, et le droit qui s'en dégage, puisqu'il est tout aussi « *originaire [et] universel* »⁸¹⁷, offre à tous les individus la possibilité de « *changer la forme entière de son gouvernement* »⁸¹⁸, c'est-à-dire de s'insurger précisément contre le seul ennemi institutionnel. Au-delà de cette conception théorique, le mouvement révolutionnaire américain témoigne, en tant que tel, d'une unité politique diverse, notamment au travers du ralliement français aux troupes coloniales à partir de 1778. En ce sens, l'hétérogénéité identitaire apparaît ici comme une source de stabilité, et non le contraire, puisque c'est notamment avec l'aide du marquis de La Fayette – à la tête des troupes de Virginie – ou du comte de Rochambeau – conduisant un corps expéditionnaire français en soutien aux insurgés – que l'ennemi institutionnel sera vaincu, laissant place à un relatif retour à l'ordre. Les conceptions françaises renvoient, elles aussi à une logique inclusive. Ainsi, tout en soulignant que la conception française de la nation tend à faire « *primer ce qui est commun aux membres du groupe, ce qui les unit et les rassemble* »⁸¹⁹, Michel Borgetto relève, dans le même temps, qu'au-delà de leur « *identité d'origine* »⁸²⁰, il existe néanmoins, « *entre toutes les composantes du corps social une parenté naturelle ou élective* »⁸²¹, autant qu'une « *solidarité d'intérêts et de sentiments qui transcendent toutes les divisions* »⁸²². Dans son très bel article sur l'unité et la solidarité nationales en période de crise, Olivier Gignoux constate également l'aspect inclusif de la conception

⁸¹⁴ Thomas PAINE, *Droits de l'Homme*, traduit par François Soulès, F. Buisson, 1791, p. 95.

⁸¹⁵ *Ibid.*

⁸¹⁶ *Ibid.*

⁸¹⁷ *Id.*, p. 169.

⁸¹⁸ *Ibid.*

⁸¹⁹ Michel BORGETTO, La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité, L.G.D.J., 1993, p. 44.

⁸²⁰ *Ibid.*

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² *Ibid.*

française, en expliquant que l'identification des individus à une même nation « *n'est possible que si le groupe national est en mesure de surmonter ses propres divisions* »⁸²³. En un même sens, Pierre Nora voit en le cadre révolutionnaire français, le surgissement de diverses conceptions de la nation, dont une, d'« *acception large* »⁸²⁴, suggère « *une potentialité universelle* »⁸²⁵ refusant l'étroitesse d'une unité exclusivement fondée sur un nationalisme sectaire.

Si cette analyse permet d'invalider l'obsession machiavélo-schmittienne pour un ennemi identitaire, ce positionnement idéologique doit demeurer temporaire. On ne saurait en effet affirmer avec certitude que l'unité politique anglo-américaine et française ne tentera pas de trouver le moyen de sa stabilité dans une forme d'homogénéité identitaire, et donc dans le rejet d'un ennemi qui, du fait de son identité propre, en sera exclu. En effet, il semble que dans ces trois États, l'introuvable stabilité suivant l'abolition monarchique mènera à un nationalisme propre aux auteurs italien et allemand, supposant l'abandon de l'euphorie universaliste du mouvement révolutionnaire, au profit d'un repli manifeste. Pour autant, un tel recul n'entraînera pas davantage la stabilité étatique, dès lors qu'il signifiera lui aussi une instrumentalisation de la loi naturelle au profit d'une minorité, empêchant alors sa pleine effectivité, et donc la réalisation d'un ordre durablement stable.

§ 2. La fondation d'un nouvel ordre

L'enjeu de l'élimination de l'ennemi est déterminé, on l'a vu, par la stabilité que cette dernière permet d'apporter. Une seconde phase décisionnelle succède à cette première, et consiste en la fondation d'un nouvel ordre, à partir de l'obtention de cette situation nouvelle. Sur ce point, l'on doit de nouveau remarquer que la mise en perspective du propos machiavélo-schmittien au travers des événements anglo-américains et français recouvre un intérêt double. D'une part, ils permettent de confirmer la capacité qu'a la décision de fonder un ordre juridique nouveau (A). Mais d'autre part, ils permettent de révéler la difficulté qu'éprouve la pensée machiavélo-schmittienne à se projeter en dehors de l'exception (B).

⁸²³ Olivier GIGNOUX, « Réflexions sur l'unité et la solidarité nationales en période de crise : l'exemple français », *Pouvoir et société en temps de crise*, Marc BONINCHI (dir.), Perspectives Juridiques, 2003, p. 265.

⁸²⁴ Pierre NORA, « Nation », *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Tome 4, François FURET, Mona OZOUF, Flammarion, 2017, p. 340.

⁸²⁵ *Ibid.*

A. La finalité constituante de la décision

Il est nécessaire de noter – presque paradoxalement – que la décision souveraine, qui n'est pas issue d'un juspositivisme, permet néanmoins de constituer un ordre de droit positif. La théorisation machiavélo-schmittienne (1), autant que l'objectif vers lequel s'oriente le décisionnisme anglo-américain et français (2), rendent pareillement compte d'une telle idée.

1. Un décisionnisme normatif

L'on a déjà pu constater, avec Machiavel et Schmitt, l'incapacité du droit positif à circonscrire l'exception, dès lors que ce dernier ne trouve à s'appliquer qu'à une normalité préalable. De ce fait, la situation exceptionnelle – devant irrémédiablement être ordonnée – doit faire l'objet d'une décision ne pouvant s'appuyer que sur un jusnaturalisme, mais qui pourtant, va rendre possible la fondation du nouvel ordre juspositiviste et de l'État. C'est en un tel sens que l'on peut parler chez eux d'un décisionnisme normatif. Ainsi Machiavel considère-t-il qu'il faut recourir à « *des mesures extraordinaires* »⁸²⁶, donc situées en dehors de la règle normalement applicable, pour « *fonder une république* »⁸²⁷ et le droit s'y rattachant, alors que chez Schmitt, « *le concept d'État présuppose le concept de politique* »⁸²⁸ au sens d'un décisionnisme non déduit d'une norme positive préalable, mais fondant pourtant l'État et son droit. En ce sens, l'on peut dire avec Thomas Berns que chez Machiavel, l'« *origine d'une institution ou d'un État* »⁸²⁹ est ce « *moment [...] que ces futures entités ne peuvent encore gérer, qui n'est donc pas encore marqué par leur légalité, et qui pourtant verra naître cette dernière* »⁸³⁰, au travers d'un décisionnisme permettant, de façon contradictoire, « *la naissance non encore légale* »⁸³¹ du droit positif. Dans un même ordre d'idées, Schmitt note que bien que l'exception soit « *ce qu'on ne peut subsumer* »⁸³², puisqu'elle « *se caractérise justement*

⁸²⁶ Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 424.

⁸²⁷ *Id.*, p. 405.

⁸²⁸ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 57.

⁸²⁹ Thomas BERNs, *Violence de la loi à la Renaissance – L'originare du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, 2000, p. 42.

⁸³⁰ *Ibid.*

⁸³¹ *Ibid.*

⁸³² Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 23.

par le fait qu'elle échappe aux normes »⁸³³ positives, il faut néanmoins souligner que « simultanément elle révèle un élément formel spécifique de nature juridique, la décision, dans son absolue pureté »⁸³⁴. Une telle exception appelle un pouvoir « qui n'est pas lui-même constitué conformément à la constitution, mais qui, malgré tout, se trouve dans un rapport tel avec toute constitution en vigueur qu'il apparaît comme le pouvoir fondateur, même si ce pouvoir n'est jamais saisi par la constitution »⁸³⁵. Julien Freund souligne parfaitement cette ambivalence en expliquant qu'il est des cas où « il n'est pas besoin de se placer nécessairement dans un ordre juridique pour créer un nouveau droit »⁸³⁶. En un sens identique, Jean-François Kervégan remarque que pour Schmitt, « l'ordre normatif du droit repose sur une décision irréductible à toute rationalité »⁸³⁷ juspositiviste. Ce décisionnisme jusnaturaliste semble ainsi permettre « de passer de l'idée du droit à sa réalisation »⁸³⁸, car bien que libéré des chaînes positives de cette norme, il va néanmoins être le point de départ de la fondation d'un ordre de droit positif nouveau.

En réalité, la notion de décision souveraine donnée par Machiavel et Schmitt ne suppose pas *de facto* une animosité envers le droit positif, et les deux auteurs constatent d'ailleurs qu'en situation normale, une stabilité pérenne « n'est due qu'à de bonnes lois »⁸³⁹ car en telle situation, ce sont elles qui permettent, de façon durable, d'ordonner et de « régler [...] un ordre concret normal »⁸⁴⁰. Seulement, cette ineffectivité face aux crises, autant que le danger que recouvre cette dernière, rendent nécessaire l'articulation de ce qu'Arnaud Haquet nomme un « pouvoir de décision ultime »⁸⁴¹. Un tel pouvoir donne son sens de brièveté à la situation exceptionnelle en y mettant fin. Ainsi, ce décisionnisme entend l'exception comme un risque vital, et vise conséquemment à rétablir une normalité protectrice, précisément en éradiquant l'ennemi entendu comme la cause essentielle d'un

⁸³³ Julien FREUND, « Les lignes de force de la pensée politique de Carl Schmitt », *Nouvelle École*, n° 44, avril 1987, p. 18.

⁸³⁴ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 23.

⁸³⁵ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 143.

⁸³⁶ Julien FREUND, préface de *La notion de politique*, Carl SCHMITT, Flammarion, 1992, p. 18.

⁸³⁷ Jean-François KERVÉGAN, *Hegel, Carl Schmitt, le politique entre spéculation et positivité*, P.U.F., 1992, 4^e de couverture.

⁸³⁸ Carlos-Miguel HERRERA, « Décisionnisme », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrigue/Lamy-P.U.F., 2007, p. 348.

⁸³⁹ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 390.

⁸⁴⁰ Dominique SÉGLARD, Présentation, *Les trois types de pensée juridique*, Carl SCHMITT, P.U.F., 1995, p. 43.

⁸⁴¹ Arnaud HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, P.U.F., 2004, p. 16. Il faut noter ici que l'auteur fait référence au sens classique du concept de souveraineté.

trouble. Pour cette raison, l'on peut dire de la décision qu'elle n'a en l'espèce pour seule fonction que de rétablir une certaine normalité. En ce sens, la *fortuna* machiavélienne, au sein de laquelle émerge décision, « *donne la matière même qui offre l'occasion [...] d'imprimer une forme à cette matière désordonnée, d'introduire de l'ordre au sein du chaos* »⁸⁴². D'une manière identique, Schmitt précise que « *les conflits sociaux entre individus et groupes sociaux peuvent faire l'objet d'une décision, de telle sorte qu'un ordre, c'est-à-dire une situation normale, est établie* »⁸⁴³. En d'autres termes, cette décision opère une élimination de l'ennemi qui rend la situation normale, puisque, en réalisant une situation conforme au droit d'existence affirmé par ses titulaires, elle fait de cette situation la nouvelle norme, le principe nouveau d'une normalité à laquelle se réfèrera toute situation. L'action décisionniste tend donc – pour reprendre le vocabulaire de ces deux auteurs – à purifier la crise du danger vital que représente l'ennemi à la source des troubles exceptionnels. Ainsi, en distinguant entre amis et ennemis, la décision tranche finalement entre ordre et désordre, afin qu'apparaisse une situation normale.

Or, une telle normalité est, chez eux, le cadre privilégié au sein duquel l'ordre juridique nouveau peut être formulé, puisqu'il est entendu que « *toute norme juridique présuppose une situation normale à titre de milieu homogène à l'intérieur duquel elle a une validité* »⁸⁴⁴. C'est donc à ce titre que la décision souveraine relève finalement d'une spécificité de nature proprement juridique au sens positif, puisqu'en éliminant l'ennemi, c'est bien elle qui « *restitue la normalité, (pré)condition à l'application d'une norme* »⁸⁴⁵. À ce titre, Carlos-Miguel Herrera relève que c'est effectivement « *l'autorité d'une décision qui fonde aussi bien la norme que l'ordre* »⁸⁴⁶.

La décision souveraine semble donc ne pleinement prendre son sens que lorsqu'elle parvient à fonder, au sein de la normalité qu'elle a établie, un ordre juridique, dès lors que son exercice doit nécessairement « *engendrer une situation dans laquelle le droit peut être réalisé* »⁸⁴⁷. En ce sens, l'on doit observer qu'en tout état de cause, la décision demeure

⁸⁴² Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 28.

⁸⁴³ Carl SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, Seuil, 1985, p. 143.

⁸⁴⁴ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 142.

⁸⁴⁵ Carlos-Miguel HERRERA, « Décisionnisme », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 348.

⁸⁴⁶ *Ibid.*

⁸⁴⁷ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 142.

« sous la dépendance d'un résultat correspondant à une idée normative »⁸⁴⁸, puisque le motif de son action – l'obtention d'une situation normale – peut se concevoir comme le critère essentiel de l'applicabilité d'un nouveau droit positif. Ainsi le décisionnisme de crise se dirige-t-il vers la fondation d'un ordre juridique, et Léo Strauss, qui perçoit *Le Prince* « comme l'ouvrage d'un révolutionnaire »⁸⁴⁹, note justement dans ses *Pensées sur Machiavel*, qu'« un révolutionnaire est un homme qui s'empare de la loi comme un tout et la brise pour lui substituer une nouvelle loi qui lui semble meilleure »⁸⁵⁰. Quentin Skinner semble – sur ce point précis – confirmer le positionnement de Léo Strauss, expliquant que la vertu souveraine est dotée « d'une force créatrice extraordinaire »⁸⁵¹. En un même sens, Jean-Claude Monod voit en la conception schmittienne de l'état d'exception et du pouvoir constituant, un « mode d'être du politique »⁸⁵² capable de fonder un nouvel ordre juridique, doté d'une « créativité politique »⁸⁵³ comparable à un « geste révolutionnaire »⁸⁵⁴. Le juriste allemand rattache en effet la décision souveraine à la possibilité d'une normalité fondatrice, c'est-à-dire à un « état des choses qui rendrait possible une constitution qu'elle [la décisions souveraine] considère comme étant la Constitution véritable »⁸⁵⁵. À ce titre, cette décision « n'invoque donc pas la constitution en vigueur, mais une constitution à établir »⁸⁵⁶. Ainsi, Machiavel et Schmitt fondent d'une même manière, et presque paradoxalement, la possibilité d'un ordre positif à partir d'un décisionnisme ne pouvant jamais en être déduit.

Au fond, une telle perception du décisionnisme donne à voir l'absolue primauté que ces auteurs lui assignent, tout autant que la dépendance de la règle positive vis-à-vis de lui, puisque finalement, seules les décisions « redonneront sens à la norme juridique que la situation exceptionnelle a “dérangée” ou troublée »⁸⁵⁷. Sur ce point, Agnès Cugno note

⁸⁴⁸ *Id.*, p. 18. Cette dépendance à une idée normative est d'ailleurs ce qui distingue, pour Schmitt, la dictature au sens de la décision souveraine, d'une vulgaire « espèce de despotisme ».

⁸⁴⁹ Léo STRAUSS, *Pensées sur Machiavel*, Payot et Rivages, 2007, p. 89.

⁸⁵⁰ *Ibid.*

⁸⁵¹ Quentin SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Albin Michel, 2001, p. 187.

⁸⁵² Jean-Claude MONOD, « La radicalité constituante (Negri, Balibar, Agamben) ou peut-on lire Schmitt de droite à gauche ? », *Mouvements*, n° 37, janvier-février 2004, p.80.

⁸⁵³ *Ibid.*

⁸⁵⁴ *Ibid.*

⁸⁵⁵ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 142.

⁸⁵⁶ *Ibid.*

⁸⁵⁷ Jean-Louis SCHLEGEL, introduction de *Théologie politique*, Carl SCHMITT, Gallimard, 1988, p. IX.

que chez Machiavel, « *la loi émane de la vie politique plus qu'elle ne l'instaure* »⁸⁵⁸, dès lors que la norme semble dépendre entièrement d'un décisionnisme politique. Plus encore, Thomas Berns relève que l'auteur de Florence « *érige au niveau de norme un certain nécessitarisme* »⁸⁵⁹. De même, Schmitt considère que « *tout ordre repose sur une décision, et même [...] l'ordre juridique repose, à l'instar de tout ordre, sur une décision et non sur une norme* »⁸⁶⁰. Ainsi, l'exception « *ne fait pas que confirmer la règle ; en réalité la règle ne vit que par l'exception* »⁸⁶¹, au point que l'on puisse y voir « *une saisie normative du politique* »⁸⁶² tendant à conférer à la décision – au-delà de sa capacité à créer un contexte permettant la réalisation du droit positif – une valeur normative propre. Julien Freund souligne d'ailleurs à propos du contexte exceptionnel, que « *l'autorité, c'est-à-dire la décision politique* »⁸⁶³ en tant que telle, « *est dans ce cas légiférante* »⁸⁶⁴. Si les auteurs s'accordent, à ce stade, sur la conception d'une décision porteuse d'une valeur normative intrinsèque, l'on devra rapidement constater que Machiavel n'envisage cette acception que dans le cadre fondateur de l'État, pour très vite l'abandonner lorsqu'il s'agira d'apporter une stabilité à l'ordre nouveau⁸⁶⁵. On retrouve, dans le contexte anglo-américain et français, une identique fonction fondatrice attachée à la décision.

2. L'édification d'un nouveau juspositivisme

L'analyse de la décision souveraine, dont on a vu qu'elle révélait en Angleterre, en Amérique et en France cette capacité à éliminer l'ennemi institutionnel, peut être prolongée dans une perspective machiavélo-schmittienne. Dans ce contexte en effet, l'action

⁸⁵⁸ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 124.

⁸⁵⁹ Thomas BERNES, *Violence de la loi à la Renaissance – L'originnaire du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, 2000, p. 73.

⁸⁶⁰ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 20.

⁸⁶¹ *Id.*, p. 25.

⁸⁶² Julien BRUNET, « Partisans de la politique : Carl Schmitt au miroir de Machiavel et de Clausewitz », *Machiavel Clausewitz – Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Carl SCHMITT, Krisis, 2007, p. 14.

⁸⁶³ Julien FREUND, préface de *La notion de politique*, Carl SCHMITT, Flammarion, 1992, p. 18.

⁸⁶⁴ *Ibid.*

⁸⁶⁵ Cf. *infra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1, A, 1 et B, 1, puis *infra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2.

décisionnelle – non issue du droit positif⁸⁶⁶ – aboutit également à une stabilité, c'est-à-dire à une situation normale permettant la fondation d'un ordre juspositiviste nouveau. En d'autres termes, l'on retrouve ici l'idée selon laquelle « *le droit et sa fondation sont délibérément séparés par un mur infranchissable tout en étant cependant sommés d'être unis* »⁸⁶⁷. La nécessaire obtention d'une situation nouvelle par une décision non déduite du droit positif, mais à partir de laquelle il pourrait néanmoins être instauré de nouveau, est particulièrement frappante ici, tant en théorie qu'en pratique. À cet égard, Norberto Bobbio constate, à l'aune de la pensée de Hobbes, l'idée que « *le droit naturel rend possible l'application du droit positif en ce sens qu'il en fonde la légitimité* »⁸⁶⁸, permettant un droit « *entièrement positif, sauf dans le procédé de légitimation* »⁸⁶⁹. Algernon Sidney soutient lui que la fondation étatique ne peut relever du droit positif « *car l'établissement d'un gouvernement est un acte arbitraire* »⁸⁷⁰. Mais à la fois, c'est bien à partir de cet acte que la structure positive de l'État – « *la forme et les constitutions particulières de ces gouvernements, les officiers de la magistrature subordonnés les uns aux autres* »⁸⁷¹ – devient possible. En d'autres termes, l'édification de l'État renvoie à un décisionnisme souverain, c'est-à-dire à des hommes ayant « *exercé un pouvoir arbitraire en faisant que ce qui n'était point loi le devint, ou en cassant et annulant ce qui jusqu'alors avait été loi* »⁸⁷². Francis Dunham Wormuth note dans cette veine : « *nous étions au commencement d'un nouveau gouvernement qui rendait nécessaire de créer un petit monde à partir du chaos, et de faire naître la forme en dehors de la confusion* »⁸⁷³. Thomas Paine écrit quant à lui, à propos du XVIII^e siècle américain : « *Il ne tient qu'à nous de revenir*

⁸⁶⁶ Si l'on a vu (Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, B, 2), dans le cadre des événements anglo-américains et français, que la mise en œuvre d'un droit à l'existence suggérait un support normatif, il faut à la fois constater que ces mêmes textes confèrent à la nation le droit de s'émanciper du droit positif dès lors que sa vie est en danger et que la fondation d'un nouvel ordre est justifiée. Ainsi, la Pétition de 1641 dispose qu'il peut être nécessaire de recourir à des moyens radicaux pour procurer la paix. La Déclaration de 1776 suggère quant à elle qu'en cas d'oppression, la nation peut dissoudre tout lien avec l'autorité étatique et le droit qui s'y rattache afin de fonder un ordre nouveau. Enfin, le texte de 1789 garantit un droit de résistance à l'oppression qui permet de s'opposer à l'ordre juridique lorsqu'il est liberticide, afin d'en fonder un nouveau. Ainsi, bien que le droit à l'existence trouve un support normatif en ces textes, ceux-ci n'empêchent pas une émancipation vis-à-vis du droit positif.

⁸⁶⁷ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 133.

⁸⁶⁸ Norberto BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, L.G.D.J., 1998, p. 42.

⁸⁶⁹ *Ibid.*

⁸⁷⁰ Algernon SIDNEY, *Discours sur le gouvernement*, Tome 3, Josse et Langlois, 1793, p. 383.

⁸⁷¹ *Ibid.*

⁸⁷² *Ibid.*

⁸⁷³ Francis Dunham WORMUTH, *The Origins of Modern Constitutionalism*, Harper and Brothers, 1949, p. 107 (notre traduction).

aux premiers âges du monde. On n'a pas vu, depuis Noé, de peuple dans une pareille situation. La naissance d'un nouvel univers est proche »⁸⁷⁴. Pareillement, Sieyès affirme que quand bien même « elle le pourrait, une nation ne doit pas se mettre dans les entraves d'une forme positive »⁸⁷⁵ lorsqu'il s'agit de fonder une constitution, dès lors que cette dernière procède du corps national, dont la liberté naturelle ne peut être contrainte par des formes. Ainsi, d'une part, « une nation est indépendante de toute forme »⁸⁷⁶, ce qui signifie qu'elle peut agir au travers d'un décisionnisme non déduit du droit positif. Mais d'autre part, néanmoins, « il suffit que sa volonté paraisse pour que tout droit positif cesse devant elle comme devant la source et le maître suprême de tout droit positif »⁸⁷⁷. En un mot, les individus « ne sont point astreints aux formes constitutionnelles sur lesquelles ils ont à décider »⁸⁷⁸. C'est donc au travers d'un décisionnisme non fondé sur le droit positif que Sieyès élabore pourtant la théorie d'une unité politique nationale dont la « volonté est toujours la loi suprême »⁸⁷⁹, c'est-à-dire capable, comme l'explique Jean-Louis Halpérin, de donner « naissance [à] un droit entièrement nouveau »⁸⁸⁰. Tout comme chez les auteurs italien et allemand, l'on retrouve cette idée d'une décision souveraine, capable – en n'éliminant que l'ennemi institutionnel – d'établir une stabilité nouvelle, d'imposer à une matière désordonnée, une forme de normalité propice à la fondation du droit positif. Il est en ce sens possible d'affirmer, avec Arnaud Haquet, que ce décisionnisme, en tant que puissance souveraine, renvoie à « un pouvoir normatif, dont le titulaire détermine sa compétence »⁸⁸¹. Ainsi, puisqu'une telle décision affirme la volonté profonde d'« existence de l'unité politique dans son ensemble »⁸⁸², elle cherche à produire une stabilité à partir de laquelle un droit positif nouveau, propice à la pérennité de cette forme d'existence, trouvera à s'appliquer.

En conséquence, l'on observe de manière concrète que la volonté de l'unité politique, exprimée par une décision souveraine, permet l'anéantissement du régime actuel,

⁸⁷⁴ Thomas PAINE, *Le sens commun*, édition électronique de 2009, à partir de l'édition R. Vatar de 1793, p. 56.

⁸⁷⁵ Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Boucher, 2002, p. 55.

⁸⁷⁶ *Ibid.*

⁸⁷⁷ *Ibid.*

⁸⁷⁸ *Id.*, p. 57.

⁸⁷⁹ *Id.*, p. 55.

⁸⁸⁰ Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Flammarion, 2006, p. 38.

⁸⁸¹ Arnaud HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, P.U.F., 2004, p. 16. Il faut rappeler ici que l'auteur fait référence au sens classique du concept de souveraineté.

⁸⁸² Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 212.

puis la fondation d'un ordre positif nouveau, parce que c'est bien « *des décisions de cette volonté que procède la validité de toutes les prescriptions ultérieures des lois constitutionnelles [...] prises sur son fondement* »⁸⁸³. En effet, suite à l'élimination de l'ennemi institutionnel par le décisionnisme radical du 30 janvier 1649, et par l'abolition de son ordre juridique les 17 et 19 mars de la même année, le Parlement anglais proclame le premier *Commonwealth*, ou État libre, par la loi du 19 mai 1649⁸⁸⁴. On retrouve ici l'idée de Locke selon laquelle en cas de forfaiture des gouvernants, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'une situation exceptionnelle, le pouvoir constituant revient au peuple et lui permet d'évincer le souverain pour rétablir une stabilité, puis de « *légiférer comme il l'entend* »⁸⁸⁵. D'une même manière, les Articles de la Confédération⁸⁸⁶ des treize colonies américaines, bien qu'adoptés les 15 novembre 1777, n'entreront en vigueur qu'en 1781, et se verront confortés dans leur applicabilité en 1783, soit lorsque la décision souveraine offrira aux colonies un ascendant sur la Couronne britannique, permettant d'envisager le retour à une certaine stabilité. D'ailleurs, dans son analyse du constitutionnalisme américain lié au mouvement révolutionnaire du XVIII^e siècle, Schmitt relève que c'est bien au travers de son pouvoir souverain que « *le peuple se donne à lui-même une constitution* »⁸⁸⁷, soulignant de nouveau la capacité de la décision à produire, dans les faits, un ordre constitutionnel de droit positif. Bien que plus morcelé sur divers aspects, le mouvement révolutionnaire français traduit aussi, par de multiples exemples, cette idée selon laquelle le recours au décisionnisme souverain permet la destruction puis la fondation d'un nouveau droit positif. C'est précisément en ce sens qu'Olivier Beaud remarque que « *le pouvoir constituant chez Sieyès est [...] un pouvoir “déconstituant” avant d'être un pouvoir “reconstituant”* »⁸⁸⁸. En effet, il souligne que chez ce dernier, le pouvoir constituant revoie en réalité à deux notions distinctes. Il y a « *d'une part, le pouvoir “déconstituant” qui correspond au premier moment, révolutionnaire ou insurrectionnel, d'abolition de la “forme” monarchique* »⁸⁸⁹, et qui se situe donc en dehors du droit positif puisque opposé à lui. Puis il y a, « *d'autre part, le pouvoir “reconstituant” qui organise la puissance*

⁸⁸³ *Ibid.*

⁸⁸⁴ Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 388 : *An Act declaring England to be a Commonwealth*.

⁸⁸⁵ John LOCKE, *Two Treatises on Government*, Cambridge University Press, 1960, p. 446 (notre traduction).

⁸⁸⁶ États-Unis, *Articles de la Confédération*, 15 novembre 1777.

⁸⁸⁷ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 214.

⁸⁸⁸ Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, P.U.F., 1994, p. 224.

⁸⁸⁹ *Id.*, p. 228-229.

publique sur une base libérale et correspond au second moment constructif (juridique) de la procédure constituante »⁸⁹⁰. Ainsi, c'est à la suite de la décision d'abolition de la royauté que la Convention – « *affranchi[e] de toute subordination à une règle constitutionnelle* »⁸⁹¹ – proclamait, le 22 septembre 1792, la République française. De même, la Constitution du 24 juin 1793, bien qu'inappliquée, procède d'une volonté de fonder un droit positif républicain, rendu possible par la décision d'élimination du roi quelques mois auparavant. Illustrant la mise en œuvre d'une décision fondatrice par la nation, ces événements attestent l'idée selon laquelle « *une constitution ne repose pas sur une norme dont la justesse serait la raison de sa validité* »⁸⁹², mais bien plutôt « *sur une décision politique émanant d'un être politique sur le genre et la forme de son propre être* »⁸⁹³. De toute part, le terme de pouvoir constituant semble prendre tout son sens, parce que la décision qu'il affirme renvoie à l'idée d'un pouvoir intrinsèquement constitutif – grâce à la normalité qu'il établit – d'un ordre juridique nouveau.

L'on doit finalement, ici encore, relever l'importance accordée à la décision souveraine. Celle-ci est le moyen par lequel le droit positif pourra être posé. Mais plus profondément, l'on perçoit, comme chez Machiavel et Schmitt, un décisionnisme qui, au-delà de permettre la règle, semble devenir une norme. C'est en un tel sens, d'ailleurs, que Bruno Bernardi souligne que « *la décision révolutionnaire* »⁸⁹⁴ caractéristique du contexte anglo-américain et français, « *porte par elle-même l'institution d'un nouvel ordre* »⁸⁹⁵. De fait, une telle décision « *fait une norme de l'exception dont elle décide : elle la fait échapper à son statut d'exception* »⁸⁹⁶, puisqu'elle traduit en loi constitutionnelle la volonté politique de ses titulaires, entraînant par là même une normalisation lui faisant échapper à son statut exceptionnel. En effet, supposer que la décision abroge l'exception signifie au fond qu'elle « *en décide d'une façon qui fera règle* »⁸⁹⁷, de sorte que cette décision met fin à la situation d'exception tout autant qu'elle imprime de sa substance la situation normale qu'elle engendre et le droit nouveau qui s'y rattache. C'est à ce titre que le même auteur évoque le

⁸⁹⁰ *Ibid.*

⁸⁹¹ Pierre PACTET, Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2005, p. 262.

⁸⁹² *Id.*, p. 212.

⁸⁹³ *Ibid.*

⁸⁹⁴ Bruno BERNARDI, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, Librairie philosophique J. Vrin, 2003, p. 41.

⁸⁹⁵ *Ibid.*

⁸⁹⁶ *Ibid.*

⁸⁹⁷ *Id.*, p. 42.

« caractère normatif de la décision politique »⁸⁹⁸, qui ne vaut pas uniquement comme moyen de réalisation de la règle de droit, mais bien comme règle capable de structurer juridiquement la situation normale.

Malgré une semblable approche de la décision souveraine, l'on doit désormais noter un réel contraste entre la pensée machiavélo-schmittienne, qui témoigne d'abord d'une difficulté à se projeter en dehors de l'exception, et les événements anglo-américains et français, qui présentent une étonnante certitude sur le régime à fonder à partir du pouvoir constituant.

B. Les incertitudes pesant sur la nature du nouveau régime

L'on doit une nouvelle fois souligner les limites conceptuelles du décisionnisme machiavélo-schmittien. En effet, malgré une semblable compréhension du rôle de la décision du peuple, Machiavel et Schmitt demeurent dans un véritable relativisme concernant le type de régime politique qu'elle permet de fonder (1), qui semble trancher avec l'obsession républicaine d'un constitutionnalisme révolutionnaire rendant compte de l'impossibilité réelle de demeurer dans une telle anomie (2).

1. Le relativisme machiavélo-schmittien

Chez Machiavel et Schmitt, le résultat normatif auquel permet d'aboutir la décision ne dit rien de la forme politique qu'elle tend à fonder, entraînant par-là un relativisme des auteurs quant au choix du régime politique. Il semble en effet que l'aboutissement à un ordre stable leur importe davantage que les diverses formes gouvernementales que pourrait recouvrir ce dernier, suggérant de ce fait une forme d'apesanteur politique. Cette forme d'indétermination est tout à fait visible chez Machiavel, lorsqu'il fait l'inventaire des bons gouvernements, opposés aux mauvais. Il relève ainsi que la présence d'un ordre stable peut indifféremment mener à la fondation de trois régimes « bons en eux-mêmes »⁸⁹⁹ que sont la « Principauté, [les] Optimates, [et le] Gouvernement populaire »⁹⁰⁰. Dès lors que la décision a permis une situation stable, la fondation devient possible, et par conséquent « les législateurs d'un peuple doivent choisir entre ces formes celle qu'il leur paraît le plus

⁸⁹⁸ *Ibid.*

⁸⁹⁹ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 384.

⁹⁰⁰ *Ibid.*

convenable d'employer »⁹⁰¹. Ici, la stabilité s'affirme comme point de départ de tout type de régime, ou plutôt d'aucun en particulier, parce que la décision n'a visé rien d'autre que cette stabilité, sans se projeter vers ce qu'elle permettrait d'accomplir. Le régime à instaurer, sans être précisé, semble être celui convenant le mieux au peuple. Par opposition – mais dans une logique similaire –, l'instabilité provoque le déclin de tout type de régime, mais d'aucun en particulier, puisque les trois précédemment évoqués dérivent respectivement en tyrannie, oligarchie et licence ochlocratique⁹⁰², dès lors qu'y germent les troubles de la corruption. La stabilité et l'instabilité ne sont donc propres à aucun régime politique spécifique. Une même remarque peut être faite à propos du juriste allemand. Dominique Ségлар considère que chez Schmitt, le droit positif émanant à la suite de la situation exceptionnelle, « *n'est [...] pas un système de normes autonomes* »⁹⁰³ produisant un régime spécifique, il vise plutôt à « *exprime[r] l'ordre substantiel de la vie collective d'un peuple* »⁹⁰⁴, que la décision politique a justement permis d'affirmer. De nouveau, l'on retrouve une forme de relativisme, puisque la norme appliquée à une stabilité nouvelle n'est que l'expression du choix d'existence collective d'un peuple, sans que Schmitt n'associe cet ordre à un régime politique particulier. Ce relativisme propre aux deux auteurs est finalement l'illustration d'une certaine tension qui leur est commune.

En effet, l'on sait maintenant que la décision souveraine peut s'entendre comme « *une autorité créatrice de droit* »⁹⁰⁵, voire comme une autorité portant en elle-même une juridicité positive, sans pour autant être déduite d'un juspositivisme. C'est à partir de ce refus du droit positif que l'on peut percevoir – probablement avec le plus d'acuité – la primauté jusnaturaliste procédant à la fondation étatique chez ces deux auteurs. En effet, le point de départ de leur décisionnisme réside dans le constat d'une incapacité manifeste du droit positif face à l'exception, c'est-à-dire dans cette « *impuissance de la norme à engendrer par elle-même un ordre juridique et une situation normale* »⁹⁰⁶. C'est face à cette agénésie juspositiviste qu'une prise de conscience fait naître un décisionnisme considérant

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² Le terme renvoie à l'idée d'un gouvernement où la foule, et non pas le peuple dans son entier, possède le pouvoir.

⁹⁰³ Dominique SÉGLARD, Présentation, *Les trois types de pensée juridique*, Carl SCHMITT, P.U.F., 1995, p. 43.

⁹⁰⁴ *Ibid.*

⁹⁰⁵ Jean-Louis SCHLEGEL, « Schmitt Carl (1888-1985) », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-run.fr/encyclopedie/carl-schmitt/>].

⁹⁰⁶ Dominique SÉGLARD, Présentation, *Les trois types de pensée juridique*, Carl SCHMITT, P.U.F., 1995, p. 43.

finalement « *que c'est l'individu qui est le fondement du droit* »⁹⁰⁷. L'affirmation radicale et violente d'un droit naturel à l'existence par le peuple permet alors l'établissement d'une stabilité propre à accueillir un droit positif qui *a priori*, ne peut être que conforme à la forme et au genre d'existence collective voulus par ce même peuple. En effet, si l'on considère avec ces auteurs que la décision s'affirme, au sein de la stabilité retrouvée, comme le cadre juridique articulant le nouveau régime, l'on doit déduire que celui-ci contiendra en son sein les valeurs portées par les titulaires de celle-là.

En conséquence, l'on pourrait supposer que le régime issu d'un tel décisionnisme soit incarné par une forme républicaine et démocratique, puisqu'elle semble traduire au mieux cette idée d'un ordre reflétant les aspirations du corps national, dans la mesure où elle est justement le résultat de l'expression décisionniste du pouvoir constituant de la nation, et tend à réaliser, en son sein et pour l'avenir, ses volontés. En effet, si l'on se place sur l'axe machiavélo-schmittien « *le geste fondateur d'une communauté est de nature politique, et [...] cette "décision" politique est logée au cœur du droit positif dont elle fonde ultimement la cohérence et la légitimité* »⁹⁰⁸, de sorte qu'elle marque nécessairement la substance juridique du régime nouveau. Or, puisque chez ces auteurs la décision renvoie à une raison permettant à tous les individus de se saisir d'un pouvoir capable d'accomplir les volontés d'existence et les libertés naturelles d'un peuple uni, les logiques républicaine ou démocratique, davantage que la monarchie ou l'oligarchie, apparaissent les plus aptes à réaliser cet idéal. À cet égard, Carlos-Miguel Herrera note que chez Schmitt, « *la question de la décision d'un sujet politique (le peuple dans la démocratie) revient en force dans sa définition de "constitution", construite sur l'idée de pouvoir constituant* »⁹⁰⁹. Pourtant, chez ces auteurs, l'idée d'une décision souveraine issue du peuple n'est jamais rattachée avec certitude à la fondation républicaine ou démocratique. Concernant Machiavel, il n'est pas utile de redire l'erreur consistant à rattacher le pouvoir constituant de la nation à l'idée républicaine. On se contentera simplement de rappeler qu'un homme peut devenir « *prince de sa patrie [...] par la faveur de ses concitoyens* »⁹¹⁰ et non pas nécessairement par un

⁹⁰⁷ *Ibid.*

⁹⁰⁸ Renaud BAUMERT, Jean-François KERVÉGAN, « Carl Schmitt, tacticien ou théoricien ? », *La vie des idées*, octobre 2012, p. 12, en ligne : [<http://www.laviedesidees.fr/Carl-Schmitt-entre-tactique-et.html>].

⁹⁰⁹ Carlos-Miguel HERRERA, « Décisionnisme », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 349. Voir encore, sur la définition schmittienne de la constitution : Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, première partie, *La notion de constitution*, p. 129-260.

⁹¹⁰ Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, p. 68-69.

coup de force ou par l'exercice d'une domination militaire, de sorte que l'expression du pouvoir souverain du peuple peut se déterminer vers un principat. Pour résumer la pensée d'Ernst Cassirer sur ce point, l'on pourrait dire que « *le machiavélisme est un art de l'État qui élimine les problèmes de finalité* »⁹¹¹. De fait, « *Machiavel ne préfère ni ne choisit entre Le Prince et Les Discours, entre monarchie et république* »⁹¹², parce que l'obtention d'une stabilité relève d'une forme de « *neutralité sociologique qui débouche sur un relativisme politique* »⁹¹³. En effet, Machiavel propose véritablement une approche « technicienne » du politique, qui voit dans la stabilité issue du pouvoir de la nation la possibilité d'ériger non pas le régime reflétant la volonté de ceux qui ont exercé ce pouvoir, mais celui qui sera le plus adapté à ce que sont, profondément, les titulaires de ce pouvoir, et qui permettra la meilleure durée dans le temps. L'idée du régime le plus apte à refléter une telle volonté est finalement évacuée au profit du régime le plus efficace, et sur ce point, « *La valeur des systèmes politiques est toujours référée à une conjecture particulière, ou interviennent des facteurs internes, essentiellement sociologiques et historiques* »⁹¹⁴, supposant d'orienter le choix de gouvernement vers ce qu'il y a de plus adapté aux circonstances et aux hommes, et non pas nécessairement vers ce qu'ils veulent. Marie Gaille-Nikodimov relève d'ailleurs que l'on ne trouve jamais chez Machiavel l'association de la république à l'idée d'un régime idéal, l'auteur n'optant « *pas systématiquement pour la république* »⁹¹⁵, si bien que « *son appartenance au courant de pensée qu'est le républicanisme florentin doit être discutée* »⁹¹⁶. Il s'avère donc que « *le principat est parfois plus adapté que le régime républicain* »⁹¹⁷, quand bien même la souveraineté aurait surgi de la nation. À la lecture de certains écrits schmittiens⁹¹⁸, l'on doit nécessairement relever la critique qu'il opère vis-à-vis des problématiques que pose la représentation au sein de la démocratie de l'État moderne, dont l'incarnation parlementariste « *ne tient plus debout que comme une coquille*

⁹¹¹ *Id.*, p. 27. L'auteur résume ici l'une des thèses d'Ernst Cassirer. Voir sur ce point : Ernst CASSIRER, *Le Mythe de l'État*, Gallimard, 1993, chap. X : « *La nouvelle science politique de Machiavel* », p. 164-180, chap. XI : « *Le triomphe du machiavélisme et ses conséquences* », p. 181-193, chap. XII : « *Les implications de la nouvelle théorie de l'État* », p. 194-222.

⁹¹² *Ibid.*

⁹¹³ *Ibid.*

⁹¹⁴ *Id.*, p. 33.

⁹¹⁵ Marie GAILLE-NIKODIMOV, « Machiavel au prisme du "moment machiavélien" », *L'Enjeu Machiavel*, Gérald SFEZ, Michel SENELLART (dir.), P.U.F., 2001, p. 233.

⁹¹⁶ *Ibid.*

⁹¹⁷ *Id.*, p. 234.

⁹¹⁸ Carl SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, Seuil, 1985. Voir en particulier : 1. *Démocratie et parlementarisme*, p. 28-39, et 2. *Les principes du parlementarisme*, p. 40-64.

vide »⁹¹⁹ parce qu'elle tend à supprimer « *les liens entre électeurs et députés* »⁹²⁰. Plus encore, la démocratie suggère un mode de fonctionnement semblant inéluctablement conduire à un transfert de pouvoir au profit des gouvernants, et finalement à « *une dissolution de toute responsabilité* »⁹²¹. De ce fait, « *c'est tout le système parlementaire qui finit par ne plus être qu'une détestable façade du règne des partis et d'intérêts économiques* »⁹²². Il apparaît au fond que pour Schmitt, un tel régime ne peut être rattaché à cette décision souveraine du peuple car il ne permet tout simplement pas d'en exprimer réellement la volonté. C'est d'ailleurs en ce sens que Marie Goupy conclut sa riche analyse sur la théorie juridico-politique de l'état d'exception, expliquant que « *le juriste n'a pas pour principale cible le libéralisme, ni le rationalisme politique, mais bien la démocratie* »⁹²³ et son processus de fonctionnement. Il apparaît en ce sens que le décisionnisme schmittien, en dernière instance, renverrait à « *fonder un ordre politique sur le double principe de l'autonomie de la raison individuelle et de l'auto-organisation immanente* »⁹²⁴ rejetant l'idée démocratique et la représentation, incapables d'incarner les volontés issues d'un pouvoir constituant du peuple.

Ainsi, l'expression du pouvoir fondateur du peuple ne suppose pas l'aboutissement à une forme républicaine chez Machiavel, pas davantage qu'elle ne renvoie à une démocratie chez Schmitt, l'un et l'autre craignant respectivement la nature du peuple et celle des gouvernants. En ce sens, l'on peut voir une forme de tension, puisque le jusnaturalisme développé par ces auteurs invite à faire du peuple uni le véritable titulaire de la souveraineté, lui permettant ainsi de réaliser une forme étatique qui soit la plus conforme à ses volontés, tout en se refusant à déduire que celle-ci soit à l'image communément admise d'un régime issu du pouvoir constituant de la nation. La résolution la plus évidente – et la moins vraie – de cette tension considérerait que ces deux auteurs ne sont finalement ni républicains, ni démocrates. Il faudra voir pourtant, lorsque l'on abordera les régimes effectivement fondés dans le contexte anglo-américain et français, que cette

⁹¹⁹ *Id.* p. 26.

⁹²⁰ *Id.*, p. 25.

⁹²¹ *Ibid.*

⁹²² *Ibid.*

⁹²³ Marie GOUPY, *L'essor de la théorie juridico-politique sur l'état d'exception dans l'entre-deux guerres en France et en Allemagne : une genèse de l'état d'exception comme enjeu pour la démocratie*, École Normale Supérieure de Lyon, 2011, p. 411.

⁹²⁴ *Ibid.*

question doit plutôt être résolue par le présupposé anthropologique des deux auteurs, dès-lors que chez eux, « *toute idée politique prend d'une manière ou d'une autre position sur la "nature" de l'homme et présuppose qu'il est ou "bon par nature" ou "mauvais par nature"* »⁹²⁵. Au regard de l'orientation choisie par ces auteurs, l'on pourra observer un doute quant à la capacité de l'homme à réaliser par lui-même cette idée d'une république démocratique, expliquant alors leur relativisme.

En Angleterre, aux États-Unis et en France, le pouvoir constituant de la nation renvoie, bien plus distinctement, à une forme précise de régime.

2. Le républicanisme optimiste des révolutionnaires

Bien que procédant d'une décision comparable à Machiavel et Schmitt, le contexte anglo-américain et français témoigne d'un obsessionnel empressement à fonder, à partir d'elle, un régime très clairement déterminé vers une aspiration républicaine. À cette fin, le constitutionnalisme anglais reproduit dans l'ordre juridique nouveau, un pouvoir national souverain sans autre intermédiaire que les Communes, et libéré d'entraves monarchiques, c'est-à-dire conforme à la nature même de la décision souveraine. En d'autres termes, la proclamation républicaine de 1649 semble apparaître comme le paradigme politique de la réalisation concrète d'une liberté rattachée à la nature humaine, puisque au travers de ce texte de loi, l'État est désormais gouverné « *sans aucun roi ni Chambre des lords* »⁹²⁶ et uniquement par « *l'autorité suprême de cette nation* »⁹²⁷. De fait, l'abolition de l'Office royal⁹²⁸ et de la Chambre des lords⁹²⁹ supprimait toute médiation entre le pouvoir étatique et la volonté nationale, permettant à « *cette nation de revenir à son ancien et juste droit d'être régie par ses propres représentants* »⁹³⁰, ces derniers étant placés sous l'autorité de ceux dont ils procèdent, et devant alors agir « *pour le bien du peuple* »⁹³¹. Le constitutionnalisme américain s'inscrit dans une même logique, parce qu'il semble maintenir, dans l'État qu'il fonde, la liberté souveraine contenue dans la décision. C'est à

⁹²⁵ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 65.

⁹²⁶ Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 388.

⁹²⁷ *Ibid.*

⁹²⁸ *Id.*, p. 384-387 : *The Act abolishing the office of King*.

⁹²⁹ *Id.*, p. 387-388 : *The Act abolishing the House of Lords*.

⁹³⁰ *Id.*, p. 386.

⁹³¹ *Id.*, p. 388.

un tel régime que songe Paine quand il explique que « *la naissance d'un nouvel univers est proche, et ce qui se passera sous peu de mois réglera la portion de liberté que doit attendre une race d'hommes* »⁹³². En effet, comme le cas anglais, l'exemple américain, suppose des libertés qui « *déterminent à la séparation* »⁹³³ afin « *d'établir un nouveau gouvernement* »⁹³⁴ dénué d'entraves à ces libertés, dès lors que la Couronne britannique « *renonce à toute prétention au gouvernement [...] sur ces États* »⁹³⁵, permettant au peuple de prétendre à une immédiateté entre ses volontés et le pouvoir étatique. Tout comme dans le contexte anglais, « *les représentants des États-Unis d'Amérique, assemblés en Congrès* »⁹³⁶ n'exercent qu'une simple commission, « *au nom et par l'autorité du bon peuple de ces Colonies* »⁹³⁷, supposant – normalement – un accomplissement non dévoyé de la liberté de la nation au sein de l'État. En un même sens, Bertrand Mathieu souligne combien « *l'idée républicaine a soulevé des flambées d'enthousiasme dans les dernières années du XVIII^e* »⁹³⁸, soulignant par-là la volonté d'imposer un nouveau régime politique, reproduisant l'idée de liberté nationale que contenait la décision souveraine. Ainsi, l'Assemblée législative apparaît dans ce contexte comme « *la médiation nécessaire à l'exercice de la souveraineté* »⁹³⁹ de la nation. Plus encore, la convocation et l'élection de la Convention⁹⁴⁰ au travers du suffrage universel en 1792, ou bien le suffrage universel par vote public inscrit dans la Constitution de 1793, témoignent de cette volonté d'établir un républicanisme démocratique. Ainsi, contrairement à Machiavel et Schmitt, l'on doit ici souligner que le constitutionnalisme anglo-américain et français établit un lien très net entre la décision souveraine, incarnant les libertés de la nation, et le républicanisme démocratique, parce que les révolutionnaires comprennent ce régime comme étant l'expression de ces libertés tout autant que le moyen de leur préservation. Ici, la liberté est

⁹³² Thomas PAINE, *Le sens commun*, édition électronique de 2009, à partir de l'édition R. Vatar de 1793, p. 56.

⁹³³ États-Unis, *Déclaration unanime des treize États unis d'Amérique*, 4 juillet 1776.

⁹³⁴ *Ibid.*

⁹³⁵ États-Unis – Grande-Bretagne, *Traité de paix de Paris*, 3 septembre 1783, art. 1^{er}.

⁹³⁶ États-Unis, *Déclaration unanime des treize États unis d'Amérique*, 4 juillet 1776.

⁹³⁷ *Ibid.*

⁹³⁸ Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Lextenso/ L.G.D.J., 2010, p. 361.

⁹³⁹ Sophie WAHNICH, *La Révolution française – Un événement de la raison sensible*, Hachette, 2012, p. 101.

⁹⁴⁰ François FURET, *La Révolution française*, Gallimard, 2007, p. 341. Malgré le recours au suffrage universel, il ne faut pas voir en cet événement une progression démocratique absolue. Comme le souligne François Furet, « *la Convention, qui se réunit le 21 septembre, a donc été élue dans des conditions qui n'ont rien à voir avec celles d'un scrutin libre dans des circonstances paisibles* ».

tout à la fois « *au principe et au terme* »⁹⁴¹ de l'entreprise révolutionnaire. Autrement dit, le républicanisme semble ici être une évidence parce qu'il est le fruit d'un pouvoir constituant qui revient justement à la nation du fait qu'elle est naturellement titulaire d'une liberté politique fondatrice, et parce qu'à la fois, ce mode de gouvernement est à même de concrétiser durablement un ordre conforme aux volontés d'existence collective des individus. Ce lien entre liberté et républicanisme est tout à fait prégnant dans la proclamation du 19 mai 1649, qui dispose que l'Angleterre doit désormais être gouvernée en « *État libre* »⁹⁴², c'est-à-dire « *comme une république* »⁹⁴³. La liberté du peuple, tout en conditionnant la manière de fonder l'État, semble donc ne pouvoir se préserver que dans le cadre républicain, ce que souligne parfaitement Denis Baranger en expliquant à propos de ce contexte anglais, que « *si l'on voulait que cette liberté perdure dans la société politique on avait de bonnes chances d'être appelé "républicain"* »⁹⁴⁴. De même, Paine explique d'abord que « *plus un gouvernement approche de la forme républicaine, moins il offre d'occupation pour un roi* »⁹⁴⁵, car alors ce régime suggère une appropriation de liberté par la nation, lui conférant le pouvoir fondateur. Puis, il considère que cette liberté s'exalte parfaitement au sein d'un régime républicain, puisque c'est sur « *les matériaux modernes du républicanisme* »⁹⁴⁶ que, durablement, « *repose la liberté* »⁹⁴⁷ des hommes dans l'État. Une même association est faite dans le contexte français. D'une part, la remise en cause de la royauté⁹⁴⁸ renvoie à l'idée d'une nation recouvrant sa liberté afin de fonder un ordre nouveau, la république. D'autre part, l'on constate par exemple avec François Furet que la proclamation du 22 septembre 1792, de la Convention, aura une importance capitale en ce sens que « *l'avènement de la République datera aussi le premier jour de l'an I de la*

⁹⁴¹ Mona OZOUF, « Liberté », *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Tome 4, François FURET, Mona OZOUF, Flammarion, 2017, p. 253.

⁹⁴² Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 388 : *An Act declaring England to be a Commonwealth*.

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 74.

⁹⁴⁵ Thomas PAINE, *Le sens commun*, édition électronique de 2009, à partir de l'édition R. Vatar de 1793, p. 21.

⁹⁴⁶ *Id.*, p. 9.

⁹⁴⁷ *Ibid.*

⁹⁴⁸ François FURET, *La Révolution française*, Gallimard, 2007, p. 343. L'auteur évoque les débats autour de la datation du nouveau régime, et reprend les mots de Lasource : « *Non, messieurs, nous ne sommes libres que depuis que nous n'avons plus de roi* ».

liberté »⁹⁴⁹. Par-là, l’auteur souligne la conception révolutionnaire selon laquelle un régime républicain était nécessaire à la préservation durable des libertés.

Si la décision souveraine assume une fonction identique chez les deux auteurs et dans ces trois États, le résultat de son exercice n’est pas orienté vers le même objectif. De fait, l’optimisme anglo-américain et français détermine ici – probablement avec précipitation – la nécessaire fondation d’un régime républicain, intégrant en lui la décision souveraine de la nation. Seul ce régime leur paraît tout à la fois le résultat de l’expression de la liberté naturelle de la nation, et le meilleur moyen de sa préservation, alors que la froideur théorique de l’anthropologie machiavélo-schmittienne renvoie à un relativisme qui déjà, suggère une difficulté intrinsèque de l’homme à réaliser – par lui-même et durablement – de telles libertés. Par opposition, le constitutionnalisme anglo-américain et français semble davantage s’orienter vers l’idée d’un homme bon, c’est-à-dire capable de réaliser pleinement et pour le plus grand nombre, les principes de la loi naturelle.

⁹⁴⁹ *Ibid.*

Conclusion du chapitre 2

Malgré la distance séparant la théorie de la pratique, la pensée machiavélo-schmittienne peut-elle être rapprochée du constitutionnalisme anglo-américain et français, au point que tous s'accordent sur le fait que le phénomène révolutionnaire, en tant que situation exceptionnelle, renvoie à l'idée d'une nécessaire éradication du régime ancien, préalable à la fondation d'un ordre nouveau ? L'on peut une fois de plus répondre favorablement à cette interrogation. En effet, de tout point de vue, la contestation du titulaire normal de la souveraineté en droit positif engage la nécessaire désignation d'un peuple uni, effectivement souverain – dès lors qu'« *est souverain celui qui fait la constitution* »⁹⁵⁰ –, auquel la loi naturelle confère le pouvoir absolu de décider de ses propres choix d'existence en érigeant un ordre nouveau.

Ainsi, la décision s'envisage comme un pouvoir fondateur, et tous considèrent à ce titre que l'État nouveau procède nécessairement d'une situation d'exception, car seul un pouvoir provenant d'elle détient cette capacité destructrice de l'ordre ancien et des ennemis, mais à la fois fondatrice d'un ordre, d'une normalité nouvelle, et finalement d'une norme, creuset de la naissance étatique. Pourtant, malgré cette même appréhension d'un décisionnisme capable de vaincre l'ennemi pour établir un ordre nouveau, l'approche exclusive faite par Machiavel et Schmitt permet de contester le jusnaturalisme auquel ils peuvent, sous certains aspects, se rattacher. En effet, leur acception de l'unité politique conduit – paradoxalement – à déduire que chez eux, la raison humaine permet certes de dégager des droits naturels, mais dont les principes sont dépourvus de toute dimension universelle. Cette contradiction fragilise nécessairement leur rattachement à un jusnaturalisme compris comme devant reconnaître à tous les hommes des droits identiques du seul fait de leur existence humaine. Le constitutionnalisme anglo-américain et français témoigne en revanche – du moins au stade enthousiaste de la fondation étatique – d'une conception bien moins restrictive, qui contrairement au présupposé machiavélo-schmittien, déploie une logique d'inclusion capable de rendre compte d'un universalisme jusnaturaliste dont le principe essentiel – fondé sur la *suprema lex* – renvoie effectivement à la préservation – le *salus populi* – du plus grand nombre. Malgré cette opposition, tous voient en la décision souveraine un pouvoir non déduit d'un juspositivisme, mais pourtant capable de fonder un ordre juridique nouveau. Alors que Machiavel et Schmitt demeurent évasifs

⁹⁵⁰ Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, P.U.F., 1994, p. 208.

sur la forme que peut prendre cet ordre nouveau, l'euphorie révolutionnaire plaide, sans hésitation aucune, pour une fondation républicaine.

Conclusion du titre 1

Existe-t-il une filiation entre les réflexions de Machiavel et Schmitt sur les moyens à mettre en œuvre pour faire face à une situation d'exception, et le droit constitutionnel anglo-américain et français relatif à la révolution ? Il semble incontestablement que oui, puisque ces deux auteurs, dont les conceptions juridique et politique les renvoient souvent dos à dos, ont néanmoins déduit de leurs réflexions sur l'exception certaines lignes de force communes, invitant à voir – théoriquement – en la notion une indéniable constance. Le mouvement révolutionnaire anglo-américain et français illustre lui aussi, mais concrètement, ce même caractère invariable de l'exception. En effet, en théorie comme en pratique, l'exception provoque systématiquement l'entrée en rivalité de deux ordres juridiques. On note à ce titre que le caractère exceptionnel d'une situation provient essentiellement d'une inégalité de la loi positive dans la jouissance des libertés individuelle et politique, déstabilisant l'État par le rejet radical du juspositivisme que suppose l'exception. Face à la mise en échec d'une législation inapte à circonscrire la crise, l'on constate alors le retour à une forme d'état naturel, au sein duquel semble s'appliquer un jusnaturalisme de crise, visant à réinstaurer les principes de justice et d'égalité de la loi de nature par l'affirmation radicale d'un droit à l'existence.

La mise en œuvre de ce jusnaturalisme requiert inévitablement l'éradication de l'ordre ancien, permettant l'émergence d'un nouveau souverain. D'abord, cela suggère la contestation du titulaire normal de la souveraineté en droit positif, puis le saisissement, par une unité politique suffisamment dense et unie, du pouvoir décisionnel capable d'affirmer une volonté propre. Ce pouvoir souverain, détenu par une autorité nouvelle, permet alors l'élimination radicale des anciennes institutions, c'est-à-dire l'anéantissement de l'ordonnancement juridique et l'exécution de son titulaire, au profit de l'édification d'un ordre juspositiviste nouveau. En effet, la décision, bien que n'étant jamais issue d'un droit positif préalable – absent du cadre exceptionnel –, apparaît pourtant dotée d'une normativité constituante, car par sa capacité radicale d'extinction de l'exception, et d'instauration d'une normalité nouvelle, elle restitue la stabilité nécessaire à l'applicabilité d'un ordre juridique relevant d'une situation normale. Logiquement, il semble revenir au droit positif la tâche de maintenir – après la cessation de l'exception – la stabilité issue de la décision de crise. Pourtant, l'instabilité chronique entraînée par le constitutionnalisme

succédant à ce premier décisionnisme révolutionnaire⁹⁵¹ montrera une défiance envers le juspositivisme. En effet, cette période illustrera la difficulté du droit anglo-américain et français à faire cette « *distinction entre les moyens qui permettraient de renverser le despotisme et amener la liberté et les moyens à utiliser une fois le despotisme renversé* »⁹⁵². Cette impasse peut être dépassée selon que le constitutionnalisme se rallie à la conception schmittienne ou bien machiavélienne de l'obtention d'une stabilité étatique. Sur ce point, les événements concrets offrent encore un éclairage intéressant, puisqu'ils attestent justement de la nécessité d'abandonner le recours permanent au décisionnisme souverain de Schmitt, pour consolider et maintenir l'État grâce au droit positif que Machiavel propose. Ainsi, il sera d'abord observé que le contexte anglo-américain et français illustre pleinement l'idée selon laquelle le décisionnisme souverain porté par un jusnaturalisme, malgré sa nécessité, ne recouvre qu'une capacité fondatrice, pour constater ensuite que le droit positif permet de pérenniser dans le temps une telle fondation.

⁹⁵¹ Ce que l'on nomme premier décisionnisme révolutionnaire renvoie, concrètement, au mouvement de la première révolution anglaise, qui trouve ses points culminants dans la guerre civile de 1642 et dans la Grande Rébellion de 1648, menant à l'exécution du roi et à la proclamation de la République en 1649, à la période allant de la proclamation d'indépendance de 1776, instaurant la Constitution de 1777, à la victoire décisive de 1781 pour les États-Unis. En France, il s'agit de la période allant du soulèvement de 1789, permettant la proclamation républicaine de 1792, à l'exécution du monarque en 1793.

⁹⁵² Bernard E. BROWN, *L'État et la politique aux États-Unis*, P.U.F., 1994, p. 62.

Titre 2 : L'obtention de la stabilité républicaine au moyen du droit positif

Une fois admis le décisionnisme souverain comme moyen de rompre avec l'exception et d'établir un ordre nouveau, son maintien au sein de l'État nouvellement fondé n'est-il pas un frein à la pérennisation de ce dernier ? La réponse à cette question entraîne une opposition *absolument radicale* entre les auteurs italien et allemand. En effet, la stabilité républicaine, qui réside essentiellement dans la jouissance la plus égalitaire possible des libertés individuelle et politique, voit s'opposer le décisionnisme et le juspositivisme. Alors que Schmitt envisage une forme de pérennité étatique au travers d'un décisionnisme souverain supposant une unité politique exclusive omniprésente, Machiavel démontre le risque qu'un tel choix représente pour la sérénité républicaine, et prône plutôt une démarche juspositiviste abandonnant la discrimination entre l'ami et l'ennemi. Si Schmitt envisage donc la décision souveraine au moment fondateur, puis dans le cadre de l'ordre nouveau qui lui succède, Machiavel semble la cantonner à ce premier moment. De nouveau, les événements anglo-américains et français permettent d'offrir une dimension concrète à une telle opposition, montrant les conséquences de chacune de ces approches.

Ainsi, il faut observer dans un premier temps que le constitutionnalisme anglo-américain et français est tout à fait proche des présupposés schmittiens, parce qu'il choisit – dans la phase jouxtant son premier décisionnisme révolutionnaire⁹⁵³ – de laisser aux individus la tâche d'organiser par eux-mêmes une jouissance égalitaire de ces libertés. Ici, les révolutionnaires commettent l'erreur de croire que l'insertion de la décision souveraine au sein du républicanisme nouveau garantira une égalité de libertés au plus grand nombre, et donc une stabilité durable. Or un tel choix, rejetant par principe le recours à la loi positive comme garante des libertés, révèle la présence d'une nature humaine problématique, ne parvenant finalement à affirmer ses libertés qu'au travers d'un décisionnisme radical et inégalitaire – c'est-à-dire procédant d'une discrimination entre l'ami et l'ennemi – ne bénéficiant qu'à l'unité politique dominante. À ce titre, toute

⁹⁵³ On parle également de premier mouvement révolutionnaire. Pour rappel, au point de vue temporel, il renvoie au mouvement de la première révolution anglaise, qui trouve ses points culminants dans la guerre civile de 1642 et dans la Grande Rébellion de 1648, menant à l'exécution du roi et à la proclamation de la République en 1649. Dans le cadre américain, il recouvre la période allant de la proclamation d'indépendance de 1776, instaurant la Constitution de 1777 (rédigée sur une longue période, son applicabilité effective débute en 1781), à la victoire décisive de 1781 (à Yorktown). En France, il s'agit de la période allant du soulèvement de 1789, permettant la proclamation républicaine de 1792, à l'exécution du monarque en 1793.

tentative de stabilité républicaine demeure soumise au spectre de sa propre implosion (Chapitre 1). Dans un second temps, l'échec républicain mène le constitutionnalisme anglo-américain et français vers une aspiration machiavélienne. En ce sens, l'on observe – non pas de façon abrupte mais nécessairement progressivement – à partir de 1689 pour l'Angleterre, 1787 aux États-Unis, et dans le courant du XIX^e siècle français, un infléchissement du décisionnisme souverain au profit d'un juspositivisme chargé d'une réelle portée normative, et donc capable de garantir à l'ensemble du corps social une égale jouissance de libertés, permettant par là même d'aboutir à une stabilité républicaine réelle et durable (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le spectre de l'instabilité républicaine

Machiavel met en garde contre la fragile stabilité de l'État nouveau, et sur l'importance de la loi positive pour en assurer la pérennité. À cette fin, il souligne particulièrement l'importance d'affirmer des libertés individuelle et politique, mais aussi et surtout la nécessité d'en garantir l'égale jouissance à tous par la loi fondamentale. Le constitutionnalisme anglo-américain et français semble d'abord ne souscrire que partiellement à une telle conception, puisque comme Schmitt, il n'assigne à la loi fondamentale qu'un simple rôle d'énonciateur des libertés individuelle et politique, ayant confiance en l'homme et en son éthique politique pour en assurer la garantie (Section 1). La conséquence principale d'une absence de mécanismes constitutionnels garantissant les libertés républicaines est ici la situation d'exception permanente (Section 2).

Section 1 : Le refus initial de garantie des libertés justifié par une croyance en l'éthique politique de l'homme bon

Si le constitutionnalisme anglo-américain et français met concrètement en œuvre la conception théorique de Machiavel et Schmitt selon laquelle la stabilité étatique repose sur la *reconnaissance* de libertés individuelle et politique (§ 1), l'on doit néanmoins remarquer le désaccord manifeste des quatre vis-à-vis du Florentin, quant à la *garantie* constitutionnelle de telles libertés. En effet, ces trois États adhèrent d'abord à l'idéologie d'un homme bon et à l'éthique politique des gouvernants, justifiant le refus d'une telle garantie par la loi positive, ainsi que le préconise Schmitt⁹⁵⁴ (§ 2).

§ 1. Un accord de principe quant à l'affirmation constitutionnelle de libertés

La période de la fondation républicaine anglo-américaine et française se présente comme l'opportunité de réaliser concrètement les outils juridiques permettant la stabilité étatique. À cette fin, et à l'instar du constitutionnalisme machiavélo-schmittien, l'on y retrouve l'affirmation, par la loi fondamentale, de libertés individuelle (A) et politique (B) dont la reconnaissance, normalement égalitaire, vise à permettre la pérennité de l'État. Malgré cet accord, l'on observe déjà une spécificité machiavélienne, consistant à opérer un détachement progressif vis-à-vis du décisionnisme fondateur, qui semble chez lui ne pouvoir être le vecteur suffisant d'une jouissance égalitaire des libertés républicaines, et donc de la stabilité étatique.

A. La reconnaissance de libertés individuelles

L'affirmation constitutionnelle de libertés individuelles apparaît, autant chez Machiavel et Schmitt (1) que dans le contexte anglo-américain et français (2), comme la condition nécessaire de la stabilité étatique.

1. L'absence d'obstacles à la poursuite de fins individuelles

L'on observe, chez les auteurs italien et allemand, l'affirmation de libertés individuelles comme moyen de pérenniser la fondation étatique. En effet, puisque la corruption de la loi – on l'a vu⁹⁵⁵ – peut entraîner une dépossession des libertés

⁹⁵⁴ La proximité entre ces trois droits et Schmitt ne se situe pas dans la conception de la nature humaine, mais dans ce même aboutissement vers le rejet d'une loi positive devant garantir effectivement les libertés.

⁹⁵⁵ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1.

individuelles au détriment de certains, et en conséquence engendrer une situation exceptionnelle, la réalisation égalitaire de telles libertés semble au contraire permettre la pérennité étatique. Mais il faut dès ici constater une nuance entre les auteurs concernant le support étatique de ces libertés. Si Machiavel semble déjà s'éloigner du décisionnisme fondateur, les libertés individuelles reconnues par Schmitt doivent se comprendre comme le prolongement nécessaire des volontés d'une unité politique exprimées au travers de la décision souveraine. Ainsi, une lecture skinnerienne de la pensée du Florentin suggère de placer « *le concept moderne de liberté individuelle* »⁹⁵⁶ au cœur du constitutionnalisme machiavélien. Cette liberté individuelle est définie comme « *absence d'obstacles à la poursuite des fins individuelles* »⁹⁵⁷, que l'ordre nouveau devra mettre en œuvre au travers de la loi positive⁹⁵⁸. Dans la pensée schmittienne, l'on trouve également présente l'idée de liberté individuelle, mais à cette différence que la fonction essentielle de la constitution est ici d'affirmer les volontés personnelles des membres de l'unité politique dominante⁹⁵⁹, dès lors que la loi fondamentale ne se comprend que comme l'aboutissement de leur décision. Pierre Brunet rend compte d'une telle conception, où la constitution, en tant qu'ordre de valeurs, « *est un résultat* »⁹⁶⁰, ce résultat étant la formalisation juridique de la stabilité issue de l'action décisionnelle. Tout comme dans la pensée contre-révolutionnaire, la constitution ne fait que prendre acte de la présence d'un ordre stable qui la précède, et si elle n'est pas la condition nécessaire à l'existence de ce dernier⁹⁶¹, elle vise à le pérenniser en reconnaissant formellement des libertés individuelles à l'unité politique victorieuse. Schmitt déploie ce modèle constitutionnel au travers du concept déjà abordé de pacte constitutionnel⁹⁶², et par la notion positive de constitution⁹⁶³. Le premier suggère

⁹⁵⁶ Michel SENELLART, « Republicanisme, bien commun et liberté individuelle : le modèle machiavélien selon Quentin Skinner », *Revue d'éthique et de théologie morale*, n° 193, 1995, p. 31.

⁹⁵⁷ *Id.*, p. 59.

⁹⁵⁸ Thierry Ménissier, « Le Discours sur les choses de Florence de Machiavel : logique et pragmatique de l'action politique », *Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, p. 12-22.

⁹⁵⁹ L'on se souviendra ici que la notion d'unité politique dominante renvoie à une unité homogène au plan racial. Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 1, B, 1.

⁹⁶⁰ Pierre BRUNET, « Constitution », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/constitution/>].

⁹⁶¹ *Ibid.* Pierre Brunet évoque en ce sens une forme d'artificialisme dans la formalisation d'une constitution, notamment soulevée par De Maistre, pour qui la véritable notion de constitution est un ordre naturel ne résultant pas d'une création humaine. Voir encore : Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 152. Dans un sens similaire, Schmitt considère que bien que la constitution formalise juridiquement l'existence d'une unité politique dominante, « *cela ne veut pas dire que l'unité politique n'existe qu'à partir du moment où on lui donne une constitution* ».

⁹⁶² Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 2, A, 1. Voir encore : *id.*, p. 195-209.

⁹⁶³ *Id.*, p. 151-166.

l'existence préalable d'une unité politique, recourant au pouvoir constituant pour affirmer ses intérêts propres, et la seconde, complémentaire de la première, peut être comprise comme l'acte constitutionnalisant « *la forme et le genre de l'unité politique dont l'existence est présupposée* »⁹⁶⁴, et constatant juridiquement cette unité, « *du point de vue de sa forme particulière d'existence* »⁹⁶⁵. Si les penseurs italien et allemand s'accordent sur la nécessaire reconnaissance de libertés individuelles au sein de l'ordre nouveau visant sa pérennité, celles-ci sont progressivement détachées de la décision fondatrice chez Machiavel, alors qu'elles sont le prolongement de ce même décisionnisme chez Schmitt, les rendant irrémédiablement dépendantes de cet acte fondateur.

2. La proclamation des libertés individuelles

Dans le contexte anglo-américain et français, le développement constitutionnel traduit la volonté de placer au cœur de l'ordre juridique nouveau les libertés individuelles découlant de l'affirmation décisionnelle, dans un but de stabilité. Cette volonté de reproduire, en droit, les libertés conquises par le premier décisionnisme révolutionnaire, conduit à une simple affirmation de libertés, et non à leur garantie concrète. En effet, la loi est ici tant imprégnée du décisionnisme l'ayant précédée que comme lui, elle se contente d'affirmer radicalement des libertés.

L'étude des textes jouxtant la fondation républicaine de 1649 révèle indubitablement la volonté de prolonger par la loi les libertés acquises par la décision souveraine, afin de permettre la stabilité étatique. Ainsi, la loi du 27 septembre 1650⁹⁶⁶, sur la liberté religieuse, s'attache à reconnaître la liberté de conscience, abrogeant plusieurs lois sanctionnant les déviances religieuses. Elle prévoit notamment de renoncer aux peines relatives à l'obligation d'aller à l'église, abroge l'obligation de stricte observation des prières communes, ou encore lève les interdictions concernant l'observation des jours saints⁹⁶⁷. L'affirmation d'une telle liberté vise, selon les termes de la loi, à établir la stabilité

⁹⁶⁴ *Id.*, p. 152.

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 391-394 : *Act repealing several clauses in Statutes imposing penalties for not coming to church*.

⁹⁶⁷ *Id.*, p. 391.

républicaine, dès lors que les anciennes lois⁹⁶⁸ – justement abrogées – avaient, par leurs interdictions religieuses, brisé « *la prospérité du Commonwealth* »⁹⁶⁹. De même, l'Acte constitutionnel de 1654⁹⁷⁰, relatif à la première législature du Protectorat, réaffirme le nécessaire respect de « *la liberté, la propriété et l'intérêt du peuple* »⁹⁷¹ afin d'assurer la stabilité de l'État, « *la bonne conduite du gouvernement, la paix et le bien-être de la nation* »⁹⁷². Dans le cadre américain, l'on perçoit également la présence d'un décisionnisme porteur de libertés, que la loi a pour seul rôle de concrétiser. Jürgen Habermas et Melody Mock exposent parfaitement ce point de vue. Alors que le premier explique que la révolution américaine a permis de « *laisser l'égoïsme des intérêts naturels travailler pour elle* »⁹⁷³, la seconde souligne clairement la volonté de prolonger ces derniers au sein du constitutionnalisme, puisque selon elle, « *la fondation constitutionnelle des États-Unis s'est faite sur le principe de la liberté individuelle et de la reconnaissance de l'autonomie des individus* »⁹⁷⁴, toutes deux affirmées par la décision fondatrice. Les Articles de la Confédération unissant les treize colonies d'Amérique du Nord, rédigés dès 1777, témoignent ainsi de cette volonté de reproduire dans le droit les acquis décisionnels. À cette fin, le texte réaffirme la liberté d'aller et venir⁹⁷⁵, reconnaît explicitement les « *libertés de commerce et d'établissement* »⁹⁷⁶. Là encore, il s'agit d'instaurer un ordre constitutionnel favorable à la stabilité, c'est-à-dire un « *solide accord d'amitié pour assurer la défense commune, [...] le bien-être mutuel et commun* »⁹⁷⁷. Le constitutionnalisme français résulte d'une même tendance, consistant comme l'explique Nicolas Nitsch, à produire un droit fortement rattaché au premier décisionnisme révolutionnaire. En ce sens, la Constitution du 3 septembre 1791, pour apporter une stabilité étatique, tend à concrétiser, en droit, « *les*

⁹⁶⁸ *Id.*, p. 392. C'est notamment l'Acte d'uniformité promulgué en avril 1559 par Élisabeth I^{ère}, et imposant le Livre des prières communes, que vise cette loi.

⁹⁶⁹ *Id.*, p. 391.

⁹⁷⁰ *Id.*, p. 427-447 : *The Constitutional Bill of the First Parliament of the Protectorate*, (novembre/ décembre 1654).

⁹⁷¹ *Id.*, p. 442.

⁹⁷² *Ibid.*

⁹⁷³ Jürgen HABERMAS, *Théorie et pratique*, Payot et rivages, 2006, p. 130.

⁹⁷⁴ Melody MOCK, *Le coup d'État moderne, formation ajuridique d'un nouvel ordre juridique*, université Panthéon-Assas, 2012, p. 247.

⁹⁷⁵ États-Unis, *Articles de la Confédération*, 15 novembre 1777, art. 4 : « *les habitants de chaque État auront toute liberté d'entrer et de sortir de chacun des États* ».

⁹⁷⁶ *Ibid.*

⁹⁷⁷ *Id.*, art. 3.

idéaux de la Révolution dans leur forme originelle »⁹⁷⁸. En effet, ce texte procède de la volonté de l'Assemblée nationale constituante, qui précisément vise à incarner⁹⁷⁹, depuis 1789, le décisionnisme souverain de la nation française. Ainsi, le texte affirme des « *droits naturels* »⁹⁸⁰ mis en lumière par ce décisionnisme révolutionnaire, tels que la liberté d'aller et venir⁹⁸¹ ou la liberté d'expression⁹⁸², afin de permettre la stabilité étatique. De même, le décret du 28 septembre-6 octobre 1791 reconnaît aux propriétaires terriens la pleine jouissance de leur domaine⁹⁸³. Dans une même perspective individualiste, la Déclaration de 1793 reconnaît le droit à la sûreté⁹⁸⁴ et à la propriété⁹⁸⁵, dans un but d'apaisement et de stabilité. Mais de nouveau, l'on doit constater la prévalence d'une affirmation de libertés plutôt que leur réelle garantie. À ce titre, Johan Menichetti relève très justement le reproche souvent fait « *à la Constitution de l'an VIII d'avoir contrevenu aux deux impératifs mentionnés dans l'article 16* »⁹⁸⁶ de la Déclaration de 1789, et donc à la nécessaire garantie des droits, bien qu'elle en reconnaisse. De toute part, la stabilité de l'ordre fraîchement fondé semble dépendre d'une simple affirmation constitutionnelle de libertés, et non d'une garantie concrète. Le droit, très empreint du décisionnisme révolutionnaire, se contente en effet de formaliser des libertés individuelles que ce dernier n'a fait qu'affirmer radicalement.

⁹⁷⁸ Nicolas NITSCH, « Constitution française de 1791 », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/constitution-francaise-de-1791/].

⁹⁷⁹ Malgré une volonté de représentation nationale, l'on soulignera que la Constitution du 3 septembre 1791 établit un suffrage censitaire, fondé sur la distinction entre citoyens actifs et passifs. Voir en ce sens : Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Lextenso/ L.G.D.J., 2010, p. 363.

⁹⁸⁰ France, *Constitution*, 3 septembre 1791, Titre I^{er}.

⁹⁸¹ *Ibid.* Le texte reconnaît « *La liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir être arrêté, ni détenu, que selon les formes déterminées par la Constitution* ».

⁹⁸² *Ibid.* Le texte reconnaît encore « *La liberté à tout homme de parler, d'écrire, d'imprimer et publier ses pensées, sans que les écrits puissent être soumis à aucune censure ni inspection avant leur publication, et d'exercer le culte religieux auquel il est attaché* ».

⁹⁸³ France, *Décret concernant les biens et usages et la police rurale*, 28 septembre-6 octobre 1791. Voir Titre I^{er}, Section I^{ère}, art. 1^{er} : « *Le territoire de France, dans toute son étendue, est libre comme les personnes qui l'habitent* », art. 2 : « *Les propriétaires sont libres de varier à leur gré la culture et l'exploitation de leurs terres, de conserver à leur gré leurs récoltes, et de disposer de toutes les productions de leur propriété dans l'intérieur du royaume et au dehors* ».

⁹⁸⁴ France, *Constitution de l'An I*, 24 juin 1793, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 2.

⁹⁸⁵ *Ibid.*

⁹⁸⁶ Johan MENICHETTI, « L'écriture de la Constitution de l'An VIII : quelques réflexions sur l'échec d'un mécanisme révolutionnaire », *Napoleonica. La Revue*, n° 18, 2013, p. 70.

B. La reconnaissance de libertés politiques

À l'instar des libertés individuelles, la participation politique apparaît, dans la pensée machiavélo-schmittienne (1) autant que dans le républicanisme anglo-américain et français (2), comme une liberté essentielle à la stabilité étatique.

1. La nécessaire participation citoyenne

Trop peu connus, les *Discours sur les choses de Florence après la mort de Laurent de Médicis le Jeune* font suite à une demande de la famille médicéenne à Machiavel quant au régime le plus adapté à la province florentine des années 1520. Ce texte est essentiel car plus que d'autres, il est pour l'auteur italien l'occasion d'ériger un système constitutionnel tout à fait concret. Parmi ses propositions, l'on trouve en bonne place la nécessité d'une participation politique reconnue par la loi fondamentale. Comme précédemment, Machiavel opère un détachement entre la décision fondatrice et l'ordre nouveau, supposant de s'écarter d'une conception monolithique, où seule l'unité politique titulaire de cette décision posséderait tous les pouvoirs. En effet, tout en affirmant la nécessité d'un Exécutif fort⁹⁸⁷, Machiavel rapporte aux Médicis que la stabilité d'une république, si tel est le régime choisi par cette famille, suggère également un « *gouvernement plus large que celui-ci* »⁹⁸⁸, dès lors qu'un régime permettant l'expression politique du plus grand nombre apparaît comme la « *façon qu'il devienne une république bien ordonnée* »⁹⁸⁹, et donc pérenne. Thierry Ménissier constate d'ailleurs sur ce point que la solution machiavélienne permettant la stabilité républicaine⁹⁹⁰ requiert deux principes essentiels. Dans un premier temps, il s'agit d'opérer un « *repérage des [...] catégories qui constituent le corps social* »⁹⁹¹ pour, dans un second temps, « *réordonner le système constitutionnel florentin en fonction de la reconnaissance de ces forces sociales, en leur accordant une voie d'expression (ou : une voix) dans un processus de participation politique* »⁹⁹². Il ne s'agit

⁹⁸⁷ Nicolas Machiavel, *Discours sur les choses de Florence après la mort de Laurent de Médicis le Jeune*, *Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, p. 7.

⁹⁸⁸ *Id.*, p. 8. Le gouvernement dont il s'agit est une république aristocratique. En effet, suite à la prise de Prato par les Espagnols, en 1512, le gouvernement républicain de Florence chute. Les Médicis reviennent au pouvoir, mais Laurent de Médicis (duc d'Urbino) meurt en 1519. Face à cette république aristocratique maladroïtement érigée et instable, Machiavel est chargé de retracer l'histoire de Florence, et de proposer un gouvernement permettant d'assurer l'avenir de la province.

⁹⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁹⁰ Sur l'idée de république stable (*repubblica stabile*) chez Machiavel, voir : *Id.*, § 20, p. 10.

⁹⁹¹ Thierry Ménissier, « Le Discours sur les choses de Florence de Machiavel : logique et pragmatique de l'action politique », *Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, p. 18.

⁹⁹² *Ibid.*

donc plus ici d'aménager l'ordre nouveau au travers d'un pouvoir politique concentré dans les mains d'une unité politique dominante. Schmitt s'attache également à l'affirmation, par la loi fondamentale, d'une liberté politique. Mais de nouveau, cette liberté semble n'être que le prolongement de la décision souveraine. En effet, corsetée dans les notions de pacte constitutionnel et de constitution positive, l'affirmation d'une volonté politique demeure, comme pour les libertés individuelles, la source et le résultat normatif de l'action décisionniste de l'unité politique dominante. Ainsi, la loi fondamentale est autant le fruit d'une décision que le moyen de formaliser l'affirmation des libertés politiques de la seule unité politique dominante. Schmitt considère d'ailleurs – dans le moment fondateur de l'État – que le principe d'identité d'une nation⁹⁹³ avec elle-même est ce qui permet de lui fournir une capacité directe d'action politique fondatrice, c'est-à-dire un pouvoir constituant. Mais lorsque cette action est achevée, c'est la constitution de l'État qui devient « *effectivement au sens absolu l'expression de l' "unité politique d'un peuple" pour Schmitt* »⁹⁹⁴, c'est-à-dire l'incarnation juridiquement formalisée de l'identité et des volontés politiques de cette unité, exprimées par la décision souveraine. Au sein de l'État fondé – lui-même compris comme « *unité essentiellement politique* »⁹⁹⁵ –, c'est donc la constitution qui devient ce cadre permettant l'expression d'une « *unité politique, capable d'action politique* »⁹⁹⁶. En ce sens, l'affirmation des libertés politiques est prise en charge et exprimée par la constitution⁹⁹⁷. Le juriste allemand combine⁹⁹⁸ la notion d'identité avec celle de représentation, s'approchant ainsi – seulement dans sa terminologie – de la conception machiavélienne de la liberté politique. Pour preuve, Schmitt admet qu'il n'y a

⁹⁹³ On rappellera néanmoins l'acception restreinte, parce que raciale, de la notion de nation chez Schmitt, qui se résume en réalité à une unité politique disposant d'une identité homogène. Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1, A, 1.

⁹⁹⁴ Sébastien ROMAN, *Conflit civil et imaginaire social – Une approche néo-machiavélienne de la démocratie par l'espace public dissensuel*, École Normale Supérieure de Lyon, 2011, p. 229.

⁹⁹⁵ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 84. Voir encore : Carl SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, Seuil, 1985, p. 144. Schmitt explique que l'« État [...] tire sa force et sa puissance » des contenus et des valeurs d'un groupement suffisamment uni et soudé, appelé à devenir l'unité politique dominante.

⁹⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁹⁷ Pour autant, cela ne signifie pas que la constitution épuise la capacité politique de l'unité politique qu'elle incarne. Voir en ce sens : Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 212 : « *édicter une constitution ne peut en aucun cas épuiser, absorber ou consommer le pouvoir constituant. Le pouvoir constituant n'est pas abrogé ou évacué parce qu'il s'est exercé une fois* ».

⁹⁹⁸ *Id.*, p. 342-343. S'il semble d'abord opposer les notions d'identité et de représentation, Schmitt conclut à une combinaison des deux notions, dès lors qu'elles apparaissent nécessaires à l'existence durable de l'État et de la liberté politique. Il note ainsi : « *Dans la réalité de la vie politique, il n'y a pas d'État qui pourrait renoncer à tous les éléments structurels du principe d'identité, et pas davantage d'État qui pourrait renoncer à tous ceux de la représentation* » (p. 343).

finalement « *pas d'État sans représentation* »⁹⁹⁹. Autrement dit, le décisionnisme fondateur – en tant qu'expression radicale de la volonté politique – semble pris en charge, dans le cadre de l'État fondé, par la notion de représentation formalisée par la loi, capable de « *rendre visible et actuel un être invisible par le truchement d'un être publiquement présent* »¹⁰⁰⁰. Il n'affirme cependant pas, comme l'a fait Machiavel, qu'une telle représentation doive se concevoir dans une perspective plus large que celle de la seule unité politique dominante. Si ces deux auteurs envisagent d'une manière identique la nécessité d'une liberté politique comme moyen de stabilité étatique, l'on doit relever que Machiavel s'écarte de nouveau du décisionnisme fondateur comme mode exclusif de diffusion du pouvoir politique, alors que Schmitt y demeure enraciné.

2. L'impérative représentation de la nation

Dans une perspective théorique, l'on a pu envisager¹⁰⁰¹, notamment avec James Harrington, Frederick Jackson Turner, ou encore Jean-Jacques Rousseau, la nécessaire reconnaissance de libertés politiques à tous comme moyen de stabilité étatique. Les proclamations républicaines suivant la phase révolutionnaire sont l'occasion de donner une dimension concrète à de tels présupposés. Comme à propos des libertés individuelles, la loi ne vise ici qu'à donner corps aux libertés issues du décisionnisme, et puisqu'elle est imprégnée de ce décisionnisme, elle ne fait, comme lui, qu'affirmer des libertés, sans les garantir concrètement, tout en considérant que cela permettra la stabilité étatique. Ainsi, la loi abolissant l'Office royal dispose que « *la préservation et la défense du [...] Commonwealth* »¹⁰⁰² – c'est-à-dire sa stabilité – supposent l'affirmation du principe selon lequel « *l'autorité suprême* »¹⁰⁰³ réside dans la nation ayant usé d'une décision, et non dans la monarchie vaincue. De même, le texte instaurant la République du premier *Commonwealth* anglais dispose que l'État ne peut être gouverné de façon pérenne qu'au travers de l'affirmation de libertés issues du décisionnisme de l'unité politique victorieuse, c'est-à-dire par « *l'autorité suprême de cette nation, les représentants du peuple au*

⁹⁹⁹ *Id.*, p. 344.

¹⁰⁰⁰ *Id.*, p. 347.

¹⁰⁰¹ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1, A, 2.

¹⁰⁰² Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 386-387.

¹⁰⁰³ *Id.*, p. 387.

Parlement »¹⁰⁰⁴, épurée des Lords ennemis¹⁰⁰⁵. Les Articles de la Confédération prévoient également l'impérative reconnaissance d'une participation politique comme moyen de stabilité étatique, mais sans mécanisme de garantie. L'article 2 de ce texte se contente ainsi de disposer que chaque État conserve, au-delà de ses libertés individuelles, « *sa souveraineté [...], son indépendance et tous les pouvoirs* »¹⁰⁰⁶, précisément affirmés par le décisionnisme souverain déployé en 1776. La Constitution française de 1793 procède de cette même volonté d'aboutir à une stabilité républicaine, en reproduisant dans la loi le premier décisionnisme révolutionnaire. En effet, afin de permettre le « *bonheur commun* »¹⁰⁰⁷ que procure la stabilité républicaine, la Constitution de l'An I dispose, après que le roi ait été exécuté et que l'Assemblée nationale constituante ait éradiqué la possibilité d'accaparement du pouvoir politique de l'ennemi monarchique dans son ensemble, que « *la population est la seule base de la représentation nationale* »¹⁰⁰⁸. Par là même, l'on perçoit combien le droit nouveau est imprégné du décisionnisme issu de l'unité politique nationale. C'est en effet à cette unité qu'il revient de nommer « *immédiatement ses députés* »¹⁰⁰⁹, et de délibérer sur les lois¹⁰¹⁰. Nicolas Nitsch souligne cette omnipotence de l'unité politique, fruit de l'insertion du décisionnisme fondateur au sein de l'ordre nouveau, précisant que dans le texte de 1793, tout pouvoir, y compris exécutif, procède uniquement et « *directement du peuple et de l'Assemblée à la fois* »¹⁰¹¹. Ainsi, de tout côté, la loi reproduit le schéma de fonctionnement du décisionnisme souverain exprimé par l'unité politique, puisque comme lui, elle affirme des libertés sans leur attacher de garanties concrètes.

L'on peut s'étonner, au regard de la violence ayant été nécessaire à la reconnaissance de libertés individuelle et politique, de la difficulté à les acquérir, mais

¹⁰⁰⁴ *Id.*, p. 388.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁰⁶ États-Unis, *Articles de la Confédération*, 15 novembre 1777, art. 2.

¹⁰⁰⁷ France, *Constitution de l'An I*, 24 juin 1793, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 1^{er}.

¹⁰⁰⁸ *Id.*, (Acte constitutionnel) art. 21.

¹⁰⁰⁹ *Id.*, art. 8.

¹⁰¹⁰ *Id.*, art. 10. En effet, le texte de 1793 prévoit que les lois que vote le Corps législatif ne peuvent devenir effectives que si, dans un délai de quarante jours après son envoi, elles n'ont pas été contestées par la moitié des départements plus un, à raison d'un dixième des électeurs par département (art. 59). S'il y a contestation, un référendum est organisé (art. 60).

¹⁰¹¹ Nicolas NITSCH, « Constitution française de 1791 », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/constitution-francaise-de-1791/]. L'auteur précise : « *Le dernier trait caractéristique de cette Constitution réside dans la concentration des pouvoirs au profit du Corps législatif. Celui-ci élit le Conseil exécutif, l'équivalent du gouvernement, sur une liste de noms présentés par les électeurs* ».

encore quant à leur rôle stabilisateur dans l'ordre nouveau, que le constitutionnalisme anglo-américain et français¹⁰¹² se cantonne à une affirmation, et non à une garantie plus explicite de ces libertés par la loi fondamentale. En effet, si l'on relève incontestablement la reconnaissance de telles libertés, aucun mécanisme juridique précis ne semble permettre leur garantie effective au plus grand nombre. Or, l'on sait que l'objectif de stabilité poursuivi par ces États se rattache à une volonté rigoureuse de réalisation égalitaire des libertés, puisqu'ils demeurent fidèles à une perspective jusnaturaliste, dotant chaque individu des mêmes droits. Pourtant, et presque paradoxalement, l'on verra que ce choix apparaît tout à fait logique dans la démarche constitutionnelle anglo-américaine et française, qui refuse donc dans un premier temps de garantir concrètement ces libertés.

§ 2. Un désaccord manifeste quant à la garantie constitutionnelle des libertés

Il est possible d'expliquer la démarche anglo-américaine et française – justifiant le choix de ne faire de l'outil constitutionnel qu'un simple moyen d'affirmation de libertés, et non de leur garantie concrète – en recourant tout autant à Machiavel qu'à Schmitt. En effet, l'on notera d'une part que l'appréhension de la nature humaine, opposant d'abord l'auteur de Florence à la pensée anglo-américaine et française, permet de comprendre, chez cette dernière, le refus de faire de la loi fondamentale un instrument de garantie des libertés individuelle et politique (A). D'autre part l'on remarquera, malgré un indépassable et persistant anachronisme, que la conception d'une norme positive faiblement prescriptive, reliant Schmitt au constitutionnalisme anglo-américain et français, éclaire encore le choix d'une loi ne garantissant pas les libertés (B).

¹⁰¹² Le constitutionnalisme français doit ici se distinguer de l'approche anglaise et américaine, dès lors qu'il semble, plus explicitement dans ses termes, garantir les libertés individuelles et politiques. Ainsi par exemple, la Constitution de 1791 garantit dans son titre premier des libertés individuelles telles que la liberté d'aller et venir (Titre I^{er}), et politiques telles que le droit d'adresser aux autorités des pétitions signées individuellement (*ibid.*). Cependant, une telle garantie constitutionnelle peut être relativisée sur deux points. D'une part, aucun mécanisme juridique ou juridictionnel ne permet concrètement de donner une effectivité à ces garanties. D'autre part, l'on souligne avec Jean-Louis Halpérin que « *la portée des affirmations de principe doit être nuancée par le rôle toujours reconnu à la loi [et non à la Constitution] pour organiser l'exercice de ces libertés* » (Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Flammarion, 2006, p. 43).

A. L'étonnante suffisance de l'homme bon

Si Machiavel envisage essentiellement l'homme comme étant « *malin, inique, emporté et cruel* »¹⁰¹³, la pensée anglo-américaine et française le dépeint au contraire sous l'angle de « *la bonne foi [et de] l'honneur* »¹⁰¹⁴ (1). Une telle divergence tend à assigner un rôle variable à la constitution quant à la garantie des libertés (2).

1. Une divergence quant à l'appréhension de la nature humaine

L'opposition distinguant Machiavel de la pensée anglo-américaine et française, concernant la conception de la nature humaine, permet, presque paradoxalement, d'éclairer le rôle pouvant être assigné à la loi positive. Dans un premier temps, et ainsi que l'explique François Terré, la conception machiavélienne renvoie à l'idée qu'il y a, irrémédiablement enraciné dans l'homme, « *un fond de méchanceté* »¹⁰¹⁵. La démarche du penseur italien permet d'aboutir, comme le montre Léo Strauss¹⁰¹⁶, à l'idée selon laquelle « *les hommes sont naturellement méchants* »¹⁰¹⁷, jaloux et égoïstes¹⁰¹⁸. Dans un second temps, par conséquent, l'accomplissement de l'égalitarisme de la loi naturelle, s'il est confié à l'homme seul et à son décisionnisme, paraît alors difficile, et surtout, semble entraîner d'inévitables conflits.

À l'inverse d'une telle approche, la conception anglo-américaine et française renvoie d'abord à une nature humaine qui est nécessairement « *bonne et juste* »¹⁰¹⁹. De fait, et en premier lieu, chaque homme est dépositaire d'un certain nombre de droits conférés par « *les lois de la nature* »¹⁰²⁰ intrinsèquement justes, comme l'atteste par exemple l'un

¹⁰¹³ Nicolas MACHIAVEL, Poésies et proses diverses, *Capitolo de l'Ambition*, Gallimard, 1952, p. 92.

¹⁰¹⁴ Thomas PAINE, *Le sens commun*, édition électronique de 2009, à partir de l'édition R. Vatar de 1793, p. 27.

¹⁰¹⁵ François TERRÉ, « Sur le phénomène de violence », *Archives de philosophie du droit*, n° 43, 1999, p. 246.

¹⁰¹⁶ Léo STRAUSS, *Pensées sur Machiavel*, Payot et Rivages, 2007, p. 313. L'auteur relève, à propos de Machiavel, que le « *principe de sa découverte réside dans le fait qu'il faut prendre comme point de repère non pas comment les hommes doivent vivre, mais comment ils vivent effectivement, [...] prendre en considération ce qui en l'homme est mauvais* ».

¹⁰¹⁷ *Id.*, p. 302.

¹⁰¹⁸ Nicolas MACHIAVEL, Poésies et proses diverses, *Capitolo de l'Ambition*, Gallimard, 1952, p. 93 : « *Chacun ne voit qu'avec peine le bonheur d'autrui, aussi s'applique-t-il sans trêve et sans relâche à le détruire* ».

¹⁰¹⁹ Dick HOWARD, *Aux origines de la pensée politique américaine*, Buchet-Chastel, 2004, p. 135.

¹⁰²⁰ États-Unis, *Déclaration unanime des treize États unis d'Amérique*, 4 juillet 1776.

des plus célèbres écrits de Thomas Jefferson¹⁰²¹. De même, Jean-Louis Bergel relève que la philosophie dominante, dans le XVIII^e siècle français, affirme l'idée d'une loi de nature contenant un « *idéal de justice* »¹⁰²². En second lieu, chaque individu, on l'a vu¹⁰²³, est doté d'une raison. Mais il s'agit ici de saisir qu'en plus de permettre sa préservation, c'est grâce à elle qu'il peut découvrir et user de droits pour accomplir son propre bonheur¹⁰²⁴, et pour nécessairement réaliser le bien, c'est-à-dire l'accomplissement de cet égalitarisme jusnaturaliste. Ainsi, la loi de nature inciterait l'homme, bon, à mettre en œuvre la « *primauté de la recherche de la justice* »¹⁰²⁵ sur toute autre considération. Ici, la réalisation des principes égalitaires et justes de la loi de nature peut donc être effectuée par l'homme seul, dès lors qu'il est bon. Une telle contradiction avec l'auteur de Florence éclaire nécessairement la fonction que remplira la loi positive dans un cas ou dans l'autre.

2. Une loi fondamentale aux compétences variables

Dans les deux perspectives évoquées, l'homme est dépositaire de certaines libertés, mais sa nature mauvaise engagera, chez Machiavel, le recours à un constitutionnalisme affirmant et garantissant par des procédés juridiques substantiels de telles libertés au plus grand nombre, puisque l'égoïsme¹⁰²⁶ des hommes suggère un palliatif juspositiviste permettant une telle réalisation. On peut ainsi affirmer, dans la perspective du Florentin, que « *croire à l'harmonie spontanée des intérêts, dès lors que chacun jouirait librement de*

¹⁰²¹ La Déclaration d'Indépendance de 1776 sous-tend en effet l'idée selon laquelle les lois de la nature, et celles du Créateur (« *Dieu de la nature* ») dotent les hommes de certains droits inaliénables, parmi lesquels se trouve le droit à la vie, la liberté, ou la recherche du bonheur. La supériorité de ces lois de nature, vis-à-vis des règles établies par le droit positif, réside dans le fait qu'elles sont intrinsèquement justes. Voir néanmoins sur ce point : Norberto BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, L.G.D.J., 1998, p. 215. L'auteur y discute une telle prétention au juste, rattachée à la prétendue capacité du droit naturel de révéler des règles universellement valides et applicables.

¹⁰²² Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, p. 23.

¹⁰²³ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, A, 2.

¹⁰²⁴ Voir sur ce point : Thomas PAINE, *Le sens commun*, édition électronique de 2009, à partir de l'édition R. Vatar de 1793, p. 27. L'auteur y explique que par la découverte de l'Amérique, « *la bonté de l'être suprême avait eu dessein d'ouvrir un sanctuaire aux objets des persécutions futures, lorsque leur patrie ne leur offrirait plus ni amitié ni sûreté* ». Les colons avaient donc été choisis par Dieu et emplis de sa bonté. L'indépendance des États-Unis s'annonçait alors comme l'instant où la bonté et la bienveillance « *des peuples du continent de l'Amérique* » devaient « *jeter leurs éternelles semences* » (*ibid.*).

¹⁰²⁵ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, p. 23.

¹⁰²⁶ Léo STRAUSS, *Pensées sur Machiavel*, Payot et Rivages, 2007, p. 302. On constate en ce sens avec Léo Strauss, que chez l'auteur florentin, « *ce que signifie essentiellement l'affirmation selon laquelle les hommes sont naturellement méchants, c'est qu'ils sont par nature égoïstes et poussés par leur seul amour de soi* ».

ses droits, c'est méconnaître la force destructive des égoïsmes »¹⁰²⁷. Ce présupposé sous-tend alors une loi positive et un État capables de maintenir ces droits, et ne pouvant pour ce faire se contenter de simplement les énoncer, mais devant les garantir effectivement. Ainsi, selon « *Machiavel, il est nécessaire que le législateur [...] contraigne [les hommes] à être bons* »¹⁰²⁸, en les empêchant d'incliner vers leur propension naturelle à s'accaparer des libertés au détriment des autres, précisément en aménageant des mécanismes parfois restrictifs, mais à tendance égalitaire.

En revanche, la conception anglo-américaine et française suggère d'abord un constitutionnalisme dont le seul enjeu est d'affirmer des libertés, sans à la fois recourir à des mécanismes permettant la garantie effective de leur applicabilité homogène. La loi positive n'a pas à assumer une telle tâche puisque, au regard de sa bonté naturelle, l'homme ne peut s'engager que vers un accomplissement et une garantie égalitaires de ses libertés. Une telle conception assigne donc à la loi un rôle différent que celui dévolu par Machiavel. Sa fonction est logiquement cantonnée à la simple énonciation de libertés individuelle et politique.

Dans le cadre anglo-américain, tout encadrement ou mécanisme de limitation visant à assurer l'effectivité des libertés au plus grand nombre est entendu comme une entrave aux droits que l'homme tient du fait de son existence. Leur acception de la « *société [...] vertueuse* »¹⁰²⁹ suggère donc une vision restrictive de la loi fondamentale, cette vision menant à une forme particulière de gouvernement, dont l'action sur les libertés se voit circonscrite par la constitution. En l'occurrence, le rôle de l'État est ici par principe minimal. Il doit au fond se limiter à sécréter des lois permettant aux individus d'exercer et d'organiser harmonieusement et de façon autonome leurs libertés, sans jamais limiter leur pleine expression. Ce jusrationalisme libéral s'oppose nécessairement à l'idée d'un État et d'un Exécutif forts, qui pourraient être dangereux, en portant atteinte ou en limitant les droits conférés à l'homme. Incidemment, et au-delà de cette approche vertueuse de l'homme, l'on perçoit sans nul doute une crainte issue des privations de libertés individuelle et politique exercées par un pouvoir monarchique anglais – tant sur le plan continental au

¹⁰²⁷ Michel SENELLART, « Republicanisme, bien commun et liberté individuelle : le modèle machiavélien selon Quentin Skinner », *Revue d'éthique et de théologie morale*, n° 193, 1995, p. 59.

¹⁰²⁸ *Ibid.*

¹⁰²⁹ Françoise BURGESS, *Les institutions américaines*, P.U.F., 1999, p. 36.

XVII^e, que colonial au XVIII^e siècle – particulièrement fort¹⁰³⁰. Que l'on se fonde sur l'idée d'un homme bon, ou sur celle d'une crainte de l'ordre monarchique liberticide, cette acception du rôle de l'État est tout autant perceptible dans le contexte anglais qu'américain. En effet, l'on doit noter que la République du premier *Commonwealth* anglais n'était pourvue, par les textes constitutionnels, que d'un semblant de pouvoir exécutif – voyant entièrement dépendre sa compétence d'une délégation du Parlement –, le Conseil d'État¹⁰³¹, institué par la loi du 13 février 1649¹⁰³². Concernant les États-Unis, la Constitution de 1777 établit un Congrès qui, bien que cumulant les fonctions législative et exécutive, « *dispose de pouvoirs restreints en matière [...] de commerce et de fiscalité* »¹⁰³³. En un mot, cet organe a « *des pouvoirs* »¹⁰³⁴, mais il n'a pas « *le pouvoir* »¹⁰³⁵. Un tel choix s'inscrit dans la volonté de Paine, qui considérant la sûreté comme l'un des seuls droits que le gouvernement doit avoir pour objet, précise que « *le mode de gouvernement, préférable à tout autre, est celui qui nous la garantit avec le moins de frais et le plus d'avantage* »¹⁰³⁶. Il n'est donc pas question que le pouvoir étatique puisse limiter les droits et libertés de quelque manière que ce soit. Le meilleur des gouvernements est bien ici celui qui gouverne le moins, laissant la place à un *self-government*¹⁰³⁷. Plus encore, l'on peut souligner, avec Denis Baranger, que chez l'auteur du *Common Sense*, la notion de constitution est envisagée comme la « *loi suprême adoptée par le peuple en vue de créer des institutions politiques aux compétences limitées* »¹⁰³⁸. Cette norme ne peut

¹⁰³⁰ Voir sur ce point : Dick HOWARD, *Aux origines de la pensée politique américaine*, Buchet-Chastel, 2004, p. 166. L'auteur compte, parmi les raisons expliquant le rejet d'un gouvernement et d'une loi omnipotents, les souvenirs de la monarchie. Ainsi note-t-il à propos du contexte américain – que l'on peut aisément appliquer au cadre anglais – qu'un tel raisonnement peut se comprendre « *chez un peuple qui venait de s'affranchir d'une monarchie dont l'Exécutif essayait de corrompre et de dominer le régime* ».

¹⁰³¹ Le Conseil d'État est composé de 41 membres, nommés par le Parlement pour un an, et est responsable devant lui. Il possède des pouvoirs étendus en matières civile, judiciaire et militaire, mais tire sa fonction exécutive d'une délégation du Parlement, concentrant l'ensemble des pouvoirs. Ce dernier conserve le droit exclusif de voter et de promulguer les lois. Parmi les membres de ce gouvernement collégial, 32 conseillers sont issus des Communes, et ont pris part, de manière plus ou moins directe, à la lutte contre le roi durant les deux guerres civiles. Parmi les plus connus, l'on peut citer, Henry Vane, mais aussi John Bradshaw, président du Conseil, qui avait été à la tête de la Haute Cour ayant condamné Charles I^{er}.

¹⁰³² Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 381-384 : *Act appointing a Council of State*.

¹⁰³³ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 97.

¹⁰³⁴ Jean-Michel LACROIX, *Histoire des États-Unis*, P.U.F., 2013, p. 95-115.

¹⁰³⁵ *Ibid.*

¹⁰³⁶ Thomas PAINE, *Le sens commun*, édition électronique de 2009, à partir de l'édition R. Vatar de 1793, p. 7.

¹⁰³⁷ Ce terme renvoie à l'idée d'un gouvernement autonome, et peut se traduire par gouvernement par soi-même.

¹⁰³⁸ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 3.

donc ici être qu'« *interprétée dans son sens le plus restrictif et le plus limitatif* »¹⁰³⁹, puisque tout en se bornant à la simple affirmation de libertés, elle empêche l'État de régir ou de garantir substantiellement ces dernières. Au fond, comme le remarque Ernst Cassirer, la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles anglo-américain, au regard de la nature humaine qu'elle érige, tend à considérer qu'il doit demeurer « *une certaine sphère de la vie et de la liberté individuelle [...] inaccessible à l'État* »¹⁰⁴⁰. De fait, le constitutionnalisme anglo-américain révèle – au contraire de la perspective machiavélienne – que la nature vertueuse des hommes permet une capacité d'auto organisation tendant à une relative inutilité de la loi positive et de l'État quant à la garantie effective des libertés, dès lors que les individus peuvent en harmoniser et en préserver l'exercice au bénéfice de tous. Jürgen Habermas synthétise parfaitement cette position dans son analyse de la pensée de Jefferson, expliquant que « *dès que la société s'organise par elle-même, le pouvoir répressif de l'État peut disparaître en même temps que les lois formelles* »¹⁰⁴¹. Tout renvoie finalement à l'idée selon laquelle l'homme serait, en lui-même, cette sorte de norme autonome de réalisation des principes égalitaires de la loi naturelle.

La conceptualisation française procède d'une logique distincte, mais semble aboutir, elle aussi dans un premier temps, à une loi fondamentale aux compétences restreintes concernant la garantie des libertés. À ce titre, Dominique Rousseau développe l'idée selon laquelle une certaine interprétation de l'article 16 de la Déclaration de 1789, a pu amoindrir la volonté de garantir effectivement les libertés par la loi fondamentale. En effet, si l'idée de garantie n'était pas pour autant rejetée, il constate que « *les hommes de 1789 et, par la suite, les constituants, considéraient cette protection comme la conséquence nécessaire d'une limitation du pouvoir obtenue par sa division* »¹⁰⁴². Ainsi, tous s'accordaient sur l'idée que « *la liberté [et sa garantie effective] dépendait de l'organisation constitutionnelle des rapports entre les pouvoirs publics* »¹⁰⁴³, davantage que de mécanismes concrets de protection. En ce sens, la Constitution de 1791 instituait d'ailleurs « *une séparation des pouvoirs tranchée* »¹⁰⁴⁴. Or, il apparaît justement que « *la séparation*

¹⁰³⁹ Françoise BURGESS, *Les institutions américaines*, P.U.F., 1999, p. 36.

¹⁰⁴⁰ Ernst CASSIRER, *Le mythe de l'État*, Gallimard, 1993, p. 195.

¹⁰⁴¹ Jürgen HABERMAS, *Théorie et pratique*, Payot et rivages, 2006, p. 129.

¹⁰⁴² Dominique ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de constitution », *R.D.P.*, 1990, p. 5.

¹⁰⁴³ *Ibid.*

¹⁰⁴⁴ Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Lextenso/ L.G.D.J., 2010, p. 366.

*des pouvoirs se révèle incapable, en pratique, d'assurer la liberté [...] des citoyens »*¹⁰⁴⁵. Divers événements¹⁰⁴⁶ survenant sous l'empire du texte de 1791 prouveront d'ailleurs que la division des pouvoirs, aussi rigide soit-elle, est impropre à garantir effectivement les libertés individuelle et politique. Bien que procédant d'une logique différente, le constitutionnalisme français aboutit lui aussi à l'idée selon laquelle il n'est pas nécessaire que cette loi recoure – outre une séparation des pouvoirs en l'espèce inefficace – à des mécanismes spécifiques de garantie des libertés. De nouveau, c'est la croyance en l'éthique politique de l'homme bon qui semble rendre vain un tel recours. Ce rôle restrictif conféré à la loi fondamentale peut encore s'expliquer au travers d'un rapprochement inattendu entre la pensée schmittienne et le constitutionnalisme anglo-américain et français.

B. La faiblesse prescriptive de la loi positive

Au-delà de la pensée machiavélienne, et d'une manière *a priori* paradoxale, le jusnaturalisme anglo-américain et français peut également être rapproché du constitutionnalisme schmittien, car tous s'accordent sur la faiblesse prescriptive de la loi positive, supposant qu'elle doive affirmer mais ne jamais garantir les libertés. Une telle conception s'explique tout à la fois par la supériorité (1) et la préexistence (2) des libertés naturelles vis-à-vis de la loi positive.

1. La supériorité des libertés naturelles sur la loi positive

L'on relève chez Schmitt, autant que dans le cadre anglo-américain et français, la supériorité de la notion de liberté naturelle sur celle de loi positive. Alors que le jusnaturalisme français envisage, avec le juriste allemand, la loi positive sous l'angle d'une hétéronomie vis-à-vis d'un décisionnisme porteur de libertés naturelles, la pensée anglo-américaine comprend cette même norme positive comme un interdit limitant l'expression de libertés naturelles. Inférieure en toute hypothèse, la loi positive semble

¹⁰⁴⁵ Dominique ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de constitution », *R.D.P.*, 1990, p. 6.

¹⁰⁴⁶ La journée du 10 août 1792 prouve l'incapacité de la Constitution à empêcher une violence portant atteinte aux libertés. Plus encore – et même si le texte de 1791 ne s'applique plus pleinement à partir de la fin de l'été 1792 –, le massacre de prêtres réfractaires et de contre-révolutionnaires retenus dans les prisons parisiennes, perpétré les 3 et 6 septembre 1792, démontre un « *déferlement de violences, que les députés n'osent pas condamner* » (Jean-Clément MARTIN, Marc THIVOLET, « Révolution française », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandieuniv.fr/encyclopedie/revolution-francaise/>]).

incapable de garantir l'effectivité de libertés lui étant qualitativement supérieures, et se trouve alors logiquement dotée d'une véritable faiblesse prescriptive.

L'auteur allemand considère en effet le décisionnisme – en tant que liberté d'affirmer un droit d'existence et de préservation – supérieur à la loi positive. À ce titre, il rappelle que « *la constitution n'est [...] rien d'absolu dans la mesure où elle n'est pas née d'elle-même* »¹⁰⁴⁷, mais bien plutôt issue de l'affirmation de la liberté de l'unité politique, exprimée au travers de sa volonté propre. En ce sens, « *toute espèce de normation juridique, et même la réglementation légisconstitutionnelle, présuppose l'existence d'une telle volonté* »¹⁰⁴⁸, de sorte que « *sa validité juridique ne procède pas [...] de la justesse normative de son contenu* »¹⁰⁴⁹, mais bien de la « *volonté politique existante de celui qui la donne* »¹⁰⁵⁰. D'une manière comparable, la pensée jusnaturaliste française suggère qu'il est des « *valeurs qui l'emportent sur celles que consacrent les hommes et l'État* »¹⁰⁵¹, supposant une nécessaire supériorité des libertés naturelles sur les lois positives. Comme chez le penseur allemand, les droits naturels de l'homme renvoient donc à des « *principes non écrits supérieurs au droit positif et qui s'imposent à lui* »¹⁰⁵². Il apparaît alors évident que la « *philosophie des droits de l'Homme* »¹⁰⁵³ vise à « *contraindre les acteurs juridiques à transposer les droits naturels subjectifs dans le droit positif* »¹⁰⁵⁴, au point que le second procède et dépend des premiers. La pensée anglo-américaine postule une même supériorité, mais au travers d'un angle différent.

Le libéralisme politique anglo-américain semble également établir une hiérarchie permettant « *d'imposer la primauté des droits subjectifs des individus sur le droit objectif de l'État* »¹⁰⁵⁵. Mais plutôt que de s'appuyer sur l'idée d'une hétéronomie – comme chez Schmitt et dans la pensée française – il envisage les droits naturels comme libertés, et la loi

¹⁰⁴⁷ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 152.

¹⁰⁴⁸ *Id.*, p. 152-153.

¹⁰⁴⁹ *Id.*, p. 152.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

¹⁰⁵¹ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, p. 24.

¹⁰⁵² *Id.*, p. 23.

¹⁰⁵³ Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Dalloz, 2005, p. 22. Il n'est pas question ici de rattacher l'auteur au jusnaturalisme, dès lors qu'il s'inscrit dans le positivisme sociologique. Il s'agit de constater, avec lui, le positionnement de la philosophie des droits de l'Homme vis-à-vis de l'articulation entre droit naturel et droit positif.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵⁵ Fabien BOTTINI, « L'État, la régulation et l'idée de moralisation », *L'État interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, Fabien BOTTINI (dir.), l'Harmattan, 2012, p. 135.

positive comme interdiction ou entrave. Selon Thomas Hobbes par exemple, « *droit et loi diffèrent [...] comme liberté et obligation* »¹⁰⁵⁶. Si l'on ne peut, chronologiquement¹⁰⁵⁷, associer ce penseur au libéralisme dans son sens propre, nombre d'auteurs l'insèrent néanmoins dans la généalogie du libéralisme politique¹⁰⁵⁸. Locke envisage également les droits comme conférant aux individus « *la parfaite liberté d'ordonner leurs actions* »¹⁰⁵⁹, mais souligne les « *limites de la loi* »¹⁰⁶⁰. Dans le contexte américain, l'on retrouve également l'idée de droits naturels entendus comme pouvoir d'autodétermination et comme « *liberté d'agir* »¹⁰⁶¹, alors qu'est associée à la loi positive une notion d'interdit et d'obligation, parfois péjorative. Ainsi, les droits issus de la nature humaine, dès lors qu'ils se comprennent comme une liberté intrinsèque à l'homme, sont supérieurs à une loi positive externe, nécessairement inférieure puisque restrictive. De tout point de vue, une telle hiérarchisation demeure imprégnée d'une logique de supériorité du jusnaturalisme vis-à-vis du juspositivisme, où « *le droit naturel rend possible l'application du droit positif en ce sens qu'il en fonde la légitimité* »¹⁰⁶². À cet égard, il apparaît impossible d'envisager qu'une norme positive puisse protéger effectivement des libertés qui, par principe, lui sont supérieures. Autrement dit, il semble tout à fait logique que la loi positive, dépendante de l'affirmation de libertés naturelles dans le contexte schmittien et français, ou bien privative de libertés dans la pensée anglo-américaine, ne puisse posséder une force prescriptive permettant d'assurer leur garantie réelle. Cette supériorité supposée des droits naturels mène en réalité à leur attribuer des propriétés qu'ils ne possèdent pas.

¹⁰⁵⁶ Thomas HOBBS, *Léviathan*, Sirey, 1971, p. 128.

¹⁰⁵⁷ Le libéralisme, au sens propre du terme, renvoie en effet au libéralisme classique se développant à partir du XVIII^e siècle, notamment grâce Adam Smith, Jeremy Bentham ou Stuart Mill.

¹⁰⁵⁸ Voir en ce sens : Léo STRAUSS, « Remarques sur la notion de politique », *Parlementarisme et démocratie*, Carl SCHMITT, Seuil, 1985, p. 189-215. L'auteur y définit tout simplement Hobbes comme « *le fondateur du libéralisme* » (p. 198). Voir encore : Marc PARMENTIER, « Hobbes et le libéralisme », *Cahiers philosophiques*, n° 116, 2008, p. 87-104. Voir enfin : Carl SCHMITT, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, Seuil, 2002. Schmitt, bien que voyant en Hobbes une réelle richesse intellectuelle « *en vues politiques et en formules prégnantes* » (p. 142), l'associe à un libéralisme qu'il combat, puisque chez l'auteur anglais, « *la "relation entre protection et obéissance" est le pivot de la construction de l'État* » (p. 132). Elle se concilie donc « *très bien avec les concepts et les idéaux de l'État de droit bourgeois* » (*ibid.*) et avec ceux de la pensée libérale.

¹⁰⁵⁹ John LOCKE, *Le second traité du gouvernement – Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, P.U.F., 1994, p. 5.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*

¹⁰⁶¹ Thomas PAINE, *Rights of Man*, Penguin Books, 1985, p. 41 (notre traduction).

¹⁰⁶² Norberto BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, L.G.D.J., 1998, p. 42. L'auteur présente ici la conception de Hobbes – opposée à celle de Kant –, pour qui le droit « *est entièrement positif, sauf dans le procédé de légitimation* » (*ibid.*).

2. La préexistence des libertés naturelles

Au-delà de cette supériorité des droits naturels, la faiblesse prescriptive de la loi positive peut s'expliquer, chez Schmitt et dans le constitutionnalisme anglo-américain et français, par la préexistence durable des libertés naturelles par rapport au juspositivisme, conduisant ainsi à la possible effectivité de ces libertés, même en l'absence d'une constitution.

Cette idée de préexistence est tout à fait visible chez le juriste allemand lorsque, expliquant la manière dont sont fondées les constitutions, il distingue la notion de contrat d'État, ou contrat social, de celle de pacte constitutionnel. L'idée de contrat est entendue comme le moyen de fonder « *l'unité politique d'un peuple ex nihilo* »¹⁰⁶³. En telle hypothèse, la constitution fonde une unité politique à laquelle elle confère et garantit des libertés puisque le peuple désuni, incapable de les affirmer, ne les possède finalement pas, et ne peut davantage les préserver. En revanche, dans le pacte constitutionnel, l'unité est présupposée¹⁰⁶⁴, de sorte que, déjà consciente de ses choix particuliers d'existence, elle a été « *capable d'agir* »¹⁰⁶⁵ pour affirmer et préserver ses libertés individuelle et politique par un décisionnisme radical. Autrement dit, dans ce cas, puisque l'unité politique est déjà existante, elle est capable d'exprimer de telles libertés, et en est donc effectivement détentrice, en dehors de toute présence du droit positif. Elle les exerce d'ailleurs pour fonder un ordre constitutionnel positif s'y rattachant, et qui leur est nécessairement postérieur. D'une manière tout à fait proche, le jusnaturalisme libéral anglo-américain révèle la préexistence de libertés naturelles par rapport à la loi positive, dès lors que ces dernières sont inhérentes à l'homme. Jürgen Habermas explique sur ce point, avec justesse :

« Dans la conception libérale du droit naturel, les droits fondamentaux correspondent aux lois d'un commerce antérieur à la formation de l'État, dont la substance provient d'un état de nature ou d'une société demeurée naturelle et se maintient telle quelle dans le cadre de l'ordre politique »¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶³ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 195.

¹⁰⁶⁴ *Id.*, p. 195-196.

¹⁰⁶⁵ *Id.*, p. 195.

¹⁰⁶⁶ Jürgen HABERMAS, *Théorie et pratique*, Payot et rivages, 2006, p. 129.

Dans le contexte anglais précisément, cette préexistence se retrouve aussi dans la pensée de l'Ancienne Constitution¹⁰⁶⁷ présidant au premier mouvement révolutionnaire, et développant avec un idéalisme déroutant¹⁰⁶⁸ une immémorialité des libertés naturelles du peuple qui se suffirait à elle-même. En ce sens, Edmund Burke explique par exemple qu'au regard de la préexistence de ces libertés inaliénables¹⁰⁶⁹, celles-ci peuvent s'affirmer pleinement sans cadre de droit positif¹⁰⁷⁰, qu'il soit préalable ou même postérieur. De même, Turner explique que la « révolution américaine »¹⁰⁷¹ des années 1770, fut précisément la période « *durant laquelle on confondit parfois la liberté [...] avec l'absence de tout gouvernement effectif* »¹⁰⁷², dès lors que l'utopique homme bon possédait une autonomie préalable permettant de jouir de droits naturels, et rejetant toute autorité ainsi que toute norme positive postérieure de garantie. Montesquieu évoque cette même antériorité lorsqu'il explique qu'il y avait des « *rapports de justice possibles [...] avant qu'il y eût des lois faites* »¹⁰⁷³. Bien que d'une manière plus pragmatique, les mots d'Isaac Le Chapelier renvoient à une même idée lorsqu'il évoque, dans l'exposé des motifs de sa loi s'opposant aux corporations propres à l'Ancien Régime, qu'il existe d'« *immortels droits de l'homme* »¹⁰⁷⁴ que la Constitution nouvelle doit préserver. Dans la conception française, cette préexistence des droits naturels provient notamment de l'idée qu'ils jouissent d'une forme de permanence, car sont nécessairement issus « *de la croyance en une nature humaine universelle et intangible* »¹⁰⁷⁵. La notion de droits naturels « *immuables* »¹⁰⁷⁶ dans le jusnaturalisme français résume cette idée de préexistence. Ainsi, « *la liberté est le bien premier, antérieur à la loi* »¹⁰⁷⁷. Capables de s'affirmer avant et en dehors de toute positivité, il est donc logique que ces droits puissent « *exister*

¹⁰⁶⁷ Sur la pensée de l'Ancienne Constitution, voir : Myriam-Isabelle DUCROCQ, « James Harrington (1611-1677), critique dissident de la doctrine *common law* », *Cercles*, n° 24, 2012, p. 4-14.

¹⁰⁶⁸ *Id.*, p. 4.

¹⁰⁶⁹ Edmund BURKE, *Réflexions sur la Révolution de France*, Hachette Littératures, 2004, p. 42. L'auteur souligne lui-même le terme d'« *héritage inaliénable* ».

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

¹⁰⁷¹ Frederick Jackson TURNER, *La frontière dans l'histoire des États-Unis*, P.U.F., 1963, p. 26.

¹⁰⁷² *Ibid.*

¹⁰⁷³ Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 88.

¹⁰⁷⁴ Isaac LE CHAPELIER, « Discours du 29 septembre 1791 », *Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, p. 26.

¹⁰⁷⁵ Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Dalloz, 2005, p. 24.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷⁷ Mona OZOUF, « Liberté », *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Tome 4, François FURET, Mona OZOUF, Flammarion, 2017, p. 260.

*indépendamment de l'intervention des acteurs juridiques »*¹⁰⁷⁸. Ainsi, puisque les libertés naturelles sont effectivement parvenues à exister avant que soit formulé un juspositivisme, il ressort qu'elles peuvent être garanties sans lui, de sorte que ce dernier n'a pas à jouir d'une force prescriptive particulière concernant la garantie desdites libertés.

En conséquence, comme dans le cadre de la pensée schmittienne, l'on retrouve l'idée selon laquelle la conscience de la préexistence de libertés, ainsi que la capacité d'une unité politique à les affirmer effectivement, vaut garantie de ces dernières. Schmitt défend ce point de vue en soulignant que « *lors de la fondation de nouveaux États – comme en 1775 pour les États-Unis – [...], cet aspect de la constitution comme décision consciente »*¹⁰⁷⁹ de l'unité politique qui fixe sa volonté d'existence propre « *dans sa forme [...] concrète, apparaît avec une netteté extrême »*¹⁰⁸⁰. En conséquence, et dans le droit fil schmittien, le jusnaturalisme conclut d'abord à l'inutilité de garanties positives, et évince l'idée contractuelle d'un constitutionnalisme garant des libertés, au profit d'un pacte constitutionnel se bornant à réaffirmer, dans l'état social, l'existence de ces libertés. C'est à cette conclusion que Jürgen Habermas aboutit. Selon lui, puisqu'il n'y a pas dans ce jusnaturalisme libéral¹⁰⁸¹ « *de distinction rigoureuse entre l'état de nature et l'état social »*¹⁰⁸², alors « *la société elle-même fait partie de la Nature et ne naît aucunement par contrat »*¹⁰⁸³. On est au contraire dans une perspective de pacte, puisque la constitution se limite à « *confier à un gouvernement la charge révocable de sanctionner les droits naturels »*¹⁰⁸⁴ déjà existants, c'est-à-dire le simple rôle de les formaliser juridiquement. En ce sens, c'est bien encore l'idée de pacte qui prime, au détriment d'une conception contractuelle. Le rejet de cette dernière conception traduit finalement l'idée que l'existence durable de libertés, en dehors de toute législation positive, est possible dès lors qu'un groupement est suffisamment uni pour être capable de les affirmer radicalement par la décision souveraine. Plus encore, cette capacité est ici interprétée comme un moyen de les

¹⁰⁷⁸ Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Dalloz, 2005, p. 22.

¹⁰⁷⁹ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 152.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*

¹⁰⁸¹ La pensée jusnaturaliste libérale anglo-américaine semble, sur ce point précis, proche des physiocrates. Pour autant, une assimilation absolue de ces deux pensées est inenvisageable dans la mesure où les seconds ne souscrivent pas pleinement à la pensée des premiers. À certains égards, les physiocrates se révèlent même de farouches opposants à la pensée libérale, qu'incarnent notamment Jefferson et Paine.

¹⁰⁸² Jürgen HABERMAS, *Théorie et pratique*, Payot et rivages, 2006, p. 125.

¹⁰⁸³ *Ibid.*

¹⁰⁸⁴ *Id.*, p. 129.

garantir, de sorte que Schmitt, ainsi que le constitutionnalisme anglo-américain et français, semblent dangereusement associer – et finalement confondre – la capacité d’expression de libertés avec leur possible conservation durable.

Cet amalgame est perceptible de tout point de vue. Ainsi, l’acte de donner une constitution par le geste décisionniste – qui comme le rappelle Olivier Beaud¹⁰⁸⁵ renvoie notamment¹⁰⁸⁶ à la norme constitutionnelle elle-même – ne contient pas, « *en tant que tel* [...] *telles ou telles normations particulières* »¹⁰⁸⁷ préservant les libertés, mais ne fait que formaliser l’affirmation d’une forme particulière d’existence. Cette norme ne s’entend donc pas comme garante de libertés, car ce qui préserve ces dernières et constitue la communauté d’amis n’est pas « *la régulation du conflit sous le contrôle et la garantie de l’État* »¹⁰⁸⁸ et de sa loi positive, mais plutôt « *le fait [pour cette communauté] de se mettre elle-même en danger en allant au-devant de l’antagonisme qu’elle doit surmonter* »¹⁰⁸⁹, en recourant à cette capacité décisionnelle radicale d’affirmer un droit d’existence et de préservation contre l’ennemi. Edmund Burke, dont le recul intellectuel¹⁰⁹⁰ invite à élargir sa réflexion au-delà des seuls événements anglais, adopte un positionnement similaire lorsqu’il explique que c’est bien « *la révolution* »¹⁰⁹¹, en tant qu’affirmation libre et radicale d’une unité politique, qui a permis la conservation des antiques et incontestables libertés¹⁰⁹². Comme chez l’auteur allemand, l’affirmation violente – puisque révolutionnaire – d’une volonté de reconnaissance de libertés semble suffire à les préserver. Ainsi, l’existence et la garantie de libertés ne dépend pas d’une loi positive, mais plutôt de la capacité d’une unité politique d’en décider souverainement.

¹⁰⁸⁵ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 152. Note d’Olivier Beaud.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.* Olivier Beaud précise que l’acte constituant renvoie à l’auteur de l’acte posant la norme tout autant qu’à la norme constitutionnelle elle-même.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸⁸ Étienne BALIBAR, « Le Hobbes de Schmitt, le Schmitt de Hobbes », préface, *Le Léviathan dans la doctrine de l’État de Thomas Hobbes : sens et échec d’un symbole politique*, Carl SCHMITT, Seuil, 2002, p. 38.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ En effet, l’auteur s’intéressera aux revendications des colonies américaines, qu’il soutiendra à diverses reprises, notamment dans ses *Considérations sur la cause des mécontentements actuels*, en 1770, autant qu’aux événements français, au travers de ses *Réflexions sur la Révolution de France*. Incidemment, l’on relèvera que l’auteur, bien que fervent soutien à la révolution américaine, s’opposera à celles survenues en Angleterre autant qu’en France. En ce sens, il apparaît comme l’un des fondateurs de la pensée conservatrice britannique.

¹⁰⁹¹ Edmund BURKE, *Réflexions sur la Révolution de France*, A. Égron, 1823, p. 52.

¹⁰⁹² *Ibid.*

Un tel amalgame est problématique parce qu'il suppose de maintenir effective en permanence l'unité politique. Or, l'on doit désormais observer qu'un tel maintien aboutit, dans le cadre anglo-américain et français, à une logique d'unité politique exclusive, et empêche donc la réalisation de l'égalitarisme jusnaturaliste auquel prétendent pourtant les penseurs et constitutionnalistes de ces époques. Cette logique « excluante », puisqu'elle engendre des inégalités, replonge l'Angleterre, l'Amérique et la France dans le schéma déjà connu de l'exception perpétuelle, redoutée par Machiavel, mais soutenue par Schmitt.

Section 2 : Les conséquences de l'absence de mécanismes de garantie des libertés

Puisqu'il se refuse à garantir réellement, par la loi positive, un égalitarisme dans la jouissance des libertés, le constitutionnalisme anglo-américain et français s'éloigne encore de Machiavel et s'approche davantage de Schmitt, car il entraîne une captation des libertés individuelle et politique au seul profit d'une unité politique dominante, et finalement exclusive (§ 1). Une telle inégalité replonge nécessairement le régime naissant dans une situation exceptionnelle (§ 2).

§ 1. La captation des libertés par une unité politique dominante

Le cantonnement de la loi à la seule affirmation de libertés révèle autant la crainte d'une législation liberticide que la confiance en la capacité de l'homme bon de réaliser par lui-même la garantie d'un universalisme dans la jouissance de ces libertés. Mais derrière cette apparente volonté de reproduire au sein de l'État une jouissance radicalement égalitaire des libertés individuelle et politique, l'on perçoit une réalité révolutionnaire ne révélant qu'un universalisme de circonstance (A). Dès lors que la loi n'est pas comprise comme garante d'égalité, mais comme devant affirmer les libertés telles que conçues par ce jusnaturalisme faussement universaliste mais véritablement concurrentiel, elle va produire une inégalité dans la jouissance de ces dernières (B).

A. Un universalisme par défaut

L'enjeu d'une fondation républicaine durable, dans le contexte anglo-américain et français des XVII^e et XVIII^e siècles, réside dans la capacité des constituants à organiser un modèle juridique permettant la restauration effective de principes jusnaturalistes pour lesquels les révolutionnaires se sont battus. Autrement dit, ce républicanisme semble animé par une volonté de reconnaissance de libertés individuelle et politique au plus grand

nombre, dès lors qu'une telle reconnaissance doit permettre une satisfaction de tous, propice à la stabilité sociale. Mais malgré cette apparente obsession égalitariste, le mouvement révolutionnaire anglo-américain et français semble, au travers d'un jusnaturalisme libéral exacerbé (1) autant que par un individualisme possessif (2), s'éloigner de la conception universaliste promise par le jusnaturalisme auxquels ils prétendent se rattacher.

1. Un universalisme subordonné au libéralisme anglo-américain

Par-delà leur vocation universaliste, visant une stabilité durable, les régimes postrévolutionnaires témoignent, dans un premier temps, d'une instabilité chronique. En effet, que l'on s'en tienne à la période anglaise, allant de 1649 à 1689, ou à la Confédération américaine, entre 1777 et 1787, l'on doit relever un commun échec à établir un régime pérenne. La cause d'une telle instabilité peut être recherchée dans divers éléments, notamment dans les conséquences qu'impliquent l'idéologie d'une nature humaine nécessairement bonne, et la valorisation des droits naturels au détriment de la loi positive. En effet, ces deux éléments supposent une autonomie et une liberté totales des individus quant à la réalisation de l'égalitarisme jusnaturaliste auquel il est supposé qu'ils aspirent. Or, cette autonomie – supposant tout à la fois l'action de l'individu et le rejet de la loi positive – dans l'obtention d'une reconnaissance effectivement égalitaire des libertés individuelle et politique, semble révéler un paradoxe intrinsèque, lui-même issu de la pensée libérale jusnaturaliste. Tant que ce paradoxe n'est pas surmonté, il est propre à empêcher l'avènement d'une telle égalité, et par conséquent empêche toute stabilité.

En effet, il faut d'une part relever que la pensée anglo-américaine témoigne d'un rattachement au jusnaturalisme moderne, lequel conçoit une loi naturelle permettant que « *chacun passe pour égal de tout autre* »¹⁰⁹³. Pierre Laurent développe à juste titre l'idée d'« *égalité interhumaine* »¹⁰⁹⁴, et d'égalité naturelle entre les hommes¹⁰⁹⁵, dans son analyse de la loi naturelle chez Pufendorf. On perçoit cette influence dans le mouvement révolutionnaire anglo-américain, qui comme on l'a vu, témoigne d'un

¹⁰⁹³ Samuel PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, Tome 1, Presses universitaires de Caen, 1987, p. 153-154.

¹⁰⁹⁴ Pierre LAURENT, *Pufendorf et la loi naturelle*, J. Vrin, 1982, p. 132.

¹⁰⁹⁵ *Id.*, p. 138.

universalisme – notamment développé par Harrington¹⁰⁹⁶ ou Paine¹⁰⁹⁷ – visible au travers de sa conception inclusive de l'unité politique, ou de l'« *égalité naturelle* »¹⁰⁹⁸. Bien que contextuel, voire opportuniste, cet universalisme semble néanmoins profondément ancré dans la pensée anglo-américaine des XVII^e et XVIII^e siècles. C'est d'ailleurs en ce sens que Danièle Frison remarque que dans le contexte anglais, c'est uniquement la détermination d'un ennemi commun qui rendit possible une unification élargie. Elle permit en effet aux forces économiques les plus avancées, et à « *l'armée révolutionnaire [...]* *d'associer les masses populaires* »¹⁰⁹⁹ à la lutte contre la monarchie, entraînant, dès 1648, la deuxième guerre civile de la première révolution anglaise dans une perspective plus étendue, permettant la revendication de libertés de la part du plus grand nombre, et aboutissant à un procès du roi engageant dans son jugement « *tout le peuple de cette nation* »¹¹⁰⁰. Le contexte américain ne diffère aucunement, puisque comme le souligne Françoise Burgess, « *les colons ne trouvèrent pas de motifs suffisamment forts pour surmonter leurs désunions avant d'estimer que leurs intérêts économiques étaient par trop lésés* »¹¹⁰¹, à cause d'un même ennemi britannique. Ici semble donc apparaître l'idée d'un universalisme égalitaire.

Mais, d'autre part, l'on doit souligner que la pensée révolutionnaire anglo-américaine procède d'une conception libérale bien davantage orientée vers l'idée de concurrence que vers celle d'égalité, propre à rompre l'universalisme de circonstance, issu d'une polarisation qu'exerce naturellement un ennemi commun. Ainsi, le constitutionnalisme de ces deux pays, irrigué d'un tel libéralisme, et se refusant à garantir un égalitarisme des libertés, va reproduire, dans la loi, une logique concurrentielle plutôt qu'égalitaire. Ceci est tout aussi visible dans les textes constitutionnels de la République du premier *Commonwealth* ou du Protectorat cromwellien, que dans la Constitution confédérale américaine, qui bien que reconnaissant des *libertés* individuelle et politique, n'évoquent à aucun moment le terme ou l'idée d'égalité dans leur exercice. Ce constitutionnalisme, on le verra, démontre que l'idée concurrentielle dont il se nourrit est

¹⁰⁹⁶ Voir en ce sens : Raymond POLIN, « Économie et politique au XVII^e siècle : l'« Oceana » de James Harrington », *Revue française de science politique*, n° 1, 1952, p. 24-41.

¹⁰⁹⁷ Voir en ce sens : Thomas PAINE, *Droits de l'Homme*, traduit par François Soulès, F. Buisson, 1791, notamment p. 95.

¹⁰⁹⁸ Géraldine MUHLMANN, Évelyne PISIER, François CHÂTELET, et al. , *Histoire des idées politiques*, Quadrige/P.U.F., 2012, p. 142.

¹⁰⁹⁹ Danièle FRISON, *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, Ellipses, 2005, p. 59.

¹¹⁰⁰ Bernard COTTRET, *Cromwell*, Fayard, 1992, p. 270.

¹¹⁰¹ Françoise BURGESS, *Les institutions américaines*, P.U.F., 1999, p. 12.

propre à engendrer, de nouveau, une inégalité dans la jouissance de telles libertés, au travers de leur captation par une unité politique dominante.

2. Les germes de l'individualisme possessif français

La conception française se distingue ici du présupposé anglo-américain, mais aboutit aux mêmes conséquences. En effet, elle suggère d'abord un jusnaturalisme universel visant une garantie égalitaire de libertés, mais conduit en réalité au rejet de cette approche, entraînant leur captation au profit d'une unité politique dominante. Ainsi, d'une part, et à l'instar de la conception précédemment évoquée, il faut observer d'abord un jusnaturalisme à vocation universelle – par exemple chez Montesquieu¹¹⁰² ou bien Rousseau –, selon lequel il existe « *dans l'état de nature une égalité de fait réelle et indestructible* »¹¹⁰³ entre les hommes. À ce titre, la fin du XVIII^e siècle français semble procéder d'une telle logique, puisque « *de nouveaux principes [y] sont affirmés en préalable à toute constitution, prioritairement à toute loi, créant l'égalité devant la loi* »¹¹⁰⁴, ou bien « *instituant le bien commun de la nation et l'universalisme des droits de l'homme comme objectif et horizon du politique* »¹¹⁰⁵. Le texte de 1789 consacre d'ailleurs cette forme d'égalité face à la loi.

Pourtant, d'autre part, il semble que cette « *poussée égalitariste présente dans la tradition française* »¹¹⁰⁶ puisse n'être qu'illusoire. Pire, elle pourrait apparaître comme cette « *maladie caractéristique des intellectuels bourgeois* »¹¹⁰⁷ ne supportant pas l'idée qu'ils ont en réalité pu contribuer « *à la création d'un régime politique et social – la démocratie moderne – dont l'effet est de faire fleurir, sur le sol semé par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, des inégalités matérielles absolument sans précédent* »¹¹⁰⁸. Jean-Louis Halpérin relève d'ailleurs en ce sens que le « *législateur révolutionnaire a consacré l'inégale répartition des richesses en défendant*

¹¹⁰² Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 88 : l'auteur rappelle que « *dans l'état de nature, les hommes naissent bien dans l'égalité* ».

¹¹⁰³ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Émile ou de l'éducation*, Livres IV, édition électronique complétée – université du Québec à Chicoutimi, 2002, p. 27.

¹¹⁰⁴ Jean-Clément MARTIN, Marc THIVOLET, « Révolution française », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/revolution-francaise/>].

¹¹⁰⁵ *Ibid.*

¹¹⁰⁶ Jean-Fabien SPITZ, « Rousseau et la tradition révolutionnaire française : une énigme pour les républicains », *Les études philosophiques*, n° 83, 2007, p. 453.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

l'individualisme possessif»¹¹⁰⁹ au mépris d'un bien commun suggérant la nécessaire garantie d'une égalité de jouissance, quant aux libertés individuelle et politique. Au fond, la volonté révolutionnaire de 1789 demeurerait marquée d'une ambivalence que François Furet caractérise comme les noces du capitalisme et des droits de l'homme¹¹¹⁰. Ainsi, bien que prônant une égalité « *profondément innovante par rapport à l'Ancien Régime* »¹¹¹¹, et témoignant d'une vocation universaliste, la Déclaration de 1789¹¹¹² et d'autres textes¹¹¹³ produiraient, dans le même temps, un universalisme par défaut ne faisant que « *miroiter aux déshérités un idéal d'égalité qui serait plus et autre chose que l'égalité des droits et la suprématie de la loi* »¹¹¹⁴. En effet, la valorisation absolue de la notion de liberté individuelle sur celle d'égalité universelle tend à produire une inégalité dans la jouissance des libertés au sein du corps social. En ce sens, Mona Ozouf constate que la préférence des révolutionnaires pour « *l'indépendance individuelle* »¹¹¹⁵ les mène à admettre un « *système censitaire, qui chasse du corps politique les non-propriétaires* »¹¹¹⁶, tant « *la possession d'un bien leur paraît la condition même pour ne pas dépendre d'un autre homme et pouvoir revendiquer la dignité du citoyen* »¹¹¹⁷. Les mots de Pierre-Louis Rœderer relatifs à *l'Esprit de la Révolution* semblent prendre tout leur sens ici, lorsqu'il explique que « *bien que la propriété, la liberté, l'égalité, soient inséparables [...] elles peuvent néanmoins être fort inégalement affectionnées [...], y être fort inégalement partagées, [...] et elles se prêtent à cette inégalité* »¹¹¹⁸. Ainsi, de tout point de vue, l'universalisme apparent semble devoir être relativisé, car le contexte révolutionnaire – au travers d'un jusrationalisme libéral ou d'un individualisme possessif en germe – sans rejeter radicalement l'universalisme, semble néanmoins aménager un espace propice à la captation des libertés individuelle et politique, non pas par l'universalité du corps social, mais par une unité politique dominante.

¹¹⁰⁹ Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Flammarion, 2006, p. 44.

¹¹¹⁰ François FURET, *La Révolution française*, Gallimard, 2007, p. 7-220 : *Penser la Révolution française*.

¹¹¹¹ *Id.*, p. 45.

¹¹¹² *Ibid.* L'auteur y voit les germes de la notion d'individualisme possessif, notamment au travers de la référence à l'individu de l'article 3. On peut encore songer à la notion de propriété, considérée comme « *un droit inviolable et sacré* » (art. 17).

¹¹¹³ Voir en ce sens : France, *Décret concernant les biens et usages et la police rurale*, 28 septembre-6 octobre 1791.

¹¹¹⁴ Jean-Fabien SPITZ, « Rousseau et la tradition révolutionnaire française : une énigme pour les républicains », *Les études philosophiques*, n° 83, 2007, p. 453.

¹¹¹⁵ Mona OZOUF, « Liberté », *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Tome 4, François FURET, Mona OZOUF, Flammarion, 2017, p. 261.

¹¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹¹⁸ Pierre-Louis RŒDERER, *L'esprit de la Révolution de 1789*, Imprimerie de Lachevardière, 1831, p. 6.

B. L'instrumentalisation inégalitaire de la loi

Cet universalisme par défaut tend nécessairement à imprégner la loi, au point qu'elle redevienne alors ce contre quoi les révolutionnaires se sont pourtant battus, c'est-à-dire l'instrument d'une inégalité quant à la jouissance des libertés individuelle (1) et politique (2).

1. L'inégalité dans la jouissance des libertés individuelles

Le constitutionnalisme jouxtant le premier décisionnisme révolutionnaire semble produire, au travers de ses normes, une inégalité dans la jouissance des libertés individuelles, allant à l'encontre d'un schéma universaliste, et reproduisant finalement une logique d'unité politique exclusive s'accaparant ces libertés au mépris d'une large partie du corps social. On doit relever ici comme chez Schmitt, que « *du point de vue de son contenu, une loi constitutionnelle est la concrétisation normative de la volonté constituante* »¹¹¹⁹, c'est-à-dire de celle de l'unité dominante uniquement. Cette instrumentalisation est autant visible au travers du droit de propriété (a) et (c) que concernant le domaine commercial (b).

a. La persistance des discriminations à l'encontre du droit de propriété

Le Parlement anglais – sous l'impulsion de Cromwell – vote le 12 août 1652 l'*Act for the Settlement of Ireland*¹¹²⁰. Cette loi d'établissement s'imprègne, sans doute aucun, dans une volonté d'unité politique procédant d'une discrimination. On y retrouve d'abord une démarcation entre l'ami et l'ennemi en fonction de critères subjectifs – alors même que la situation exceptionnelle semble achevée –, puis la volonté de confiscation du droit de propriété de ce dernier.

Dans un premier temps en effet, le texte semble opérer une distinction, fondée sur les deux unités violemment opposées lors de la phase révolutionnaire amorcée au début des années 1640, de sorte qu'il semble continuer d'envisager l'ennemi dans une perspective conflictuelle. En effet, la loi tend à séparer les partisans du *Commonwealth* de « toute

¹¹¹⁹ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 212.

¹¹²⁰ Voir en ce sens : Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 394-399 : *Act for the Settlement of Ireland*. Littéralement : Loi d'Établissement pour l'Irlande.

personne de la nation irlandaise »¹¹²¹, pour placer cette dernière dans des « qualifications »¹¹²² permettant ensuite une discrimination. Ainsi, l'article premier de cette loi insère dans une même catégorie :

*« Toute personne, qui avant le dixième jour de novembre 1642 (c'est-à-dire pendant la période de la première séance de l'assemblée générale à Kilkenny en Irlande) a pu arranger, informer, conseiller, encourager ou agir en faveur de la rébellion, des meurtres ou des massacres perpétrés en Irlande à partir de 1641, ou qui, à tout moment avant ce dixième jour de novembre 1642, a porté les armes, ou bien contribué en armes, chevaux, argent, nourriture, ou autre moyen matériel ou affabulation ayant permis la guerre [...] ou qui a aidé, assisté, promu, agi, poursuivi ou encouragé la rébellion, les meurtres ou massacres »*¹¹²³.

Malgré le style « extrêmement diffus et répétitif »¹¹²⁴ des textes et discours du XVII^e siècle anglais, les avantages d'une telle manière d'écrire et de dire le droit sont incontestablement le sens du détail et de la précision. Ainsi, cet article fait référence au massacre de l'Ulster datant d'octobre 1641 et ayant justement opposé les catholiques irlandais aux protestants britanniques. Les confédérés de Kilkenny étaient de farouches opposants à la colonisation anglaise, tout en étant relativement favorables à la monarchie. Autrement dit, la discrimination opérée par cette loi faisait un écho direct au contexte révolutionnaire¹¹²⁵, durant lequel s'affrontaient précisément des forces parlementaires puritaines d'obédience protestante, à des royalistes sous la bannière desquels se trouvaient des catholiques. Le deuxième article de cette même loi précise une autre catégorie d'ennemi, en distinguant :

¹¹²¹ *Id.*, p. 394 (notre traduction).

¹¹²² *Id.*, p. 395.

¹¹²³ *Id.*, p. 395.

¹¹²⁴ Michel DUCHEIN, *50 années qui ébranlèrent l'Angleterre – Les deux révolutions du XVII^e siècle*, Fayard, 2010, p.8. Ce style dense, supposant de longues phrases, explique une traduction ne respectant pas toujours la ponctuation originale. Ce choix est déterminé par une volonté de clarté syntaxique.

¹¹²⁵ David Greene et Pierre Joannon notent en ce sens, que le massacre de l'Ulster s'inscrit précisément dans le contexte révolutionnaire anglais du début des années 1640. Reproduire un tel schéma d'opposition au travers d'une loi prétendant pourtant rompre avec la révolution et assurer l'ordre et la paix au sein de la République nouvelle ne pouvait aboutir à un régime stable. Voir en ce sens : David GREENE, Pierre JOANNON, « Irlande », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-runn.fr/encyclopedie/irlande/>] : « L'Angleterre en fièvre, l'armée de Strafford dissoute, il n'en fallait pas davantage pour enflammer les Irlandais. En 1641, une violente jacquerie mit l'Ulster en émoi ».

« Tout jésuite, prêtre, et autre personne ayant reçu des ordres du pape ou du Siège de Rome, ou toute autorité dérivée d'eux, et qui par quelque moyen est parvenu à conseiller, encourager, continuer, tolérer, aider, assister ou appuyer, ou qui à tout moment et par tout moyen, continue de favoriser, de conseiller, de promouvoir, d'assister ou de se faire le complice de la rébellion ou de la guerre en Irlande, ou de tout meurtre ou de massacre, de vol ou de violences commis contre les protestants et les Anglais »¹¹²⁶.

L'ennemi est donc caractérisé : il s'agit de tout individu monarchiste ou y étant favorable, opposé à la révolution, papiste ou proche du catholicisme, et ayant agi ou agissant – directement ou non – à l'encontre des protestants.

Dans un second temps, cette détermination va permettre d'opérer une discrimination, en ce sens que les membres de ce groupe ennemi seront légalement privés d'un certain nombre de droits et de libertés, pourtant reconnus au groupe ami. La rupture avec l'universalisme révolutionnaire, suggérant une égale jouissance de libertés à l'égard de tout *« le peuple d'Angleterre et de tous les peuples appartenant à ses territoires »¹¹²⁷* est ici particulièrement frappante. Ainsi, l'article 10 de cette loi prévoit que *« tout domaine appartenant à un individu relevant de la qualification de rebelle ou délinquant précédemment établie [...] doit être saisi à toutes fins utiles »¹¹²⁸*. Cette confiscation est étendue aux droits et titres, privant leurs héritiers de transmission, mais à cette seule condition qu'une telle dépossession *« ne tende pas à faire annuler les successions de protestants anglais, qui ont constamment adhéré au Parlement »¹¹²⁹*. Une nette distinction est ici établie entre l'ennemi, privé de certains de ses droits individuels, et l'ami, préservé d'une telle privation. Le huitième article de cette même loi organise, cette fois à l'égard des catholiques, une véritable déchéance du droit de propriété, privant de toutes leurs possessions les opposants au Commonwealth. Il prescrit :

« Toute personne de religion papiste qui a résidé en Irlande à tout moment à partir du premier jour d'octobre 1641, jusqu'au premier jour de mars 1650, et n'ayant pas manifesté une affection constante à l'intérêt du Commonwealth anglais [...] devra renoncer à un tiers de ses possessions en

¹¹²⁶ Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 395.

¹¹²⁷ *Id.*, p. 388 : *An Act declaring England to be a Commonwealth.*

¹¹²⁸ *Id.*, p. 398.

¹¹²⁹ *Id.*, p. 399.

Irlande, en être privé dans l'usage, les bénéfices et les avantages, au profit du Commonwealth d'Angleterre. Les deux autres tiers de ses possessions ou autres terres, en fonction de leur proportion ou de leur valeur, seront réaffectés de la manière dont le Parlement le jugera opportun, dans le but de l'établissement le plus efficace de la paix dans cette nation »¹¹³⁰.

Cet article prévoit ainsi de priver de leur droit de propriété les catholiques irlandais considérés comme ennemis du *Commonwealth*, pour opérer dans le même temps une redistribution au profit d'individus – anglais, protestants, favorables au *Commonwealth* –, dont le même droit de propriété devient alors légalement reconnu et protégé. Philippe Chassaing compare cette loi à un véritable exil forcé, la résumant à un acte ordonnant « *la déportation des Irlandais de souche dans les comtés de Connaught et de Clare [...] et la répartition de terres entre les 12000 vétérans de l'armée anglaise* »¹¹³¹. Sur ce point, les chiffres peuvent permettre de quantifier les conséquences d'une volonté de discrimination de l'ennemi : jusqu'en 1641, les catholiques possédaient 59% du territoire irlandais, alors que lors de la restauration de 1660, ils n'en possédaient plus que 22%¹¹³². On constate nettement que la loi reproduit un schéma d'unité politique exclusive, fondant des critères subjectifs permettant de privilégier uniquement les intérêts individuels de ce groupement.

Il peut être observé, bien qu'au travers d'un cheminement différent et à propos d'autres libertés, une même tendance constitutionnelle à l'inégalité, au cœur de la Confédération américaine.

b. L'iniquité de la concurrence commerciale

Les Articles de la Confédération, rédigés à partir de 1777, apparaissent comme le cadre constitutionnel unissant les treize colonies britanniques. Malgré une apparence universaliste, ce texte demeure lié aux aspirations de la bourgeoisie marchande et terrienne, qui, après la révolution américaine, parvient à formaliser juridiquement le choix de sa propre forme d'existence sociale ainsi que sa conception des droits naturels.

La domination de cette unité bourgeoise est visible par un trait saillant du texte constitutionnel, l'absence d'autorité capable d'agir dans le domaine des libertés individuelles. Certes, et presque paradoxalement, la Constitution de 1777 instaure un corps

¹¹³⁰ *Id.*, p. 397-398.

¹¹³¹ Philippe CHASSAING, *Histoire de l'Angleterre des origines à nos jours*, Flammarion, 2008, p. 204.

¹¹³² *Ibid.*

législatif monocaméral, le Congrès, et semble ignorer toute division des pouvoirs, suggérant une concentration de larges compétences au profit de cette seule entité. En effet, ce Congrès possède d'abord une grande variété de pouvoirs exécutifs, aux termes desquels il dispose du droit de nommer des chefs militaires¹¹³³, de régir les relations internationales¹¹³⁴, ou encore du droit exclusif de battre monnaie¹¹³⁵ et de déclarer la guerre¹¹³⁶. Il dispose ensuite d'un pouvoir juridictionnel¹¹³⁷ de dernier ressort pour les conflits interétatiques. Enfin, et de manière plus compréhensible, il vote la loi¹¹³⁸. Pourtant, une telle cumulation de pouvoirs entraînera de nombreux blocages institutionnels¹¹³⁹ notamment liés au problème article 9 de la Constitution¹¹⁴⁰. Ainsi, malgré son étendue de compétences, le Congrès ne dispose que de peu de prérogatives concernant la garantie des libertés individuelles reconnues à ses citoyens, puisqu'il demeure attaché à une tendance « *libérale et libre-échangiste* »¹¹⁴¹. C'est sur ce point que Jean-Michel Lacroix

¹¹³³ États-Unis, *Articles de la Confédération*, 15 novembre 1777, art. 9, al. 3. Le Congrès dispose du pouvoir « de nommer tous les officiers des forces de terre, sauf les officiers de régiment ; de nommer tous les officiers des forces navales et de commissionner tous les officiers placés au service des États-Unis ; d'établir des règlements pour l'administration et l'organisation de ces forces de terre et de mer ».

¹¹³⁴ *Id.*, al. 1. Le Congrès dispose du pouvoir « d'envoyer et de recevoir des ambassadeurs ; de conclure des traités et des alliances ».

¹¹³⁵ *Id.*, al. 3 : « Les États unis assemblés en Congrès auront le droit et le pouvoir entiers et exclusifs de réglementer le titre et la valeur de la monnaie frappée sous leur autorité ou celle des États respectifs ».

¹¹³⁶ *Id.*, al. 1 : « Les États unis assemblés en Congrès auront seuls et exclusivement le droit et le pouvoir de faire la guerre et la paix » et « de conduire les opérations » (al. 3).

¹¹³⁷ *Id.*, al. 2 : « Les États unis assemblés en Congrès seront également la dernière instance d'appel pour tout conflit ou différend qui existe actuellement ou surviendrait à l'avenir entre deux ou plusieurs États pour des questions de frontière, de juridiction ou pour tout autre raison ».

¹¹³⁸ *Id.*, art. 5. Cet article régit la durée, la fréquence de réunion, ou encore le nombre de représentants de chaque État siégeant au Congrès.

¹¹³⁹ Voir sur ce point : Dick HOWARD, *Aux origines de la pensée politique américaine*, Buchet-Chastel, 2004, p. 166 : « La faiblesse de la Confédération et de son Congrès s'explique en partie du fait que la fonction législative dominait toutes les autres fonctions gouvernementales [...]. La domination par l'Assemblée était conforme à la pensée whig, elle n'était que sa conclusion logique. Cette toute puissance de l'Assemblée constituait l'un des principes unanimement acceptés du républicanisme américain. Mais le fonctionnement quotidien du Congrès était ardu parce qu'il devait se mêler de tout, ce qui engendrait [...] une incohérence entre les décisions prises par le Congrès et leur mise en œuvre par les États membres de la Confédération ».

¹¹⁴⁰ Voir en ce sens : États-Unis, *Articles de la Confédération*, 15 novembre 1777, art. 9. Cet article dispose qu'« aucune question ni aucun point [...] ne seront discutés sans l'accord de la majorité des États-Unis assemblés en Congrès ». La majorité étant acquise à partir de neuf États sur treize au total, l'on peut aisément imaginer les difficultés dans la prise de décisions. Voir sur ce point : Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 98 : « Plus grave encore, la majorité exigée pour une décision importante – 9 voix sur 13 à raison d'une voix par État – rend le vote difficile sinon impossible, d'autant plus qu'« une voix » présuppose l'unanimité des délégués d'un État donné. Or l'Article 5 de la Confédération exige que chaque État envoie au moins deux délégués au Congrès. Il suffit d'une absence, ou d'un désaccord entre deux délégués pour qu'un État perde sa voix et bloque ainsi la possibilité d'arriver à une décision ».

¹¹⁴¹ Françoise BURGESS, *Les institutions américaines*, P.U.F., 1999, p. 36.

relève « *l'impuissance de la Confédération* »¹¹⁴² sur la question du droit de propriété, et les problèmes de répartition des terres qu'elle entraînera. Laurent Bouvet et Thierry Chopin constatent également que, privé par la Constitution d'une possibilité d'action prompt et efficace quant aux libertés individuelles, le Congrès témoignera d'une réelle « *faiblesse dans le domaine commercial* »¹¹⁴³. En effet, aux termes de son article 3, le texte de 1777 n'est qu'un pacte devant se contenter de permettre « *le bien-être mutuel et commun* »¹¹⁴⁴, mais en ne procédant à aucun encadrement ni à aucune limitation véritables en matière commerciale, d'échanges de biens, de personnes ou de marchandises. Sur ce sujet, elle prescrit que « *les habitants de chaque État auront toute liberté d'entrer et de sortir de chacun des États, y bénéficieront des mêmes libertés de commerce et d'établissement [...] que les autres habitants* »¹¹⁴⁵. Un cadre limitatif semble apparaître dans la suite de l'article, puisque malgré cette liberté totale conférée aux habitants des États membres, ils demeurent « *soumis aux mêmes obligations, impositions et restrictions que les autres habitants* »¹¹⁴⁶ des États dans lesquels ils exercent leurs activités. Mais, une fois encore au nom d'une aspiration libérale et d'un absolu respect des libertés individuelles, cette notion de restriction est totalement relativisée, voire annihilée, entraînant de ce fait la renonciation à une forme d'égalité sous-tendue par de telles limitations. Ainsi, d'une part, les restrictions évoquées – celles auxquelles serait soumis l'habitant d'un État exerçant une activité commerciale dans un autre État – ne valent qu'à condition qu'elles « *n'aient pas pour effet d'empêcher le transport de biens importés d'un État dans un autre État où résiderait le propriétaire* »¹¹⁴⁷. Dans cette hypothèse, celui exerçant une importation d'un État à un autre pour son activité commerciale, ne serait pas soumis aux restrictions légalement applicables dans l'État où s'exerce cette activité. Alors, le protectionnisme d'un État vis-à-vis d'un autre semble neutralisé, puisqu'un commerçant venant du Delaware pour s'établir dans l'État de New York et y importer des marchandises commerciales, ne serait pas soumis aux mêmes obligations, impositions et restrictions qu'un commerçant de ce dernier État

¹¹⁴² Jean-Michel LACROIX, *Histoire des États-Unis*, P.U.F., 2013, p. 96.

¹¹⁴³ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 9. Les auteurs notent que dès les premiers mois de la Confédération, « *de nombreuses personnalités éminentes de la vie politique américaine prennent conscience des insuffisances du système de la confédération : impuissance et paralysie sur le plan politique, instabilité et faiblesse dans le domaine commercial* ».

¹¹⁴⁴ États-Unis, *Articles de la Confédération*, 15 novembre 1777, art. 3.

¹¹⁴⁵ *Id.*, art. 4, al. 1.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*

¹¹⁴⁷ *Ibid.*

n'important pas de tels biens. D'autre part, cette même liberté de commerce et d'établissement – bénéficiant à tous les habitants des États membres – n'est valable qu'à la « condition [...] qu'aucune imposition, obligation ou restriction ne soit établie par un des États sur une propriété des États-Unis, ou la propriété de l'un d'entre eux »¹¹⁴⁸. Ici en revanche, l'égle liberté de commerce et d'établissement ne vaut que si un État n'a pas imposé un certain nombre de restrictions sur ses propriétés, afin par exemple de favoriser ses propres ressortissants. Dans les deux cas évoqués, la volonté confédérale de formuler et de garantir une égalité d'exercice de droits individuels pour tous est totalement contredite par une supériorité libérale, qui a pour effet de rompre cette égalité. En effet, cette dernière ne vaut qu'autant qu'elle n'entrave ni la libre circulation des biens et marchandises, ni le droit de propriété. En ce sens, l'absence de mécanismes de garantie des libertés conduit à des inégalités. En réalité, le langage juridique, autant que les termes choisis par les constituants, révèlent la nette domination d'une unité bourgeoise largement composée de riches commerçants importateurs et de grands propriétaires terriens, dont la conception du plein exercice de leurs libertés individuelles mène à une inégalité dans la jouissance de tels droits. En effet, le principe d'égalité de tous vis-à-vis des obligations, impositions et restrictions commerciales est subordonné à la possibilité d'importation, et peut être aboli s'il rend impossible une telle importation. Quant au principe d'une égale liberté de commerce et d'établissement, il demeure soumis au droit de propriété, ce dernier permettant d'empêcher à des commerçants de certains États de s'établir dans un autre, au profit de ses propres membres. Or, les grands importateurs et propriétaires terriens sont précisément ceux qui composent l'unité politique dominante. Là encore, l'égalité dans l'exercice de certains droits individuels est révocable. Cette Constitution, comme dans le cadre anglais, semble donc privilégier les droits individuels de certains, au mépris d'autres, en érigeant des critères permettant aux plus riches d'opérer une captation exclusive des certaines libertés. Ainsi, elle renonce à s'affirmer comme une cadre certes limitatif – et peut-être même restrictif de certaines libertés individuelles –, mais dont l'avantage est

¹¹⁴⁸ *Ibid.*

néanmoins d'être plus égalitaire, cela au nom d'un libéralisme compétitif ne pouvant tolérer, ainsi que le souligne Fabien Bottini¹¹⁴⁹, aucune entrave juridique de la part de l'État.

c. L'effacement de l'universalisme révolutionnaire

Le contexte français, lui aussi, démontre cette distance entre l'idéal universaliste de la conception jusnaturaliste, et une réalité peinant à réaliser une égalité concrète. C'est l'idée soulignée par Mona Ozouf lorsqu'elle explique que cette « *distinction entre l' "homme de la nature" et l' "homme de l'état civil"* [se] retrouve à tous les moments névralgiques de la Constituante »¹¹⁵⁰. En effet, l'on relève par exemple que « *l'appropriation des biens du clergé* »¹¹⁵¹ prévue par le décret du 2 novembre 1789¹¹⁵², ou bien la mise en vente de ses biens et de ceux de la Couronne par les décrets des 19-21 décembre 1789¹¹⁵³, constituent « *une évidente dérogation au droit de propriété [pourtant] déclaré essentiel et naturel* »¹¹⁵⁴, précisément par la Déclaration de 1789¹¹⁵⁵. La Constitution civile du clergé constitue elle aussi une entrave aux droits, en particulier sur le libre exercice du culte¹¹⁵⁶, mais aussi quant à la liberté de conscience. En effet, elle subordonne rigoureusement – dans ses pratiques et son fonctionnement – l'Église à l'État d'une part, tout en exigeant du clergé un serment de fidélité à la Constitution civile d'autre part, c'est-à-dire un choix entre la Révolution et Rome. Comme dans le cas anglo-américain, la loi semble ici faire l'objet d'une instrumentalisation au profit de l'unité dominante, qui reproduit alors des inégalités dans la jouissance de certains droits. Sur le

¹¹⁴⁹ Fabien BOTTINI, « L'État, la régulation et l'idée de moralisation », *L'État interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, Fabien BOTTINI (dir.), l'Harmattan, 2012, p. 135. L'auteur explique qu'à partir des années 1770, « les Révolutionnaires américains [...] vont voir dans le libéralisme politique un rempart contre l'absolutisme monarchique [...]. De ce que la morale commande de respecter ces droits [subjectifs des individus], ils vont tout à la fois déduire l'interdiction pour les autorités de violer la sphère d'autonomie de chacun – notamment en intervenant dans l'économie pour fausser l'initiative privée – et leur obligation d'agir pour assurer son respect ».

¹¹⁵⁰ Mona OZOUF, « Liberté », *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Tome 4, François FURET, Mona OZOUF, Flammarion, 2017, p. 262.

¹¹⁵¹ *Ibid.*

¹¹⁵² France, *Décret des biens du clergé mis à la disposition de la Nation*, 2 novembre 1789, art. 1^{er} : « *Que tous les biens ecclésiastiques sont à la disposition de la Nation* ».

¹¹⁵³ Sur ces textes, voir : Éric TEYSSIER, « La vente des biens nationaux et la question agraire, aspects législatifs et politiques, 1789-1795 », *Rives nord-méditerranéennes*, n° 5, 2000, p. 45-62.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*

¹¹⁵⁵ France, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 août 1789, art. 17.

¹¹⁵⁶ Voir en ce sens : Mathieu BERTOZZO, « Ventôse An II, quand "République" rimait avec "sanglant" », *Revue générale du droit*, 2015, en ligne : [<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/02/27/ventose-an-ii-quand-republique-rimait-avec-sanglant/>] : « *la Constituante va chercher à accroître son contrôle sur l'Église et à appliquer concrètement les principes issus de la Révolution française à la société ecclésiastique* ».

plan commercial cette fois, l'on constate encore une réelle partialité de la loi. En effet, « *principalement bourgeoise, la Révolution aura très vite fait d'instaurer une liberté du commerce ce qui n'est pas du goût des Français les plus pauvres qui ne parviennent plus à se nourrir en raison de la hausse des prix du pain* »¹¹⁵⁷. Ainsi, bien que naissent diverses « *revendications sur l'adoption du "maximum des prix"* », aucune mesure ne sera prise en ce sens »¹¹⁵⁸, dès lors que cela « *reviendrait à nier la liberté économique proclamée par les révolutionnaires* »¹¹⁵⁹, et ne bénéficiant réellement qu'à l'entité bourgeoise. Procédant d'une même inégalité, mais dans un cadre différent, la loi interprétative du 26 novembre 1793, précise que la loi des 27 février-14 août 1793 vise à indemniser « *la perte que chaque citoyen aura faite* »¹¹⁶⁰ à cause de l'invasion ennemie. Peu après, le décret du 4 mars 1794 élargit cette indemnisation aux pertes subies à cause des « *rebelles de l'intérieur de la République* »¹¹⁶¹, c'est-à-dire les préjudices liés à la guerre civile. Le texte précise néanmoins qu'« *aucune indemnité ni secours ne seront payés qu'aux citoyens dont le civisme aura été légalement reconnu et certifié par les agents nationaux* »¹¹⁶². Là encore, la norme nouvelle tend à produire des inégalités dès lors que c'est précisément par la voie légale que sont favorisés les citoyens fidèles à la Révolution et à la République, alors que dans le même temps sont écartés du champ protecteur de cette même loi des individus subjectivement et arbitrairement considérés comme non-méritants. De nouveau, une telle logique anéantit clairement l'universalisme jusnaturaliste d'égalité devant la loi, prôné par la Déclaration de 1789, démontrant cette « *distance qu'il y a des droits de l'homme aux droits du citoyen* »¹¹⁶³. Ainsi, la loi bénéficie effectivement à l'unité politique dominante, et non à l'universalité du corps social.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

¹¹⁵⁸ *Ibid.*

¹¹⁵⁹ *Ibid.*

¹¹⁶⁰ France, *Loi interprétative de la Loi des 27 février et 14 août 1793, concernant les Indemnités à accorder aux Citoyens qui auront éprouvé des pertes par l'invasion de l'Ennemi*, 26 novembre 1793, art. 1^{er}.

¹¹⁶¹ France, *Décret qui met vingt millions à la disposition du ministre de l'Intérieur, pour être répartis aux citoyens qui ont éprouvé des pertes par l'invasion de l'ennemi et aux patriotes réfugiés*, 4 mars 1794, art. 1^{er}.

¹¹⁶² *Id.*, art. 4.

¹¹⁶³ Mona OZOUF, « Liberté », *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Tome 4, François FURET, Mona OZOUF, Flammarion, 2017, p. 263.

2. La représentation parcellaire du peuple au Parlement

Tout comme à propos des libertés individuelles, le constitutionnalisme succédant au premier décisionnisme révolutionnaire, qu'il soit anglais (a), américain (b) ou français (c), produit une législation permettant la captation du pouvoir politique au profit d'une minorité, renforçant encore cette même unité politique exclusive, et rejetant finalement l'idée d'une nécessaire représentation politique de l'ensemble du corps social.

a. L'échec démocratique du Commonwealth républicain

Malgré sa pluralité de régimes, la seconde moitié du XVII^e siècle anglais peut se caractériser par un élément commun, celui de l'inégale participation politique des membres du *Commonwealth*, radicalement opposée à l'égalitarisme politique de Machiavel¹¹⁶⁴, visant lui à assurer la satisfaction la plus large possible des intérêts de chacun, et donc la stabilité républicaine. Au contraire, la loi anglaise traduit nettement, sur cette période, l'« échec de la République démocratique »¹¹⁶⁵. En effet, par la partialité de ses critères d'attribution de la liberté politique, le constitutionnalisme n'est ici qu'un moyen de préservation des volontés de l'unité qu'il incarne, et jamais l'outil d'une représentation de tout le corps social. Le Parlement croupion¹¹⁶⁶, composé d'extrémistes puritains, illustre parfaitement cette instrumentalisation de la norme afin de « *se perpétuer pour conserver ses privilèges* »¹¹⁶⁷. En effet, dès l'abolition de la monarchie, « *les Niveleurs demandaient le droit de vote pour tous les hommes* »¹¹⁶⁸, ainsi que le confirme la proposition de

¹¹⁶⁴ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 34.

¹¹⁶⁵ Michel DUCHEIN, *50 années qui ébranlèrent l'Angleterre – Les deux révolutions du XVII^e siècle*, Fayard, 2010, p. 251.

¹¹⁶⁶ Le *Long Parliament*, entré en fonction le 3 novembre 1640, est purgé par le colonel Thomas Pride, le 6 décembre 1648, sur ordre d'Olivier Cromwell. En sont évincés les opposants (pour la plupart presbytériens) au jugement du roi pour haute trahison, et plus généralement les parlementaires qui continuaient de tenter une négociation avec lui. Ne restent alors que peu de représentants, les extrémistes puritains, suggérant l'adoption officieuse du terme de Parlement croupion, Parlement tronqué, ou *Rump Parliament*. Il sera lui-même dissous par un coup de force de Cromwell, formalisé par l'acte de dissolution du 22 avril 1653. Voir sur ce point : Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 400-404 : *Declaration by the Lord General and the Council on the dissolution of the Long Parliament*.

¹¹⁶⁷ Michel DUCHEIN, *50 années qui ébranlèrent l'Angleterre – Les deux révolutions du XVII^e siècle*, Fayard, 2010, p. 270.

¹¹⁶⁸ Danièle FRISON, *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, Ellipses, 2005, p. 60.

constitution¹¹⁶⁹ rédigée par cette aile gauche du Parlement. Ainsi que le souligne Godfrey Davies, dans le cadre de la pensée des Niveleurs, « *tous les hommes étant naturellement égaux de par leur naissance, [...] chacun possède un droit inné à la liberté et à la propriété* »¹¹⁷⁰. Pour cette réalisation, tous les individus doivent posséder un pouvoir politique qui en permette l'accomplissement, et de ce fait, « *chaque homme né en Angleterre ne peut, au regard de la loi divine ou de la loi de nature, être privé de son droit de vote* »¹¹⁷¹ tout autant que du droit d'être élu. En réalité, « *il y avait là les bases d'un régime vraiment démocratique* »¹¹⁷². Or, cet universalisme représentait une menace pour les puritains, puisque « *le triomphe des Levellers (ou Niveleurs) aurait [...] signifié la fin du Parlement tel qu'il était, et ouvert la voie à des réformes égalitaristes* »¹¹⁷³. En effet, l'élargissement du droit de suffrage à tous les anglais aurait nécessairement enclenché une forme d'égalité démocratique, privant les membres du Parlement et leurs partisans – « *tous propriétaires terriens et bénéficiaires de revenus confortables* »¹¹⁷⁴ – de leurs avantages. Afin de maintenir ses privilèges, le Parlement républicain – issu du mouvement révolutionnaire – devait nécessairement produire une législation opposée à l'universalisme révolutionnaire, en privant certains individus de leur liberté politique, pour la restreindre à cette unité politique exclusive.

Une telle législation caractérisera l'intégralité de l'interrègne anglais, et particulièrement la Constitution de l'*Instrument of Government*¹¹⁷⁵, instituant le Protectorat cromwellien le 16 décembre 1653. Ce texte symbolise une victoire – si l'on se projette à court terme – de l'unité politique puritaine parlementaire, puisqu'il confirme constitutionnellement l'accaparement de la liberté politique au profit d'une minorité, lui

¹¹⁶⁹ Il s'agit de l'*Agreement of the people*, rédigé par les Niveleurs, publié le 1^{er} mai 1649. Son article premier prévoit que tous les hommes à partir de 21 ans auront le droit de vote, à l'exception des serviteurs, indigents et des partisans du défunt roi. Cet article demeure partiellement antidémocratique, mais l'on retient malgré tout l'abolition du cens. Le droit de suffrage demeure plus large que ce qu'établira la République du premier Commonwealth.

¹¹⁷⁰ Godfrey DAVIES, *The Early Stuarts 1603-1660*, Oxford University Press, 1959 (réimprimé en 2000), p. 197 (notre traduction). Davies reprend ici un pamphlet publié dès 1646, intitulé *Gangraena*, qui dénonçait les abus monarchiques et voulait leur substituer un régime démocratique conforme à la doctrine de l'Évangile.

¹¹⁷¹ *Id.*, p. 152.

¹¹⁷² Michel DUCHEIN, *50 années qui ébranlèrent l'Angleterre – Les deux révolutions du XVII^e siècle*, Fayard, 2010, p. 251.

¹¹⁷³ *Id.*, p. 252. Le terme de *Leveller* se traduit par Niveleur.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*

¹¹⁷⁵ Voir sur ce texte : Renan LE MESTRE, « Les constitutions de l'Interrègne en Angleterre (I) : l'*Instrument of Government* (1653) », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, en ligne : [<http://juspoliticum.com/Les-constitutions-de-l-interregne.html>].

permettant de préserver ses intérêts, tout en supprimant tout pouvoir politique à l'ennemi. Ainsi note-t-on, aux termes de son article 18 :

« Toute personne propriétaire ou disposant de l'usage exclusif d'un bien, réel ou personnel, d'une valeur de 200 Livres et ne tombant pas sous le coup des exceptions précédentes, aura la capacité d'élire les membres du Parlement désignés dans le cadre des comtés »¹¹⁷⁶.

Ici resurgit clairement la volonté de ne conférer de liberté politique qu'aux possédants terriens, au travers d'un vote censitaire préservant leurs seuls intérêts. Cet article renvoie à une série d'exceptions, érigeant de nouveau des critères subjectifs d'exclusion. À ce titre, l'article 15 du texte dispose :

« Tous ceux ayant donné des conseils, assisté ou encouragé la rébellion de l'Irlande seront privés à vie du droit d'éligibilité et du droit de vote lors de l'élection d'un membre du Parlement. Il en sera de même de ceux professant la religion catholique romaine »¹¹⁷⁷.

En l'espèce, on retrouve l'ennemi déjà évoqué dans le champ des libertés individuelles, et dont la caractérisation normative permet la privation de libertés politiques. La seconde Constitution du Protectorat¹¹⁷⁸ confirme – presque mot pour mot¹¹⁷⁹ – cette conception discriminatoire, tendant même à préciser cette privation de liberté politique, par une plus claire distinction de l'ennemi. En vertu de son article 4, *« ceux qui ont prêté main forte, se sont fait les complices, ont conseillé ou assisté lors d'une guerre à l'encontre du Parlement »¹¹⁸⁰ seront « incapables et rendus à jamais incapables d'être élus ou de donner un vote lors de l'élection d'une personne devant siéger au Parlement »¹¹⁸¹. Une même privation est prévue pour « tout homme ayant épousé une femme de religion catholique, ayant élevé ou qui élèvera dans cette dernière son ou ses enfants ou tout enfant qu'il doit*

¹¹⁷⁶ *Id.*, art. 18.

¹¹⁷⁷ *Id.*, art. 15.

¹¹⁷⁸ Voir sur ce texte : Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 447-459 : *The Humble Petition and Advice* (25 mai 1657).

¹¹⁷⁹ Renan LE MESTRE, « Les constitutions de l'Interregne en Angleterre (II) : l'*Humble Petition and Advice* (1657) », art. 4, *Jus Politicum*, n° 5, 2010, en ligne : [<http://juspolicum.com/Les-constitutions-de-l-interregne,323.html>] : « *Ceux qui ont conseillé, assisté ou été les complices de la rébellion de l'Irlande et ceux qui professent ou viendront à professer la religion papiste seront incapables et rendus à jamais incapables d'être élus ou d'émettre un vote lors de l'élection d'un membre du Parlement* ».

¹¹⁸⁰ *Ibid.*

¹¹⁸¹ *Ibid.*

éduquer ou dont il a la responsabilité »¹¹⁸². En revanche, le texte précise que « *rien dans cet article ne frappera d'incapacité des Protestants anglais ou écossais établis en Irlande, aussi bien s'agissant du droit de vote que d'éligibilité pour le Parlement* »¹¹⁸³. De nouveau l'on retrouve une catégorisation stricte, partielle, et surtout prévue par la loi fondamentale, visant à préserver l'unité dominante et à priver l'ennemi de toute participation politique.

b. L'unique représentation de la bourgeoisie confédérale

Le constitutionnalisme américain, par sa partialité, entraîne une semblable captation des libertés politiques au profit de l'unité bourgeoise déjà évoquée, celle des Fondateurs, qui « *n'étaient que les représentants d'une classe sociale particulière dont ils cherchaient à faire triompher les intérêts* »¹¹⁸⁴. Ce constat peut être fait, notamment, à partir du paradoxal article 5 de la Constitution de 1777, qui dispose que « *pour une gestion plus commode des intérêts généraux des États-Unis, les délégués seront nommés chaque année selon la procédure fixée par la législature de chaque État* »¹¹⁸⁵. Ainsi, cet article prévoit que pour une meilleure prise en compte des intérêts de la Confédération dans sa globalité, il convient que soient nommés, par chaque État, entre deux et sept représentants, qui bien qu'élus à une échelle confédérée, et uniquement révocables¹¹⁸⁶ par les législatures de leur propre État, devront agir au bénéfice de la Confédération tout entière. On sait pourtant, au regard de nombreuses rivalités¹¹⁸⁷, que le choix de ces représentants au Congrès était avant tout déterminé par leur capacité à faire triompher les intérêts de ceux qu'ils représentaient, d'autant plus que ceux-là pouvaient les démettre de leurs fonctions « *à tout moment* »¹¹⁸⁸. À dire vrai, ce paradoxe révèle, plus profondément, l'ambiguïté du positionnement des

¹¹⁸² *Ibid.*

¹¹⁸³ *Ibid.*

¹¹⁸⁴ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 207.

¹¹⁸⁵ États-Unis, *Articles de la Confédération*, 15 novembre 1777, art. 5, al. 1.

¹¹⁸⁶ *Ibid.* : « *chaque État ayant le pouvoir de rappeler ses délégués, ou l'un d'entre eux, à tout moment et d'en envoyer d'autres à leur place pour le reste de l'année* ».

¹¹⁸⁷ Sur les rivalités interétatiques, voir notamment : Robert LACOUR-GAYET, *Histoire des États-Unis – des origines jusqu'à la fin de la guerre civile*, Fayard, 1976, p. 206-207. L'auteur écrit : « *chaque jour plus jaloux de leur souveraineté, certains États en arrivaient à se faire une guerre commerciale : New York soumettait à des droits d'entrée les navires arrivant du New Jersey et du Connecticut ; la Virginie et le Maryland avaient eu le plus grand mal à définir leurs droits respectifs sur le Potomac ; la Pennsylvanie et le Delaware, dont une partie du commerce passait dans les eaux territoriales de Virginie, se sentaient à la merci de leur puissant voisin* ». Voir encore : Élisabeth ZOLLER, *Le droit des États-Unis*, P.U.F., 2001, p. 14. L'auteure relève que dans le cadre des problématiques soulevées par les Articles de la Confédération, « *chaque État pensa pouvoir se sortir d'affaire par ses propres moyens. Ces politiques unilatérales suscitèrent de graves rivalités entre États* ».

¹¹⁸⁸ États-Unis, *Articles de la Confédération*, 15 novembre 1777, art. 5, al. 1.

jusnaturalistes libéraux du XVIII^e siècle américain, qui tout à la fois instaurent un Congrès afin de représenter des intérêts de façon égalitaire et élargie à l'échelle plus globale de la Confédération, mais sans pour autant lui reconnaître une indépendance lui permettant de faire réellement primer lesdits intérêts généraux de l'Union sur ceux de chacun des États. La Constitution se refuse en effet à donner à la Confédération le pouvoir d'organiser les libertés politiques en vue d'une représentation la plus large possible des intérêts généraux de l'Union. Au contraire, elle laisse aux États la charge d'agir en ce domaine. Ainsi, les législatures de chaque État, dont la fonction essentielle est de représenter politiquement les intérêts de leur territoire, sont chargées de désigner leurs délégués au Congrès. C'est à cette situation que Jean-Michel Lacroix songe lorsqu'il explique que le « *vote par État* »¹¹⁸⁹ et non pas à l'échelle de l'Union, prévu à l'article 5 de la Constitution, fut un facteur de crise et d'inégalité au sein de la Confédération. En effet, au travers de cet article, la Constitution tend à reproduire, dans le champ politique, une confrontation entre entités confédérées, dominantes ou dominées, et cherchant à imposer leurs intérêts contre ceux des autres. Publius avait parfaitement cerné cet affrontement d'unités étatiques rivales, en soulignant que la Confédération entraînait les États à « *se diviser en confédérations partielles* »¹¹⁹⁰, au profit d'entités dominantes. Le risque est que des États plus densément peuplés que d'autres – disposant donc de davantage de délégués – et plus riches que d'autres – supposant ainsi des intérêts communs permettant un jeu de coalitions – parviennent à affirmer leurs seuls intérêts par leur action politique. Dans une telle hypothèse, non seulement les intérêts de l'Union sont lésés, mais encore, ceux des entités confédérées les plus faibles. Si l'on se place à l'échelle d'un État, l'on observe qu'une telle législation en vient, d'une certaine manière à priver ses membres de leur liberté politique, puisque le peuple, votant pour des représentants désignant eux-mêmes les délégués au Congrès, ne peut recevoir le bénéfice de cette participation politique que dans l'hypothèse où ses délégués parviennent à emporter l'adhésion des autres délégués, pour qui il importe avant tout de défendre les intérêts de leurs propres États. Une fois encore, les États les plus forts économiquement, et capables de s'associer, voient leurs intérêts affirmés. Cette situation engendre finalement une forme d'*Imperium in imperio*, où chaque État tend à légitimer politiquement son existence en tant qu'entité confédérée, plutôt qu'en tant que membre de la Confédération. Si le constitutionnalisme américain ne désigne pas

¹¹⁸⁹ Jean-Michel LACROIX, *Histoire des États-Unis*, P.U.F., 2013, p. 94.

¹¹⁹⁰ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 7.

clairement, comme dans le cadre anglais, un ennemi privé de liberté politique, l'on doit néanmoins relever que la faiblesse de l'entité confédérale globale par rapport à l'entité étatique permet à cette dernière de cristalliser autour d'elle ses propres intérêts contre ceux d'une autre entité, et donc nécessairement contre les intérêts du plus grand nombre. C'est en ce sens que Denis Lacorne note qu'au même titre que la hiérarchie des ordres mais aussi les privilèges ont pu entraîner, en France, une situation exceptionnelle opposant diverses unités politiques, la Constitution de 1777 contient en elle des « *corps intermédiaires qui font écran entre les opinions particulières des citoyens et celles, supposées homogènes, des élus du peuple* »¹¹⁹¹. En effet, la structure confédérale engendre bien plutôt la perpétuation des intérêts individuels dans le champ politique, qu'une forme de nivellement égalitaire permettant d'envisager la satisfaction des intérêts du plus grand nombre. Pour cet auteur, ces « *corps intermédiaires sont les États* »¹¹⁹². Ce sont effectivement eux qui, comme le rappelle Hamilton lors de la Convention de Philadelphie, « *disposent évidemment, et au plus haut point, de l'esprit de corps. Ils ne poursuivent en permanence que leurs intérêts internes, qui sont contraires à ceux de tous* »¹¹⁹³. Les délégués de ces États, de par leur désignation, ne peuvent échapper « *aux passions du moment, au poids et à l'étroitesse des préjugés locaux* »¹¹⁹⁴ qui les empêchent d'avoir une pensée plus large, visant à « *pourvoir à l'intérêt général* »¹¹⁹⁵. Ainsi la Constitution favorise-t-elle le renforcement de factions antagonistes puisqu'elle permet aux États de s'affirmer comme autant d'unités politiques auxquelles est conféré – de par le refus d'attribuer à l'Union la charge d'organiser les libertés politiques – le pouvoir d'affirmer leur seule volonté politique.

La Constitution de 1777, déterminée par un jusrationalisme libéral refusant tout mécanisme de garantie des libertés politiques, aboutit à la captation de ces dernières par une unité dominante, l'unité bourgeoise. James Madison perçoit clairement cela avec sa conception des factions. Elles peuvent se comprendre comme la réunion d'« *un certain nombre de citoyens formant la majorité ou la minorité, unis et dirigés par un sentiment commun de passion ou d'intérêt, contraire aux droits des autres citoyens ou aux intérêts*

¹¹⁹¹ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 124.

¹¹⁹² *Ibid.*

¹¹⁹³ Hamilton, discours du 18 juin 1787, dans Max FARRAND, *The Records of the Federal Convention of 1787*, Tome 1, Yale University Press, 1966, p. 284 (notre traduction).

¹¹⁹⁴ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 129.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

permanents et généraux de la communauté »¹¹⁹⁶. Si Publius voit essentiellement ces factions provenir de la grande masse du peuple, c'est bien au contraire l'unité bourgeoise qui semble-t-il, « *s'empare des rênes du pouvoir pour imposer sa volonté* »¹¹⁹⁷. Or, l'on sait qu'une telle situation, causée par le constitutionnalisme américain de la fin du XVIII^e siècle, conduit vers une instabilité caractéristique de l'exception.

c. Le gouvernement des classes possédantes françaises

Comme à propos de l'inter règne anglais, la fin du XVIII^e et une large partie du XIX^e siècle français sont marqués par une diversité de régimes, faisant néanmoins apparaître une commune captation des libertés politiques au profit d'une unité dominante. Ainsi, paradoxalement, l'on constate que si « *les Conventionnels proposent une sortie de la Révolution en élaborant une nouvelle Constitution* »¹¹⁹⁸, en date du 22 août 1795, celle-ci « *s'appuie sur les citoyens propriétaires* »¹¹⁹⁹ et rétablit le suffrage censitaire. Ainsi, très clairement, la fondation d'un ordre nouveau à la suite du premier décisionisme révolutionnaire porte la marque d'une unité politique dominante, s'accaparant la participation politique. La Convention, partagée entre des Girondins proches de la grande bourgeoisie, et des Montagnards et Jacobins proches de la petite bourgeoisie, semble donc produire un droit éloigné de l'idéal universaliste soutenu par la Révolution, dès lors qu'elle ne confère la qualité d'électeur qu'au « *propriétaire ou usufruitier d'un bien* »¹²⁰⁰. Malgré l'adoption du suffrage universel – discutable puisque débouchant « *finale ment sur le vide* »¹²⁰¹ – par la Constitution de 1799, et sous l'Empire – mais devenant illusoire puisque les élections « *ne permettent pas au peuple de choisir librement et directement ses représentants* »¹²⁰² –, la période suivante demeure largement marquée, comme dans le cadre anglo-américain, par une instrumentalisation de la liberté politique. On y constate en effet de nouveau que « *la participation à l'exercice du pouvoir est juridiquement réservée, par le suffrage censitaire, à une petite minorité de possédants* »¹²⁰³. Ainsi, la Charte de

¹¹⁹⁶ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 67-68.

¹¹⁹⁷ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 123.

¹¹⁹⁸ Jean-Clément MARTIN, Marc THIVOLET, « Révolution française », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/revolution-francaise/>].

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

¹²⁰⁰ France, *Constitution du 5 Fructidor An III*, 22 août 1795, art. 35.

¹²⁰¹ Pierre PACTET, Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2005, p. 264.

¹²⁰² *Id.*, p. 265.

¹²⁰³ *Id.*, p. 266.

1814, dont « les rédacteurs [...] souhaitaient avantager les grands propriétaires fonciers »¹²⁰⁴, procède d'un suffrage censitaire extrêmement rigoureux¹²⁰⁵, alors que les présidents des collèges électoraux sont nommés par le roi¹²⁰⁶. Par la suite, la révolution de 1830 ne parvient pas à rompre cette « unité d'une période caractérisée par le gouvernement des classes possédantes »¹²⁰⁷. Si donc la Charte de 1830 assouplit le suffrage censitaire, elle le maintient néanmoins, la richesse mobilière l'emportant sur la richesse foncière sans qu'à « aucun moment le peuple ne participe au débat »¹²⁰⁸. Cette représentation parcellaire du peuple est parfaitement illustrée par les mots de Guizot, rétorquant à ceux qui réclamaient le droit de vote : « Enrichissez-vous ! »¹²⁰⁹. Finalement, tout démontre ici que bien qu'« héritiers des Lumières »¹²¹⁰, les membres de la « grande bourgeoisie d'affaires »¹²¹¹, prenant part à la rédaction de ces textes, ont abandonné l'idée de reproduire dans le droit positif l'universalisme révolutionnaire, au profit d'une captation inégalitaire de la liberté politique, nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts.

D'une manière plus ou moins différente, l'Angleterre, l'Amérique et la France, à la suite de leur premier décisionnisme révolutionnaire, développent un constitutionnalisme relativement proche en ce qu'il est opposé à l'universalisme jusnaturaliste, mais favorable à la production d'unités politiques exclusives décrites par Machiavel et Schmitt. En effet, ce droit promeut l'accaparement des libertés individuelle et politique au bénéfice d'une minorité dominante, excluant une large partie du corps social. Or, l'on sait qu'un tel schéma, rappelant l'idée précédemment énoncée d'une corruption¹²¹² de la loi, doit – presque inévitablement – dériver en situation exceptionnelle.

¹²⁰⁴ *Ibid.*

¹²⁰⁵ France, *Charte constitutionnelle*, 4 juin 1814, art. 40 : « Les électeurs qui concourent à la nomination des députés, ne peuvent avoir droit de suffrage s'ils ne paient une contribution directe de trois cent francs, et s'ils ont moins de trente ans ».

¹²⁰⁶ *Id.*, art. 41.

¹²⁰⁷ Pierre PACTET, Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2005, p. 265.

¹²⁰⁸ *Id.*, p. 266.

¹²⁰⁹ Sylvain VENAYRE, « France (Histoire et institutions) - Le temps des révolutions », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/france-histoire-et-institutions-le-temps-des-revolutions/>].

¹²¹⁰ *Ibid.*

¹²¹¹ *Ibid.*

¹²¹² Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1, B.

§ 2. L'impossible stabilité des institutions

L'accapuration des libertés individuelle et politique, rendue possible par ces lois inégalitaires, tend à faire émerger des entités antagonistes, tout à fait proches du concept d'unité politique exclusive, propres à exacerber des rivalités menant à une situation d'exception (A). Or, l'on sait que cette exception appelle presque inéluctablement l'exercice d'une décision souveraine fondant un ordre nouveau (B).

A. La perpétuation de la situation exceptionnelle

L'incapacité de la norme à garantir une jouissance égalitaire de libertés empêche la stabilité étatique. En effet, les inégalités qui viennent d'être observées, tant à propos des libertés individuelles que politiques, font resurgir de nets antagonismes entre groupes divergents, craints par Machiavel, mais encouragés par Schmitt (1). Une telle corruption de la loi produit de violents affrontements entre unités politiques opposées, plongeant l'État nouveau dans une situation d'exception permanente (2).

1. La résurgence d'entités antagonistes

Cette production normative, jouxtant le premier décisionnisme révolutionnaire, recrée des entités antagonistes prêtes à s'affronter radicalement pour leur existence. En effet ce constitutionnalisme inégalitaire, ou du moins procédant d'une égalité spécifique ne bénéficiant qu'aux membres d'une unité politique dominante – caractérisée par une bourgeoisie possédante ou commerçante dans les trois États observés –, traduit de nouveau une distance d'avec un républicanisme machiavélien stable, tout autant qu'une réelle proximité à l'égard de la pensée schmittienne. En effet, si l'on doit constater que le discours républicain, qu'il soit anglais, américain ou français, peut à divers égards se rapprocher du machiavélisme¹²¹³, il s'en détache néanmoins, notamment avec la valorisation¹²¹⁴ d'un facteur nouveau « *étranger jusque-là à l'idée de république : la propriété et l'intérêt économique* »¹²¹⁵. Ce sont ces facteurs, on l'a vu, que les constitutionnalismes anglo-américain et français semblent favoriser, ce qui nécessairement incite les

¹²¹³ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 35.

¹²¹⁴ Il ne s'agit pas de dire ici que le républicanisme machiavélien ne prend pas en compte les intérêts individuels et la propriété privée (« *Le moment machiavélien* » a inventé une nouvelle république qui réserve désormais une place à l'intérêt, au conflit et à la propriété, à côté de la vertu » (id., p. 38)), mais de constater la crainte qu'émet le penseur de Florence vis-à-vis d'une valorisation extrême de ces deux éléments.

¹²¹⁵ Id., p. 35.

individus – davantage déterminés par une volonté concurrentielle qu’un universalisme égalitaire – à s’accaparer les moyens de préserver des intérêts à leur seul bénéfice. Or, un tel schéma reproduit au sein du corps social une inégalité qui tend précisément à faire émerger, de nouveau, des unités politiques antagonistes, et favorise alors une opposition radicale visant pour les uns à conserver ces intérêts, et pour les autres à se les approprier. Ainsi, l’Angleterre postrévolutionnaire voit renaître une unité dominante, protestante, favorable au *Commonwealth*, que l’on pourrait nommer l’unité puritaine ou parlementaire, opposée à des ennemis monarchistes, catholiques et irlandais. Dans le contexte américain, l’on retrouve également une unité dominante, cette unité bourgeoise, composée de grands propriétaires terriens et de riches commerçants. Elle s’oppose aux groupes les plus pauvres qu’évoque Charles Austin Beard dans sa *relecture économique de la Constitution américaine*, ces « *milliers de petits agriculteurs, de personnes endettées et d’ouvriers* »¹²¹⁶. De même, une classe possédante composée de la bourgeoisie foncière et mobilière se distingue clairement dans le cadre français, et s’oppose – avec hystérie – à tout ennemi de la Révolution. La loi mène ici à une logique d’unité politique exclusive, tout à fait comparable à celle procédant de la discrimination d’un ennemi identitaire. D’une part, la simple affirmation de libertés – sans garantie de leur jouissance égalitaire – engendre une possible captation de ces dernières par ces entités les plus fortes. D’autre part, la loi érige des critères d’exclusion favorisant l’hégémonie de ces entités dominantes, tant dans la jouissance de libertés individuelles que dans la participation politique. Pourtant, l’on sait avec Machiavel que dans un système inégalitaire, ou par exemple « *tous les individus ne sont pas propriétaires, ceux qui jouissent de biens auront naturellement tendance à profiter de leur situation [...] privilégiée pour placer sous leur dépendance ceux qui ne possèdent rien* »¹²¹⁷. Or, une telle situation est nécessairement la preuve d’une loi corrompue capable de gangréner le corps social dans son entièreté. En effet, l’on sait à propos de cette corruption, que « *Machiavel [...] la voyait résider dans l’inégalité, dans les relations de dépendance instituées entre des citoyens qui étaient tous faits pour n’être soumis à aucun maître, mais seulement à la puissance publique* »¹²¹⁸. Ce contexte, favorisé par la loi, est finalement propre à priver certains individus de leurs libertés individuelle et politique, et

¹²¹⁶ Charles A. BEARD, *Une relecture économique de la Constitution des États-Unis*, Economica, 1988, p. 125.

¹²¹⁷ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 35.

¹²¹⁸ J.G.A. POCKOCK, « L’œuvre politique de Harrington », *Océana*, James HARRINGTON, Belin, 1995, p. 29.

donc à reproduire, on le sait, de réelles oppositions entre diverses factions antagonistes car inégalitaires. Cela est clairement favorable à une situation exceptionnelle.

En revanche, une telle conception peut être rapprochée des présupposés schmittiens, selon lesquels il n'existe d'égalité qu'entre les membres de l'unité politique dominante, supposant une conflictualité permanente avec le reste du corps social. En ce sens, et pour demeurer dans le cadre du pacte constitutionnel, cette compréhension de l'égalité est justifiée, dès lors qu'« *une telle constitution est un choix conscient qu'accomplit pour elle-même [souligné par l'auteur] et que se donne à elle-même [idem] l'unité politique à travers le titulaire du pouvoir constituant* »¹²¹⁹. Dans une telle perspective, il apparaît normal que le contenu de la loi fondamentale ne bénéficie exclusivement qu'à l'unité politique dominante, voire qu'elle érige des critères propres à préserver cette exclusivité inégalitaire. De même, une telle approche tend à favoriser le maintien d'une logique d'unités politiques antagonistes poussées en permanence à aller jusqu'à l'opposition vitale, puisque le conflit n'existe qu'autant qu'est maintenue l'inégalité dans la jouissance des libertés individuelle et politique. Le cadre anglo-américain et français illustre parfaitement la dérive qu'entraîne la pensée schmittienne, puisque la période directement postérieure au premier décisionnisme révolutionnaire traduit une permanence d'exceptionnalité. On y observe en effet une succession de crises issues d'une loi qui, plutôt que de garantir une égalité stabilisatrice, favorise une inégalité propre à faire jaillir et s'opposer des entités antagonistes. Il est ici particulièrement important de noter qu'une telle instabilité rappelle dangereusement celle ayant été présente au cœur même de la révolution anglo-américaine et française. En effet, l'on a précédemment vu¹²²⁰ dans ce contexte de retour à un état naturel conflictuel, que si tous les individus y détiennent théoriquement des libertés naturelles, leur « *jouissance en est cependant très incertaine, et constamment exposée aux empiètements des autres* »¹²²¹. Par conséquent, le bénéfice des libertés que l'homme « *détient dans cet état est [...] fort peu garanti* »¹²²². On doit noter que ces mots de Locke proviennent de sa description de l'état naturel qui, non pourvu de lois positives, dérive en état de guerre. En l'occurrence cette description est tout à fait appropriée à la période jouxtant le premier décisionnisme révolutionnaire, qui semble replonger continuellement

¹²¹⁹ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 152.

¹²²⁰ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

¹²²¹ John LOCKE, *Le second traité du gouvernement – Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, P.U.F., 1994, p. 90.

¹²²² *Ibid.*

dans l'exception au point de s'y noyer. Une telle conflictualité va se radicaliser, et aboutir de nouveau à un combat vital entre amis et ennemis.

2. La réapparition d'un conflit aigu entre amis et ennemis

La situation exceptionnelle, conséquence d'une loi favorisant un schéma d'unité politique exclusive, est tout à fait visible dans le contexte anglo-américain et français succédant au premier décisionnisme révolutionnaire. Elle traduit la mutation d'une simple opposition d'entités antagonistes en un conflit vital entre amis et ennemis.

Ainsi, l'Angleterre demeure durant la seconde moitié du XVII^e siècle dans une situation exceptionnelle quasi permanente, que Philippe Chassaing résume parfaitement en qualifiant l'interrègne de « *vaine recherche d'un ordre nouveau* »¹²²³, alors que Michel Duchein évoque dans le même temps une « *impossible stabilisation des institutions* »¹²²⁴. En d'autres termes, le processus consistant à évincer l'opposant au Commonwealth ou au Protectorat par une suppression de ses libertés individuelle et politique, au profit exclusif des partisans de ces régimes, engendre un phénomène d'exception au sein duquel émerge une lutte vitale. C'est d'abord contre les opposants anglais au Commonwealth qu'un différend s'engage, et plus particulièrement contre les Niveleurs, partisans d'une conception égalitaire de la propriété. Cette situation exceptionnelle provient très nettement d'une législation anglaise désireuse de maintenir un clivage cristallisé par l'unité politique victorieuse. En effet, lors de la purge du *Long Parliament* le 6 décembre 1648, les presbytériens – opposés au jugement du roi pour trahison¹²²⁵ – sont exclus, laissant place au Parlement croupion, majoritairement composé de puritains extrémistes. Ces derniers, particulièrement opposés au contrôle royal du commerce, aux taxes du royaume, et fortement attachés à la protection de la propriété privée, devaient naturellement s'opposer aux quelques Niveleurs restants, favorables à « *l'abolition de la propriété et la redistribution de la terre sur une base égalitaire* »¹²²⁶. C'est dans ce contexte que « le

¹²²³ Philippe CHASSAING, *Histoire de l'Angleterre des origines à nos jours*, Flammarion, 2008, p. 149.

¹²²⁴ Michel DUCHEIN, *50 années qui ébranlèrent l'Angleterre – Les deux révolutions du XVII^e siècle*, Fayard, 2010, p. 331.

¹²²⁵ Voir sur ce point : Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 371-374 : *The Charge against the King* (20 janvier 1649). Au-delà des accusations de meurtre, de violences ou de spoliations, la charge principale retenue contre Charles I^{er}, répétée incessamment, est celle de « *trahison [...] à l'égard de la nation* ».

¹²²⁶ Danièle FRISON, *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, Ellipses, 2005, p. 64.

*conservatisme de Cromwell et de ses supporters emportait l'adhésion de la majorité »*¹²²⁷ au Parlement, permettant que ces Niveleurs, modestes exploitants, soient défavorisés par la loi, puis « *expulsés à la demande des propriétaires terriens des alentours, qui craignaient que leurs terres ne soient menacées »*¹²²⁸, précisément parce qu'ils redoutaient un conflit causé par la partialité d'une législation qui leur était grandement favorable. C'est d'ailleurs à l'aune de ce conflit que « *Cromwell se déclara [...] défenseur inconditionnel de la propriété et ordonna l'écrasement du mouvement »*¹²²⁹. S'engagea alors une situation exceptionnelle, que Michel Duchein qualifie clairement de « *crise leveller »*¹²³⁰, au sein de laquelle est désigné « *l'ennemi de l'intérieur »*¹²³¹. Au sein de ce conflit armé¹²³², les principaux meneurs du mouvement furent « *arrêtés, jugés par le Conseil d'État et emprisonnés »*¹²³³. Puis, « *en octobre 1649, Lilburne (chef de file du mouvement des Niveleurs) fut jugé pour haute trahison »*¹²³⁴. Cette crise interne, où « *les factions s'oppos[ent] les unes aux autres, [où] les ambitions se combatt[ent], [où] les rivalités s'aigriss[ent] »*¹²³⁵, n'est au fond que la conséquence d'une législation parlementaire uniquement favorable à l'unité politique puritaine. Ces normes sont en cela très proches de la législation monarchique inégalitaire ayant justement entraîné le premier mouvement révolutionnaire anglais¹²³⁶ dans les années 1640.

En un même sens, la rébellion de Daniel Shays¹²³⁷ dans le Massachussetts, illustre parfaitement la conséquence problématique d'une législation formalisant la supériorité des

¹²²⁷ *Id.*, p. 63.

¹²²⁸ *Id.*, p. 64.

¹²²⁹ *Ibid.* On note d'ailleurs qu'à peine un siècle après leur éviction, les Niveleurs (représentés par de petits fermiers indépendants) allaient disparaître au profit du développement de l'agriculture capitaliste, et des conceptions qui s'y rattachent.

¹²³⁰ Michel DUCHEIN, *50 années qui ébranlèrent l'Angleterre – Les deux révolutions du XVII^e siècle*, Fayard, 2010, p. 256.

¹²³¹ Bernard COTTRET, *Histoire de l'Angleterre : de Guillaume Le Conquérant à nos jours*, Tallandier, 2011, p. 260.

¹²³² *Ibid.* L'auteur note : « *il fallait déjà en finir avec l'ennemi de l'intérieur. Cromwell liquida quelques Niveleurs à Burford en mai, et calma les autres »*.

¹²³³ Danièle FRISON, *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, Ellipses, 2005, p. 63.

¹²³⁴ *Ibid.*

¹²³⁵ Michel DUCHEIN, *50 années qui ébranlèrent l'Angleterre – Les deux révolutions du XVII^e siècle*, Fayard, 2010, p. 270.

¹²³⁶ C'est en effet, on l'a vu, à cause de l'impartialité de la législation monarchique que débute la guerre civile de 1642, et que s'entame la Grande Rébellion de 1648 menant elle-même à l'exécution du roi et à la proclamation de la République en 1649.

¹²³⁷ Sur la révolte de Shays et des *shaysites*, voir notamment : Bernard E. BROWN, *L'État et la politique aux États-Unis*, P.U.F., 1994, chap. I, p. 13-85 ; Dick HOWARD, *Aux origines de la pensée politique américaine*, Buchet-Chastel, 2004, p. 262.

intérêts des grands propriétaires et marchands, dans une logique « excluante ». En effet, alors que l'unité bourgeoise était parvenue à confirmer, par le droit, la primauté de ses intérêts individuels, les groupes les plus précaires se trouvaient, dès les débuts de la Confédération, lésés dans la satisfaction de leurs propres intérêts. Le texte de 1777 – au regard de l'inégalité qu'il engendre – va donner aux groupes les plus précaires, de façon radicale, la conscience de leurs intérêts individuels, inapplicables au regard d'une inégalité de jouissance des droits de chacun. Certes, « *la Déclaration d'Indépendance avait laissé espérer aux Américains des chances égales* »¹²³⁸ sur une « *terre promise de liberté et d'égalité* »¹²³⁹. Mais dix ans à peine après son élaboration, « *riches et pauvres, créanciers et débiteurs constataient chaque jour la divergence de leurs intérêts* »¹²⁴⁰. C'est dans le cadre de ces divergences, causées par la loi, que s'engage le conflit. Le soulèvement armé de Daniel Shays et ses partisans survient d'août 1786 à janvier 1787. Denis Lacorne donne une explication éclairante de ce conflit, fruit des faiblesses confédérales quant à l'aboutissement d'un égalitarisme dans les libertés :

« Sur le plan interne, la crise politique et économique se manifeste de façon particulièrement violente [...] avec la révolte des partisans du Capitaine Shays, les shaysites. Leur révolte est liée à la crise économique et l'une de ses principales causes est l'abus du papier-monnaie émis par les États et le Congrès [...] pour financer la Guerre d'Indépendance. La dépréciation rapide du papier-monnaie par rapport à la valeur du numéraire fait des heureux : les commerçants ou les fermiers endettés qui remboursent leurs emprunts en billets dépréciés, jusqu'au jour où leurs créanciers réclament le remboursement des prêts en monnaie métallique »¹²⁴¹.

Se forme donc un conflit entre les partisans de Shays, de petits commerçants et fermiers d'une part, et leurs créanciers, de grands négociants des villes de l'Est d'autre part. Ces derniers n'hésitent pas à recourir au bras armé de la justice pour obtenir le remboursement de leurs créances en espèces, ce qui entraînera la faillite de beaucoup de ces petits fermiers. Si la Confédération est largement favorable aux intérêts de ces

¹²³⁸ Robert LACOUR-GAYET, *Histoire des États-Unis – des origines jusqu'à la fin de la guerre civile*, Fayard, 1976, p. 207.

¹²³⁹ Frederick Jackson TURNER, *La frontière dans l'histoire des États-Unis*, P.U.F., 1963, p. 227.

¹²⁴⁰ Robert LACOUR-GAYET, *Histoire des États-Unis – des origines jusqu'à la fin de la guerre civile*, Fayard, 1976, p. 207.

¹²⁴¹ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 101.

créanciers, les débiteurs se retrouvent lésés, et c'est au regard de cette inégalité confirmée par le droit et la justice que les *shaysites* manifestent, dans la violence, une volonté de garantie de leurs intérêts personnels, totalement bafoués jusqu'à présent. Le conflit « *finit par revêtir la forme d'une insurrection* »¹²⁴², manifestant une volonté d'égalité. C'est dans ce contexte d'ailleurs qu'apparaissent les « régulateurs », ces hommes « *endettés qui veulent, par des actions de masse plus ou moins menaçantes, forcer l'intervention de l'État et obtenir une "réglementation" de l'économie et du système judiciaire qui leur soit favorable* »¹²⁴³. La cause essentielle de l'exception se situe, ici encore, dans l'inégalité que provoque la loi.

La réapparition d'une opposition violente entre amis et ennemis, provoquée par la norme positive, est encore présente au sein de la fin du XVIII^e siècle français. Comme le souligne Jean Dérens, si « *la "volonté punitive" engendrée par une réaction d'autodéfense s'observe d'une manière constante depuis le début de la Révolution française* »¹²⁴⁴, elle prend une intensité particulière à partir de 1793, soit dans la période jouxtant le premier décisionnisme révolutionnaire français¹²⁴⁵. En effet, face à « *la montée des périls extérieurs et des troubles intérieurs* »¹²⁴⁶, la Terreur, par sa propension « excluante » devient un « *moyen de gouvernement* »¹²⁴⁷, propre à défigurer l'idéologie universaliste de la Révolution¹²⁴⁸. Cette période révèle tout à fait l'idée d'une unité politique restreinte, déterminée par l'éradication totale de l'ennemi. Ainsi, dès le 19 mars 1793, un décret de la Convention nationale dispose que toute personne portant « *la cocarde blanche ou tout autre signe de rébellion* »¹²⁴⁹, ainsi que toute personne prise ou arrêtée « *les armes à la main* »¹²⁵⁰ sera jugée dans les vingt-quatre heures puis mise à mort. Plus précisément encore, l'article

¹²⁴² Robert LACOUR-GAYET, *Histoire des États-Unis – des origines jusqu'à la fin de la guerre civile*, Fayard, 1976, p. 207.

¹²⁴³ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 102.

¹²⁴⁴ Jean DÉRENS, « La Terreur », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/la-terreur/>].

¹²⁴⁵ Il ne s'agit pas ici de dire que la Révolution française s'arrête en 1793, mais que le premier décisionnisme révolutionnaire, en tant que phase la plus marquante de la fin du XVIII^e siècle, s'étend du soulèvement de 1789, permettant la proclamation républicaine de 1792, à l'exécution du monarque en 1793.

¹²⁴⁶ Jean DÉRENS, « La Terreur », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/la-terreur/>].

¹²⁴⁷ *Ibid.*

¹²⁴⁸ Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Flammarion, 2006, p. 38.

¹²⁴⁹ France, *Décret concernant la punition de ceux qui sont ou seront prévenus d'avoir pris part à des Révoltes ou Émeutes contre-révolutionnaires qui ont eu ou auraient lieu à l'époque du Recrutement*, 19 mars 1793, art. 1^{er}.

¹²⁵⁰ *Id.*, art. 2.

6 du même décret énonce que les personnes suivantes – les prêtres, les nobles, les seigneurs (dépossédés de leur qualité), ainsi que leurs agents et domestiques, mais également les émigrés, les étrangers, les personnes ayant exercé leurs fonctions dans l'ancien gouvernement, ceux ayant participé à des révoltes contre-révolutionnaires – faisant l'objet d'une détention, « *subiront la peine de mort* »¹²⁵¹. Peu après, le décret du 17 septembre 1793¹²⁵² qui élargit le champ d'action de la loi du 12 août 1793¹²⁵³, permet d'arrêter toutes les personnes qui « *n'ont pas constamment manifesté leur attachement à la Révolution* »¹²⁵⁴. Au fond, une telle norme « *fini par englober dans la catégorie des suspects tous ceux qui, par leurs manières, leurs propos, leurs façons de penser ou de s'habiller, ne donnent pas l'exemple quotidien d'un enthousiasme militant pour l'idéal révolutionnaire* »¹²⁵⁵. Une telle distinction de l'ennemi, autant que les mesures lui étant appliquées¹²⁵⁶, démontrent la volonté des révolutionnaires de « *se débarrasser de leurs ennemis* »¹²⁵⁷ radicalement, révélant une situation exceptionnelle allant bien au-delà de la simple opposition idéologique. S'engage alors une violence inouïe, où les suspects deviennent, selon les mots de Georges Couthon, de véritables « *ennemis de la patrie* »¹²⁵⁸, dont le délai pour les punir « *ne doit être que le temps de les reconnaître* »¹²⁵⁹, dès lors qu'il « *s'agit moins de les punir que de les anéantir* »¹²⁶⁰. C'est dans cet esprit que la loi du 10 juin 1794 réforme le Tribunal révolutionnaire, permettant à des juges et patriotes amis de la République¹²⁶¹, de punir de mort¹²⁶² les ennemis du peuple, au travers de simples preuves morales ou verbales¹²⁶³. L'antagonisme produit par la loi est très clair ici, et se renforce

¹²⁵¹ *Id.*, art. 6.

¹²⁵² France, *Décret qui ordonne l'arrestation des gens suspects*, 17 septembre 1793.

¹²⁵³ France, *Loi prescrivant l'enfermement des suspects, avec arrestation de jour comme de nuit*, 12 août 1793.

¹²⁵⁴ France, *Décret qui ordonne l'arrestation des gens suspects*, 17 septembre 1793, art. 2.

¹²⁵⁵ Ghislain DE DIESBACH, « Loi des suspects (1793) », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [\[http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/loi-des-suspects/\]](http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/loi-des-suspects/).

¹²⁵⁶ Voir en ce sens : Jean-Clément MARTIN, Marc THIVOLET, « Révolution française », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [\[http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/revolution-francaise/\]](http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/revolution-francaise/). Jean-Clément Martin explique que le texte du 17 septembre 1793 conduit à « *accroître encore le nombre des catégories de crimes contre-révolutionnaires et [à] raccourcir les procédures juridiques* ».

¹²⁵⁷ Ghislain DE DIESBACH, « Loi des suspects (1793) », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [\[http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/loi-des-suspects/\]](http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/loi-des-suspects/).

¹²⁵⁸ Georges COUTHON, « Loi de Prairial », *Le Mercure universel*, Tome 40, 1794, p. 362.

¹²⁵⁹ *Ibid.*

¹²⁶⁰ *Ibid.*

¹²⁶¹ France, *Loi concernant le Tribunal révolutionnaire*, 10 juin 1794, art. 8.

¹²⁶² *Id.*, art. 7.

¹²⁶³ *Id.*, art. 8.

encore au travers de son article 16, qui accorde des défenseurs aux « *patriotes calomniés* »¹²⁶⁴, et dans le même temps les refuse aux « *conspirateurs* »¹²⁶⁵. Un tel contexte, bien que différent du cadre anglo-américain, est également propice à la confrontation armée d'entités opposées. Ainsi, le conflit vendéen, véritable « *guerre de partisans* »¹²⁶⁶, voit s'opposer l'entité catholique et royale à l'entité révolutionnaire républicaine. Or un tel conflit trouve, notamment, son origine dans la législation révolutionnaire. En ce sens, Jean Tulard note qu'un tel soulèvement peut être rattaché au refus d'adoption de la Constitution civile du clergé, mais aussi aux lois ayant permis à la bourgeoisie révolutionnaire urbaine d'acquérir égoïstement des biens nationaux, aux décrets réprimant le refus d'adhésion à l'idéal révolutionnaire, ou encore à la levée en masse de milliers d'hommes¹²⁶⁷, décrétée en février 1793 par la Convention¹²⁶⁸. Un conflit s'engage alors, oscillant entre « *massacres de bourgeois, administrateurs et marchands* »¹²⁶⁹ de la part de l'armée catholique et royale, les « Blancs », et répression radicale de l'insurrection par l'armée républicaine, les « Bleus ». Puis, le combat laisse place à une « *guerre [...] impitoyable* »¹²⁷⁰. L'armée catholique et royale est défaite à Cholet, le 17 octobre 1793, puis véritablement « *anéantie à Savenay* »¹²⁷¹, le 23 décembre de la même année, ne laissant place qu'à des insurgés isolés, violemment massacrés par les républicains, au prix d'exécutions « *qui feront plusieurs milliers de morts* »¹²⁷². Parmi les actes les plus violents, l'on peut citer la pratique du « baptême républicain », mise en œuvre par l'administrateur Jean-Baptiste Carrier, et consistant à noyer, par centaines, les opposants à la Révolution. De même, Louis-Marie Turreau, général de l'armée républicaine de l'Ouest, pratiquera la technique des « colonnes infernales », consistant à « *dévaster et*

¹²⁶⁴ *Id.*, art. 16.

¹²⁶⁵ *Ibid.*

¹²⁶⁶ Jean TULARD, « Contre-révolution », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/contre-revolution/>].

¹²⁶⁷ Cette levée de troupes visait à renforcer les combattants aux frontières du territoire.

¹²⁶⁸ Jean TULARD, « Contre-révolution », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/contre-revolution/>].

¹²⁶⁹ Voir en ce sens : Mathieu BERTOZZO, « Ventôse An II, quand “République” rimait avec “sanglant” », *Revue générale du droit*, 2015, en ligne : [<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/02/27/ventose-an-ii-quand-republique-rimait-avec-sanglant/>].

¹²⁷⁰ Jean-Clément MARTIN, « Guerres de Vendée », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/guerres-de-vendee/>].

¹²⁷¹ Jean TULARD, « Contre-révolution », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/contre-revolution/>].

¹²⁷² Jean-Clément MARTIN, « Guerres de Vendée », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/guerres-de-vendee/>].

pratiquer la politique de la terre brûlée dans les territoires insurgés »¹²⁷³. Il faut cependant noter qu'une telle violence ne provient pas de la seule folie d'hommes tels que Carrier ou Turreau, dès lors que de tels actes « *ne sont pas étrangers au monde juridique* »¹²⁷⁴. En effet, l'on relève par exemple que le décret du 1^{er} août 1793 organise concrètement la destruction du territoire vendéen¹²⁷⁵, la déportation d'une partie de sa population¹²⁷⁶, ainsi que la dépossession des biens des insurgés¹²⁷⁷. De même, le décret du 1^{er} octobre 1793 vise, selon les propres mots de la Convention nationale, à ce que « *les brigands de la Vendée soient exterminés avant la fin du mois d'octobre* »¹²⁷⁸. De nouveau, la loi procède d'une discrimination vis-à-vis de l'entité ennemie qu'il s'agit d'anéantir. Le sursaut vendéen, faisant suite au Traité de La Jaunaye du 17 février 1795, se conclut par la condamnation à mort des principaux meneurs.

De tout point de vue, l'on constate que le premier décisionnisme révolutionnaire n'apporte pas la stabilité républicaine espérée. Au contraire, les lois qui en sont issues tendent à reproduire des inégalités, ces dernières engendrant la reformation d'unités politiques antagonistes, ne voyant que l'élimination physique de l'ennemi comme moyen de préservation. On ne peut alors que constater la réapparition d'une situation exceptionnelle. Or, l'on sait qu'une telle situation, puisqu'elle tend à rejeter l'applicabilité de la loi positive, rend nécessaire l'exercice d'une décision ne se fondant pas dans le juspositivisme. Autrement dit, cette exceptionnalité convoque de nouveau le décisionnisme souverain, dont on sait que la caractéristique est de détruire l'ordre dans lequel il agit afin d'en fonder un autre.

B. La fondation étatique renouvelée par la décision souveraine

L'impossible stabilité républicaine à la suite du premier décisionnisme révolutionnaire, causée par une loi inégalitaire, semble conduire l'Angleterre, l'Amérique

¹²⁷³ Mathieu BERTOZZO, « Ventôse An II, quand “République” rimait avec “sanglant” », *Revue générale du droit*, 2015, en ligne : [<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/02/27/ventose-an-ii-quand-republique-rimait-avec-sanglant/>].

¹²⁷⁴ *Ibid.*

¹²⁷⁵ France, *Décret relatif aux mesures à prendre contre les Rebelles de la Vendée*, 1^{er} août 1793, art. 6 : « *Il sera envoyé par le ministre de la Guerre des matières combustibles de toute espèce pour incendier les bois, les taillis et les genêts* ».

¹²⁷⁶ *Id.*, art. 8 : « *Les femmes, les enfants et les vieillards seront conduits dans l'intérieur* ».

¹²⁷⁷ *Id.*, art. 14 : « *Les biens des rebelles de la Vendée sont déclarés appartenir à la République ; il en sera distrait une portion pour indemniser les citoyens qui sont demeurés fidèles à la patrie, des pertes qu'ils auraient souffertes* ».

¹²⁷⁸ Proclamation de la Convention nationale du 2 octobre 1793.

et la France à une exceptionnalité répétitive, dont on sait justement qu'elle appelle, presque inévitablement, une décision souveraine. L'histoire semble donc se répéter puisque l'Angleterre connaît une nouvelle révolution de 1688 à 1689, tandis que la Confédération américaine s'effondre en 1787 à la faveur d'un nouveau régime constitutionnel, alors que la première moitié du XIX^e siècle français est marquée de divers soulèvements insurrectionnels avant de parvenir progressivement à une stabilité initiée par la Seconde et la III^e République. Pourtant le décisionnisme permettant la fin de ces régimes pour la fondation de nouveaux n'apparaît pas avec netteté. Pour démontrer la résurgence d'un décisionnisme machiavélo-schmittien durant ces périodes transitoires, il est nécessaire d'en donner les critères essentiels définis par ces deux auteurs (1), puis de les confronter aux événements concrets (2).

1. La persistance d'une empreinte machiavélo-schmittienne

L'on peut retenir cinq traits essentiels de la décision souveraine telle qu'entendue dans l'acception machiavélo-schmittienne. En premier lieu, elle s'exprime essentiellement dans le cadre d'une situation exceptionnelle, c'est-à-dire lorsque les pouvoirs et le droit positif ordinaires, suite à leur contestation, ne disposent plus des moyens d'agir au sein d'une situation qu'ils ne reconnaissent pas, précisément parce que le propre de l'exception est qu'elle « *peut mettre en échec la règle qui ne prévoit ni alternative ni dérogation* »¹²⁷⁹. En ce sens, l'on peut dire que l'exception échappe à la norme, parce qu'elle semble relever, chez ces auteurs, d'une anormalité imprévue et imprévisible par cette règle. Ensuite, la décision tend à remettre en cause cet ordre figé, allant à l'encontre de ses dispositions, de sorte qu'elle entraîne la « *violation de la règle posée* »¹²⁸⁰, et finalement son abrogation. En troisième lieu, la décision procède d'une forme de jusnaturalisme, dès lors qu'elle vise l'affirmation d'un droit à l'existence, déduit de la loi de nature. De plus, le décisionnisme souverain – sans procéder du droit positif – est dépositaire d'une forme de normativité, puisque la décision permet d'établir un ordre, c'est-à-dire une normalité nouvelle, une stabilité permettant l'inscription du droit positif. À ce titre, la décision ne procède pas du droit positif, mais est à la fois fondatrice de ce dernier. François Saint-Bonnet et Olivier Beaud rendent compte de cette dualité. Alors que le premier explique que la décision

¹²⁷⁹ François SAINT-BONNET, « Exception, nécessité, urgence », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 674.

¹²⁸⁰ *Ibid.*

souveraine vise à « résoudre un problème particulier indépendamment de toute règle juridique »¹²⁸¹, le second rappelle le pouvoir « reconstituant »¹²⁸² d'une telle décision. Enfin, tout autant chez Machiavel que chez Schmitt, la décision peut être exercée par un groupe uni ou par un homme seul, par le peuple ou le prince.

2. Le nécessaire recours au décisionnisme souverain

Le choix du terme de décisionnisme souverain comme caractérisant la période de la Glorieuse Révolution de 1688-89, l'effondrement confédéral de 1787 ainsi qu'une partie du XIX^e siècle français, paraît d'abord inapproprié. En effet, l'on a jusqu'à présent envisagé ce concept à travers deux auteurs qui cristallisent le décisionnisme autour d'une situation de crise particulièrement aiguë. À ce titre, les contextes anglais de 1640, américain des années 1770, et de 1789 pour la France, sont particulièrement éclairants, puisqu'ils expriment un mouvement révolutionnaire violent, creuset du décisionnisme. Mais la fin du XVII^e siècle anglais ne renvoie pas à une insurrection violente, de sorte que « si en 1642 [...] l'histoire accoucha dans la douleur, l'enfantement fut pratiquement indolore en 1688 »¹²⁸³. La période d'abrogation des Articles de la Confédération ne témoigne pas non plus d'une situation de crise absolue, et seuls les événements des années 1770 semblent rattachés au phénomène révolutionnaire au sein du XVIII^e siècle américain. De même, le XIX^e siècle français ne renvoie pas à la radicalité du siècle précédent, si bien qu'aucun décisionnisme ne semble pouvoir s'y loger. Pourtant, si l'on confronte les critères machiavélo-schmittiens à ces périodes, une analogie apparaît évidente, permettant de mettre à jour la manifestation, dans ces trois États, d'un second décisionnisme révolutionnaire. Si la manifestation de ce second décisionnisme est assez nette dans le droit anglo-américain, s'exerçant à un moment précis, son apparition est plus diffuse et progressive dans le droit français, justifiant de la repérer dans de plus nombreux exemples, situés sur de plus vastes périodes.

En premier lieu, l'on constate, comme chez Machiavel et Schmitt, une situation d'exception figeant la capacité d'action de la loi et des pouvoirs relevant de la normalité. Ainsi, outre les violences précédemment évoquées, la restauration de 1660 révèle dès ses

¹²⁸¹ François SAINT-BONNET, *L'exception dans tous ses états*, Parenthèses, 2007, p. 150.

¹²⁸² Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, P.U.F., 1994, p. 224.

¹²⁸³ Bernard COTTRET, *La Glorieuse Révolution d'Angleterre, 1688*, Gallimard, 2013, p. 10.

débuts des troubles comparables à ceux de la République et du Protectorat, notamment visibles dans la crise parlementaire entraînant entre 1679 et 1681 la succession de trois parlements, déchirés autour de la défense d'intérêts divergents quant à la succession au trône¹²⁸⁴. On retient finalement le « *cuisant échec de la politique* »¹²⁸⁵ de Charles II, « *refusée par le Parlement* »¹²⁸⁶. Le contexte américain révèle des troubles semblables, caractérisant les apories d'une Confédération comparable à « *un État-fantôme dénué de souveraineté réelle* »¹²⁸⁷, menant à une volonté de rupture avec la Constitution. Sur ce point, l'on note d'ailleurs que « *le passage d'une Constitution confédérale à une Constitution fédérale [...] ne s'explique qu'en fonction de la crise politique des années 1780* »¹²⁸⁸. Dans le contexte français, les Trois Glorieuses révéleront une même exceptionnalité empêchant les lois et pouvoirs relevant de la situation normale de s'appliquer. En effet, d'une part, le peuple parisien s'insurge violemment contre la mise en œuvre des ordonnances de Saint-Cloud, en particulier contre la restriction du droit de suffrage, et d'autre part, le roi est contraint de fuir Paris, abandonnant le pouvoir. Plus encore, les banquets de 1847, visant à contourner l'interdiction légale de réunion et à obtenir un élargissement du suffrage censitaire, vont en un même sens. Ils aboutissent à un rejet de la loi ordinaire, et à une insurrection obligeant le titulaire du pouvoir à abdiquer, mettant ainsi la « *classe politique [...] en déroute* »¹²⁸⁹. En ce sens, cette partie de l'histoire

¹²⁸⁴ Sur une période de deux ans, trois parlements se succèdent et s'opposent sur une même question, celle de l'exclusion du Duc d'York, frère de Charles II, de la succession dynastique. En effet, celui qui allait, à partir de 1685, prendre le nom de Jacques II, était catholique. Cette « crise parlementaire » opposait ce qu'il est convenu d'appeler les ancêtres des partis politiques anglais. D'une part, il y avait les *whigs*. Ce terme renvoie aux *Whiggamores*, insurgés écossais du XVII^e siècle. Ils regroupaient les grands propriétaires terriens, essentiellement enrichis pendant la première révolution (surtout à partir de 1648) et lors de la restauration de 1660, et représentaient le puissant intérêt commercial et financier, ainsi que la liberté des échanges. Ils soutenaient farouchement les droits du Parlement et des sectes protestantes contre l'autorité monarchique et les privilèges de l'anglicanisme. À ce titre, ils étaient favorables à l'exclusion du Duc d'York. Parmi les auteurs rattachés à ce courant, l'on peut songer à Edmund Burke, George Grenville ou encore Thomas Babington Macaulay. D'autre part, le terme de *tory* était originellement le nom donné à un bandit irlandais. Les *tories* désignaient les petits gentilshommes ruraux, représentant des intérêts fonciers. Fortement attachés à l'absolutisme Stuart, et considérés comme loyalistes, ils demeuraient favorables à l'ordre de la succession. La pensée *whig* devient, au milieu du XIX^e siècle, le parti libéral, alors que les *tories* forment le parti conservateur.

¹²⁸⁵ Bernard COTTRET, *La Glorieuse Révolution d'Angleterre, 1688*, Gallimard, 2013, p. 29.

¹²⁸⁶ *Ibid.*

¹²⁸⁷ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 98. Voir encore : Dick HOWARD, *Aux origines de la pensée politique américaine*, Buchet-Chastel, 2004. L'auteur explique par exemple que le Congrès ne détenait pas « *effectivement le pouvoir législatif qui lui aurait permis d'assumer, outre la mise en œuvre des décisions, la prise même des décisions urgentes* » (p. 215).

¹²⁸⁸ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 100.

¹²⁸⁹ François FURET, *La Révolution française*, Gallimard, 2007, p. 630.

constitutionnelle française révèle que les coups de force l'emportaient bien souvent¹²⁹⁰ sur l'applicabilité de la loi ordinaire et des pouvoirs relevant de la situation normale. De telles situations révèlent, à chaque fois, une forme d'exceptionnalité, empêchant la norme positive et les pouvoirs normaux de s'exercer malgré tout.

En second lieu, l'on observe une remise en cause et une violation de cet ordre juridique figé, afin de l'anéantir. Ainsi, après la fuite de Jacques II pour la France le 23 décembre 1688, se réunit, dès le 22 janvier, une Convention, « *sorte d'assemblée constituante* »¹²⁹¹ chargée d'assurer la succession au trône, alors même que la loi monarchique n'envisage cette possibilité que dans les cas très précis de mort, d'abdication ou de désertion du pouvoir¹²⁹², et non d'absence dont on ne sait si elle sera ou non temporaire. Plus encore, cette assemblée avait été réunie de façon autonome, par les parlementaires, « *or, techniquement, le roi seul [avait] ce pouvoir* »¹²⁹³. Bernard Cottret relève à cet égard que l'abrogation de l'ordre constitutionnel relève d'une « *procédure singulière [...] et somme toute exceptionnelle* »¹²⁹⁴. Le cadre américain permet d'observer une identique violation de l'ordre juridique figé par l'exception. En effet, l'article 13 des Articles de la Confédération disposait qu'« *aucun de ces articles ne sera amendé, à moins que le Congrès des États-Unis n'en décide autrement* »¹²⁹⁵. En vertu de cette disposition, la Convention qui se tint à Philadelphie à partir de mai 1787, n'avait reçu autorité du Congrès que pour régler les problèmes commerciaux avec la Grande-Bretagne, avec si nécessaire la possibilité d'amender certains articles. Or, dans les faits, cette Convention va s'autoproclamer assemblée constituante – comme le démontrent les travaux préparatoires de la Convention¹²⁹⁶ – et procéder à l'anéantissement du texte de 1777. En ce sens, elle va au-delà de l'unique possibilité d'amender la Constitution, et viole donc ses articles. Dans le cadre français, il faut noter que malgré la multiplicité des lois fondamentales jalonnant son histoire, « *seules trois Constitutions ont été abrogées dans les formes* »¹²⁹⁷. À ce titre,

¹²⁹⁰ *Ibid.*

¹²⁹¹ Bernard COTTRET, *La Glorieuse Révolution d'Angleterre, 1688*, Gallimard, 2013, p. 31.

¹²⁹² *Id.*, p. 163.

¹²⁹³ *Id.*, p. 158-159.

¹²⁹⁴ *Ibid.*

¹²⁹⁵ États-Unis, *Articles de la Confédération*, 15 novembre 1777, art. 13, al. 1.

¹²⁹⁶ Max FARRAND, *The Records of the Federal Convention of 1787*, Tome 1, Yale University Press, 1966, p. 122. On peut se référer, notamment, à la proposition n° 15 qui traite des « *recommandations de la Convention portant sur la ratification d'une nouvelle constitution* ».

¹²⁹⁷ Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Lextenso/ L.G.D.J., 2010, p. 97. Il s'agit de celles de 1852, 1875 et 1946.

le soulèvement du 24 février 1848 démontre la violation des dispositions constitutionnelles contre lesquelles il agit. En effet, le régime de juillet est « *renversé par une [...] insurrection républicaine* »¹²⁹⁸ qui forme un gouvernement provisoire et abroge la monarchie, en contradiction totale avec les prescriptions de la Charte de 1830.

Troisièmement, cette violation de l'ordre juridique ordinaire semble se rattacher à une nécessité, et plus exactement être justifiée par une norme supérieure, jusnaturaliste, selon laquelle les hommes peuvent renoncer à l'ordre au sein duquel ils vivent lorsqu'il porte atteinte à leurs libertés naturelles. En ce sens, l'on constate une « *décision prise par la société* »¹²⁹⁹ anglaise de rompre avec un « *Roi qui a violé "le contrat originel" qui les unissait* »¹³⁰⁰, impliquant une désobéissance n'étant illégale qu'au regard de la loi positive. Ce décisionnisme exprime donc une volonté jusnaturaliste de « *retour cyclique à un point fixe : les libertés immémoriales de la nation* »¹³⁰¹, déjà affirmées lors de la première révolution anglaise. De même, le constitutionnalisme américain témoigne d'une action fondée dans un jusnaturalisme – divin en l'occurrence –, et visant à réaffirmer les principes s'y rattachant, suggérant que « *sans l'aide de Dieu, les fondateurs n'obtiendront pas un édifice meilleur que celui de Babel, parce que l'Union qu'il s'agit d'établir procède avant tout de lui* »¹³⁰², et donc nécessairement des droits et libertés qu'il confère à l'homme. On constate également que le préambule du texte français de 1848 renvoie à « *des droits et des devoirs antérieurs et supérieurs aux lois positives* »¹³⁰³, nécessairement proches d'une conception jusnaturaliste.

Plus encore, ce décisionnisme possède une capacité normative fondatrice. Il vise, comme chez les auteurs italien et allemand, une finalité constituante et une portée juspositiviste, bien que non issu d'un droit positif préalable. Il aboutit en Angleterre au *Bill of Rights* de 1689, dont Émile Boutmy constate que la fondation présente effectivement « *un élément extralégal et révolutionnaire* »¹³⁰⁴. Concernant la Constitution fédérale

¹²⁹⁸ François FURET, *La Révolution française*, Gallimard, 2007, p. 630.

¹²⁹⁹ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 131.

¹³⁰⁰ *Ibid.*

¹³⁰¹ Bernard COTTRET, *La Glorieuse Révolution d'Angleterre, 1688*, Gallimard, 2013, p. 9.

¹³⁰² Max FARRAND, *The Records of the Federal Convention of 1787*, Tome 1, Yale University Press, 1966, p. 451 (notre traduction).

¹³⁰³ France, *Constitution de la Seconde République*, 4 novembre 1848, préambule, III.

¹³⁰⁴ Émile BOUTMY, *Études de droit constitutionnel, France – Angleterre – États-Unis*, E. Plon, Nourrit et Cie, 1885, p. 57.

américaine de 1787, Sébastien Roman relève qu'elle a été rédigée à l'encontre des règles de droit¹³⁰⁵, et Madison note qu'il est « *nécessaire que ces changements soient préparés par des propositions non revêtues de la forme ou de l'autorité légale, mais faites par quelque citoyen patriote et respectable* »¹³⁰⁶. De plus, les membres de la Convention de Philadelphie fixèrent la ratification du texte nouveau à neuf États sur treize – s'affranchissant encore de l'article 13¹³⁰⁷ du texte de 1777 exigeant l'accord de chaque État pour toute modification – afin de permettre l'établissement d'une nouvelle constitution, ce que rapporte l'article VII¹³⁰⁸ de ce qui n'est encore, à ce moment, qu'un projet constitutionnel¹³⁰⁹. Néanmoins, il est clair que ce texte de 1787 possède une portée positive totale. Le constitutionnalisme français se distingue ici par une production normative plus dense, mais procède d'une logique semblable. Ainsi par exemple, le texte de novembre 1848 établit un juspositivisme concret, bien que sa proclamation soit davantage issue d'une insurrection que d'une autorisation positive préalable.

Enfin, bien que la décision semble relever ici, dans son exécution, de l'action d'une assemblée ou d'une convention, elle demeure rattachée à la nation. Ainsi, l'on note qu'en Angleterre, c'est bien « *la nation qui apparaît, qui, par ses mandataires réguliers ou irréguliers, tranche souverainement* »¹³¹⁰. De même, le contexte américain s'articule autour d'une décision exercée par un groupe restreint, mais dont le résultat constitutionnel n'acquiert d'effectivité qu'au travers d'une adhésion plus large, prouvant au fond qu'elle

¹³⁰⁵ Sébastien ROMAN, *Conflit civil et imaginaire social – Une approche néo-machiavélienne de la démocratie par l'espace public dissensuel*, École Normale Supérieure de Lyon, 2011, p. 429. Parmi les moments fondateurs du constitutionnalisme américain, l'auteur souligne qu'un des plus importants fut « *la rédaction par les Fédéralistes d'une nouvelle Constitution des États-Unis en 1787 alors même qu'ils n'en avaient pas le droit* ».

¹³⁰⁶ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 328.

¹³⁰⁷ États-Unis, *Articles de la Confédération*, 15 novembre 1777, art. 13, al. 1. Toute modification et *a fortiori* toute novation doit être « *confirmé[e] par la législature de chaque État* ».

¹³⁰⁸ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. VII : « *La ratification des conventions de neuf États sera suffisante pour l'établissement de la présente Constitution entre les États qui l'auront ainsi ratifiée* ».

¹³⁰⁹ En effet, malgré une ineffectivité manifeste, les Articles de la Confédération demeurent, tout le temps que siègera cette Convention et même près d'un an plus tard, théoriquement applicables.

¹³¹⁰ Émile BOUTMY, *Études de droit constitutionnel, France – Angleterre – États-Unis*, E. Plon, Nourrit et Cie, 1885, p. 58.

relève du pouvoir constituant du peuple pris dans son ensemble¹³¹¹. Le contexte français est proche de cette acception nationale du décisionnisme. Ainsi, la Constitution du 4 novembre 1848 est faite « *au nom du peuple français* »¹³¹², le désignant comme le titulaire du pouvoir constituant.

¹³¹¹ Voir sur ce point : Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 328. Madison exprime clairement, et à plusieurs reprises, cette supériorité du pouvoir constituant du peuple, qui peut seul accorder ou non une valeur juridique à une constitution. Évoquant la Convention de Philadelphie, il note : « *Elle doit avoir songé que, puisque le plan qu'elle allait élaborer devait être soumis au peuple lui-même, la désapprobation de cette autorité suprême le détruirait pour jamais ; que son approbation effacerait toutes les erreurs et toutes les irrégularités antérieures* ».

¹³¹² France, *Constitution de la Seconde République*, 4 novembre 1848, préambule.

Conclusion du chapitre 1

Suite à la fondation de l'ordre nouveau par la décision souveraine, le recours au juspositivisme est-il nécessaire à une stabilité étatique durable, ainsi que l'affirme Machiavel, ou bien inutile, comme le pense Schmitt ? *A priori*, l'opposition entre ces auteurs semble être tranchée par le constitutionnalisme anglo-américain et français, en faveur du juriste allemand. En effet, si tous trois admettent, dans le droit fil de Machiavel et Schmitt, la reconnaissance égalitaire des libertés individuelle et politique par la loi comme condition de la stabilité étatique, l'on doit néanmoins constater un franc détachement vis-à-vis de Machiavel. Ce dernier considère en effet qu'au regard de la nature humaine, l'effectivité d'une telle égalité – et par voie de conséquence la possible stabilité étatique – suggère, outre l'énonciation de libertés, la mise en place, par la loi positive, de mécanismes garantissant cette égalité. En revanche, le constitutionnalisme anglo-américain et français, attaché à l'image d'un homme naturellement bon, rejoint Schmitt dans la contestation d'un tel rôle attribué au juspositivisme. En effet, tous adhèrent à une supériorité et à une préexistence des libertés naturelles sur une loi positive conçue comme entrave à ces dernières, supposant de n'attribuer à la constitution qu'une faible portée prescriptive, éloignée d'un rôle de garant.

Le risque entraîné par une simple énonciation de libertés s'illustre alors très clairement dans cette période succédant au premier décisionnisme révolutionnaire, et conduit à une exception permanente, c'est-à-dire à l'impossible stabilité de l'État nouvellement formé. En effet, l'on y observe que la loi devient l'outil permettant la captation des libertés individuelle et politique à l'unique profit d'une forme exclusive d'unité politique, soucieuse de conserver ses intérêts. Le constitutionnalisme reproduit donc une inégalité dans la jouissance de telles libertés. Or, l'on sait précisément qu'une telle absence d'égalité tend à entraîner une situation d'exception. Une telle exception conduit, on le sait également, à recourir à un décisionnisme souverain, dès lors que l'ineffectivité de la loi positive qu'elle provoque rend nécessaire une action dont la source se situe hors du champ de la positivité. Ce second décisionnisme révolutionnaire conduit à la fondation d'ordres républicains nouveaux, qu'incarnent le *Bill of Rights* de 1689, la Constitution fédérale de 1787, ou encore la loi fondamentale française de 1848. Tout en faisant preuve d'un éloignement vis-à-vis des vues machiavéliennes, autant que d'une proximité – presque paradoxale – avec les présupposés schmittiens, la pensée jusnaturaliste

ici évoquée révèle finalement son insuffisance à permettre une stabilité étatique – à cause de son attachement au décisionnisme souverain – et démontre le nécessaire recours à une loi positive capable d’accomplir ce but de pérennité. C’est désormais cet accomplissement, supposant l’admission des mécanismes machiavéliens dans le constitutionnalisme anglo-américain et français, qu’il faut envisager.

Chapitre 2 : Le prix d'une stabilité républicaine

À la question de savoir s'il « *suffisait [...] d'exécuter un roi pour aboutir à une république ?* »¹³¹³, l'on songe à répondre – au regard des éléments précédents – par la négative. En effet, l'abrogation de la monarchie n'entraîne d'abord pas la stabilité étatique escomptée. À la source de cette instabilité chronique, l'on trouve un jusnaturalisme parfois étonnamment proche des présupposés schmittiens, supposant de n'accorder au juspositivisme qu'une faible portée prescriptive. L'affirmation récurrente de ce jusnaturalisme, par la décision souveraine, semble davantage capable de reproduire des situations exceptionnelles que d'apporter au régime républicain la pérennité qu'il escompte. À ce titre, les tentatives républicaines suivant le premier décisionnisme révolutionnaire sont un échec, précisément parce qu'elles ne parviennent pas à renoncer à ce décisionnisme, préférant le conserver et l'employer comme moyen de stabilité étatique.

À l'encontre de ce républicanisme chancelant, Machiavel, constatant le danger d'insérer la décision souveraine au sein de l'État nouveau, propose des mécanismes juridiques permettant la stabilité du régime. Ces éléments, tout en étant repris par le constitutionnalisme anglo-américain et français, vont à l'encontre des conceptualisations schmittiennes. Ainsi, l'admission du réalisme machiavélien se traduit, en Angleterre, en Amérique et en France, par un infléchissement du jusnaturalisme (Section 1), et par la mise en œuvre d'un juspositivisme, garant égalitaire des libertés individuelle et politique (Section 2).

¹³¹³ Bernard COTTRET, *Histoire de l'Angleterre : de Guillaume Le Conquérant à nos jours*, Tallandier, 2011, p. 259.

Section 1 : Les aménagements théoriques au jusnaturalisme

Le recours au réalisme machiavélien entraîne un véritable aménagement du jusnaturalisme anglo-américain et français. D'une part, son infléchissement induit la renonciation à l'idéologie d'un homme bon au profit d'une nature humaine intrinsèquement problématique (§ 1). D'autre part, il suppose d'abandonner la croyance en une supériorité et une préexistence jusnaturalistes pour leur substituer une complémentarité juspositiviste (§ 2).

§ 1. L'admission d'une nature humaine problématique

L'admission d'une nature humaine problématique caractérise, d'une même manière, la pensée machiavélo-schmittienne (A) et – par suite d'échecs républicains notamment entraînés par trop d'angélisme – le cadre anglo-américain et français (B).

A. Un consensus machiavélo-schmittien marqué de réalisme

La démarche réaliste menant à la conception d'un homme mauvais apparaît à ce stade comme l'un des *derniers* points de rattachement entre Nicolas Machiavel (1) et Carl Schmitt (2). En effet, bien que partageant ce réalisme, ils en tireront néanmoins des outils juridiques différents aux objectifs opposés.

1. Une méfiance légitime face à l'homme mauvais

Le réalisme machiavélien, concentré dans la formule de « vérité effective »¹³¹⁴ traduit « *toute l'inspiration réaliste et anti-utopiste du machiavélisme* »¹³¹⁵, et aboutit – on le sait désormais¹³¹⁶ – à l'image d'un homme doté d'une méchanceté naturelle. Mais ce

¹³¹⁴ L'auteur italien emploie le terme de « *verità effettuale* ». Une traduction univoque du terme n'existe pas. Au point de vue strictement linguistique, il faudrait parler d'une vérité efficace. Agnès Cugno (*Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009) choisit le néologisme de vérité « effective », pour s'approcher du sens de l'expression machiavélienne, elle-même issue d'un néologisme italien et presque exclusivement employé par le Florentin. Léo Strauss (*Pensées sur Machiavel*, Payot et rivages, 2007, voir notamment p.320) évoque plus volontiers l'expression de vérité factuelle. Selon lui, la notion « *prend appui sur la manière dont les hommes vivent et non sur celle dont ils devraient vivre* ». Edmond Barincou (Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres complètes*, Gallimard, 1952, p. 1501, note 1) envisage le terme comme la « *formule du matérialisme historique de l'auteur* ». Le terme de vérité effective semble approprié ici, car il suggère d'une part un regard réel et tangible sur les faits, et d'autre part, il suppose également que l'effectivité du constat réaliste sera un point de départ de l'action politique. L'effectivité de l'observation réaliste de Machiavel vise en effet un but : celui de construire un outil politique correspondant le plus possible au constat qui le présuppose.

¹³¹⁵ Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, p. 135.

¹³¹⁶ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2, A, 1.

constat n'est que l'aboutissement de la démarche machiavélienne, sans jamais en être un postulat de départ, qui induirait nécessairement un jugement de valeur déterminé par des critères moraux. Autrement dit, la méthode réaliste importe ici davantage que le résultat obtenu, car c'est à partir de ce réalisme que Machiavel va fonder les mécanismes permettant à l'homme de préserver la stabilité républicaine. Il s'agit donc ici, d'abord, de reconnaître l'homme tel qu'il est davantage que comme il devrait idéalement être. En ce sens, Machiavel explique :

« Il m'a paru qu'il valait mieux m'arrêter à la réalité des choses que de me livrer à certaines spéculations. [...] Il y a si loin de la manière dont on vit à celle dont on devrait vivre, qu'en n'étudiant que cette dernière on apprend plutôt à se ruiner qu'à se conserver »¹³¹⁷.

Cette méthode réaliste vise ainsi à la connaissance des hommes tels qu'ils agissent réellement, afin d'élaborer, ensuite, les mécanismes permettant d'ériger un système politique stable, capable de déjouer les écueils de la nature humaine. Thierry Ménissier constate cette démarche, soulignant que *« de manière explicite et constante, les deux grands ouvrages du Florentin tentent effectivement [...] un examen scrupuleux de la citoyenneté, de la vie civile dans ses modes concrets »¹³¹⁸*. De même, Julien Brunet considère que *« Machiavel apparaît comme l'inventeur de ce mode d'appréhension "réaliste" du phénomène politique »¹³¹⁹*. C'est donc en observateur rigoureux que le Florentin tente d'*« examiner les esprits divers des humains »¹³²⁰* avec neutralité, prenant *« comme point de repère non pas comment les hommes doivent vivre, mais comment ils vivent effectivement »¹³²¹*, et aboutissant finalement à *« prendre en considération ce qui en l'homme est mauvais »¹³²²*. C'est ce pragmatisme qui va influencer – de façon substantielle – le contenu d'un juspositivisme machiavélien permettant la stabilité républicaine.

¹³¹⁷ Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, p. 88.

¹³¹⁸ Thierry MENISSIER, « République, ordre collectif et liberté civile », *Lectures de Machiavel*, Marie GAILLE-NIKODIMOV, Thierry MENISSIER (dir.), Ellipses, 2006, p.163.

¹³¹⁹ Julien BRUNET, « Partisans de la politique : Carl Schmitt au miroir de Machiavel et de Clausewitz », *Machiavel Clausewitz – Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Carl SCHMITT, Krisis, 2007, p. 11.

¹³²⁰ Nicolas MACHIAVEL, Poésies et proses diverses, *l'Âne d'or*, Gallimard, 1952, p.56.

¹³²¹ Léo STRAUSS, *Pensées sur Machiavel*, Payot et Rivages, 2007, p. 313.

¹³²² *Ibid.*

2. Le dynamisme de l'homme dangereux

Fidèle à la pensée du Florentin concernant le réalisme politique¹³²³, Schmitt reconnaît « *l'honnêteté de Machiavel, vis-à-vis de ses semblables : il ne songe pas à embrouiller les discussions politiques par des exigences idéalistes* »¹³²⁴. Cette proximité de point de vue permet à Julien Brunet de voir en Schmitt le « *premier auteur post-machiavélien authentique* »¹³²⁵. En effet, lui aussi fait preuve de ce « *réalisme foncier, qui l'écarte des spéculations normatives sur ce qui devrait être au profit d'un effort de connaissance de ce qui est* »¹³²⁶, révélant chez le juriste un « *mode d'appréhension "réaliste" du phénomène politique* »¹³²⁷, dont « *Machiavel apparaît comme l'inventeur* »¹³²⁸. La démarche d'analyse schmittienne aboutit à une conclusion proche de celle du Florentin, quoiqu'un peu différente, puisque chez lui, « *il faut plutôt traduire [...] "méchant" par "dangereux"* »¹³²⁹. En effet, Schmitt souligne que les « *théories politiques véritables postulent un homme corrompu, c'est-à-dire un être dangereux et dynamique, parfaitement problématique* »¹³³⁰. Jean Zaganiaris confirme cela en rattachant le juriste allemand à « *cette vision pessimiste de l'individu* »¹³³¹. Schmitt recourt aussi à une méthode d'analyse réaliste, pour aboutir à une même acception de la nature humaine, mais l'on verra qu'il n'en tire pas les mêmes outils juridiques, dès lors que l'objectif qu'il recherche tend à s'éloigner de celui du Florentin.

Opposée à un utopisme aboutissant à l'image d'un homme bon, la démarche réaliste semble parvenir à imprégner le constitutionnalisme anglo-américain et français.

¹³²³ Léo STRAUSS, « Remarques sur la notion de politique », *Parlementarisme et démocratie*, Carl SCHMITT, Seuil, 1985, p. 199 : « Schmitt veut seulement reconnaître ce qui est » (l'auteur souligne).

¹³²⁴ Carl SCHMITT, « Machiavel », *Machiavel Clausewitz – Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Carl SCHMITT, Krisis, 2007, p. 40.

¹³²⁵ Julien BRUNET, « Partisans de la politique : Carl Schmitt au miroir de Machiavel et de Clausewitz », *Machiavel Clausewitz – Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Carl SCHMITT, Krisis, 2007, p. 14.

¹³²⁶ *Id.*, p. 14-15.

¹³²⁷ *Id.*, p. 11.

¹³²⁸ *Ibid.*

¹³²⁹ Léo STRAUSS, « Remarques sur la notion de politique », *Parlementarisme et démocratie*, Carl SCHMITT, Seuil, 1985, p. 202.

¹³³⁰ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 105.

¹³³¹ Jean ZAGANARIS, « “Un remède pire que le mal” : Carl Schmitt et les apories des régimes républicains », *Mouvements*, n° 37, janvier-février 2004, p. 79.

B. Vers un pragmatisme anglo-américain et français

L'échec républicain, caractérisant autant le *Commonwealth* de 1649, la Confédération de 1777, que les tentatives constitutionnelles de la fin du XVIII^e et du début du XIX^e siècle français, tend à opérer un changement de perspective. En effet, l'on y observe une volonté de réalisme à propos de la nature humaine, influençant alors comme chez Machiavel l'importance du rôle de la loi positive quant à la stabilité républicaine.

Ainsi relève-t-on dans le constitutionnalisme de 1689 un véritable infléchissement de l'idéologie d'une supériorité et d'une préexistence des libertés naturelles¹³³², autant que de la faculté de l'homme bon à en réaliser par lui-même une jouissance égalitaire. À cet égard, la pensée anglaise¹³³³ manifeste une volonté de rattachement au réalisme machiavélien, « *seul restaurateur de l'ancienne prudence* »¹³³⁴ selon James Harrington, s'inscrivant en faux contre la doctrine anhistorique de l'Ancienne Constitution¹³³⁵. Ce pragmatisme s'incarne dans la pensée de l'Ancienne prudence¹³³⁶, qui développant divers aspects, est particulièrement reprise par les *whigs* d'Angleterre, au point de « *constituer le socle idéologique* »¹³³⁷ de leur doctrine. Ils constatent ainsi, à l'encontre d'une bonté

¹³³² Voir sur ce point : Philippe CHASSAIGNE, *Histoire de l'Angleterre des origines à nos jours*, Flammarion, 2008, p. 37. L'infléchissement de cette idéologie est constaté par l'auteur, qui voit dans cette préexistence de libertés un « *travestissement de la réalité historique* », qui bien qu'opéré en toute bonne foi, ne peut renvoyer qu'au mythe.

¹³³³ Voir notamment en ce sens : James HARRINGTON, *Océana*, Belin, 1995, p. 445. L'auteur rejette l'idéalisme de l'Ancienne Constitution au profit du réalisme de l'Ancienne prudence. Parmi les nombreuses références à cette conception, l'on peut reproduire un extrait particulièrement éclairant : « *Je ne vous fais point un présent propre à bouleverser la face de la terre ; je ne vous offre qu'une chose naturelle, convenable à sa santé et à sa beauté. Tout ce qui est étendu sur le lit de la maladie doit finir par mourir, ou par recouvrer la santé. Mais le monde, quoique empoisonné par l'empire gothique, et quoi que étendu sur le lit de la maladie, ne peut cependant mourir, et on ne peut lui rendre la santé qu'au moyen de l'ancienne prudence ; d'où il faut nécessairement que le remède soit plus connu* ».

¹³³⁴ James HARRINGTON, *Océana*, Belin, 1995, p. 253.

¹³³⁵ Sur la pensée de l'Ancienne Constitution, voir : Myriam-Isabelle DUCROCQ, « James Harrington (1611-1677), critique dissident de la doctrine *common law* », *Cercles*, n° 24, 2012, p. 4-14.

¹³³⁶ La pensée harringtonienne de l'Ancienne prudence s'oppose, on le sait, à l'Ancienne Constitution, du fait d'un désaccord sur la théorie de l'histoire. Bien que ces deux doctrines visent à fonder un outil intellectuel de lutte contre la monarchie, la pensée de l'Ancienne Constitution, avec Sir Edward Coke, opère une réinterprétation de l'histoire anglaise, mettant en avant le caractère immémorial de libertés appartenant au peuple. Ces libertés ancestrales seraient contenues dans une constitution médiévale idéale, dénommée Ancienne Constitution. Face à cette pensée, la doctrine de l'Ancienne prudence, avec Harrington notamment, livre une toute autre version de l'histoire passée anglaise. Ce dernier récuse en effet « *cette vision idéalisée du Moyen-âge et de la Constitution saxonne, dont il lui semble que les aspérités ont été gommées au profit de l'idéologie* ». (*Id.*, p. 7).

¹³³⁷ *Id.*, p. 4

naturelle, « *l'injustice, l'ambition et la violence* »¹³³⁸ de certains hommes. Or, Roland Marx¹³³⁹ relève précisément que les *whigs* sont grandement actifs lors de la Glorieuse Révolution de 1688, de sorte que leurs conceptions semblent irriguer le texte de 1689. Dans cette doctrine, la société relève d'une forme de bipolarité où les libertés du peuple s'opposent à l'autorité du pouvoir étatique. Pour autant, ce pouvoir est néanmoins « *admis comme une nécessité* »¹³⁴⁰ dès lors que « *la nature finie et pécheresse de l'homme* »¹³⁴¹ le rend incapable d'organiser par lui-même une garantie égalitaire de ces libertés, exigeant alors l'intervention des lois étatiques positives pour y aboutir. Le constitutionnalisme américain procède d'un même revirement. Suite à l'échec confédéral, les articles du *Fédéraliste* – dont on sait l'influence qu'ils ont eue sur le texte de 1787¹³⁴² – entament également, à l'encontre d'un idéalisme notamment porté par Paine et Jefferson, cette virulente « *critique de la nature humaine* »¹³⁴³. Ils admettent que « *si les hommes étaient des anges, il ne serait pas besoin de gouvernement* »¹³⁴⁴, soulignant ainsi l'insuffisance conceptuelle des Articles de la Confédération face à une nature humaine problématique, autant que la nécessité d'un ordre étatique disposant de mécanismes juridiques permettant effectivement la garantie égalitaire des libertés et donc la stabilité républicaine. D'une manière comparable, une partie de la pensée du XIX^e siècle français tend à relativiser les conceptions idéalistes précédentes, selon lesquelles une égalité et une justice étaient possibles parmi les hommes en dehors des lois positives¹³⁴⁵, des lors que ces derniers sont dotés d'une bonté naturelle. Ainsi par exemple, le positivisme d'Auguste Comte renvoie à une science dont la fonction est de « *déconstruire les fausses conceptions imaginaires ou*

¹³³⁸ Bernard COTTRET, Marie-Madeleine MARTINET, *Partis et factions dans l'Angleterre du premier XVIII^e siècle*, Presses Universitaires de Paris-Sorbonne, 1991, p. 156. Les auteurs reprennent ici *l'Histoire du whiggisme et du torisme* d'Emmanuel de Cize, datant de 1718. Celui-ci relève que bien qu'étant nés libres, égaux et indépendants, supposant l'absence d'une quelconque soumission à un gouvernement, les hommes ont dû y recourir, car « *La nécessité de se défendre contre l'injustice, l'ambition et la violence de quelques-uns d'entre eux, les a obligés à se donner un maître* ».

¹³³⁹ Roland MARX, « Whigs », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/whigs/] : « *Soupçonnés de nourrir les plus noirs desseins contre la personne royale au temps du conflit de l'exclusion, les whigs reçoivent peu après leurs lettres de noblesse en participant à la révolution de 1688* ».

¹³⁴⁰ Dick HOWARD, *Aux origines de la pensée politique américaine*, Buchet-Chastel, 2004, p. 85.

¹³⁴¹ *Ibid.*

¹³⁴² Le sous-titre du *Fédéraliste*, par exemple, est *Recueil d'articles écrits en faveur de la nouvelle Constitution*.

¹³⁴³ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 430.

¹³⁴⁴ *Ibid.*

¹³⁴⁵ Voir en ce sens : Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 88.

abstraites de la théologie et la métaphysique »¹³⁴⁶, qui précisément sont « *sous-jacentes aux conceptions juridiques traditionnelles* »¹³⁴⁷. Une telle démarche suppose, à l'instar du réalisme machiavélien, une réelle objectivité dans « *l'observation de la vie sociale* »¹³⁴⁸. Sans conclure à l'idée d'une nature humaine systématiquement mauvaise ou dangereuse, ce n'est néanmoins pas à partir d'une conception de l'homme tel qu'il devrait être, mais bien tel qu'il est que la loi peut être fondée, dès lors qu'ici, « *la science du droit a [...] la fonction de formuler le vrai droit [...] en prenant appui [...] sur la réalité sociale* »¹³⁴⁹. Nécessairement, cette démarche réaliste influence le rôle conféré à la loi positive, suggérant de la faire primer sur un jusnaturalisme dont l'absence d'objectivité et de concrétude vis-à-vis de la réalité humaine et sociale l'empêchent d'incarner un moyen de stabilité étatique.

L'échec républicain, qu'il soit anglais, américain ou français, permet cette renonciation à une idéologie méliorative de la nature humaine, révélant son incapacité à réaliser par elle-même la garantie d'une jouissance égalitaire des libertés, et expliquant par conséquent l'instabilité des régimes instaurés dès après le premier décisionnisme révolutionnaire. La démarche réaliste nouvelle, puisqu'elle s'éloigne de l'idée schmittienne d'une supériorité et d'une préexistence des libertés naturelles, suggère de relativiser le décisionnisme jusnaturaliste. Elle enjoint au contraire d'accréditer la nécessité d'une loi positive qui, au-delà de l'affirmation de libertés, vise à en garantir une jouissance égalitaire, afin d'assurer la stabilité républicaine.

§ 2. La complémentarité du juspositivisme

Bien que partageant, au travers d'une même démarche réaliste, cette commune acception problématique de la nature humaine, Machiavel et Schmitt n'en tirent pas les mêmes conséquences juridiques, et ne visent pas les mêmes objectifs (A). Face à leurs désaccords, le constitutionnalisme anglo-américain et français choisit, enfin, d'être fidèle au machiavélisme (B).

¹³⁴⁶ ÉRIC MAULIN, « Positivism », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrigue/Lamy-P.U.F., 2007, p. 1173.

¹³⁴⁷ *Ibid.*

¹³⁴⁸ *Ibid.*

¹³⁴⁹ *Ibid.*

A. L'affrontement machiavélo-schmittien cristallisé autour de l'autonomie juspositiviste

Alors que Machiavel déduit de cette nature humaine mauvaise la nécessité de lui substituer un juspositivisme autonome, seul capable de réaliser l'égalitarisme contenu dans la loi naturelle (1), Schmitt, phobique d'une possible neutralisation du politique par la loi, demeure irrémédiablement enfermé dans un décisionnisme inégalitaire, déterminant le fonctionnement du droit positif (2).

1. La rupture juspositiviste

La définition donnée par Machiavel de la nature humaine implique, au sein de l'État fondé, une renonciation au décisionnisme des hommes dans l'accomplissement égalitaire des droits naturels, au profit de la loi positive. Autrement dit, sa conception renvoie à une stabilité étatique n'étant possible qu'au travers du juspositivisme, permettant de comprendre « *l'importante réflexion sur le rôle de la loi dans l'œuvre de Machiavel* »¹³⁵⁰. Plus profondément, un tel positionnement induit – quoique de façon précoce – le rejet du jusnaturalisme libéral, puisque dans le républicanisme florentin, il semble qu'une « *autre forme de pensée juridique apparaîtrait, centrée sur la notion de loi, et non sur celle de droit* »¹³⁵¹. En effet, c'est bien contre une pensée considérant l'homme capable de raison et d'égalité dans la jouissance de droits naturels, nécessairement supérieurs à la norme positive, que Machiavel semble s'opposer, dès lors qu'un tel idéalisme dissimule une nature humaine concurrentielle. Cette incapacité naturelle de l'homme, favorable à l'instabilité républicaine, rend nécessaire la valorisation du rôle de la loi positive et de l'État. Ce changement de perspective est parfaitement expliqué par Ernst Cassirer, qui constate que la modernité républicaine de Machiavel suppose que ce n'est plus l'individu – comme dans le jusnaturalisme –, mais « *l'État [qui] devient complètement autonome* »¹³⁵², rompant de ce fait « *tous les liens qui le relie à la totalité organique de l'existence humaine* »¹³⁵³. Ainsi que le rappelle François Saint-Bonnet, la stabilité étatique ne renvoie plus à un caractère jusnaturaliste puisque le bien commun machiavélien ne se comprend plus comme

¹³⁵⁰ Marie GAILLE-NIKODIMOV, « Machiavel au prisme du “moment machiavélien” », *L'Enjeu Machiavel*, Gérard SFEZ, Michel SENELLART (dir.), P.U.F., 2001, p. 235.

¹³⁵¹ *Ibid.*

¹³⁵² Ernst CASSIRER, *Le mythe de l'État*, Gallimard, 1993, p. 194.

¹³⁵³ *Ibid.*

l'atteinte d'une « *harmonie conçue en Dieu* »¹³⁵⁴. À ce titre, la sphère étatique « *perd toute connexion avec la religion et la métaphysique* »¹³⁵⁵, tout autant qu'avec l'idée jusnaturaliste d'une raison universelle nécessairement bonne, ce que Jean-Louis Bergel souligne en expliquant qu'au sein de cet ordre nouveau visant sa pérennité, « *Machiavel avait [...] soutenu que l'État et le droit positif ne sont nullement soumis au droit naturel ni à la morale* »¹³⁵⁶. Ainsi, à travers sa conception de vérité effective, il semble qu'il consacre une rupture¹³⁵⁷ vis-à-vis d'un humanisme classique finalement proche du jusnaturalisme libéral¹³⁵⁸, au profit du commencement d'un républicanisme nouveau. Or, comme le relève Pierre-François Moreau, « *l'intérêt de ce commencement machiavélien, c'est qu'il dure* »¹³⁵⁹, dès lors qu'il se rattache à un juspositivisme capable de stabilité. Pour autant, l'idée de « *primauté de la recherche de la justice* »¹³⁶⁰ au bénéfice du plus grand nombre, relative aux principes jusnaturalistes, demeure. C'est d'ailleurs précisément en ce sens que la loi positive devient une norme de réalisation durable du principe d'égalité contenu dans la loi naturelle, ce que les jusnaturalistes modernes reconnaissent explicitement¹³⁶¹. L'auteur n'abandonne donc pas ces principes, mais se rattache à la thèse selon laquelle « *la loi civile [...] ne pouvait être que l'expression de la volonté d'une communauté d'hommes qui cherchent à rendre plus assurés les droits que la nature leur donne* »¹³⁶². Or, au regard de l'égoïsme naturel, la jouissance égalitaire de tels droits « *ne saurait être assurée sans le secours d'une autorité commune* »¹³⁶³, précisément incarnée par cette volonté « *républicaine de poursuivre les valeurs universelles sous une forme constitutionnelle* »¹³⁶⁴. En ce sens, chez le secrétaire de Florence, c'est toujours à la loi

¹³⁵⁴ François SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, P.U.F., 2001, p. 189.

¹³⁵⁵ Ernst CASSIRER, *Le mythe de l'État*, Gallimard, 1993, p. 194.

¹³⁵⁶ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, p. 27.

¹³⁵⁷ Sur l'idée de rupture et de commencement, voir : Louis ALTHUSSER, *Écrits philosophiques et politiques*, Tome 2, Stock/I.M.E.C., 1995, p. 47.

¹³⁵⁸ Au regard des caractéristiques de l'humanisme classique, abordées précédemment, une telle conception semble partager avec le jusnaturalisme libéral, un certain nombre de traits. Ainsi, tous deux placent au cœur de leur réflexion l'homme et son individualité, cherchant son épanouissement absolu par lui-même, dès lors qu'il est nécessairement bon et capable de vertu.

¹³⁵⁹ Pierre-François MOREAU, « Althusser et Machiavel : la consistance de l'État », *L'enjeu Machiavel*, Gérard SFEZ, Michel SENNELART (dir.), P.U.F., 2001, p. 143.

¹³⁶⁰ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, p. 24.

¹³⁶¹ Voir sur ce point : Samuel PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, Tome 1, Presses universitaires de Caen, 1987, p. 156 : « *Ainsi à l'égard des actions dont la direction dépend des Hommes, ce n'est pas la Nature, mais la Loi qui les doit déterminer à une certaine manière d'agir* ».

¹³⁶² Jean-Fabien SPITZ, préface, *Le Moment machiavélien*, J.G.A. POCKOCK, P.U.F., 1997, p. VIII.

¹³⁶³ *Ibid.*

¹³⁶⁴ J.G.A. POCKOCK, *Le moment machiavélien*, P.U.F., 1997, p. 327.

positive qu'il revient de permettre « *le maintien d'une certaine égalité des conditions* »¹³⁶⁵. Au sein de l'État fondé, ce ne sont donc jamais les individus, mais nécessairement la règle positive, « *une constitution et des lois, qui maintiennent leur liberté* »¹³⁶⁶ en les garantissant de manière durable et égalitaire¹³⁶⁷, en plus de les énoncer. Machiavel, supposant d'avance les hommes méchants¹³⁶⁸, recourt donc à la loi positive pour garantir une égalité naturelle favorable à la stabilité républicaine. Le propos de l'auteur ne suppose donc pas la négation du jusnaturalisme, mais plutôt une complémentarité juspositiviste tendant à rejeter le recours à un décisionnisme destructeur, au profit d'une « *désincarnation du pouvoir dans des lois* »¹³⁶⁹. De fait, la loi – plutôt que la décision – semble ici devenir le moyen d'expression des libertés, de leur garantie égalitaire, et finalement de la stabilité républicaine. En effet, en abandonnant la décision souveraine, Machiavel renonce finalement à l'accapuration des libertés par une unité dominante de façon inégalitaire, et donc aux antagonismes et instabilités qu'elle provoque. Au-delà de cette rupture suggérant la prévalence du juspositivisme, il sera nécessaire d'envisager la manière concrète dont il réalise l'égalité à laquelle il prétend.

2. La continuité décisionniste

Bien que partageant avec Machiavel l'idée d'une nature humaine problématique, Schmitt n'en déduit pas la nécessité d'un juspositivisme capable de garantir une égale liberté au plus grand nombre, facteur essentiel de stabilité étatique. En effet, l'idée d'une loi machiavélique¹³⁷⁰ forçant l'homme à devenir bon, du moins empêchant l'accapuration exclusive et inégalitaire de libertés, tend « *précisément à nier le politique au sens où il l'entend* »¹³⁷¹, c'est-à-dire à ruiner le recours au décisionnisme par une unité politique affirmant ses libertés. De fait, visant à produire une stabilité étatique, cette loi fait craindre

¹³⁶⁵ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 34.

¹³⁶⁶ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 498.

¹³⁶⁷ *Ibid.* Machiavel précise en effet que la loi est en mesure de maintenir la jouissance de libertés au plus grand nombre parce qu'elle vise avant tout à maintenir une certaine égalité de conditions. Se référant à l'exemple de la Toscane – et à ses lois –, il explique qu'il n'y a en son sein que « *très peu de gentilshommes et qu'aucun ne possède de château. Il y règne au contraire [une réelle] égalité* ».

¹³⁶⁸ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 388-389.

¹³⁶⁹ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 208-209.

¹³⁷⁰ Voir sur ce point : Maurizio VIROLI, *Républicanisme*, Le bord de l'eau, 2011, p. 75. L'auteur explique que Machiavel, reconnaissant « *les faiblesses des hommes [...]* souligne que les lois peuvent rendre les hommes bons ».

¹³⁷¹ Jean-Louis SCHLEGEL, introduction de *Théologie politique*, Carl SCHMITT, Gallimard, 1988, p. X.

à Schmitt la neutralisation du décisionnisme politique, puisque la stabilité issue d'une prévalence du juspositivisme rend vain le recours à un décisionnisme fondateur ne pouvant lui s'exprimer que dans l'exception conflictuelle. Or, chez Schmitt, cette décision politique doit s'entendre comme le moyen d'existence – au sens vital – de tout groupement. Par conséquent, tant qu'une unité politique « *veut continuer à exister* »¹³⁷² elle doit obligatoirement puiser dans « *sa force vitale et son énergie* »¹³⁷³ pour exercer un décisionnisme capable « *de trouver de nouvelles formes d'existence politique* »¹³⁷⁴, rejetant par principe l'idée d'une stabilité continuée. L'idée d'un juspositivisme bonifiant l'homme – et limitant donc l'instabilité conflictuelle – entraîne une neutralisation du décisionnisme chez le juriste allemand, puisque pour lui, « *le politique est menacé pour autant que la nature dangereuse de l'homme est menacée* »¹³⁷⁵. C'est là pour lui le réel danger du juspositivisme, car s'il ne devait plus y avoir « *sur terre que de la neutralité, ce serait la fin, [...] la fin de toute politique, [...] dès lors que l'éventualité concrète du combat disparaît[rait]* »¹³⁷⁶. En effet, en annihilant ce potentiel conflit, « *le fonctionnalisme [...] de cette légalité objective élimine toute idée de décision* »¹³⁷⁷, et donc le moyen vital d'existence de toute unité politique. Cette conflictualité, propre à la fondation étatique, doit donc nécessairement être maintenue, même au sein de l'État fondé, conduisant Schmitt vers une sorte de fondation récurrente, c'est-à-dire vers une situation exceptionnelle « *d'insécurité "pré-étatique"* »¹³⁷⁸ permanente et nécessairement inégalitaire, seule capable de voir naître la décision, elle-même essentielle à la survie du groupe.

Malgré un tel risque, Schmitt donne sa préférence à cette omniprésente instabilité plutôt qu'à la valorisation d'un État législateur¹³⁷⁹ capable de faire « *régner l'harmonie* »¹³⁸⁰, parce que celui-ci suppose, au prix d'une volonté de stabilité, de

¹³⁷² Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1995, p. 219.

¹³⁷³ *Ibid.*

¹³⁷⁴ *Ibid.*

¹³⁷⁵ Léo STRAUSS, « Remarques sur la notion de politique », *Parlementarisme et démocratie*, Carl SCHMITT, Seuil, 1985, p. 203.

¹³⁷⁶ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 72.

¹³⁷⁷ Carl SCHMITT, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, Seuil, 2002, p. 171.

¹³⁷⁸ *Id.*, p. 105.

¹³⁷⁹ Carl SCHMITT, *Du politique « Légalité et légitimité » et autres essais*, Pardès, 1990 pour la préface d'Alain de Benoist et la traduction française, p. 45 : L'État législateur « *repose sur une codification, va chercher sa justification dans le principe de la conformité aux lois* ». Il révèle donc des méthodes « *inspirées par une étroite légalité* », qui « *a pour mission de faire passer pour superflue et de réduire à néant la Légitimité* ».

¹³⁸⁰ *Id.*, p. 44.

substituer à un mode d'expression décisionnel des libertés, une voie juspositiviste, supposant alors que « *la forme d'apparition spécifique du droit est [...] la loi* »¹³⁸¹. Cela impliquerait « *la transmutation de la légitimité en légalité, transmutation [...] du droit naturel ou de tout autre droit pré-étatique, en droit positif, un droit étatique* »¹³⁸². Or, dans cet effacement, le juriste craint l'abandon d'un décisionnisme entendu comme droit de résistance¹³⁸³, menacé par des normes ne tirant plus leur validité d'une légitimité, mais « *indépendantes de toute vérité et de toute justice substantielles* »¹³⁸⁴. Par cette impossible résistance, par cette volonté d'étouffer la « *légitimité [...] de la volonté populaire* »¹³⁸⁵, c'est encore ce même moyen d'existence réelle du groupe que Schmitt voit disparaître. Plus profondément, l'on doit supposer que l'angoisse schmittienne réside en réalité dans cette autonomie de la règle positive comprise comme « *un système de légalité clos sur lui-même* »¹³⁸⁶, c'est-à-dire dans son indépendance vis-à-vis de la décision souveraine. Or, l'on sait qu'au fondement de l'effectivité de la norme positive, l'auteur loge l'exercice d'une décision souveraine, seule capable de restituer, ainsi que l'explique Carlos-Miguel Herrera, une stabilité conçue comme précondition à l'applicabilité de la loi¹³⁸⁷. Au travers de l'autonomie juspositiviste, c'est donc la capacité normative de la décision – cette faculté de trancher entre l'ami et l'ennemi afin de stabiliser et rendre normale donc « normable » une situation, permettant l'inscription de la loi positive –, tout autant que le fondement légitime de cette même loi, que Schmitt voit disparaître, et auquel il semble ne pouvoir renoncer.

L'idée d'une continuité schmittienne suppose finalement le maintien – au sein de l'État –, d'un conflit et d'une exceptionnalité permanents, nécessaires à l'émergence d'une décision fondatrice, dès lors qu'« *il n'y a pas de décision sans exception* »¹³⁸⁸. Face à cette perpétuelle fondation, la rupture machiavélienne révèle au contraire une volonté de

¹³⁸¹ Carl SCHMITT, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, Seuil, 2002, p. 126. L'auteur cite ici un autre de ses ouvrages, *Du politique « Légalité et légitimité » et autres essais*, Pardès, 1990, p. 39-41, de façon approximative.

¹³⁸² *Id.*, p. 127.

¹³⁸³ *Id.*, p. 126 : l'État législateur, par son système de légalité hermétique et corseté sur lui-même, « *fonde l'exigence d'obéissance et justifie le fait que soit écarté tout droit à la résistance* ».

¹³⁸⁴ *Id.*, p. 105.

¹³⁸⁵ Carl SCHMITT, *Du politique « Légalité et légitimité » et autres essais*, Pardès, 1990 pour la préface d'Alain de Benoist et la traduction française, p. 45.

¹³⁸⁶ Carl SCHMITT, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, Seuil, 2002, p. 126.

¹³⁸⁷ Voir en ce sens : Carlos-Miguel HERRERA, « Décisionnisme », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 348.

¹³⁸⁸ *Ibid.*

pérennité au sein de l'État fondé, suggérant certes l'affirmation d'un décisionnisme jusnaturaliste radical à la fondation de l'État, mais suivi d'un juspositivisme stabilisateur. En cela, les deux auteurs témoignent d'une nette opposition tenant à leur appréhension de la norme. S'il a d'abord été observé une filiation entre la pensée schmittienne et le contexte anglo-américain et français, les menant justement à cette fondation permanente, on doit désormais constater un réel rapprochement d'avec le constitutionnalisme du Florentin.

B. Le revirement anglo-américain

Admettant la nécessaire supériorité juspositiviste pour réaliser la stabilité républicaine, le constitutionnalisme anglo-américain et français traduit tout à la fois un renoncement aux postures décisionnistes de Schmitt (1) et une véritable adhésion au constitutionnalisme machiavélien (2).

1. Le renoncement aux risques du décisionnisme schmittien

Sans négliger un réel anachronisme, il faut souligner le net détachement de la pensée anglo-américaine et française face au propos schmittien. En effet, on constate un renoncement à cette valorisation absolue de droits naturels ne pouvant être exprimés que par une décision, dès lors qu'une telle posture semble ruiner la république davantage que la stabiliser. Ainsi, Myriam-Isabelle Ducrocq, expliquant l'idée d'équilibre étatique chez Algernon Sidney, rappelle qu'il n'envisage la possibilité d'une fondation durable qu'en instaurant « *un règne de la raison à travers la loi, au lieu de l'état de nature dominé par les passions contradictoires des hommes* »¹³⁸⁹. En ce sens, il faut observer un détachement vis-à-vis de l'opposition schmittienne à la loi positive, entraînant le maintien perpétuel d'une exceptionnalité proche d'un état de nature, et obligeant à recourir constamment au décisionnisme. Les craintes face aux possibles dérives conflictuelles entraînées par la valorisation d'un jusnaturalisme privilégiant l'homme en tant que norme autonome de réalisation de ses libertés sont à la source de ce renoncement. C'est en ce sens que s'oriente le *Fédéraliste*, comparant l'anarchie confédérale débutée en 1777 – « *où la faction la plus puissante peut aisément se réunir et opprimer la plus faible* »¹³⁹⁰ – à un état de nature insoutenable. Pareillement, la fin du XVIII^e siècle français démontre, par sa valorisation

¹³⁸⁹ Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 102.

¹³⁹⁰ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 434.

d'une unité dominante, et par un décisionnisme visant à anéantir l'ennemi au travers de la Terreur, cet « *impossible arrêt de la Révolution* »¹³⁹¹, avec laquelle il fallait néanmoins rompre pour fonder un ordre durable. De même le début du XIX^e siècle, semblant parfois « *rejouer [...] 1789* »¹³⁹², montre par sa conflictualité réursive les limites du décisionnisme schmittien, autant que la nécessité d'adhérer au constitutionnalisme machiavélien. Ainsi, l'idée d'une entité dominante, capable d'éradiquer – par sa décision radicale – l'ennemi pour imposer sa seule liberté semble proscrite, dès lors que ce schéma, de tout point de vue, mène à une instabilité étatique permanente.

2. L'adhésion au constitutionnalisme machiavélien

La résonnance de ce qu'on a nommé la rupture juspositiviste est perceptible dans la pensée anglo-américaine et française, qui semble, à partir de 1689 et 1787 et dans le courant du XIX^e siècle, s'approcher d'une forme de commencement machiavélien, inscrit dans une volonté réelle de normativité positive. Ce mouvement d'influence est souligné par Pocock, qui tente de déterminer « *la façon dont les structures de la pensée "machiavélienne" sont devenues opératoires en Angleterre, et à une période plus tardive, dans l'Amérique coloniale* »¹³⁹³. Ernst Cassirer va dans le même sens quand il dit à propos de Machiavel que « *dans les siècles [...] qui ont suivi la Renaissance [...], sa doctrine a joué un rôle politique important dans la vie politique pratique* »¹³⁹⁴. En vérité, le réalisme – précédemment observé¹³⁹⁵ – qu'acquiert la pensée anglo-américaine et française mène à une primauté de la loi positive, proche du constitutionnalisme machiavélien.

Dans le cadre anglais, une préférence pour la règle positive est nettement visible dès 1689. Il devient possible d'y observer un « *accroissement de [la] charge normative* »¹³⁹⁶ de la notion de constitution, traduisant une conceptualisation de plus en plus concrète¹³⁹⁷ des

¹³⁹¹ Jean-Clément MARTIN, Marc THIVOLET, « Révolution française », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/revolution-francaise/].

¹³⁹² Sylvain VENAYRE, « France (Histoire et institutions) - Le temps des révolutions », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/france-histoire-et-institutions-le-temps-des-revolutions/].

¹³⁹³ J.G.A. POCKOCK, *Le moment machiavélien*, P.U.F., 1997, p. 328.

¹³⁹⁴ Ernst CASSIRER, *Le mythe de l'État*, Gallimard, 1993, p. 195.

¹³⁹⁵ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 1, B.

¹³⁹⁶ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 127.

¹³⁹⁷ *Id.*, p. 126. Denis Baranger évoque en effet ce « *rehaussement de la "constitution"* », qui devient « *en un mot normative, tout en étant indissociablement concrète* ».

normes, dont on vient à parler « *comme d'une chose présente ici et maintenant, accessible à tous les regards* »¹³⁹⁸ et non plus comme d'un ordre juridique qui comporterait les « *caractères du mirage* »¹³⁹⁹. Se trouve alors progressivement accréditée l'idée selon laquelle « *le droit constitutionnel n'est rien s'il n'est pas positif* »¹⁴⁰⁰. Cette tendance est visible chez James Harrington, à travers l'importance qu'il confère aux hommes chargés de poser la règle de droit. Comme le souligne John Greville Agard Pocock, l'auteur anglais envisage uniquement l'effectivité d'une égale liberté lorsqu'« *intervient l'art du législateur* »¹⁴⁰¹. Ainsi, chez Harrington, le juspositivisme constitutionnel semble être au fondement de la stabilité républicaine, puisque comme chez Machiavel, « *le centre ou la base de chaque gouvernement n'est autre chose que les lois fondamentales de ce gouvernement* »¹⁴⁰². Comme chez le Florentin encore, il semble ici que « *les droits naturels à la liberté, à la vie et à la propriété n'ont pas été suspendus* »¹⁴⁰³ à l'aune d'un juspositivisme hermétique, mais « *échangés contre des droits civiques garantis par l'État dans la mesure où la puissance individuelle ne suffisait plus à les imposer* »¹⁴⁰⁴. En d'autres termes, c'est au « *législateur [qu'il revient] de mettre en forme, de codifier un droit immanent à la société* »¹⁴⁰⁵, n'ayant « *pas pour mission d'inventer de nouvelles lois, mais d'amender, renforcer ou préserver des acquis* »¹⁴⁰⁶. Dans ce champ d'un maintien de la loi naturelle égalitaire, François Tricaud demeurerait convaincu, dans son analyse de Hobbes et concernant l'influence de celui-ci sur le contexte anglais, qu'il s'agissait de fonder un « *système politique dans lequel l'ordre voulu par les lois de nature n'est pas délaissé, mais aufgehoben au sens de Hegel : aboli et conservé à la fois* »¹⁴⁰⁷.

¹³⁹⁸ *Id.*, p. 127.

¹³⁹⁹ Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Dalloz, 2005, p. 25.

¹⁴⁰⁰ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 147.

¹⁴⁰¹ J.G.A. POCKOCK, « L'œuvre politique de Harrington », *Océana*, James HARRINGTON, Belin, 1995, p. 175. Pocock écrit : « *Là où il existe une multitude de propriétaires, il peut y avoir une égalité, le pouvoir peut se transformer en autorité, et l'infusion de la forme dans la matière peut commencer. C'est là qu'intervient l'art du législateur* ».

¹⁴⁰² *Id.*, James HARRINGTON, *Océana*, p. 323.

¹⁴⁰³ Jürgen HABERMAS, *Théorie et pratique*, Payot et rivages, 2006, p. 119.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*

¹⁴⁰⁵ Bernard COTTRET, *La Glorieuse Révolution d'Angleterre, 1688*, Gallimard, 2013, p. 171-172.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*

¹⁴⁰⁷ François TRICAUD, « Les lois de nature, pivot du système », *Thomas Hobbes – Philosophie première, théorie de la science et politique*, Yves Charles ZARKA, Jean BERNHARDT (dir.), P.U.F., 1990, p. 272.

Le cadre américain emprunte une voie similaire lorsque, rejetant un confédéralisme favorable à l'émergence et à la perpétuation d'une unité exclusive dominante, *Publius* affirme que la stabilité républicaine suppose une loi capable de promouvoir « *un gouvernement qui protège tous les partis, les faibles et les forts* »¹⁴⁰⁸. Pour l'exprimer différemment, alors que l'apologie du jusnaturalisme entraîne une inégalité entre forts et faibles, favorable à « *un gouvernement anarchique* »¹⁴⁰⁹, la loi positive permet de garantir cette égalité nécessaire à la stabilité républicaine. La rupture semble donc tout aussi perceptible que dans le contexte anglais, car à l'encontre de l'idéalisme de Paine ou Jefferson, il est possible de remarquer une pensée alternative, notamment incarnée par James Madison, selon laquelle les hommes, bien que naturellement dotés d'un certain nombre de droits inaliénables, ne peuvent – de façon autonome – organiser un exercice juste et harmonieux de ces droits. Au fond, la pensée américaine accrédite ici l'idée selon laquelle « *les lois naturelles ne sont pas suffisantes pour l'entretien de la paix, parce qu'elles n'obligent que devant le tribunal de la conscience et [...] requièrent une garantie extérieure pour se réaliser* »¹⁴¹⁰. Cette conception se distingue alors du jusnaturalisme libéral, car elle propose une autre lecture, « *selon laquelle le droit naturel est une norme à réaliser* »¹⁴¹¹ par le juspositivisme, seul capable de porter – par ses garanties – le principe égalitaire de la loi naturelle à sa pleine effectivité. Ainsi, puisque « *l'expérience a montré la nécessité de précautions complémentaires* »¹⁴¹², il est désormais primordial de ne plus envisager la loi fondamentale de façon stricte et limitative, mais bien d'« *interpréter la Constitution dans son sens le plus large* »¹⁴¹³, afin de promouvoir effectivement la stabilité républicaine.

La pensée française démontre elle aussi, progressivement, la volonté d'accorder une importance croissante à la loi positive. Tristan Pouthier relève par exemple en ce sens que dès la Monarchie de Juillet, certains penseurs de l'école éclectique, tels que Théodore

¹⁴⁰⁸ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 434.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*

¹⁴¹⁰ Emmanuel TUCHSCHERER, « Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec du décisionnisme politique », *Astérian*, vol. 2, juillet 2004, p. 288.

¹⁴¹¹ Dick HOWARD, *Aux origines de la pensée politique américaine*, Buchet-Chastel, 2004, p. 135.

¹⁴¹² Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 430.

¹⁴¹³ Françoise BURGESS, *Les institutions américaines*, P.U.F., 1999, p. 35-36.

Jouffroy, insisteront sur l'importance de la « *loi sociale* »¹⁴¹⁴, s'éloignant quelque peu de l'idéalisme de Victor Cousin, bien que relevant d'un même courant de pensée. Philippe Raynaud constate lui que contrairement à la conception juridique des « Anciens »¹⁴¹⁵, celle des « Modernes »¹⁴¹⁶ – au sein de laquelle Machiavel a une influence considérable¹⁴¹⁷ –, a permis de concevoir un « *État souverain agissant par la promotion d'une législation rationnelle* »¹⁴¹⁸, menant à une nécessaire consistance, et à une autonomie de l'État et de sa loi positive vis-à-vis du jusnaturalisme. Or, cette conception rationnelle, supposant la prévalence du droit positif, semble pouvoir se rapprocher du « *climat positiviste* »¹⁴¹⁹ qui irrigue l'apprentissage républicain au cours du XIX^e siècle français. C'est en ce sens que le positivisme, autant que la naissance de la sociologie, peuvent être liés à cette « *idéologie progressiste [...] des fondateurs de la III^e République* »¹⁴²⁰. Il s'agit ici de conférer à la seule loi positive le rôle d'assurer la stabilité étatique, mais sans que cela signifie un rejet radical du jusnaturalisme. En effet, il semble que comme dans le cadre anglo-américain, la pensée française s'accorde à l'idée que le droit positif est plus apte à garantir les libertés naturelles que le décisionnisme souverain, cantonné à leur simple affirmation radicale. C'est à ce titre que Jean-Louis Bergel rappelle que « *ce n'est que lorsqu'elles sont consacrées par le droit positif que les règles de droit naturel s'imposent effectivement* »¹⁴²¹. À l'instar de Machiavel, cette évolution conceptuelle tend donc à « *affaiblir l'idée d'un "ordre juridique" préexistant à l'établissement d'un droit positif par le pouvoir*

¹⁴¹⁴ Tristan POUTHIER, « Le droit naturel des "Eclectiques" et la doctrine des libertés sous la Monarchie de Juillet », n° 5, 2010, en ligne : [<http://juspoliticum.com/article/Le-droit-naturel-des-Eclectiques-et-la-doctrine-des-libertes-sous-la-Monarchie-de-Juillet-287.html>].

¹⁴¹⁵ Cette pensée, notamment incarnée par Michel Villey en France, suggère une supériorité du droit naturel antique, en lien avec la conception aristotélicienne. Elle postule un droit issu de l'observation de l'ordre naturel du cosmos au sens large.

¹⁴¹⁶ Sur le plan normatif, l'approche moderne s'oppose aux « Anciens », leur reprochant une cosmologie hiérarchisée empêchant de constituer un droit conforme aux exigences universalistes apparues avec les doctrines des droits de l'homme. Les deux approches s'opposent donc notamment sur la conception du droit naturel, mais cela ne signifie aucunement qu'il y ait une césure tranchée entre les deux pensées. Ainsi Machiavel, relevant de la pensée moderne, semble néanmoins proche des « Anciens » lorsqu'il défend l'idéal d'une vertu civique opposée à la positivité moderne. Plus encore, sa conception républicaine, bien que moderne, s'impose pourtant comme une alternative réelle au libéralisme porté par cette même modernité.

¹⁴¹⁷ Sur ce point, voir : Philippe RAYNAUD, « Anciens et Modernes », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 50-52 ; Myriam-Isabelle DUCROCQ, « James Harrington (1611-1677), critique dissident de la doctrine *common law* », *Cercles*, n° 24, 2012, p. 4-14.

¹⁴¹⁸ Philippe RAYNAUD, « Anciens et Modernes », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 50.

¹⁴¹⁹ *Id.*, Éric MAULIN, « Positivisme », p. 1173.

¹⁴²⁰ *Ibid.*

¹⁴²¹ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, p. 26.

politique »¹⁴²². Pour autant, demeure affirmée l'idée d'une « valeur juridique de “droits” qui ne doivent rien à l'existence préalable d'une communauté politique »¹⁴²³, mais ces derniers ne peuvent être assurés qu'au travers du droit positif, dès lors qu'ils « ont besoin, pour être garantis, que les hommes créent un pouvoir supérieur à celui des individus associés »¹⁴²⁴. Cette évolution, proche de la rupture positiviste de Machiavel, peut s'observer de manière concrète. Ainsi, la Constitution de 1848, tout en affirmant l'importance du droit positif, n'apparaît pas « nécessairement incompatible avec l'idée d'un droit procédant de la volonté divine, de la nature des choses ou de la nature humaine »¹⁴²⁵. Ainsi le texte est-il proclamé au nom du Peuple français et « en présence de Dieu »¹⁴²⁶, et tend à reconnaître, on l'a vu, des droits et devoirs « antérieurs et supérieurs aux lois positives »¹⁴²⁷. Mais ces droits naturels sont « transposé[s] dans un droit positif par une autorité humaine pour devenir accessible[s] »¹⁴²⁸. De même, les textes de 1875 ne renoncent pas aux aspirations jusnaturalistes, mais c'est pourtant au travers de son juspositivisme que la Constitution de la III^e République possède, ainsi que le notent Jean et Jean-Éric Gicquel, « cette caractéristique remarquable de mettre fin pour longtemps à l'instabilité politique, ou plus exactement constitutionnelle, inaugurée par la Révolution de 1789 »¹⁴²⁹. Cette nouvelle acception, privilégiant le juspositivisme afin d'assurer la stabilité de l'État, s'approche autant de l'auteur florentin qu'elle s'éloigne du schmittisme. Elle semble, de toute part, permettre la renonciation à un décisionnisme inégalitaire et destructeur ne pouvant qu'affirmer radicalement des libertés, au profit d'une conception ne procédant plus, comme le souligne Patrick Wachsmann, « de l'assujettissement du droit positif aux contraintes du droit naturel, mais au contraire d'une absorption de ce dernier dans la positivité »¹⁴³⁰, afin de permettre la stabilité étatique.

De toute part, la loi positive devient le moyen d'une garantie de libertés effective et durable, au profit du plus grand nombre. Au-delà de ce revirement intellectuel, il s'agit

¹⁴²² Philippe RAYNAUD, « Anciens et Modernes », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 51 (l'auteur souligne).

¹⁴²³ *Ibid.*

¹⁴²⁴ *Ibid.*

¹⁴²⁵ *Id.*, Éric MAULIN, « Positivisme », p. 1174.

¹⁴²⁶ France, *Constitution de la Seconde République*, 4 novembre 1848, préambule.

¹⁴²⁷ *Id.*, III.

¹⁴²⁸ Éric MAULIN, « Positivisme », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 1174.

¹⁴²⁹ Jean et Jean-Éric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J., 2016, p. 514.

¹⁴³⁰ Patrick WACHSMANN, « Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 352.

désormais de cerner les mécanismes juridiques mis en œuvre par le constitutionnalisme anglo-américain et français, prouvant nettement la concrétisation de ce machiavélisme.

Section 2 : Les conditions pratiques d'un républicanisme apaisé

La mise en œuvre juridique du républicanisme machiavélien suggère deux mécanismes essentiels. D'une part elle suppose que la loi, au travers d'un pardon des offenses, renonce à favoriser la seule unité politique exclusive, pour créer une multitude d'entités diverses et hétérogènes, mais formant néanmoins une unité (§ 1). D'autre part, les conflits pouvant naître entre ces entités doivent trouver une issue légale, impliquant nécessairement une participation politique de tous, et permettant alors de garantir de façon égalitaire les libertés individuelles du plus grand nombre (§ 2).

§ 1. La promotion de l'égalité via la loi positive

La loi ne peut être vectrice d'égalité que lorsqu'elle renonce à énoncer des critères discriminant l'ennemi, c'est-à-dire lorsqu'elle abandonne la logique d'unité politique exclusive (A). Elle peut alors parvenir à reconnaître, au sein de l'État unitaire, une multiplicité d'entités tout à la fois diverses mais égales, permettant d'aboutir à l'idée d'unité républicaine (B).

A. Le préalable pardon des offenses

Si Machiavel et Schmitt s'opposent sur la nécessité de mise en œuvre d'un pardon des offenses (1), les constitutionnalistes anglais, américains et français, eux, s'accordent et rejoignent le secrétaire de Florence dans l'idée d'une clémence permettant l'abandon de l'ancienne unité politique exclusive (2).

1. Entre oubli et rancune, une indulgence à géométrie variable

La rupture machiavélienne entraîne, on l'a vu, l'idée d'une primauté juspositiviste, seule capable, selon son auteur, de parvenir à garantir une égalité de libertés entre tous les individus composant la république. Au-delà de ce présupposé théorique, il s'agit d'envisager concrètement le mécanisme permettant cette réalisation. Pour Machiavel, ce moyen réside dans un nécessaire pardon des offenses induisant une égalité assurant la stabilité étatique, c'est-à-dire dans un refus de reconnaître des critères permettant de concevoir et d'éliminer un ennemi inférieur, érigé comme source de conflit. De ce fait, le

Florentin s'écarte encore de Schmitt, puisque le premier semble prôner l'effacement du concept d'ennemi comme moyen de pérennité, alors que le second demeure enfermé dans le combat vital d'une unité groupée contre un ennemi identitaire. La mise en œuvre concrète du présupposé machiavélien est tout à fait perceptible dans les illustrations qui jalonnent ses *Discours*. Ainsi donne-t-il, comme souvent, sa préférence à l'exemple de Rome qui, suivant les « *principes de son excellente Constitution* »¹⁴³¹, parvint à se maintenir en intégrant des peuples divers plutôt qu'en érigeant des forteresses¹⁴³² pour s'en préserver. Évoquant sa province, Machiavel réitère sa préférence pour un constitutionnalisme capable d'opérer une forme d'incorporation de l'ennemi. À ce titre, lorsque les Florentins firent « *élever une citadelle pour contenir Pise* »¹⁴³³, ils ne comprirent pas « *qu'une ville, de tout temps ennemie de Florence* »¹⁴³⁴ ne pouvait demeurer stable « *que par la méthode des Romains, c'est-à-dire en l'associant à l'État* »¹⁴³⁵. Autrement dit, l'auteur italien semble attaché à la conception d'un État capable de clémence, doté de cette « *pitié appliquée aux faibles, aux coupables* »¹⁴³⁶ et aux ennemis, visant finalement leur reconnaissance en tant qu'ami, permettant donc l'égalité de tous les membres du corps social, et par là même la pacification et la stabilité républicaine.

D'une manière tout à fait opposée, Schmitt semble plutôt défendre une impossible clémence, puisque laisser libre cours au caractère belliqueux de l'homme a l'avantage de conduire à l'éventualité permanente du conflit. Une fois encore, ce conflit en puissance est préférable à une neutralité conduisant à la paix, dès lors qu'il rend possible l'affirmation d'un décisionnisme consubstantiel à l'existence humaine. Ainsi, puisque « *toute notion politique [...] n'a de sens que pour autant que cette discrimination [de l'ami et de l'ennemi] subsiste comme une réalité, ou pour le moins virtuellement, au sein de l'humanité* »¹⁴³⁷, l'avènement de la paix, comprise comme renoncement à la discrimination de l'ennemi, conduit à la perte de cette humanité. C'est donc uniquement dans la perspective de cette

¹⁴³¹ Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Les Discours*, Livre II, Gallimard, 1952, p. 580.

¹⁴³² *Id.*, chap. XXIV : « *Les forteresses sont en général plus nuisibles qu'utiles* », p. 580-587.

¹⁴³³ Nicolas MACHIAVEL, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, édition électronique/ Bibliothèque Berger-Levrault, 1980, p. 199.

¹⁴³⁴ *Ibid.*

¹⁴³⁵ *Ibid.*

¹⁴³⁶ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, édition électronique complétée – université du Québec à Chicoutimi, 2002, p. 32.

¹⁴³⁷ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 74.

« éventualité extrême »¹⁴³⁸ qu'est la lutte armée, « que la vie des hommes s'enrichit de sa polarité spécifiquement politique »¹⁴³⁹. En revanche, « un monde d'où l'éventualité de cette lutte aurait été entièrement écartée et bannie, une planète définitivement pacifiée »¹⁴⁴⁰, signifierait un « monde sans discriminations de l'ami et de l'ennemi et par conséquent un monde sans politique »¹⁴⁴¹. Il s'agirait alors d'un monde sans vie selon Schmitt, puisque privé du moyen d'existence qu'est le politique.

À suivre l'argumentaire schmittien, il est possible de comprendre le paradoxe indépassable d'un tel monde pacifié. Bien qu'annihilant « tout antagonisme au nom duquel on pourrait demander à des êtres humains de faire le sacrifice de leur vie [...] et de tuer d'autres hommes »¹⁴⁴², il perdrait toute possibilité de préserver la paix pour plonger dans le pacifisme, dont on peut dire avec Julien Freund qu'il n'est qu'une « idée ou une idéologie de la paix »¹⁴⁴³. Au fond, renoncer à la discrimination de l'ennemi pour aller vers la clémence ne conduit pas, selon Schmitt, à la paix. De fait, puisque « rien ne saurait échapper à cette logique [discriminante] du politique »¹⁴⁴⁴, il est possible que même dans ce monde pacifié, l'opposition des pacifistes contre les quelques belliqueux restants¹⁴⁴⁵ « grandisse jusqu'à les précipiter dans une guerre contre [ces] non-pacifistes »¹⁴⁴⁶, et, pour le dire de façon plus inepte encore, dans « une guerre contre la guerre »¹⁴⁴⁷. Autrement dit, il est probable que leur opposition s'intensifie au point de les changer de simples opposants en amis et ennemis. Deux hypothèses se présentent alors. Soit les pacifistes s'engagent dans un conflit pour préserver la paix, mais alors cela « prouverait que ce pacifisme dispose de fait d'un certain potentiel politique [la capacité de discriminer l'ennemi], vu qu'il est assez

¹⁴³⁸ *Id.*, p. 73.

¹⁴³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴⁴¹ *Ibid.*

¹⁴⁴² *Ibid.*

¹⁴⁴³ Julien FREUND, *L'essence du politique*, Dalloz, 2004, p. 447. La distinction de Freund est assez claire : « La grande question est de savoir si on veut la paix ou le pacifisme. Dans le premier cas la solution est politique – et de ce fait elle peut sans cesse être remise en question –, dans le second cas elle est utopique, c'est-à-dire que la paix est remplacée par une idée ou une idéologie de la paix ».

¹⁴⁴⁴ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 74.

¹⁴⁴⁵ Si l'on demeure fidèle aux arguments schmittiens, il demeure nécessairement des belliqueux, même dans un monde pacifié. D'une part, les partisans de la paix ne peuvent éliminer l'ennemi, d'abord parce qu'ils refusent de le reconnaître, ensuite parce qu'ils renonceraient à leur pacifisme en le reconnaissant et en l'éliminant. D'autre part, puisque l'homme demeure irrémédiablement déterminé dans une dynamique de dangerosité chez Schmitt, il apparaît impossible que les pacifistes rallient à eux tous les membres du corps social.

¹⁴⁴⁶ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 74.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*

*fort pour regrouper les hommes en amis et ennemis »*¹⁴⁴⁸. Dans ce cas, la vacuité de la clémence – conçue par Machiavel comme refus de reconnaître l'existence de l'ennemi – serait démontrée, puisque la sauvegarde de la paix exigerait justement la désignation des ennemis de la paix, contre lesquels doit être mise en jeu la vie des pacifistes. Soit les partisans de la paix demeurent fidèles à leurs aspirations, renoncent au conflit en laissant les belliqueux l'emporter. Dans ce cas, on aurait la preuve que la paix n'existe plus si elle n'est pas défendue par des individus prêts à renoncer à la clémence pour discriminer les ennemis de cette paix et les éliminer. C'est donc parce que « *Schmitt préfère encore être l'ennemi de celui qui n'en a pas, plutôt que de ne pas en avoir* »¹⁴⁴⁹, qu'il renonce à la clémence d'une loi positive effaçant la mise en exergue de l'ennemi, en choisissant le maintien d'une discrimination.

2. L'abandon de l'unité politique exclusive

Le constitutionnalisme anglo-américain et français, s'orientant vers un véritable pardon des offenses, démontre encore une réelle filiation avec la clémence machiavélienne, propice à l'abandon de la logique d'unité politique exclusive. L'observation des textes démontre la mise en œuvre concrète d'une telle volonté. Évidemment, il ne s'agit pas ici de voir, dès les années 1689 et 1787, ou à un instant précis du XIX^e siècle français, un radical changement de paradigme, mais plutôt de constater le point de départ d'une orientation nouvelle donnée au droit. À ce titre, le *Bill of Rights* de 1689 démontre, dans

¹⁴⁴⁸ *Id.*, p. 75.

¹⁴⁴⁹ Heinrich MEIER, *Carl Schmitt, Léo Strauss et la notion de politique. Un dialogue entre absents*, Julliard, 1990, p. 102.

une certaine mesure¹⁴⁵⁰, une forme de clémence, prouvant une volonté de rupture avec cette logique d'unité politique exclusive, présente dans les constitutions précédentes. Ainsi le texte réintroduit-il aux côtés de la Chambre des communes, les Lords, anciens ennemis dont la fonction avait été abolie par la loi du 19 mars 1649¹⁴⁵¹. Plus encore, le Parlement britannique a désormais la charge de représenter « *toutes les classes du peuple de ce royaume* »¹⁴⁵², puisque la Convention ayant rédigé le texte de 1689 « *ne représente pas le peuple [...] hiérarchisé et différencié en différents ordres sociaux, mais la multitude indifférenciée du peuple* »¹⁴⁵³. Par opposition, l'*Humble Petition and Advice* de 1657 démontrait une mise à l'écart de l'ennemi, ne prenant en compte que les chevaliers, citoyens et bourgeois¹⁴⁵⁴, seuls à composer le Parlement¹⁴⁵⁵. De même, la Constitution de 1787 élabore un Congrès composé d'une Chambre des représentants et d'un Sénat¹⁴⁵⁶. Au-delà de l'abandon du monocrisme, Il est essentiel de retenir que le Sénat, représentant les intérêts particuliers¹⁴⁵⁷ des entités fédérées, est composé du même nombre de sénateurs par

¹⁴⁵⁰ On ne peut occulter le maintien de certaines inimitiés. À ce titre, la problématique question du catholicisme demeure, et le texte de 1689 dispose « *qu'il est incompatible avec la sécurité et le bien-être de ce royaume protestant d'être gouverné par un prince papiste* ». Mais d'une part, il faut constater que cette stigmatisation ne porte pas tant sur les libertés religieuses que sur la succession au trône. D'autre part la Loi d'établissement de 1701, portant sur la succession à la Couronne, réintroduit, à la première clause de son article 3, la communion anglicane. (Voir sur ce point : Angleterre, *Loi d'établissement - Loi du Parlement pour étendre la succession de la Couronne d'Angleterre, et pour mieux assurer la liberté des sujets*, 10 février 1701. Art. III, clause 1^{ère} : « *Que quiconque viendra ci-après à la possession de cette Couronne, se conformera à la communion de l'église anglicane, ainsi qu'elle est établie par les lois* »). Or, l'on sait que cet anglicanisme peut être vu comme une forme de « *via media entre le catholicisme et le protestantisme* » (Bernard DUPUY, « Anglicanisme », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com/ezproxy.unn-runn.fr/encyclopedie/anglicanisme/>]). Cela est confirmé par Philippe Chassaigne qui évoque un « *compromis entre deux extrêmes* » (Philippe CHASSAIGNE, *Histoire de l'Angleterre des origines à nos jours*, Flammarion, 2008, p. 124). Cette forme de syncrétisme, opérée par l'anglicanisme, est soulignée par Bernard Cottret, qui relève qu'après la Glorieuse Révolution, soit dans le cadre du *Bill of Right*, « *les non-conformistes protestants, ou dissenters, sont officiellement tolérés* » (Bernard COTTRET, *Histoire de la Réforme protestante – Luther, Calvin, Wesley – XVI^e - XVIII^e siècle*, Perrin, 2010, p. 443). Bien que le catholicisme romain « *demeure proscrit en théorie* » (*ibid.*), l'on constate néanmoins une certaine clémence s'inscrivant en faux contre les discours politique et juridique précédents. C'est du moins en ce sens que va le *Bill of Rights*, insérant en son article 10 une nécessaire humanité des peines.

¹⁴⁵¹ Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 387-388 : *The Act abolishing the House of Lords*.

¹⁴⁵² Angleterre, *Déclaration des droits*, 16 décembre 1689, préambule.

¹⁴⁵³ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 73.

¹⁴⁵⁴ Renan LE MESTRE, « Les constitutions de l'Interregne en Angleterre (II) : l'*Humble Petition and Advice* (1657) », préambule, *Jus Politicum*, n° 5, 2010, en ligne : [<http://juspoliticum.com/Les-constitutions-de-l-interregne,323.html>] : « *À son Altesse le Lord Protecteur [...] ; l'Humble Pétition et Avis des chevaliers, citoyens et bourgeois assemblés présentement en Parlement de cette République* ».

¹⁴⁵⁵ *Ibid.* : « *Nous, les chevaliers, citoyens et bourgeois en ce Parlement présentement assemblés* ».

¹⁴⁵⁶ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. 1^{er}, section 1.

¹⁴⁵⁷ Pierre DE COUBERTIN, « Notes d'après le cours d'Émile Boutmy sur la Constitution des États-Unis », *Jurisdoctoria*, n° 12, 2015, p. 205 : « *dans le Sénat s'incorpore l'intérêt particulier des différents États* ».

État¹⁴⁵⁸, cherchant ainsi à embrasser le corps social dans son entièreté, avec égalité. À l'inverse, le texte de 1777 proposait une proportionnalité¹⁴⁵⁹ largement favorable aux coalitions d'États puissants, conduisant à des inégalités manifestes. En outre, ce texte conçoit le Congrès étatique comme devant « *donner satisfaction à l'ensemble des citoyens qui [...] composent* »¹⁴⁶⁰ le régime politique, et non pas – comme dans le cadre normatif de 1777 – seulement à « *l'intérêt d'une certaine classe d'habitants* »¹⁴⁶¹. D'une manière assez proche, bien que dans une mesure différente, les lois constitutionnelles de 1875 réintroduisent, en rupture avec le monocamérisme de 1848, un bicaméralisme qui démontre une volonté de représenter le corps social dans sa diversité. Il faut d'ailleurs noter en ce sens que la « *création de deux Chambres fut [...] le fruit d'une transaction entre les forces composant l'Assemblée nationale* »¹⁴⁶², rejetant alors l'idée d'une unité politique exclusive ne visant à représenter qu'elle-même. Ce retour du bicamérisme peut ainsi s'apparenter à l'abandon d'une logique d'unité dominante, puisqu'il est la preuve « *d'une concession faite par les Républicains aux Monarchistes* »¹⁴⁶³. En ce sens, Jean et Jean-Éric Gicquel soulignent « *l'esprit de transaction de la Constitution de 1875* »¹⁴⁶⁴, dont la volonté de « *compromis se retrouve tout au long du texte* »¹⁴⁶⁵. C'est ainsi que semble se dégager une forme de clémence machiavélienne, permettant la renonciation à une unité politique exclusive.

Ce processus de renoncement à l'inimitié est encore visible lorsque l'on prête attention à la manière dont progressivement, la figure ennemie, vivace il y a peu, tend à être dépassée par la loi. Dans le droit anglo-américain, il suppose l'abandon des distinctions précédentes, et le texte de 1689 se distingue particulièrement sur ce point. Ainsi, son originalité ne réside pas dans le rappel des griefs infligés aux libertés, ainsi que de

¹⁴⁵⁸ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. 1^{er}, section 3, al. 1 : « *Le Sénat des États-Unis sera composé de deux sénateurs pour chaque État, et chaque sénateur disposera d'une voix* ».

¹⁴⁵⁹ États-Unis, *Articles de la Confédération*, 15 novembre 1777, art. 5, al. 2 : « *Aucun État ne sera représenté au Congrès par moins de deux ni par plus de sept délégués* ».

¹⁴⁶⁰ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 20.

¹⁴⁶¹ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 2.

¹⁴⁶² Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Lextenso/ L.G.D.J., 2010, p. 371.

¹⁴⁶³ *Id.*, p. 376.

¹⁴⁶⁴ Jean et Jean-Éric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J., 2016, p. 516.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.* (les auteurs soulignent).

nombreuses pétitions l'avaient déjà fait¹⁴⁶⁶, mais plutôt dans l'idée que ces libertés sont conçues comme appartenant au peuple dans sa totalité. Ici, les arguments attestant l'effacement de la figure ennemie se situent davantage dans ce que le droit ne dit pas, que dans ce qu'il formule explicitement. En effet, l'on ne retrouve plus les distinctions admises et exacerbées par les constitutions précédemment évoquées. Il ne s'y trouve aucune catégorisation relative aux Irlandais, aux Écossais, à des ennemis opposés à la monarchie constitutionnelle en formation, qu'auraient pourtant naturellement pu incarner certains républicains de l'interrègne. Finalement, alors, que la Constitution de 1653 évoquait – au pluriel – les trois « *Nations d'Angleterre, d'Écosse et d'Irlande et de leurs dépendances* »¹⁴⁶⁷, celle de 1689 n'en envisage qu'une seule, marquant son net rejet d'une unité exclusive. Dans une même logique, le constitutionnalisme américain semble oublier l'ennemi populaire qu'incarnait le mouvement *shaysite*, considérant que la Fédération ne peut tirer son pouvoir que « *de la grande masse du peuple* »¹⁴⁶⁸. Le texte de 1787 est ainsi compris comme « *un plan qui doit être approuvé par le peuple* »¹⁴⁶⁹ dans son entièreté, puisque « *l'autorité expresse du peuple peut seule donner à la Constitution la validité nécessaire* »¹⁴⁷⁰. À l'inverse, les Articles de la Confédération n'envisageaient l'approbation de ce texte qu'au travers du groupe ami, ces « *délégués des États dont les noms suivent* »¹⁴⁷¹, grands propriétaires terriens et commerçants. Le droit américain procède ici encore d'une logique proche de celle du droit anglais, puisque si le texte de 1777 évoquait les treize colonies, celui de 1787 ne renvoie qu'à un « *Nous* »¹⁴⁷² collectif, « *le peuple des États-Unis* »¹⁴⁷³. Dans le droit français, le renoncement à l'inimitié s'observe à travers une

¹⁴⁶⁶ Des textes protégeant les libertés individuelles avaient en effet déjà été rédigés depuis fort longtemps. En ce qui concerne les levées d'impôt, conditionnées au nécessaire accord d'une assemblée, l'on renverra à l'article 12 de la *Magna Carta* de 1215. Pour ce qui a trait aux droits des détenus, l'on songe à la Pétition du droit de 1628, qui dispose en son article 3 : « *Considérant qu'il est aussi arrêté et établi, par le statut dénommé Grande Charte des libertés d'Angleterre qu'aucun homme libre ne pourra être arrêté ou mis en prison, ni dépossédé de son franc-fief, de ses libertés ou franchises, ni mis hors la loi ou exilé, ni molesté d'aucune autre manière, si ce n'est en vertu d'une sentence légale de ses pairs ou des lois du pays* ». On peut également citer la loi d'*habeas corpus* de 1679, qui formule l'obligation de présenter tout détenu (impliqué dans une affaire criminelle) à un juge, afin que celui-ci vérifie, outre son état physique, les raisons et la légalité de son arrestation.

¹⁴⁶⁷ Renan LE MESTRE, « Les constitutions de l'Interrègne en Angleterre (I) : l'*Instrument of Government* (1653) », art. 32, *Jus Politicum*, n° 5, 2010, en ligne : [<http://juspolicum.com/Les-constitutions-de-l-interregne.html>].

¹⁴⁶⁸ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 184.

¹⁴⁶⁹ *Id.*, p. 326.

¹⁴⁷⁰ *Id.*, p. 365.

¹⁴⁷¹ États-Unis, *Articles de la Confédération*, 15 novembre 1777, préambule.

¹⁴⁷² États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, préambule.

¹⁴⁷³ *Ibid.*

réelle volonté d'apaisement. C'est en ce sens que François Furet montre¹⁴⁷⁴ que si le conflit avec la Prusse avait entraîné, dès 1792, une hystérie généralisée menant à la stigmatisation de l'ennemi extérieur et à la recherche systématique d'un ennemi intérieur à anéantir¹⁴⁷⁵, le contexte de 1870, relevant également d'un conflit avec la Prusse, démontre que cette fois, « *le pays [...] veut la paix* »¹⁴⁷⁶. En effet, même à Paris, où les « *communalistes et blanquistes* »¹⁴⁷⁷ s'insurgent dans le cadre de la Commune, « *le peuple est loin de suivre unanimement les activistes* »¹⁴⁷⁸, dès lors que « *la négociation de la paix [était] plébiscitée d'avance par le pays* »¹⁴⁷⁹. Le peuple préférerait, au plus vite, un « *retour à la normale* »¹⁴⁸⁰ supposant de renoncer à reproduire le schéma sanglant¹⁴⁸¹ d'une Terreur opposant amis et ennemis. Le droit français devra alors prendre acte d'une telle volonté, en étouffant le retour du mouvement révolutionnaire sur le plan interne, et en acceptant, sur le plan externe, le Traité de Francfort du 10 mai 1871¹⁴⁸². De toute part, un tel processus vise l'abandon de la logique d'unité politique exclusive, favorable à l'instabilité, au profit de l'édification d'une unité républicaine, propice à la pérennité du régime.

B. L'aboutissement à une unité républicaine

Rompant avec la logique d'unité politique exclusive, le pardon des offenses permet d'aboutir à la reconnaissance d'une pluralité égalitaire du corps social, c'est-à-dire à l'admission que les différences n'empêchent pas l'intégration à la sphère amie. Alors que Machiavel admet cette diversité et tente de la fédérer au sein d'une unité républicaine reconnaissante de la diversité, Schmitt révèle un maintien de la logique d'homogénéité absolue (1). De nouveau, le constitutionnalisme anglo-américain et français marque

¹⁴⁷⁴ François FURET, *La Révolution française*, Gallimard, 2007, p. 751-752.

¹⁴⁷⁵ Le massacre de prêtres réfractaires, ainsi que des contre-révolutionnaires retenus dans les prisons parisiennes, perpétré les 3 et 6 septembre 1792, illustre cet acharnement contre l'ennemi intérieur.

¹⁴⁷⁶ François FURET, *La Révolution française*, Gallimard, 2007, p. 754.

¹⁴⁷⁷ *Id.*, p. 753.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*

¹⁴⁷⁹ *Id.*, p. 755.

¹⁴⁸⁰ *Id.*, p. 754.

¹⁴⁸¹ Il ne s'agit pas ici d'affirmer que l'insurrection parisienne de 1871 ne renvoie à aucune forme de violence, dès lors que « *l'écrasement de la Commune par l'Assemblée* » démontre l'inverse (*id.*, p. 752). Il s'agit plutôt de constater que la période de 1870, comparable à celle des années 1790 par son contexte insurrectionnel et la présence d'un conflit avec la Prusse, ne dérivera néanmoins pas en hystérie de violence, menant à la recherche effrénée de l'ennemi à tout prix dans le cadre de la Terreur.

¹⁴⁸² Pour la paix, la France accepte en effet de céder l'Alsace, à l'exception de Belfort, ainsi qu'une partie de la Lorraine. En outre, elle doit promettre de s'acquitter d'une indemnité de cinq milliards de francs en contrepartie de l'évacuation des troupes d'occupation.

concrètement son adhésion au machiavélisme, en érigeant lui aussi une forme d'union composite (2).

1. Un pluralisme aux objectifs opposés

Le constitutionnalisme machiavélien, favorable à une indulgence envers l'ennemi, conçoit la stabilité étatique comme devant associer les diversités de chacun, au sein d'une république unie. Un tel positionnement l'éloigne définitivement d'une unité politique exclusive schmittienne n'existant sereinement qu'au travers d'une identité unique et commune, puisque ici « *la loi est essentiellement inscrite dans la diversité* »¹⁴⁸³. Pour autant, l'admission d'une pluralité n'empêche pas l'avènement d'une unité. Pour preuve, tout en admettant nécessairement cette « *variété présente dans le monde* »¹⁴⁸⁴, permettant de le qualifier, avec Serge Audier, de « *penseur de la division sociale* »¹⁴⁸⁵, Machiavel, – cet « *homme de l'État-nation* »¹⁴⁸⁶ selon Gramsci – appelle néanmoins à « *constituer un État national : c'est-à-dire une unité politique* »¹⁴⁸⁷ du peuple italien. Cette forme d'unité plurale est encore perceptible à travers la volonté machiavélienne d'unir les cinq grandes provinces italiennes¹⁴⁸⁸ au sein d'un État unique, tout en reconnaissant le nécessaire maintien de spécificités propres. Mais celles-ci ne sont pas entendues comme source de distinction permettant de déterminer puis exclure un ennemi. Ainsi la stabilité républicaine – et au sens métaphorique la meilleure des forteresses¹⁴⁸⁹ – est-elle rendue possible par l'acceptation de la diversité au sein d'une sphère étatique unie, où les individus sont donc égaux du seul fait de leur citoyenneté italienne, en dépit de leurs différences. Une telle diversité, par la multiplicité d'intérêts et de volontés qu'elle recouvre, vise à empêcher la formation de factions majoritaires, qui tendraient à s'agréger en grandes entités duales, celles des amis dominants et des ennemis inférieurs, destructrices de l'État. En ce sens, l'auteur explique « *que certaines divisions sont nuisibles, et que d'autres sont utiles à une*

¹⁴⁸³ Thomas BERNES, *Violence de la loi à la Renaissance – L'originare du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, 2000, 4^e de couverture.

¹⁴⁸⁴ Maurizio VIROLI, *Républicanisme*, Le bord de l'eau, 2011, p. 75.

¹⁴⁸⁵ Serge AUDIER, *Machiavel, conflit et liberté*, E.H.E.S.S., Librairie philosophique J. Vrin, 2005, p. 211.

¹⁴⁸⁶ Pierre-François MOREAU, « Althusser et Machiavel : la consistance de l'État », *L'enjeu Machiavel*, Gérard SFEZ, Michel SENNELLART (dir.), PUF, 2001, p.144.

¹⁴⁸⁷ Louis ALTHUSSER, *Politique et Histoire, de Machiavel à Marx*, Seuil, 2006, p.207.

¹⁴⁸⁸ Il s'agit de Florence, Milan, Naples, Rome et Venise.

¹⁴⁸⁹ Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, chap. XX : « *Si les forteresses, et plusieurs autres choses que font souvent les princes, leur sont utiles ou nuisibles* », p. 106-110.

république »¹⁴⁹⁰. Les nuisibles sont celles « *qui engendrent de partis et des partisans* »¹⁴⁹¹, propres à « *se diviser en factions rivales [...], cause première de la corruption des États* »¹⁴⁹². En revanche, sont utiles celles qui « *se perpétuent sans partis ni partisans* »¹⁴⁹³, c'est-à-dire qui sont si nombreuses et variées les unes vis-à-vis des autres qu'elles ne peuvent posséder de chef ni s'agglomérer pour former des factions majoritaires capables de scinder le corps social en grandes unités politiques rivales. Machiavel organise alors par la loi positive – puisque c'est bien le législateur qui, « *ne pouvant [...] empêcher les rivalités, doit du moins les empêcher de devenir factions* »¹⁴⁹⁴ – cette pluralité républicaine « *dans le but que les forces sociales qui la composent ne se déchirent pas, mais cohabitent en dépit de leurs irréductibles différences* »¹⁴⁹⁵. Rompant donc avec l'idée d'une unité politique exclusive, Machiavel s'affranchit finalement aussi de l'idée d'unité politique inclusive, dont on a pu voir qu'elle caractérisait dans un premier temps le mouvement révolutionnaire anglo-américain et français. De fait, le réalisme florentin exige de renoncer à cette dernière conception inclusive, dès lors qu'elle tire sa capacité d'union et de stabilité d'une raison universelle dont Machiavel constate qu'elle tend en réalité – au regard de la nature humaine – davantage à l'exclusion de l'ennemi qu'à l'incorporation des diversités. À l'encontre d'un universalisme naturel utopique, Machiavel propose donc un juspositivisme constitutionnel capable de fonder une union composite stable, l'unité républicaine.

À l'inverse, la pensée schmittienne, dont on sait qu'elle abhorre la simple idée de pardon des offenses, demeure attachée, au sein de l'État fondé, à l'idéologie d'une stabilité issue d'une homogénéité identitaire¹⁴⁹⁶. En effet, l'État incarne ici « *la forme de l'unité*

¹⁴⁹⁰ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 122. Incidemment, l'on notera que l'auteure cite ici, mais d'une manière plus abordable que celle donnée par la bibliothèque de la Pléiade, les *Histoires florentines*. (Voir sur ce point : Nicolas MACHIAVEL, Œuvres historiques, *Histoires florentines*, Livre VII, Gallimard, 1952, p. 1288).

¹⁴⁹¹ *Ibid.*

¹⁴⁹² *Ibid.*

¹⁴⁹³ *Ibid.*

¹⁴⁹⁴ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres historiques, *Histoires florentines*, Livre VII, Gallimard, 1952, p. 1288

¹⁴⁹⁵ Thierry Ménissier, « Le Discours sur les choses de Florence de Machiavel : logique et pragmatique de l'action politique », *Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, p. 18.

¹⁴⁹⁶ Voir en ce sens : Étienne BALIBAR, « Le Hobbes de Schmitt, le Schmitt de Hobbes », préface, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, Carl SCHMITT, Seuil, 2002, p. 35-36 : « *La critique du pluralisme est très ancienne chez Schmitt* ».

politique »¹⁴⁹⁷ unie, et risque précisément d'être « *remis en question par le pluralisme* »¹⁴⁹⁸, au point d'y perdre sa stabilité. À s'en tenir au discours schmittien, un tel positionnement est absolument cohérent : puisque l'absence d'homogénéité identitaire favorise des conflictualités propres à se transformer en une opposition radicale entre amis et ennemis – la situation exceptionnelle –, la loi, qui procède à son fondement d'une unité – la décision portée par la volonté unique de l'unité politique –, doit préserver cette dernière si elle veut maintenir la stabilité étatique. Ainsi trouve-t-on au « *fondement de la normativité réelle* »¹⁴⁹⁹, l'unicité du « *vouloir-vivre du corps politique concret* »¹⁵⁰⁰. Puisque « *toute constitution présuppose cette unité* »¹⁵⁰¹, elle tend logiquement à rejeter « *l'idéalité des valeurs universalisantes* »¹⁵⁰², caractérisant justement la loi fondamentale machiavélienne présente au sein de l'État. Cette perspective incite donc Schmitt à rejeter un pluralisme qui « *consiste à nier l'unité souveraine de l'État* »¹⁵⁰³. De façon presque obsessionnelle, c'est encore la crainte d'une perte du décisionnisme politique – moyen vital de préservation de l'unité politique – que semble craindre Schmitt. En effet, si « *cette unité n'existe pas, fût-ce virtuellement, le politique lui-même cesse d'exister* »¹⁵⁰⁴. Autrement dit, la décision politique discriminante n'existe qu'autant qu'est présente une unité capable de la détenir et de l'exprimer. Par opposition, l'admission d'un large pluralisme tend nécessairement multiplier les entités diverses et à brouiller la distinction tranchée entre amis et ennemis, empêchant l'émergence de l'unité majoritaire dominante, et donc de la décision. Ainsi, « *à l'intérieur d'une même unité politique la configuration ami-ennemi déterminante* »¹⁵⁰⁵ ne « *pourrait être remplacée par un pluralisme sans que soit détruit, avec cette unité, le politique lui-même* »¹⁵⁰⁶. Tout pluralisme promu par la règle de droit semble donc exclu car

¹⁴⁹⁷ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 75.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹⁹ Étienne BALIBAR, « Le Hobbes de Schmitt, le Schmitt de Hobbes », préface, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, Carl SCHMITT, Seuil, 2002, p. 15.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*

¹⁵⁰¹ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 184.

¹⁵⁰² Étienne BALIBAR, « Le Hobbes de Schmitt, le Schmitt de Hobbes », préface, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, Carl SCHMITT, Seuil, 2002, p. 15.

¹⁵⁰³ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 80.

¹⁵⁰⁴ *Id.*, p. 84.

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*

provocateur d'instabilité, dès lors qu'il tend à annihiler l'émergence d'une unité dominante, et donc l'expression du décisionnisme politique, vecteur de stabilité.

Toute séduisante que soit la certitude schmittienne, elle n'interdit pas de soulever une certaine contradiction. En effet, si Schmitt préconise le maintien d'une unité politique par la loi, c'est essentiellement dans un but de stabilité au sein de l'État. Or, l'on a vu qu'il rejetait l'hypothèse d'un pardon des offenses induisant la paix et donc la stabilité, précisément parce que en tel cas, la disparition des catégories d'amis et ennemis empêchait la formation d'une unité politique, et évacuait donc le recours à un décisionnisme nécessaire à l'existence vitale de cette unité. Il expliquait alors que toute notion politique – particulièrement le type décisionniste – n'avait d'effectivité qu'autant que demeurerait réelle et possible une discrimination de l'ennemi supposant un regroupement opposé dans une unité d'amis¹⁵⁰⁷. Or, il semble que l'unité politique elle-même, tout en étant le moyen d'apparition de la décision, tende à évacuer l'utilité d'un recours au décisionnisme, précisément parce que l'homogénéité victorieuse qu'elle fait émerger entraîne une stabilité qui annihile le conflit potentiel avec l'ennemi. Cette dernière est donc par principe contraire aux troubles, qui sont pourtant le creuset de la décision. En effet, Carlos-Miguel Herrera rappelle avec justesse que chez Schmitt, « *le décisionnisme présuppose un complet désordre, un chaos* »¹⁵⁰⁸. Il est possible de percevoir ici une nouvelle limite de la pensée schmittienne, dès lors que l'obtention d'une unité politique ayant vaincu l'ennemi mène à une stabilité annihilant le jaillissement de la décision politique. Mais à la fois, seule la formation d'une unité politique réelle peut soutenir cette décision. Cette contradiction schmittienne est d'autant plus présente quand il admet – à l'échelle interétatique¹⁵⁰⁹ – le nécessaire maintien d'une diversité comme seul moyen d'opérer une discrimination permettant justement l'unité. Ainsi, « *le caractère spécifique du politique entraîne un pluralisme des États* »¹⁵¹⁰, puisque pour s'affirmer, « *toute unité politique implique l'existence éventuelle d'un ennemi et donc la coexistence d'une autre unité politique* »¹⁵¹¹. De ce fait, « *il ne saurait y avoir d'État universel englobant toute*

¹⁵⁰⁷ *Id.*, chap. III : « *La guerre, phénomène d'hostilité* », p. 66-75, voir en particulier p. 74.

¹⁵⁰⁸ Carlos-Miguel HERRERA, « *Décisionnisme* », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadriga/Lamy-P.U.F., 2007, p. 348.

¹⁵⁰⁹ Carl SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, Seuil, 1985, p. 144 : « *Le monde politique [...] est essentiellement pluraliste. Néanmoins, les porteurs de ce pluralisme sont les unités politiques comme telles, autrement dit les États* ».

¹⁵¹⁰ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 95.

¹⁵¹¹ *Ibid.*

l'humanité »¹⁵¹², et le monde politique n'est donc « *pas un universum, mais, si l'on peut dire, un pluriversum* »¹⁵¹³. Schmitt admet donc un pluralisme même s'il ne concerne pas le contenu d'une unité politique propre, mais plutôt des entités les unes vis-à-vis des autres, à l'échelle interétatique. Mais la recherche de ce pluralisme n'est pas, comme chez Machiavel, déterminée par une volonté de rompre avec le dualisme d'entités amies et ennemies, il vise au contraire à permettre la reconnaissance perpétuelle d'amis et d'ennemis, afin de proroger le conflit conduisant à un décisionnisme vital. Une telle ambiguïté traduit finalement la difficulté schmittienne à penser le pluralisme dans l'unité.

Le constitutionnalisme anglo-américain et français, de nouveau, traduit une proximité avec le pluralisme uni de Machiavel, car il recherche l'avènement d'une véritable unité républicaine.

2. L'édification d'une union composite

La pensée anglo-américaine et française, partageant avec Machiavel une indulgence envers l'ennemi, comprend par conséquent également la stabilité étatique dans l'axe d'une unité dans la diversité.

Thibault Guilluy cerne parfaitement cette dualité lorsqu'il évoque les diverses conceptions d'unité et d'union dans l'histoire constitutionnelle anglaise¹⁵¹⁴. Selon lui, le royaume de Grande-Bretagne témoigne, particulièrement à partir du début du XVIII^e siècle¹⁵¹⁵, d'une double acception du concept d'empire, tout à la fois « *incorporative* »¹⁵¹⁶ et « *fédérative* »¹⁵¹⁷. Alors que la conception incorporative ou d'effet centripète, tend « *à promouvoir l'unité politique, juridique et constitutionnelle* »¹⁵¹⁸ au sein d'un « *empire centralisé* »¹⁵¹⁹, l'approche fédérative, ou centrifuge, s'analyse « *comme une union d'entités [...] distinctes au sein d'une entité globale, sans toutefois que cette union ne fasse*

¹⁵¹² *Ibid.*

¹⁵¹³ *Ibid.*

¹⁵¹⁴ Thibault GUILLUY, « Les conceptions de l'empire dans l'histoire britannique (XVI^e - XVII^e siècle) : entre unité et union », *Jus Politicum*, n° 14, 2015, en ligne : [<http://juspoliticum.com/Les-conceptions-de-l-empire-dans-l.html>].

¹⁵¹⁵ Royaume-Uni, *Traité pour l'Union de l'Angleterre et de l'Écosse*, 1^{er} mai 1707.

¹⁵¹⁶ Thibault GUILLUY, « Les conceptions de l'empire dans l'histoire britannique (XVI^e - XVII^e siècle) : entre unité et union », *Jus Politicum*, n° 14, 2015, en ligne : [<http://juspoliticum.com/Les-conceptions-de-l-empire-dans-l.html>].

¹⁵¹⁷ *Ibid.*

¹⁵¹⁸ *Ibid.*

¹⁵¹⁹ *Ibid.*

*disparaître l'existence particulière de chacune de ses parties composantes »*¹⁵²⁰. C'est cette filiation que Denis Baranger met en lumière lorsqu'il explique qu'en ce début de XVIII^e siècle, il « *n'est pas question d'uniformiser ce qui est enserré dans les liens de la puissance impériale* »¹⁵²¹ et que « *les démarcations anciennes, les lois et coutumes propres à chaque entité, et même les cultures, les sentiments nationaux [...] ne sont pas abolis* »¹⁵²². Le constitutionnalisme de 1689 parvient en ce sens à établir une union diverse particulièrement stable – sur laquelle Charles I^{er}, avant 1649, et Olivier Cromwell¹⁵²³, pendant et après la révolution, échoueront systématiquement – parce qu'il procède d'un pardon des offenses et d'une reconnaissance de diversités non créatrices d'antagonismes et de factions. Au contraire, la multiplication des diversités empêche la formation d'entités majoritaires.

De même, la pensée américaine de 1787, puisqu'elle « *se veut d'emblée républicaine* »¹⁵²⁴, est bien plus proche de l'unité républicaine machiavélienne que ne l'étaient les Articles de la Confédération. Conscients du risque de scission autant que de la nécessaire reconnaissance d'une pluralité propre à la diversité des États, les rédacteurs envisagent la stabilité à travers la fondation d'une « *République américaine [...] à la fois une et indéfiniment divisible* »¹⁵²⁵. C'est en ce sens que Hamilton considère qu'« *une Union solide sera encore de la plus grande importance pour la liberté et la paix des États* »¹⁵²⁶, mais qu'à la fois, Madison précise qu'il est nécessaire d'étendre la sphère de la société à « *une plus grande variété de partis et d'intérêts* »¹⁵²⁷. Pour ces deux auteurs, l'unité et la diversité doivent être combinées dès lors que toutes deux s'opposent aux factions majoritaires destructrices, au profit d'une stabilité. En effet, le premier auteur précise que l'Union parviendra à la paix des États « *en opposant une barrière aux factions intestines et aux insurrections* »¹⁵²⁸, alors que le second remarque que plus la sphère de cette Union sera étendue aux diversités, moins il y aura « *à craindre de voir à une majorité un motif commun*

¹⁵²⁰ *Ibid.*

¹⁵²¹ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 271.

¹⁵²² *Ibid.*

¹⁵²³ Sur cette proximité entre la volonté d'unification des Stuarts, et celle continuée par Oliver Cromwell, voir : Bernard COTTRET, *La Révolution anglaise 1603-1660*, Perrin, 2015, p. 317-318.

¹⁵²⁴ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 97.

¹⁵²⁵ Philippe RAYNAUD, « La démocratie saisie par le droit », *Le débat*, n° 87, mai 1995, p. 90.

¹⁵²⁶ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 58.

¹⁵²⁷ *Id.*, p. 75.

¹⁵²⁸ *Id.*, p. 58.

*pour violer les droits des autres citoyens »*¹⁵²⁹. Étant entendu que « *moins il y a de partis et d'intérêts différents, et plus il y a de chances pour que le même ait la majorité* »¹⁵³⁰, l'on peut *a contrario* comprendre qu'une telle conception républicaine « *grâce à la multiplicité des groupes d'intérêts, est davantage immunisée du risque de "tyrannie de la majorité"* »¹⁵³¹. Ainsi, la volonté d'une « *extension de l'union permet, en raison de la multiplication des intérêts divergents qui composent la société civile [...], d'éviter la formation de factions [...] capables de faire prévaloir, en vertu du phénomène majoritaire, leurs intérêts particuliers* »¹⁵³², mettant « *en danger les droits des minorités, la liberté de chacun et, par-là, le bien commun et l'intérêt général* »¹⁵³³. Madison confirme pleinement ce point de vue, expliquant que dans le cadre fédéral, « *la nation elle-même sera divisée en un si grand nombre de parties, d'intérêts et de classes de citoyens, que les droits des individus ou de la minorité seront peu menacés par les combinaisons intéressées de la majorité* »¹⁵³⁴. En un mot, il s'agit de « *neutralise[r] les factions en multipliant les foyers possibles* »¹⁵³⁵. Cette conception s'inscrit parfaitement dans la pensée du Florentin, ce que Serge Audier souligne en expliquant que « *le Fédéraliste est [...] proche de Machiavel [...] : la meilleure façon d'éviter les effets néfastes des factions [...] est de créer un artifice institutionnel tel que les multiples partis en concurrence se fassent obstacle* »¹⁵³⁶. Une telle évolution renvoie donc à l'abandon de l'unité politique exclusive, au profit de cette union composite qu'incarne l'unité républicaine.

Le constitutionnalisme français, tout en s'approchant de la conception machiavélienne, possède ses spécificités propres. Ici, l'idée d'unité est ancrée de longue date puisqu'elle renvoie aux « *principes mêmes de la monarchie absolue* »¹⁵³⁷. Or, cette notion d'unité s'est directement transmise dans la sphère républicaine, si bien que

¹⁵²⁹ *Id.*, p. 75.

¹⁵³⁰ *Ibid.*

¹⁵³¹ Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2004, p. 38.

¹⁵³² Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 106-107.

¹⁵³³ *Id.*, p. 108.

¹⁵³⁴ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 433.

¹⁵³⁵ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 106-107.

¹⁵³⁶ Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2004, p. 39.

¹⁵³⁷ Michel VERPEAUX, « L'unité et la diversité dans la République », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 42, 2014, en ligne : [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-42/l-unite-et-la-diversite-dans-la-republique.139977.html>].

« l'affirmation de l'indivisibilité de la république est très ancienne dans l'histoire constitutionnelle et politique française »¹⁵³⁸. Il est finalement possible de déduire, à propos de cette notion, que « l'Ancien régime et la Révolution forment une continuité quasi parfaite »¹⁵³⁹. Seulement, il doit être noté que la compréhension révolutionnaire de cette notion est impropre à produire la stabilité étatique voulue par les républicains de la fin du XVIII^e et du début du XIX^e siècle français. En effet, l'unité renvoie d'abord paradoxalement, dans le cadre révolutionnaire, à un facteur de déchirement et d'instabilité sociale. C'est en ce sens que Michel Verpeaux souligne que « la Convention nationale [...] proclama dès le 25 septembre 1792 à la fois l'unité et l'indivisibilité de la République française, afin de lutter contre les ennemis de la Révolution »¹⁵⁴⁰, davantage que pour établir une stabilité nouvelle. En effet, comme l'explique Jean Dérens, la recherche absolue d'unité par le nouveau pouvoir révolutionnaire provoque une instabilité inédite puisque, « après avoir frappé les seuls contre-révolutionnaires, on vise les modérés, les commerçants suspects d'avoir vendu au-dessus du maximum, les accapareurs, les prêtres, les fidèles, les coupables de propos trop critiques ou moqueurs, finalement n'importe qui »¹⁵⁴¹. Or, c'est là tout le problème de la logique de la Terreur, qui conçoit à ce point l'unité comme moyen de former une union révolutionnaire parfaite, qu'elle en vient à menacer potentiellement tout individu¹⁵⁴². Ce rejet de la diversité produit nécessairement une instabilité totale, si bien que le régime républicain ne semble pouvoir trouver sa pérennité à l'aune d'une telle acception de l'unité. Il s'agit alors, pour aboutir à la stabilité recherchée, d'envisager l'unité sous un angle différent, supposant l'acceptation de la diversité. À ce titre, une évolution est perceptible dans la seconde moitié du XIX^e siècle, ce qu'Anne-Marie Thiesse explique en soulignant que la « représentation de la France comme extraordinaire diversité [...] a eu aussi une fonction idéologique dans le cadre de la nationalisation des milieux populaires, à la fin du XIX^e siècle »¹⁵⁴³. Sur un autre plan, « les responsables pédagogiques de la troisième République [...] ont proposé de développer la notion de “petite patrie” »¹⁵⁴⁴ propre à la diversité française, enseignant ainsi l'idée selon

¹⁵³⁸ *Ibid.*

¹⁵³⁹ *Ibid.*

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*

¹⁵⁴¹ Jean DÉRENS, « La Terreur », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/la-terreur/].

¹⁵⁴² *Ibid.* : « chacun doit être menacé pour se comporter en excellent sans-culotte ».

¹⁵⁴³ Anne-Marie THIESSE, « La France : unité et diversité », *Hommes & Libertés*, n° 152, 2010, p. 41.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*

laquelle ces petites entités, jointes les unes aux autres, formaient l'unité nationale bien que chacune soit différente. Se développait alors l'idée que la « *France était une mosaïque [...] de petites patries complémentaires* »¹⁵⁴⁵, où une place devait alors être faite aux « *autonomies locales* »¹⁵⁴⁶ telles que soutenues par exemple par Armand Carrel. Or, c'est dans cette conception d'une unité diverse que semble émerger la stabilité républicaine, dès lors que « *cette représentation de la France comme une unité composée de diversités géographiques complémentaires invitait à considérer la diversité sociale et économique des Français de la même manière : une unité pacifique, consensuelle* »¹⁵⁴⁷. Il apparaît ainsi que la progressive « *construction de la nation* »¹⁵⁴⁸, au sens d'une unité permettant la stabilité étatique, « *s'est effectuée [...] en bonne partie, par la valorisation de la diversité nationale* »¹⁵⁴⁹. Là encore, et d'une manière comparable aux conceptions anglo-américaines, la reconnaissance d'une diversité au sein de l'unité tend à renforcer la pérennité républicaine. Mais ici, il faut préciser que plutôt que de s'orienter vers l'idée d'une division du groupe social en très petites entités, empêchant la formation de denses factions destructives, la stabilité provient davantage d'un attachement des individus à leurs entités propres, rejaillissant sur le groupe national. C'est en ce sens que Langlois énonçait en 1891, que « *rien n'est plus propre à fortifier l'amour de la France, notre patrie commune* »¹⁵⁵⁰, que le fait d'« *aimer [sa] petite patrie* »¹⁵⁵¹. Il semble ainsi que la fondation pérenne du républicanisme français s'inscrive dans la « *diversité, au sein de la République restée indivisible* »¹⁵⁵², procédant finalement autant d'une approche jacobine que d'une reconnaissance de la diversité. Le cadre anglo-américain et français traduit donc une proximité avec l'idée machiavélienne d'une unité républicaine, c'est-à-dire d'une union composite permettant la stabilité républicaine.

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*

¹⁵⁴⁶ Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2015, p. 51.

¹⁵⁴⁷ Anne-Marie THIESSE, « La France : unité et diversité », *Hommes & Libertés*, n° 152, 2010, p. 41.

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁵⁰ Anne-Marie THIESSE, *Ils apprenaient la France. L'exaltation des régions dans le discours patriotique*, Maison des Sciences de l'Homme, 1997, p. 17.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*

¹⁵⁵² Michel VERPEAUX, « L'unité et la diversité dans la République », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 42, 2014, en ligne : [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-42/l-unite-et-la-diversite-dans-la-republique.139977.html>].

Dans ces trois États, il doit désormais être constaté que, comme chez Machiavel, la mise en œuvre concrète d'une telle conception de l'unité républicaine est opérée par la loi positive.

Le droit anglais traduit nettement un tel mouvement, notamment avec le Traité pour l'Union de l'Angleterre et de l'Écosse du 1^{er} mai 1707. D'une part, il procède d'une volonté d'unité, disposant que « *les lois qui concernent le droit public, la police et le gouvernement civil pourront être les mêmes par tout le Royaume-Uni* »¹⁵⁵³. Mais d'autre part, il établit une diversité au sein de cette union, car « *toutes les autres lois qui sont usitées dans le Royaume d'Écosse, seront après l'Union, et nonobstant l'Union, dans la même vigueur qu'auparavant* »¹⁵⁵⁴. Le texte dispose encore que l'« *on ne pourra faire d'altération ou changement aux lois qui concernent le droit particulier, à moins que ce ne soit pour l'utilité évidente des sujets d'Écosse* »¹⁵⁵⁵. L'aboutissement à une conciliation entre unité et diversité paraît alors clairement au travers l'article XXII, qui établit une forme d'union diverse concernant l'autorité politique, en dotant l'unique¹⁵⁵⁶ Parlement bicaméral de représentants tout à la fois Anglais, Gallois, et aussi Écossais¹⁵⁵⁷. Une telle volonté jalonne le texte de 1707¹⁵⁵⁸, et prouve que le droit s'efforce – non sans peine¹⁵⁵⁹ – de « *réconcilier l'unité politique et la diversité* »¹⁵⁶⁰. Mais s'il « *tend à fusionner deux entités préexistantes*

¹⁵⁵³ Royaume-Uni, *Traité pour l'Union de l'Angleterre et de l'Écosse*, 1^{er} mai 1707, art. XVIII.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁵⁶ *Id.*, art. III : « *Le Royaume Uni de Grande-Bretagne sera représenté par un seul et même Parlement, lequel sera nommé le Parlement de la Grande-Bretagne* ».

¹⁵⁵⁷ *Id.*, art. XXII : « *En vertu de ce Traité, seize des pairs d'Écosse au temps de l'Union, seront le nombre de ceux qui devront avoir séance et voix dans la Chambre des lords, et quarante-cinq seront le nombre des représentants pour l'Écosse dans la Chambre des communes du Parlement de la Grande-Bretagne* ».

¹⁵⁵⁸ L'on peut encore citer l'article XIX de ce texte, qui organise une certaine uniformité juridictionnelle à l'échelle de la Grande-Bretagne, tout en maintenant la spécificité et l'autorité des Cours écossaises. Ainsi : « *La Cour de session, ou le Collège de Justice, sera et demeurera après et nonobstant l'Union, en tout temps en Écosse, telle qu'elle est maintenant établie par les lois de ce Royaume ; et avec la même autorité et les mêmes privilèges, qu'avant l'Union ; étant néanmoins sujette aux règlements qui pourront être faits pour mieux administrer la justice, par le Parlement de la Grande-Bretagne. Et la Cour des justiciers demeurera aussi après et nonobstant l'Union en tout temps en Écosse, telle qu'elle est maintenant établie par les lois de ce Royaume avec la même autorité, et les mêmes privilèges, qu'avant l'Union, étant néanmoins sujette aux règlements qui seront faits par le Parlement de la Grande-Bretagne ; et sans préjudice des autres Droits de justiciers* ».

¹⁵⁵⁹ Voir sur ce point : Philippe CHASSAIGNE, *Histoire de l'Angleterre des origines à nos jours*, Flammarion, 2008. À l'occasion d'un chapitre portant sur l'Angleterre et l'Écosse après 1660 (p. 204-209), l'auteur relève que le Traité pour l'Union de l'Angleterre et de l'Écosse de 1707 révèle malgré tout (p. 207) « *une intégration difficile* ».

¹⁵⁶⁰ Thibault GUILLUY, « Les conceptions de l'empire dans l'histoire britannique (XVI^e - XVII^e siècle) : entre unité et union », *Jus Politicum*, n° 14, 2015, en ligne : [<http://juspoliticum.com/Les-conceptions-de-l-empire-dans-l.html>].

pour en créer une nouvelle, l'Union anglo-écossaise »¹⁵⁶¹, il ne peut néanmoins être conçu comme créant une nouvelle unité politique exclusive, puisque cette entité « *se voit contrebalancée par une autre logique à l'œuvre, celle de l'union, qui assume quant à elle une fonction centrifuge* »¹⁵⁶². Comme chez le Florentin, l'on aboutit à une unité républicaine produisant une diversité telle qu'elle s'oppose à la formation de factions majoritaires. Le juspositivisme dont est dotée cette unité permet, contrairement à l'idée d'une idéale unité inclusive fondée sur la bonté humaine, d'aboutir à une stabilité républicaine.

La logique machiavélienne d'une unité républicaine est introduite, dans le cadre américain, par le principe fédératif, qui recourt uniquement à la loi positive pour organiser une diversité unie assurant la stabilité étatique. Pour preuve, ce principe sera porté par les auteurs du *Fédéraliste*, qui seront aussi les rédacteurs¹⁵⁶³ de la Constitution de 1787, de sorte que c'est bien ici la loi fondamentale qui « *apparaît [...] comme une tentative de conciliation – de réconciliation – de l'incontournable pluralité [...] et de la nécessaire unité républicaine* »¹⁵⁶⁴. La mise en œuvre concrète de ce principe par la Constitution est visible au travers de la superposition entraînée par la structure politique américaine. Ainsi que le rappelle Philippe Raynaud, « *en 1787, c'est l'organisation fédérale qui, en articulant le loyalisme national sur un patriotisme local, donne un sens immédiatement compréhensible à la double nature du gouvernement américain (unité et diversité)* »¹⁵⁶⁵. Cette structuration traduit en effet une approche tout à la fois unie, avec l'État fédéral, et plurale, avec les différents États fédérés. À l'instar de la conception anglaise, l'État fédéral incarne une certaine unicité de règles communes, et à ce titre il lui revient d'imposer « *à chaque État de l'Union une forme républicaine de gouvernement* »¹⁵⁶⁶, de battre monnaie, d'assurer la défense nationale, de régir les relations internationales, le commerce international et interétatique¹⁵⁶⁷. En revanche, au nom de l'« *autonomie des États*

¹⁵⁶¹ *Ibid.*

¹⁵⁶² *Ibid.*

¹⁵⁶³ Hamilton sera membre de la Convention de Philadelphie, alors que Madison en sera le secrétaire.

¹⁵⁶⁴ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 13.

¹⁵⁶⁵ Philippe RAYNAUD, « La démocratie saisie par le droit », *Le débat*, n° 87, mai 1995, p. 90.

¹⁵⁶⁶ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. 4, section 4. Voir sur ce point : Françoise BURGESS, *Les institutions américaines*, P.U.F., 1999, p. 26. L'auteure précise qu'une telle règle permet justement que les États soient « *égaux entre eux* ».

¹⁵⁶⁷ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. 1^{er}, section 8.

fédérés »¹⁵⁶⁸, il revient à chaque entité d'exercer des « *compétences [...] dans le domaine du droit privé* »¹⁵⁶⁹, de sorte que soient respectées leurs spécificités. C'est ainsi « *l'unité nationale qui paraît, n'effaçant pas la distinction des États, mais naissant et grandissant à côté d'elle* »¹⁵⁷⁰. Comme chez Machiavel, l'idée d'une unité politique inclusive préservée par l'homme bon est donc écartée. À sa place, seul le juspositivisme parvient à réaliser une union composite, c'est-à-dire une unité républicaine vectrice de stabilité.

Le droit français, lui aussi, tente de promouvoir une unité républicaine, c'est-à-dire qu'il affirme l'unité nationale tout en admettant et reconnaissant des diversités. À ce titre par exemple, l'arrêté ministériel d'Étienne Clémentel, du 5 avril 1919, crée les régions économiques afin de promouvoir un développement propre à chaque entité territoriale. S'appuyant sur les chambres de commerce, selon le principe de « *libre adhésion* »¹⁵⁷¹, chaque groupement économique « *est administré par un comité régional* »¹⁵⁷² et bénéficie d'une autonomie vis-à-vis du pouvoir central¹⁵⁷³. Sur un autre plan, mais dans une perspective proche, Michel Verpeaux constate que « *l'État, aussi unitaire que peut l'être la République française, peut supporter la reconnaissance d'une diversité législative* »¹⁵⁷⁴. Ainsi constate-t-il que malgré l'unité et l'indivisibilité du pouvoir étatique, se caractérisant « *par la soumission de tous les citoyens aux mêmes lois, un droit d'Alsace-Moselle subsiste depuis la loi du 1^{er} juin 1924* »¹⁵⁷⁵. Ici encore apparaît l'idée d'un droit positif qui, tout en soutenant une unité, reconnaît et aménage une place à la diversité, dès lors que « *dans le cas de ce "droit local", c'est le législateur français qui est à l'origine de cette diversité et qui l'organise* »¹⁵⁷⁶. De nouveau, une telle reconnaissance renvoie à une volonté de

¹⁵⁶⁸ Pierre PACTET, Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2005, p. 47.

¹⁵⁶⁹ Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Lextenso/ L.G.D.J., 2010, p. 45.

¹⁵⁷⁰ Pierre DE COUBERTIN, « Notes d'après le cours d'Émile Boutmy sur la Constitution des États-Unis », *Jurisdactoria*, n° 12, 2015, p. 200.

¹⁵⁷¹ Michel DELEBARRE, *Rapport au nom de la commission spéciale sur le projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral*, n° 658, 26 juin 2014, p. 16.

¹⁵⁷² *Ibid.*

¹⁵⁷³ *Ibid.* En effet, chaque groupement économique est administré par un comité régional, au sein duquel « *les préfets et sous-préfets* » ne disposent que « *d'une voix consultative* ».

¹⁵⁷⁴ Michel VERPEAUX, « L'unité et la diversité dans la République », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 42, 2014, en ligne : [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-42/l-unite-et-la-diversite-dans-la-republique.139977.html>].

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*

stabilité. Au fond, si « *la Troisième République, assurément, a été un temps fort d'affirmation de l'identité nationale* »¹⁵⁷⁷, ses lois prouvent néanmoins le refus de faire de cette identité le moyen d'une unité politique exclusive. En effet, « *contrairement à une opinion fort répandue sur cette période, la célébration de l'identité française ne s'est pas effectuée par une dénégaration des identités locales* »¹⁵⁷⁸. À ce titre, elle tend à faire émerger une réelle unité républicaine, c'est-à-dire, comme chez Machiavel, un régime où l'unité et la diversité, « *le national et le local, ont été [...] désignés comme parfaitement solidaires, le second étant même proposé comme fondement le plus irréfutable du premier* »¹⁵⁷⁹. Une telle conception semble favoriser la stabilité républicaine.

Le constitutionnalisme anglo-américain et français renonce doublement à Schmitt, puisqu'il rejette l'unité exclusive génératrice d'inégalités, et ne conçoit pas le pluralisme comme un moyen de discerner et de combattre perpétuellement l'ennemi par la décision. Tout au contraire, par l'élaboration de cette unité républicaine, il affirme encore son adhésion à la pensée machiavélienne et comme elle, parvient par son droit à établir une diversité au sein de l'unité, afin de promouvoir la stabilité étatique. Il est encore nécessaire de fournir à ces entités diverses les moyens de garantir leur égalité.

§ 2. L'appropriation du conflit par la loi

Tout en fondant une unité républicaine composite, la loi doit encore garantir à chaque entité la jouissance égalitaire de libertés individuelle et politique afin de maintenir la stabilité qu'elle a érigée. Pour parvenir à cette fin, il ne s'agit pas de renoncer aux rivalités entraînées par l'antagonisme des intérêts de chaque groupe, mais plutôt de donner une issue légale à leurs conflits, en permettant à chacun de défendre, par sa participation politique, ses libertés individuelles (A). Un tel encadrement du conflit permet d'aboutir à un bien commun, gage de la pérennité républicaine (B).

¹⁵⁷⁷ Anne-Marie THIESSE, *Ils apprenaient la France. L'exaltation des régions dans le discours patriotique*, Maison des Sciences de l'Homme, 1997, p. 4.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*

A. Une conflictualité favorable aux libertés

L'idée d'un conflit favorable à la garantie des libertés individuelle et politique dès lors qu'il fait l'objet d'un encadrement par la loi positive, caractérise autant le constitutionnalisme machiavélien (1) qu'anglo-américain et français (2).

1. Des antagonismes individuels corsetés dans la loi

Machiavel témoigne, on le sait, d'un réalisme concernant la nature humaine mauvaise. À ce titre, il ne voit la stabilité républicaine possible qu'au travers d'un pluralisme si divers, qu'il rend impossible l'émergence d'un groupement suffisamment uni et dense pour se saisir d'un décisionnisme propre à renverser l'équilibre étatique. Pourtant, l'on pourrait voir dans son constitutionnalisme une volonté de favoriser le conflit, car la division du corps social en groupes égaux mais divergents renvoie à autant d'intérêts particuliers entrant en contradiction. Il pourrait même être suggéré qu'une telle multiplication de conflits, bien que ne parvenant jamais à réunir une majorité du corps social contre une minorité, finisse néanmoins par altérer le subtil équilibre républicain. Mais l'auteur – et c'est là toute la force de son raisonnement – prône justement cette conflictualité, car l'envisage comme moyen de préserver les libertés républicaines. En effet – par réalisme –, Machiavel ne rejette aucunement la méchanceté des hommes, et d'ailleurs, si la loi peut les rendre bons, elle « *ne prétend pas les rendre parfaits* »¹⁵⁸⁰. Au contraire, il précise que la conflictualité entraînée par cette nature peut trouver une issue favorable aux libertés dès lors qu'elle est organisée par le cadre constitutionnel de la norme positive. En ce sens, le secrétaire florentin ne renonce jamais au conflit d'intérêts dans le cadre de l'État fondé, mais l'admet « *avec cette différence essentielle que ces désirs se trouvent alors contenus par la loi* »¹⁵⁸¹. Autrement dit, conscient d'une indéfinissable méchanceté naturelle, Machiavel développe cet artifice constitutionnel, émiettant le peuple en groupes tout à la fois divers dans leurs intérêts et libertés individuelles, mais égaux dans leur pouvoir de garantir la réalisation de ces libertés divergentes, et donc conflictuelles. C'est en ce sens que chez Machiavel, « *les intérêts contradictoires ne sont nullement préjudiciables au bien collectif* »¹⁵⁸².

¹⁵⁸⁰ Maurizio VIROLI, *Républicanisme*, Le bord de l'eau, 2011, p. 75.

¹⁵⁸¹ Serge AUDIER, *Machiavel, conflit et liberté*, E.H.E.S.S., Librairie philosophique J. Vrin, 2005, p. 222.

¹⁵⁸² François SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, P.U.F., 2001, p. 188.

En ce sens, le claveau de la stabilité républicaine, en plus de la reconnaissance d'une diversité d'entités possédant des intérêts propres, réside encore dans une loi « *qui garantira une participation politique viable, en ouvrant une issue aux appétits politiques divergents* »¹⁵⁸³ de chacun. Il s'agit bien ici d'« *une organisation institutionnelle, une constitution [qui] correspond à une distribution du pouvoir entre les parties* »¹⁵⁸⁴ du corps social. C'est là le critère même qui chez l'auteur, « *qualifie, comme tel, le régime comme [...] république* »¹⁵⁸⁵. Machiavel repère ainsi trois catégories qu'il nomme humeurs, « *les premiers, les moyens et les derniers* »¹⁵⁸⁶, qui sont, selon Agnès Cugno, « *les grands, les "classes moyennes" et quelque chose comme la "masse" du peuple* »¹⁵⁸⁷. Parmi les groupes les plus antagonistes, il faut distinguer les grands et le peuple. Alors que les premiers conçoivent leurs libertés individuelles comme capacité à dominer et à opprimer¹⁵⁸⁸ le peuple, celui-ci entend sa liberté comme absence de domination ou d'oppression¹⁵⁸⁹. La conflictualité, née de ces libertés divergentes, est pourtant bénéfique aux libertés. En effet, l'auteur relève que « *dans toute république, il y a deux partis : celui des grands et celui du peuple ; et toutes les lois favorables à la liberté ne naissent que de leur opposition* »¹⁵⁹⁰. Plusieurs illustrations conflictuelles étayent ce propos machiavélien, selon lequel il est nécessaire que la constitution parvienne à « *les satisfaire en ordonnant la république* »¹⁵⁹¹. S'appuyant sur les exemples de Venise et Sparte, Machiavel constate qu'afin de satisfaire l'entité des grands, il était nécessaire d'« *accorder quelque chose de plus à son ambition et de contenter sa vanité* »¹⁵⁹². Il est possible de songer ici à l'institution d'un Sénat, d'une forme de conseil « *donnant une part plus grande au commandement de l'État* »¹⁵⁹³. Lorsqu'il proposera en 1520, sur la demande de la famille médicéenne, une constitution à la cité florentine, il reprendra plusieurs de ces exemples antiques, et

¹⁵⁸³ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 121.

¹⁵⁸⁴ Marie GAILLE-NIKODIMOV, « Machiavel au prisme du "moment machiavélien" », *L'Enjeu Machiavel*, Gérard SFEZ, Michel SENELLART (dir.), P.U.F., 2001, p. 233.

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*

¹⁵⁸⁶ Nicolas MACHIAVEL, *Discours sur les choses de Florence après la mort de Laurent de Médicis le Jeune, Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, p. 9.

¹⁵⁸⁷ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 124.

¹⁵⁸⁸ Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, p. 69.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*

¹⁵⁹⁰ Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 390.

¹⁵⁹¹ Nicolas MACHIAVEL, *Discours sur les choses de Florence après la mort de Laurent de Médicis le Jeune, Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, p. 9.

¹⁵⁹² Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 392.

¹⁵⁹³ *Ibid.*

conseillera – pour contenter les « *citoyens d'esprit élevé, qui pensent mériter la préséance sur les autres* »¹⁵⁹⁴ – l'instauration d'une forme de seigneurie, qui ait autorité « *et dirige toutes les affaires* »¹⁵⁹⁵. Concernant le peuple, Machiavel relève que celui de Rome, lorsqu'il « *voulait obtenir une loi* »¹⁵⁹⁶ favorable à ses libertés, s'insurgeait de sorte que le législateur soit contraint d'agir en sa faveur. Il songe notamment aux lois créant les tribuns, qui « *mirent le peuple à même d'avoir sa part dans l'administration publique* »¹⁵⁹⁷. Machiavel réitérera alors cette nécessaire satisfaction de l'humeur populaire comme condition à la stabilité républicaine¹⁵⁹⁸, en proposant à la famille médicéenne une constitution florentine qui rouvrirait « *la salle du Conseil des Mille* »¹⁵⁹⁹ à la grande « *masse des citoyens* »¹⁶⁰⁰, lui offrant un pouvoir de distribuer certaines charges, offices et magistratures. Concernant ceux que Thierry Ménissier nomme les « *moyens* »¹⁶⁰¹, il est à relever que « *leur satisfaction implique la création d'un second conseil* »¹⁶⁰² qui, comme le Sénat, « *et en collaboration avec lui, tiennent les rênes de la cité* »¹⁶⁰³. Dans le cadre du projet constitutionnel pour Florence, l'Italien proposera de confier à ce groupe une des deux compagnies d'infanterie¹⁶⁰⁴, chargée de la sécurité de la province, et prenant part aux affaires publiques aux côtés de la seigneurie. Ainsi la particularité de la stabilité républicaine réside-t-elle dans la reconnaissance – par la loi positive – d'une diversité d'entités au sein du corps social, supposant que chacune recherche des libertés différentes. En outre, la loi leur confère une égale participation politique, leur donnant la capacité de revendiquer – de manière potentiellement conflictuelle – la satisfaction de ces libertés

¹⁵⁹⁴ Nicolas MACHIAVEL, *Discours sur les choses de Florence après la mort de Laurent de Médicis le Jeune, Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, p. 9.

¹⁵⁹⁵ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 203.

¹⁵⁹⁶ Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 391.

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*

¹⁵⁹⁸ Nicolas MACHIAVEL, *Discours sur les choses de Florence après la mort de Laurent de Médicis le Jeune, Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, art. XX, p. 10 : l'auteur explique que la république détient essentiellement sa stabilité de la satisfaction de la grande masse populaire. Or, l'« *on ne donnera jamais satisfaction à la masse des citoyens florentins, si l'on ne rouvre pas la salle [du Conseil des Mille]* ». Il s'agit donc de lui confier un rôle politique.

¹⁵⁹⁹ *Id.*, p. 9-10.

¹⁶⁰⁰ *Id.*, p. 9.

¹⁶⁰¹ Thierry Ménissier, « Le Discours sur les choses de Florence de Machiavel : logique et pragmatique de l'action politique », *Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, p. 18.

¹⁶⁰² Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 203.

¹⁶⁰³ *Ibid.*

¹⁶⁰⁴ Nicolas MACHIAVEL, *Discours sur les choses de Florence après la mort de Laurent de Médicis le Jeune, Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, p. 9 : « *En outre, pour une plus grande sécurité du régime et des amis de Votre Sainteté, que l'on divise l'ordonnance de l'infanterie en deux compagnies* ». L'une serait dirigée par les grands, l'autre par les moyens.

divergentes. La résolution de ce conflit est ensuite faite par une législation qui, procédant du pouvoir égal de chaque entité, permet une satisfaction de l'ensemble. C'est en ce sens que Quentin Skinner relève – dans un vocabulaire très moderne – la positivité des tumultes machiavéliens, où « *toute législation favorable à la liberté est amenée par le choc entre les classes* »¹⁶⁰⁵. C'est en un même sens que Thierry Ménissier note, chez le Florentin, l'idée d'un « *vivre ensemble [certes conflictuel]¹⁶⁰⁶ qui repose sur le rapport à une loi commune assez dynamique pour donner à chacun l'impression que ses aspirations peuvent s'exprimer publiquement* »¹⁶⁰⁷. Une telle idée signifie au fond que « *l'accord de tous avec la loi est possible tant qu'existe une possibilité constitutionnelle de "publiciser" les différends* »¹⁶⁰⁸. En d'autres termes, la participation politique, en tant que pouvoir reconnu à chaque humeur par une constitution prônant une diversité égalitaire, permet d'assurer la satisfaction sereine des libertés individuelles, au travers d'un conflit conclu par une loi voulue de tous. À ce titre, Skinner ajoute alors que ces conflits « *conduisent non pas à dissoudre mais à cimenter la communauté* »¹⁶⁰⁹, puisqu'ils aboutissent à un compromis législatif qui, procédant d'une implication de chaque humeur, vise la satisfaction globale du corps social. La force du constitutionnalisme machiavélien réside finalement dans cette « *désincarnation du pouvoir dans [...] des assemblées* »¹⁶¹⁰, c'est-à-dire dans cette éviction d'un décisionnisme certes capable d'affirmer des libertés, mais au seul profit de son entité détentrice, pour y préférer une participation politique garante des mêmes libertés, mais au profit du plus grand nombre.

Chez Machiavel, le conflit n'est donc favorable aux libertés du plus grand nombre que parce qu'il est, de part en part, cerné par la loi, qui effectivement, est « *à la fois la condition de l'organisation dynamique [et donc conflictuelle] du politique, et le résultat de celle-ci* »¹⁶¹¹. D'abord, la « *bonne éducation* »¹⁶¹² des citoyens, les incitant à se rattacher à des groupes divers en fonction de leurs intérêts, « *n'est due qu'à de bonnes lois* »¹⁶¹³, et ces

¹⁶⁰⁵ Quentin SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Albin Michel, 2001, p. 263.

¹⁶⁰⁶ Thierry Ménissier, « Le Discours sur les choses de Florence de Machiavel : logique et pragmatique de l'action politique », *Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, p. 22 : « *Une telle confiance ne signifie pas que les citoyens ni que les factions qui les réunissent aient confiance les uns dans les autres* ».

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*

¹⁶⁰⁹ Quentin SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Albin Michel, 2001, p. 263.

¹⁶¹⁰ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 208-209.

¹⁶¹¹ *Id.*, p. 124.

¹⁶¹² Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 390.

¹⁶¹³ *Ibid.*

dernières reconnaissent un égalité à ces groupements. Ensuite, la loi tend à donner une sorte de « règle aux appétits politiques »¹⁶¹⁴ divergents en conférant à chacun une participation politique égalitaire. Enfin, « les bonnes lois, à leur tour, sont le fruit de ces agitations que la plupart condamnent si inconsidérément »¹⁶¹⁵, car ces normes apparaissent comme le compromis résolutoire de l'expression politique conflictuelle de tout le corps social. Ainsi, « rien [...] ne rendra une république ferme et assurée comme de donner [...] à ces humeurs qui l'agitent, une issue régulière et prescrite par la loi »¹⁶¹⁶. En ce sens, « Machiavel démontre avec sa théorie des humeurs la valeur politique du conflit »¹⁶¹⁷ qui, « dès lors qu'il est encadré par des lois »¹⁶¹⁸, n'est « cause d'aucune violence [qui puisse tourner] au préjudice du bien public »¹⁶¹⁹ – et donc muter en situation exceptionnelle –, mais fait bien plutôt « naître des règlements à l'avantage de la liberté »¹⁶²⁰. Bien qu'étant d'abord « une expression naturelle du rapport antagoniste des groupes sociaux entre eux »¹⁶²¹, le conflit est donc surtout « le cadre de la solution politique qu'il faut apporter au problème de la liberté »¹⁶²². L'intérêt à maintenir ce « lien social [...] toujours conflictuel »¹⁶²³ vient donc de ce que, cerné par le juspositivisme, il devient la source essentielle de l'émergence d'une action politique permettant la stabilité républicaine par satisfaction légale des libertés individuelles. Il est à ce titre possible de dire, avec Thomas Berns, que « l'essentialité de la donnée conflictuelle chez Machiavel, et plus particulièrement dans l'analyse de la genèse des bonnes institutions est l'idée que le conflit représente la base ontologique du politique »¹⁶²⁴. Le constitutionnalisme anglo-américain et français procède d'une logique comparable.

¹⁶¹⁴ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 124.

¹⁶¹⁵ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 390.

¹⁶¹⁶ Nicolas MACHIAVEL, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, édition électronique/ Bibliothèque Berger-Levrault, 1980, p. 48.

¹⁶¹⁷ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 124.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*

¹⁶¹⁹ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 391.

¹⁶²⁰ *Ibid.*

¹⁶²¹ Thierry MÉNISSIER, « République, ordre collectif et liberté civile », *Lectures de Machiavel*, Marie GAILLE-NIKODIMOV, Thierry MÉNISSIER (dir.), Ellipses, 2006, p. 175.

¹⁶²² *Ibid.*

¹⁶²³ François SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, P.U.F., 2001, p. 214.

¹⁶²⁴ Thomas BERNs, « L'originaire de la loi chez Machiavel », *L'enjeu Machiavel*, Gérard SFEZ, Michel SENNELART (dir.), P.U.F., 2001, p. 123.

2. L'implication citoyenne comme saisissement législatif des rivalités

Le constitutionnalisme anglo-américain et français, comme Machiavel, semble favoriser le conflit. De fait, la création de groupes divergents dans leurs intérêts propres tend à faire naître des revendications aussi légitimes les unes que les autres, mais pourtant antagonistes. Néanmoins, puisque le droit a préalablement reconnu une union composite formée de groupes égalitaires, la conflictualité entre entités divergentes peut être favorable aux libertés.

Ainsi, d'un côté, l'on constate clairement cette idée de positivité du conflit, placée sous un angle égalitaire. À cet égard, Vittorio Alfieri considère que si « *la République anglaise paraît [...] solidement constituée [...], cela vient de ce qu'en Angleterre les dissensions permanentes et vivifiantes s'allument [...] entre le peuple et le peuple, c'est-à-dire entre le ministère et l'opposition* »¹⁶²⁵. De même, Laurent Bouvet et Thierry Chopin relèvent que dans le constitutionnalisme américain, « *l'apport de Madison à la théorie républicaine réside dans la place qu'il réserve au pluralisme et au conflit* »¹⁶²⁶, en faisant d'ailleurs, « *en cela, l'héritier de Machiavel* »¹⁶²⁷. Ainsi, « *la Fédération devient le cadre par excellence où s'épanouit la démocratie américaine, qui laisse une place de choix à l'hétérogénéité, au pluralisme, à l'intérêt et au conflit* »¹⁶²⁸, permettant de souligner une réelle préférence pour « *les risques et l'instabilité d'une liberté égalitaire* »¹⁶²⁹. En un même sens, Chloé Gaboriaux observe au sein de la III^e République, notamment sous l'impulsion de Gambetta, cette volonté d'« *explicitier le [...] conflit politique* »¹⁶³⁰. Or, c'est précisément à l'aune de ces fortes dissensions que François Furet définit cette période comme celle d'une réelle « *passion de l'égalité* »¹⁶³¹. Cette conflictualité peut être favorable aux libertés.

¹⁶²⁵ Vittorio ALFIERI, *De la tyrannie*, Allia, 1992, p. 91-92.

¹⁶²⁶ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 110.

¹⁶²⁷ *Ibid.*

¹⁶²⁸ *Id.*, p. 112.

¹⁶²⁹ Louis ARÉNILLA, « Histoire des Américains », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 72, janvier – juin 1982, *Habiter, produire l'espace*, p. 184.

¹⁶³⁰ Chloé GABORIAUX, « Fonder la République sur les “nouvelles couches sociales” (Gambetta) : description du monde social et préférences institutionnelles dans la France des années 1870 », *Histoire@Politique*, n° 25, 2015, p. 23.

¹⁶³¹ François FURET, *La Révolution française*, Gallimard, 2007, p. 780.

D'un autre côté, il faut remarquer que ces antagonismes ne sont favorables aux libertés que parce que la loi reconnaît à toutes les entités du corps social une même participation politique, fournissant ainsi un moyen d'expression égalitaire des volontés de chacun. À en suivre les analyses d'Alexis de Tocqueville¹⁶³², il semble en effet que, dans le contexte anglo-américain, le conflit soit l'une « *des conditions [...] de la marche, inéluctable [...], des sociétés vers un état et des mœurs démocratiques* »¹⁶³³. Sans parler ici de pure démocratie, l'on relève néanmoins dans ce contexte que les textes constitutionnels élargissent le champ de ceux auxquels ils accordent le droit d'exprimer politiquement leurs intérêts afin de défendre leurs libertés individuelles. À ce titre, le droit anglais apporte, dès 1689, une valeur constitutionnelle à « *la liberté des élections* »¹⁶³⁴, alors que le droit américain procède, à partir de 1787, à « *l'extension du cadre de participation politique* »¹⁶³⁵. De même, c'est au milieu du XIX^e siècle français que « *l'idée de privilège électoral fondé sur la fortune ou la capacité est définitivement abandonnée* »¹⁶³⁶, pour ancrer, dans la seconde moitié du siècle, l'idée que « *tout homme est citoyen* »¹⁶³⁷. De toutes parts, c'est au travers de cette reconnaissance d'une participation égalitaire du corps social que peuvent émerger des lois favorables aux libertés propres à chaque entité, c'est-à-dire produire « *un résultat concret qui satisfasse à peu près tout le monde* »¹⁶³⁸. Finalement, et d'une manière tout à fait comparable au penseur italien, l'on peut affirmer ici qu'un « *régime politique [souhaitant être] bien ordonné* »¹⁶³⁹, autrement dit demeurer stable, « *doit, pour donner satisfaction à l'ensemble des citoyens qui le composent, prendre en charge l'ensemble des intérêts et des valeurs* »¹⁶⁴⁰. Or, la participation politique du plus grand nombre permet que « *chacune des parties de la société participe au gouvernement*

¹⁶³² Voir en ce sens : Alexis DE TOCQUEVILLE, *Œuvres complètes – Mélanges*, Tome 16, Gallimard, 1989, p. 541-550. Dans ses *Notes sur Machiavel*, l'auteur reprend la thématique conflictuelle du Florentin, et la conjugue aux régimes politiques lui étant contemporains.

¹⁶³³ Éric LETONTURIER, « De la démocratie en Amérique, livre d'Alexis de Tocqueville », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-run.fr/encyclopedia/de-la-democratie-en-amerique/>].

¹⁶³⁴ Bernard COTTRET, *La Glorieuse Révolution d'Angleterre, 1688*, Gallimard, 2013, p. 172. L'auteur renvoie ici à l'article 8 du *Bill of Rights*, qui dispose que « *les élections des membres du Parlement doivent être libres* ».

¹⁶³⁵ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 107.

¹⁶³⁶ Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Lextenso/ L.G.D.J., 2010, p. 364.

¹⁶³⁷ *Ibid.*

¹⁶³⁸ Françoise BURGESS, *Les institutions américaines*, P.U.F., 1999, p. 11.

¹⁶³⁹ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 20.

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*

et y trouve son compte »¹⁶⁴¹. Ainsi, en « accordant à chaque groupe composant la communauté une part de l'autorité politique, la république laisse une place pour chaque valeur »¹⁶⁴² et permet alors la préservation des libertés individuelles de chaque entité, dès lors que la constitution fait « de l'ordre politique la chose de tous et non le résultat de la domination d'un groupe particulier aux dépens des autres »¹⁶⁴³. Ce dernier schéma était celui de l'interrègne, de la Confédération, ou des premières tentatives constitutionnelles françaises, dont Machiavel aurait pu dire que leurs « désordres infinis »¹⁶⁴⁴ provenaient justement de ce « que le peuple n'y avait aucun rôle »¹⁶⁴⁵, étant entendu que « si l'on n'a pas donné satisfaction à la masse, on n'a jamais fait de république stable »¹⁶⁴⁶. Ainsi peut-on dire avec Madison, bien au-delà du seul cadre américain : « le règlement de cette multitude d'intérêts opposés, voilà le principal but de la législation moderne »¹⁶⁴⁷.

Finalement, le constitutionnalisme anglo-américain et français prend acte de ce que le pluralisme, générateur de conflits, « est incontournable, mais [qu'] en même temps, il doit être apprivoisé »¹⁶⁴⁸ par la loi. À ce titre, la filiation avec l'idée machiavélienne d'un conflit corseté dans la loi, autant que la césure d'avec les conceptions schmittiennes, s'affirment de plus en plus clairement. Ainsi, d'abord, la loi positive est la source d'un pluralisme conflictuel mais égalitaire, car elle reconnaît à tous les groupes des intérêts opposés. Ensuite, cette loi leur garantit la possibilité de défendre leurs libertés individuelles au travers d'une participation politique égale. La loi schmittienne renvoie elle aussi à un conflit, mais celui-ci procède à l'inverse d'une législation inégalitaire, restreignant le bénéfice des libertés individuelle et politique à la seule unité exclusive dominante. Enfin, le conflit est ici conclu par l'émergence de normes capables de satisfaire, par composition des divergences, les intérêts de chaque entité, de sorte que c'est bien la loi, fruit de la participation politique, qui garantit les libertés individuelles. À l'inverse, le conflit schmittien excluait tout juspositivisme au profit d'une résolution décisionniste, rejetant tout compromis égalitaire et reproduisant au contraire une domination des victorieux, rouvrant

¹⁶⁴¹ *Id.*, p. 31-32.

¹⁶⁴² *Id.*, p. 30-31.

¹⁶⁴³ *Ibid.*

¹⁶⁴⁴ Claude LEFORT, *Le travail de l'œuvre Machiavel*, Gallimard, 1986, p. 771.

¹⁶⁴⁵ Nicolas MACHIAVEL, *Discours sur les choses de Florence après la mort de Laurent de Médicis le Jeune*, *Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, p. 6.

¹⁶⁴⁶ *Id.*, p. 10.

¹⁶⁴⁷ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 70.

¹⁶⁴⁸ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 73-74.

un schéma constitutionnel d'inégalités génératrices d'exceptions. Le constitutionnalisme anglo-américain et français, reprenant les mécanismes machiavéliens, aboutit à l'idée d'une liberté exclusivement définie « *comme liberté par la loi* »¹⁶⁴⁹, précisément parce qu'il parvient à formuler une « *loi impersonnelle garante de la liberté* »¹⁶⁵⁰ individuelle comme politique, favorable à la stabilité républicaine. Le conflit, puisqu'il est encadré par la loi, n'engendre plus de situations exceptionnelles violentes ne pouvant être conclues que par un décisionnisme destructeur puis fondateur d'un nouvel ordre. L'alternative juspositiviste est donc la plus apte à maintenir la stabilité républicaine, car elle promeut une égalité rendant inutile le recours au décisionnisme souverain. Cette alchimie d'une liberté politique, favorable aux libertés individuelles, et permettant l'avènement de la stabilité républicaine, paraît si parfaite qu'elle finit par interroger sur sa véracité.

B. L'avènement du bien commun

L'obtention d'un républicanisme apaisé traduit l'avènement d'une interaction entre la reconnaissance de libertés individuelles à chaque entité, et leur défense par la participation politique du plus grand nombre. Alors que cette interaction équilibrée semble dans un premier temps caractériser d'une même manière le bien commun conçu par Machiavel et celui du républicanisme anglo-américain et français (1), il apparaît, dans un second temps, que cette combinaison n'est absolument pas comprise dans un même rapport d'équilibre (2).

1. L'apparente complémentarité entre participation politique et fins individuelles

L'articulation heureuse des libertés individuelle et politique garanties par la loi, tend à produire un bien commun. Ce bien peut être défini, chez le secrétaire de Florence, comme l'intérêt commun qu'ont tous les groupements du corps social à maintenir cette articulation, c'est-à-dire à préserver un état des choses qui assure une participation politique du plus grand nombre garantissant la stabilité collective de la république, et permettant ainsi la jouissance sereine des libertés individuelles divergentes. Cette interaction est particulièrement visible lorsque l'auteur évoque les républiques libres, et précise qu'en leur sein, « *chaque citoyen s'évertue à accroître et à acquérir des biens qu'il est assuré de*

¹⁶⁴⁹ Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2015, p. 27.

¹⁶⁵⁰ *Id.*, p. 26.

conserver ; et tous, à l'envi les uns des autres travaillant au bien général et à leur bien particulier, les élèvent l'un et l'autre au plus haut degré »¹⁶⁵¹. Ce bien commun, véritable rouage de l'équilibre républicain, suppose donc une forme de conflictualité autant qu'une stabilité. En effet, seul le conflit des intérêts antagonistes permet d'aboutir, par la participation politique active qu'il entraîne, à une législation qui, grâce au compromis qu'elle réalise, apporte une stabilité favorable à la jouissance sereine des libertés individuelles de chaque entité. Ce bien commun renvoie donc à la fois à une conflictualité politique qu'expriment « *les querelles du Sénat et du peuple* »¹⁶⁵², mais s'entend également comme « *la condition sine qua non de la stabilité du régime, en tant que "vivero libero", vivre libre* »¹⁶⁵³, favorable à la jouissance pérenne de libertés individuelles. Cette ambivalence mène à envisager la théorie politique machiavélienne comme étant tout à la fois républicaine, au travers de la place essentielle qu'elle accorde à la participation politique du plus grand nombre – nécessaire au devenir collectif de la république –, et libérale¹⁶⁵⁴, au regard de l'importance qu'elle donne à la réalisation des libertés individuelles, considérant que le plus heureux des peuples n'est jamais celui « *qui sacrifie sa vie ou ses intérêts privés au bien commun* »¹⁶⁵⁵. Sébastien Roman rend parfaitement compte de cette synthèse lorsque, évoquant la restitution skinnerienne du machiavélisme, il évoque ce « *républicanisme instrumental qui revient à concilier le pluralisme des valeurs individuelles avec l'exercice de la vertu* »¹⁶⁵⁶. Machiavel permettrait alors de réapprendre, « *contre la dérive de l'individualisme engendré par le libéralisme, que la satisfaction des intérêts particuliers suppose le souci de l'intérêt public et exige des individus leur participation active à la vie politique* »¹⁶⁵⁷. En ce sens l'on constate que « *le "moment machiavélien" a inventé une nouvelle république qui réserve désormais une place à l'intérêt [...] et à la propriété* »¹⁶⁵⁸, mais n'oublie pas qu'un tel édifice est menacé « *lorsqu'on laisse, subrepticement, au second plan le bien public et la liberté politique au*

¹⁶⁵¹ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre II, Gallimard, 1952, p. 521.

¹⁶⁵² *Id.*, Livre I, p. 390.

¹⁶⁵³ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 181.

¹⁶⁵⁴ Voir en ce sens : Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 27. L'auteur voit chez Machiavel, en particulier au sein des *Discours*, « *un républicain ayant des convictions libérales* ».

¹⁶⁵⁵ Maurizio VIROLI, *Républicanisme*, Le bord de l'eau, 2011, p. 75.

¹⁶⁵⁶ Sébastien ROMAN, *Conflit civil et imaginaire social – Une approche néo-machiavélienne de la démocratie par l'espace publique dissensuel*, École Normale Supérieure de Lyon, 2011, p. 86.

¹⁶⁵⁷ *Id.*, p. 87.

¹⁶⁵⁸ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 38.

profit de l'intérêt particulier »¹⁶⁵⁹. Cette nouvelle conception tend à dépasser le clivage¹⁶⁶⁰ entre la compréhension des libertés par les « Anciens », axée sur la prévalence de la participation politique, et celle des « Modernes », plus favorable à la valorisation des libertés individuelles. Machiavel formulerait ainsi un républicanisme libéral, ou néo-républicanisme.

C'est cet équilibre conférant une même importance à la participation individuelle et aux libertés individuelles qui serait à l'œuvre dans le constitutionnalisme anglo-américain et français cherchant sa stabilité républicaine. En effet, Laurent Bouvet et Thierry Chopin relèvent que ce « moment machiavélien »¹⁶⁶¹, tout en marquant certains constitutionnalistes républicains anglais des XVII^e et XVIII^e siècles¹⁶⁶², constituera « *un point dont se souviendront les Pères Fondateurs de la République américaine* »¹⁶⁶³. À titre d'illustration, l'on relève que la compréhension faite par Bruce Ackerman du constitutionnalisme des États-Unis, « *permet de dépasser l'opposition classique entre le libéralisme et le républicanisme* »¹⁶⁶⁴ pour proposer un « *libéralisme républicain* »¹⁶⁶⁵. Dans cette perspective, le libéralisme politique, loin d'être entendu comme le chantre d'un individualisme indomptable, « *souligne au contraire qu'une certaine forme de vie politique constitue le fondement de la liberté individuelle, et qu'une telle forme de vie requiert l'exemple permanent d'une certaine forme de citoyenneté* »¹⁶⁶⁶. En ce sens, Jean-Éric Branaa relève d'ailleurs que l'« *idée de vertu civique fut [...] très importante dans l'élaboration de l'idée de gouvernement que se faisaient les rédacteurs de cette Constitution* »¹⁶⁶⁷. Une même volonté d'équilibre serait perceptible dans la pensée française allant du XIX^e au XX^e siècle, où la valorisation des libertés individuelles n'empêcherait pas d'accorder une importance fondamentale à la participation politique, et inversement. Ainsi, d'un côté, Mélodie Mock souligne avec justesse que la pensée de

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁶⁰ Voir en ce sens : Philippe RAYNAUD, « Anciens et Modernes », *Dictionnaire de Philosophie politique*, Philippe RAYNAUD, Stéphane RIALS (dir.), P.U.F., 1996, p. 13.

¹⁶⁶¹ Le terme renvoie à l'ouvrage de J.G.A. Pocock, *Le moment machiavélien*, P.U.F., 1997.

¹⁶⁶² Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 34-38.

¹⁶⁶³ *Id.*, p. 38.

¹⁶⁶⁴ Sébastien ROMAN, *Conflit civil et imaginaire social – Une approche néo-machiavélienne de la démocratie par l'espace public dissensuel*, École Normale Supérieure de Lyon, 2011, p. 431, note 2.

¹⁶⁶⁵ Bruce ACKERMAN, *Au nom du peuple : les fondements de la démocratie américaine*, Calmann-Lévy, 1998, p. 60.

¹⁶⁶⁶ *Id.*, p. 61.

¹⁶⁶⁷ Jean-Éric BRANA. *La Constitution américaine et les institutions*, Ellipses, 2006, p. 25.

Benjamin Constant, bien qu'inscrite dans la liberté des « Modernes », valorise des libertés individuelles dont la garantie doit nécessairement « être assurée par les institutions et la liberté politique que détient chaque individu »¹⁶⁶⁸. On aboutirait alors à cette parfaite interaction prônée par le Florentin, où « les libertés individuelles sont assurées par la liberté politique »¹⁶⁶⁹. D'un autre côté, l'analyse faite par Serge Audier de la pensée d'Armand Carrel suggère qu'il serait « très abusif de réduire le républicanisme français du XIX^e siècle à une matrice dite "illibérale" »¹⁶⁷⁰. Proche de la conception anglo-américaine précédemment exposée¹⁶⁷¹, Carrel incarnerait, comme elle, un républicanisme libéral offrant une synthèse entre la participation politique et les libertés individuelles, s'éloignant sur ce dernier point d'un « républicanisme aux tendances antilibérales inspiré des héritiers de Babeuf »¹⁶⁷². Surgirait alors, pour certains auteurs, un moment machiavélien français¹⁶⁷³, censé parvenir à surpasser cette opposition entre républicanisme et libéralisme¹⁶⁷⁴. Comme Machiavel, le constitutionnalisme anglo-américain et français proposerait donc une combinaison judicieuse, supposant de veiller à la participation de l'ensemble « du peuple au pouvoir, pour garantir ses droits, [traduisant] plus généralement le devoir de tout citoyen de se soucier de l'intérêt commun en vue de satisfaire ses intérêts particuliers »¹⁶⁷⁵. Au fond, le constitutionnalisme de ces trois États, dans le droit fil de Machiavel, témoignerait d'une filiation tangible avec le courant néo-républicain¹⁶⁷⁶ de type

¹⁶⁶⁸ Melody MOCK, *Le coup d'État moderne, formation ajuridique d'un nouvel ordre juridique*, université Panthéon-Assas, 2012, p. 213.

¹⁶⁶⁹ *Id.*, p. 214.

¹⁶⁷⁰ Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2015, p. 51.

¹⁶⁷¹ Armand Carrel contribue, entre 1826 et 1827, à la *Revue américaine*. Il voit en la Constitution américaine une filiation avec le constitutionnalisme anglais et français, la première ayant repris des deux autres les poids et contrepoids, ainsi que le principe du bicamérisme.

¹⁶⁷² Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2015, p. 51.

¹⁶⁷³ Voir en ce sens : Serge AUDIER, *Machiavel, conflit et liberté*, E.H.E.S.S., Librairie philosophique J. Vrin, 2005, voir notamment chap. II : « *Phénoménologie de l'expérience politique* », p. 155-206, et conclusion : « *Le moment machiavélien aujourd'hui* », p. 265-302.

¹⁶⁷⁴ Sébastien ROMAN, « Serge Audier, Machiavel, conflit et liberté », *Astérion*, n° 6, 2009, en ligne : [\[https://asterion.revues.org/1561#quotation\]](https://asterion.revues.org/1561#quotation) : « Audier tire surtout du moment machiavélien français l'énonciation d'un nouveau paradigme philosophique censé dépasser l'opposition classique entre républicanisme et libéralisme ».

¹⁶⁷⁵ Sébastien ROMAN, *Conflit civil et imaginaire social – Une approche néo-machiavélienne de la démocratie par l'espace public dissensuel*, École Normale Supérieure de Lyon, 2011, p. 86.

¹⁶⁷⁶ Sur le mouvement néo-républicain en général, et non pas seulement dans son acception skinnerienne, voir : Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2015, p. 76-85 : « *Le néo-républicanisme : une alternative au libéralisme ?* ».

instrumental, tel que compris, notamment, par Skinner¹⁶⁷⁷. Pourtant, derrière cette apparente cohérence se loge une réelle opposition.

2. Une opposition réelle dans l'acception du bien commun

Malgré un courant néo-républicain tout à fait conséquent, l'on peut contester le rattachement de Machiavel et des constitutionnalismes anglo-américain et français sous le même modèle de libéralisme républicain. En effet, il semble que cette combinaison judicieuse entre participation politique et libertés individuelles ne soit absolument pas comprise dans un même rapport d'équilibre, selon que l'on se place dans l'angle du Florentin (a), du constitutionnalisme anglo-américain (b), ou bien français (c).

a. La préférence d'une participation politique

Le républicanisme machiavélien traduit, avant toute chose, une participation politique conflictuelle bien plus conséquente que l'attachement aux libertés individuelles. Il montre ainsi un détachement face à l'équilibre conçu par le républicanisme libéral, qui considère que chacune de ces libertés doit se voir reconnaître la même importance. Cette conflictualité, puisque enserrée dans la loi, ne renvoie pas aux antagonismes des factions majoritaires, propres à détruire l'État, mais s'analyse comme la condition première d'existence durable de la république. En effet, le conflit républicain engendre, au travers de la participation politique, un compromis résolutoire et stabilisateur, favorable à la satisfaction apaisée des divergences de chaque entité quant à ses libertés individuelles. À ce titre, il semble que Machiavel, sans pour autant se rattacher totalement à l'humanisme

¹⁶⁷⁷ Voir en ce sens : Quentin SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Albin Michel, 2001, notamment p. 118 : l'approche skinnerienne du néo-républicanisme peut se concevoir comme la volonté de « concilier les droits individuels des citoyens et le bien-être de la communauté dans son ensemble ».

civique dans lequel l'insère Pocock¹⁶⁷⁸, favorise – comme critère substantiel¹⁶⁷⁹ de la république – bien davantage la participation politique conflictuelle que la réalisation des libertés individuelles, dès lors que la première, tout en étant la condition *sine qua non* de réalisation de la seconde, ne peut jamais lui nuire. En revanche, il voit dans l'importance excessive apportée aux libertés individuelles, le risque d'une dégradation de la république, car alors les individus finissent par renoncer à leur participation politique, dès-lors qu'une stabilité sociale est suffisante pour réaliser ces libertés. Or, comme le formule Serge Audier dans son analyse de la pensée républicaine de Skinner, la conviction machiavélienne suggère que « *si le citoyen ne pratique pas les vertus civiques, la cité risque de tomber en sujétion, et il perd alors la condition de sa liberté* »¹⁶⁸⁰. Autrement dit, la seule attention portée aux libertés individuelles tend dangereusement à faire oublier les moyens de sa réalisation, qui sont essentiellement la libre participation politique, la confrontation entre les grands et le peuple, menant à une stabilité elle-même favorable aux libertés individuelles. Il suffit alors qu'une autorité politique – quelle qu'elle soit, peut-être un tyran – permette une stabilité suffisante pour que les citoyens renoncent progressivement à leurs libertés politiques, et que la république soit perdue. En effet, il n'y a de république, chez Machiavel, que lorsque le corps social participe lui-même à ce processus de stabilisation, c'est-à-dire lorsque les oppositions caractérisant les diverses entités trouvent à se résoudre par la participation politique du plus grand nombre. C'est donc seulement « *là où le conflit trouve à se manifester, c'est-à-dire là où le peuple se montre capable de résister à l'oppression des Grands [...] que la république mérite vraiment son nom* »¹⁶⁸¹. Ainsi doivent se comprendre ses itérations « *sur la vigilance et la participation civique des*

¹⁶⁷⁸ Sur l'humanisme civique de Pocock : J.G.A. POCK, *Le moment machiavélien*, P.U.F., 1997, notamment chap. III : C/ « *La Vita activa et le Vivere civile* », p. 55- 90. Le néo-républicanisme de Pocock opère une lecture machiavélienne uniquement rattachée à la participation politique active du citoyen, rejetant toute idée de satisfaction des libertés individuelles. En ce sens, Serge Audier (Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2015, p. 77) relève que chez Pocock, « *le républicanisme accorde la priorité non à l'activité marchande de l'individu préoccupé de la préservation de ses droits – thèse imputée aux libéraux – mais à l'action du citoyen réalisant son essence d'homme libre par l'engagement dans la vie publique, conçu comme un accomplissement. De là l'importance accordée aux vertus civiques et au patriotisme : la république constitue l'espace privilégié de réalisation du bien commun que les citoyens doivent défendre contre les menaces de corruption* ».

¹⁶⁷⁹ Voir en ce sens : Michel SENELLART, « Républicanisme, bien commun et liberté individuelle : le modèle machiavélien selon Quentin Skinner », *Revue d'éthique et de théologie morale*, n° 193, 1995, p. 59. Bien que soulignant, dans le cadre de la stabilité républicaine, l'importance des libertés comme absence d'obstacles à la poursuite de fins personnelles, Machiavel, néanmoins, « *souligne les devoirs, plutôt que les droits, qui [...] découlent* » de cette liberté.

¹⁶⁸⁰ Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2015, p. 79.

¹⁶⁸¹ Claude Lefort, *Écrire : à l'épreuve du politique*, Calmann-Lévy, 1992, p. 166.

citoyens »¹⁶⁸². Si ces citoyens, obnubilés par la satisfaction de leurs libertés individuelles, renoncent à l'exercice de leur liberté politique, et confient à d'autres la charge d'établir la stabilité sociale, l'on quitte alors l'essence du régime républicain. C'est cette crainte qu'évoque Machiavel lorsqu'il explique qu'après « *la prise de Véies, l'opinion se répandit parmi le peuple qu'il serait utile pour Rome que la moitié de ses habitants allât demeurer à Véies* »¹⁶⁸³. On faisait alors valoir « *la richesse de son territoire, le nombre de ses édifices, son voisinage de Rome : on pouvait par ce moyen enrichir la moitié des citoyens* »¹⁶⁸⁴. C'est cet attrait pour l'enrichissement personnel, au mépris d'une liberté politique qu'il ne retrouverait peut-être pas en dehors de Rome, qui fait dire à Machiavel que « *le peuple, trompé souvent par de fausses apparences de bien, désire sa propre ruine* »¹⁶⁸⁵. La crainte machiavélienne réside donc dans le risque d'un dessaisissement du critère essentiel de la république, à savoir la liberté politique, au profit d'une autorité capable d'instaurer une stabilité étatique. Ainsi, la présence d'une stabilité permanente pourrait être signe d'affaiblissement d'un des principes de la république, alors que le conflit semble la maintenir dans sa vigueur. Au fond, Machiavel ne rejette pas l'importance des libertés individuelles et des intérêts personnels, ainsi que le souligne François Saint-Bonnet¹⁶⁸⁶. Seulement, il précise que si, au mépris du bien public, « *l'on commence à amasser des richesses qui excèdent les besoins de sa propre famille, la convoitise peut se transformer en ruine* »¹⁶⁸⁷ de la république. En effet, une telle préférence ne peut qu'anéantir les fondements républicains, puisque « *sans contredit on n'a vraiment en vue le bien public que dans les républiques* »¹⁶⁸⁸. Il invite par conséquent à considérer la supériorité de la participation politique vis-à-vis des intérêts individuels, dès lors que « *c'est le bien général et non l'intérêt particulier qui fait la puissance d'un État* »¹⁶⁸⁹. Paradoxalement, le conflit permanent au sein du corps social tend à renforcer l'édifice républicain, alors qu'une stabilité non-issue de ce même corps favorise la ruine de la république.

¹⁶⁸² Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2004, p. 24.

¹⁶⁸³ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 491.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*

¹⁶⁸⁶ François SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, P.U.F., 2001, p. 189. L'auteur rappelle, qu'au sein de l'ordre étatique, il s'agit de préserver « *ses biens et ses honneurs* ». Plus encore, l'auteur ajoute que l'on trouve, dans cette approche machiavélienne, « *les prémisses du futur État moderne dans sa version libérale où le but n'est pas la vertu ou le salut des hommes mais la garantie de leur sécurité et de leur propriété* ».

¹⁶⁸⁷ Maurizio VIROLI, *Républicanisme*, Le bord de l'eau, 2011, p. 74.

¹⁶⁸⁸ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre II, Gallimard, 1952, p. 517.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*

b. L'exclusion des citoyens aux affaires publiques au profit de la satisfaction des libertés individuelles

Le constitutionnalisme anglo-américain révèle un républicanisme dont les éléments fondamentaux sont, au contraire, la prédominance de la stabilité¹⁶⁹⁰ et des libertés individuelles, entraînant un certain mépris de la participation politique effective, potentiellement conflictuelle. Ainsi Harrington, « *contrairement à Machiavel, pour qui les institutions sont toujours menacées de destruction, [...] imagine un ordre durable en permanence* »¹⁶⁹¹ car la stabilité étatique est au service de la meilleure réalisation de la liberté individuelle, liberté première de sa conception républicaine. Il faut en effet rappeler que chez l'auteur anglais, « *le rôle de l'individu dans la société, et même son existence politique, découlaient de la façon dont il se procurait les moyens matériels de subvenir à ses besoins* »¹⁶⁹², supposant donc un infléchissement de la primauté de l'implication politique active¹⁶⁹³ et du conflit¹⁶⁹⁴. De même, la pensée fédéraliste considère que de trop « *fréquents appels [au peuple] tendraient [...] à priver le gouvernement de ce respect que le temps imprime à tout, et sans lequel peut-être le plus sage et le plus libéral des*

¹⁶⁹⁰ Voir en ce sens : J.G.A. Pocock, *Le moment machiavélien*, P.U.F., 1997, p. 224. L'auteur explique la différence entre la conception républicaine machiavélienne et classique dans l'obtention de la pérennité étatique. La première renvoie au dynamisme de la participation politique et à l'incertitude permanente, alors que la seconde s'envisage comme visant une stabilité absolue, sans recours fréquent au peuple. Or, Pocock relève que ce n'est pas uniquement le machiavélisme, mais la combinaison de ces deux approches qui contribuera à former la « *tradition républicaine classique dans l'Angleterre et l'Amérique de l'ère moderne* », soulignant une forme de refus d'influence exclusive de Machiavel. Plus encore, il semble que la préférence pour la stabilité classique puisse être privilégiée. On sait par exemple que la tradition classique s'appuie largement sur la stabilité telle que conçue par le régime de la République vénitienne, l'envisageant « *comme paradigme pour explorer la distribution constitutionnelle du pouvoir* » (ibid.). Or, pour ne donner qu'un exemple, l'on sait que James Harrington « *rêvait de transposer le modèle de la République vénitienne à l'Angleterre* » (Myriam-Isabelle Ducrocq, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 19).

¹⁶⁹¹ Serge Audier, *Les théories de la république*, La découverte, 2004, p. 24.

¹⁶⁹² J.G.A. Pocock, « L'œuvre politique de Harrington », *Océana*, James Harrington, Belin, 1995, p. 197.

¹⁶⁹³ Voir en ce sens, James Harrington, *Océana*, Belin, 1995. L'auteur n'y envisage une possible satisfaction des intérêts individuels qu'au travers d'une république stable. Or, (p. 368) : « *Une république dans laquelle le peuple discutera ne sera jamais stable* ». C'est pour cette raison que la satisfaction d'intérêts individuels entraîne un certain renoncement à la liberté politique, à la participation active de tous les citoyens à la discussion politique et au débat public. La stabilité de la république (à laquelle il donne le nom d'Océana) n'est possible qu'au prix de la dualité suivante (p. 449) : « *Ainsi le Parlement d'Océana consiste dans le Sénat qui propose et le peuple qui décide [...] ce qui est proposé par l'autorité du Sénat et ordonné par le peuple est loi d'Océana, ou acte du Parlement* ».

¹⁶⁹⁴ Voir sur ce point : Serge Audier, *Les théories de la république*, La découverte, 2015, p. 26 : « *loin de prolonger la valorisation machiavélienne du conflit comme source de la liberté républicaine, Harrington se montre en désaccord avec le récit de Machiavel sur le rôle des antagonismes dans l'histoire de Rome* ». À ce titre, Harrington est plus proche de la république aristocratique de Venise que de Rome, dès lors qu'il « *conçoit les mécanismes de la république comme un moyen de neutraliser l'influence des partis organisés* » (ibid.).

gouvernements ne posséderait pas la stabilité nécessaire »¹⁶⁹⁵. En ce sens, l'on constate finalement « qu'avant d'être un grand État, les États-Unis sont surtout une grande compagnie pour l'exploitation et la mise en valeur des vastes terrains qu'ils occupent »¹⁶⁹⁶. À ce titre – et la nuance est fondamentale dans une perspective républicaine – « on se trouve en présence d'une société plus économique que politique »¹⁶⁹⁷. Ainsi, il ne s'agissait plus de « parler théorie politique, du moins pas dans le sens habituel et traditionnel »¹⁶⁹⁸, mais de « trouver un autre langage, celui des intérêts »¹⁶⁹⁹. De ce fait, bien que demeurant dans une perspective républicaine, le constitutionnalisme anglo-américain semble rompre avec cette primauté de la participation politique conflictuelle, afin de promouvoir une stabilité nécessaire à la jouissance sereine des libertés individuelles. Une telle conceptualisation est tout à fait présente dans les textes de 1689 et 1787. Craignant les dérives d'une participation politique directe du peuple, ils vont – pour reprendre les mots de Laurent Bouvet et Thierry Chopin¹⁷⁰⁰ – apprivoiser la démocratie dans un cadre représentatif, justement parce que les « démocratie[s] pure[s] [...] ont toujours été incompatibles avec la sûreté personnelle et le maintien des droits de propriété »¹⁷⁰¹. En ce sens, la Constitution de 1689 dispose que les « Lords spirituels et temporels et les Communes »¹⁷⁰² constituent la seule « représentation pleine et libre de la Nation »¹⁷⁰³. De même, le texte de 1787 prévoit une représentation du peuple, au travers du Sénat et de la Chambre des représentants¹⁷⁰⁴, entendue comme « la délégation du gouvernement, dans la République, à un petit nombre de citoyens élus par le peuple »¹⁷⁰⁵, ayant « pour effet d'épurer et d'élargir l'esprit public, en le faisant passer dans un milieu formé par un corps choisi des citoyens »¹⁷⁰⁶. L'idée d'un filtrage de la participation directe de tout le corps social est d'une clarté absolue dans ces mots de Madison.

¹⁶⁹⁵ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 418.

¹⁶⁹⁶ Pierre DE COUBERTIN, « Notes d'après le cours d'Émile Boutmy sur la Constitution des États-Unis », *Jurisdoctoria*, n° 12, 2015, p. 197.

¹⁶⁹⁷ *Ibid.*

¹⁶⁹⁸ Dick HOWARD, *Aux origines de la pensée politique américaine*, Buchet-Chastel, 2004, p. 267.

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰⁰ Voir en ce sens : Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997.

¹⁷⁰¹ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 72.

¹⁷⁰² Angleterre, *Déclaration des droits*, 16 décembre 1689, préambule.

¹⁷⁰³ *Ibid.*

¹⁷⁰⁴ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. I^{er}, sections 1 et 2.

¹⁷⁰⁵ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 73.

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*

Il apparaît ici que le constitutionnalisme anglo-américain rompt le lien entre la souveraineté du peuple et la participation politique directe, pour lui substituer la représentation¹⁷⁰⁷. Certes, ces deux textes procèdent – à leur fondation – de la volonté souveraine du peuple pris dans son entièreté, et l’on a pu voir en ce sens la novation qu’ils représentaient vis-à-vis des constitutions précédentes. Cependant, cette souveraineté ne s’exprime plus – dans le cadre de l’État fondé – au travers d’une participation politique directe, mais par une représentation. Ainsi, « *la Glorieuse Révolution est [...] une révolution moderne, un moment où la société prend le pouvoir et se dote d’une constitution* »¹⁷⁰⁸. Mais une fois au sein de l’État fondé, la participation politique semble amoindrie, de sorte qu’elle est en même temps « *une révolution ancienne, par laquelle ont été reconduites les formes originelles du pouvoir* »¹⁷⁰⁹. À cet égard, l’on constate dans le contexte anglais, avec Algernon Sidney, que la délégation de pouvoir politique, comprise comme « *transfert de droit à une instance supérieure par la volonté générale, qui puisse régler les conflits, est la première forme de représentation sur laquelle [...] repose tout gouvernement juste* »¹⁷¹⁰. Ainsi, dans le cadre anglais, l’on observe qu’en quelques sortes, la nation « *se retire du jeu une fois le pouvoir reconstitué* »¹⁷¹¹ car « *la “société” n’est pas juridiquement le nouveau souverain. Il n’y a pas de place pour elle dans la constitution* »¹⁷¹². En un même sens, l’on note que « *les Pères Fondateurs de la République américaine ont eu à cœur de dissoudre le lien que Rousseau avait tissé entre la souveraineté du peuple et le rejet de la représentation* »¹⁷¹³. Ainsi la Fédération américaine apparaît-elle tout à fait républicaine puisque, tirant sa fondation d’un « *pouvoir originaire de faire la loi [appartenant] au peuple* »¹⁷¹⁴, elle repose effectivement sur la souveraineté populaire. Mais,

¹⁷⁰⁷ Voir sur ce point : Bruce ACKERMAN, *Au nom du peuple : les fondements de la démocratie américaine*, Calmann-Lévy, 1998, p. 366 : l’auteur explique que la notion de démocratie, amputée de la participation directe des citoyens et remplacée par la représentation, renvoie à ce double mouvement de « *mort* » et de « *transfiguration* » de la démocratie.

¹⁷⁰⁸ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 132.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*

¹⁷¹⁰ Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 137.

¹⁷¹¹ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 132.

¹⁷¹² *Ibid.* L’auteur ajoute qu’au regard de cette mise à l’écart du pouvoir politique direct du peuple après la Glorieuse Révolution, « *l’ancien établissement du pouvoir est perpétué. La société, le peuple, ou la nation, n’en faisaient pas partie* » (*ibid.*).

¹⁷¹³ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 90.

¹⁷¹⁴ *Ibid.*

il y a, pour Madison, une différence essentielle entre pure démocratie et république, qui réside dans ce fait « *que le peuple dans cette dernière agit par l'intermédiaire de représentants : la république fédérale est représentative et non participative* »¹⁷¹⁵. Ainsi que le suggère Jürgen Habermas, l'expression de la volonté politique souveraine se restreint donc au pouvoir originaire constituant, et au « *consentement des gouvernés* »¹⁷¹⁶ dans la désignation occasionnelle de gouvernants. Mais, au sein de l'État fondé, « *le recours constant à un exercice continu de cette volonté politique apparaît inutile* »¹⁷¹⁷, voire dangereux, puisqu'il suggère une conflictualité permanente. En réalité, le républicanisme anglo-américain s'éloigne donc de Machiavel puisque son critère premier n'est pas une participation politique conflictuelle, mais bien une liberté individuelle suggérant une stabilité politique qui lui soit favorable. Cela engendre une conception particulière de la souveraineté du peuple, et en ce sens, c'est bien ici « *la représentation [qui] est chargée de défendre la diversité des intérêts* »¹⁷¹⁸ et non l'effectivité d'une participation politique continue, puisque « *le principe de représentation [...] aboutit à l'exclusion [...] de la participation du peuple aux affaires de l'État* »¹⁷¹⁹. Sans pessimisme aucun, il faut néanmoins dire, avec Serge Audier, que « *la révolution américaine est [...] un échec du point de vue des idéaux républicains* »¹⁷²⁰, dès lors qu'elle « *n'a pas finalement réussi à instaurer un véritable espace politique, sacrifiant progressivement le "bonheur public" à la recherche des intérêts privés* »¹⁷²¹. De fait, « *cette quête du bien-être s'est accompagnée d'une conception de plus en plus "négative" de la liberté* »¹⁷²², puisque la priorité n'est plus « *d'étendre le pouvoir d'initiative et d'action concertée des citoyens assemblés, mais, au contraire, de restreindre celui-ci* »¹⁷²³. Par conséquent, cet appauvrissement de

¹⁷¹⁵ *Ibid.*

¹⁷¹⁶ Jürgen HABERMAS, *Théorie et pratique*, Payot et rivages, 2006, p. 129.

¹⁷¹⁷ *Ibid.*

¹⁷¹⁸ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 93.

¹⁷¹⁹ Denis LACORNE, *L'invention de la République américaine*, Hachette Littérature, 2008, p. 122. L'auteur reprend ici partiellement le *Fédéraliste* n° 63, p. 521-532. Denis Lacorne ajoute, s'inspirant cette fois du *Fédéraliste* n° 10, p. 66-76 : « *La démocratie américaine n'a donc rien en commun avec la "pure démocratie" ; c'est une "république", c'est-à-dire "un gouvernement dans lequel le dispositif de la représentation existe". En d'autres termes, c'est une démocratie incomplète dont les excès naturels et inévitables sont tempérés par l'existence d'institutions républicaines : un président et des assemblées élues. Ces institutions ont une véritable fonction thérapeutique : elles servent de "remède" contre les abus généralement attribués par les auteurs classiques aux "démocraties* ».

¹⁷²⁰ Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2015, p. 75.

¹⁷²¹ *Ibid.*

¹⁷²² *Ibid.*

¹⁷²³ *Ibid.*

« l'effervescence politique de la période prérévolutionnaire américaine, au profit d'une institutionnalisation du système représentatif, marquerait une rupture funeste, conduisant au dépérissement du politique »¹⁷²⁴.

Deux analyses possibles s'évincent de cette confrontation. D'un côté, l'on peut suggérer que le constitutionnalisme anglo-américain traduit une parfaite compréhension du machiavélisme sur la forme, en tant que méthode. Ainsi, tout en procédant d'une filiation avec le legs machiavélien, il s'en détacherait pour un motif tout aussi réaliste que l'auteur italien. C'est exactement la manière dont avait procédé ce dernier en son temps, puisant dans les classicismes contemporains de son époque pour mieux les contester. À ce titre, Claude Lefort relevait avec justesse que « *la pensée machiavélienne s'élabore dans la matrice de l'humanisme politique, en même temps qu'elle n'acquiert son identité qu'à s'en détacher* »¹⁷²⁵. En effet, tout en plaçant l'homme au cœur de sa réflexion politique, Machiavel renverse pourtant l'idéologie humaniste de l'homme bon. Plus encore, tout en reprenant le principe républicain, il s'éloigne¹⁷²⁶ de son acception classique, dès lors qu'il y insère par exemple la nécessité d'une pluralité conflictuelle comme facteur de pérennité, manifestant ainsi « *un écart considérable par rapport à l'idéal républicain classique qui considère que, dans le domaine politique, l'unité est le bien le plus élevé* »¹⁷²⁷. C'est finalement d'une même volonté de vérité effective, d'un même réalisme, que procède le constitutionnalisme anglo-américain lorsqu'il prend acte du fait que « *l'individualisme est un phénomène majeur des sociétés contemporaines qui affaiblit plus encore la vertu civique des citoyens* »¹⁷²⁸. Comme Machiavel, il constate que la loi, tout en pouvant contraindre l'homme à être bon, ne peut pour autant parvenir à lui faire préférer une participation politique vigilante et contraignante mais favorable à l'intérêt global de la république, plutôt que la volonté de réalisation de ses libertés individuelles. Le constitutionnalisme anglo-américain, dans cette perspective, ne ferait rien de plus que souscrire à la démarche machiavélienne, en prenant les hommes tels qu'ils sont – c'est-à-

¹⁷²⁴ *Ibid.*

¹⁷²⁵ Claude LEFORT, *Le travail de l'œuvre Machiavel*, Gallimard, 1986, p. 771.

¹⁷²⁶ Julien BRUNET, « Partisans de la politique : Carl Schmitt au miroir de Machiavel et de Clausewitz », *Machiavel Clausewitz – Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Carl SCHMITT, Krisis, 2007, p. 11. L'auteur souligne que l'approche réaliste de Machiavel suggère le « *renversement de la philosophie des Anciens (par le biais, notamment, de la subversion des notions classiques de fortune et de vertu)* ».

¹⁷²⁷ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 110.

¹⁷²⁸ Sébastien ROMAN, *Conflit civil et imaginaire social – Une approche néo-machiavélienne de la démocratie par l'espace public dissensuel*, École Normale Supérieure de Lyon, 2011, p. 432.

dire marqués par « *l'importance croissante de la sphère privée* »¹⁷²⁹, plutôt que tels qu'ils devraient idéalement être – c'est-à-dire attachés à la primauté de la « *vertu civique* »¹⁷³⁰. Procédant donc d'une même démarche que Machiavel, ce constitutionnalisme – réceptif aux conceptions de son époque¹⁷³¹ – en déduit logiquement que le républicanisme ne peut être qu'axé vers un mode de fonctionnement favorable à la réalisation de telles libertés.

D'un autre côté, l'on peut supposer que ce constitutionnalisme témoigne d'une incompréhension du machiavélisme sur le fond. En effet, le véritable point d'achoppement de ces deux républicanismes réside dans le sens donné à la participation politique active du corps social. Il semble que le droit anglo-américain la comprenne comme une démocratie directe, et qu'il la rejette par crainte de l'instabilité et du risque d'oppression de la minorité par la majorité¹⁷³² qu'elle engendre. Or, « *l'option populaire de Machiavel, il faut y insister, ne doit pas être mal interprétée : il ne s'agit nullement de prétendre que le peuple [...] doit exercer par lui-même directement le pouvoir* »¹⁷³³. En effet, plusieurs éléments permettent d'invalidier la compréhension anglo-américaine du machiavélisme. D'une part, il faut souligner que le Florentin s'intéresse davantage au conflit qu'aux moyens de l'obtenir. Ainsi ne prône-t-il pas tant la participation politique active du corps social que la résultante d'une telle action, menant Serge Audier à souligner que Machiavel « *insiste en vérité sur la fécondité du conflit* »¹⁷³⁴, c'est-à-dire sur sa capacité à produire des lois profitables aux libertés du plus grand nombre. Autrement dit, le Florentin « *juge de la cause par les effets* »¹⁷³⁵, et non l'inverse, supposant une certaine indifférence à l'égard des moyens permettant d'obtenir un conflit favorable aux libertés, donc sans jamais singulièrement préconiser la participation politique directe pour y parvenir. D'autre part, la source d'un tel conflit peut être rapprochée du concept de représentation. En effet, le fondement de ce conflit se trouve, chez Machiavel, au sein d'une égale reconnaissance de la liberté politique à chaque humeur de la république. Par-là, le Florentin suppose que chaque entité puisse

¹⁷²⁹ *Id.*, p. 428.

¹⁷³⁰ *Id.*, p. 432.

¹⁷³¹ L'on pourrait même, avec Sébastien Roman, voir en ce constitutionnalisme l'anticipation du « *constat d'un individualisme contemporain [...] sans appel* » (*ibid.*).

¹⁷³² Voir en ce sens : Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2015, p. 42-43 : « *La république serait ainsi moins menacée que la démocratie par les effets des factions. Tandis que la démocratie, par sa taille modeste, peut conduire à l'oppression de la minorité par la majorité, la république, [...] est davantage immunisée du risque de "tyrannie de la majorité"* ».

¹⁷³³ Serge AUDIER, *Machiavel, conflit et liberté*, E.H.E.S.S., Librairie philosophique J. Vrin, 2005, p. 221.

¹⁷³⁴ *Ibid.*

¹⁷³⁵ Agnès CUGNO, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Ellipses, 2009, p. 129.

voir ses intérêts essentiels être représentés lors du processus législatif. Pour autant, cela ne signifie nullement de les doter d'un pouvoir politique direct, mais « *bien plutôt de laisser ouverte la possibilité de la revendication, et de la représentation des humeurs au sein d'une même instance légale* »¹⁷³⁶. Agnès Cugno rappelle d'ailleurs que « *la représentation est [justement] un des points les plus novateurs de la pensée politique de Machiavel, qui affirme qu'un bon gouvernement doit nécessairement permettre une représentation de chacune des humeurs dans les institutions* »¹⁷³⁷ au travers de « *la délégation d'un pouvoir à [...] une assemblée* »¹⁷³⁸. Ainsi le résultat du conflit – l'accouchement de lois favorables aux libertés – compte davantage que ses moyens, supposant alors que ces lois ne sont pas nécessairement issues d'un pouvoir politique direct du corps social, mais bien de la représentation effective de ce dernier. Ce n'est donc pas ici la pure démocratie, mais bien cette représentation, conflictuelle parce que nourrie de la diversité propre de chaque entité, qui permet la fécondité des antagonismes, c'est-à-dire la promulgation de lois favorables aux libertés.

c. L'impossible compromis néo-républicain

La notion de bien commun, dans le cadre du développement du républicanisme français, semble puiser dans l'approche machiavélienne et anglo-américaine à la fois, pour exprimer un modèle qui leur est néanmoins différent. Il ne s'agit cependant pas de déduire ici que le droit français formulerait, par une fusion parfaite – entre une fondamentale participation politique conflictuelle et une valorisation de la sphère individuelle suggérant un régime représentatif – l'équilibre précédemment qualifié de républicanisme libéral. Il est plutôt question de souligner le compromis que le régime français tente difficilement d'opérer à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle.

Ainsi, d'une part, l'on trouve au sein de ce républicanisme l'idée machiavélienne selon laquelle le bien commun suggère une participation politique conflictuelle. Cette conflictualité peut se rattacher à la conception – en l'occurrence proprement française – de la démocratie pluraliste. Elle suggère une diversité de convictions devant être reproduite à l'échelle étatique, *a priori* plus variée que le bipartisme anglo-américain. Le XIX^e siècle semble être la période où « *les frontières de ce pluralisme ont été de plus en plus*

¹⁷³⁶ *Id.*, p. 128.

¹⁷³⁷ *Id.*, p. 222.

¹⁷³⁸ *Ibid.*

ouvertes »¹⁷³⁹, Philippe Ardant et Bertrand Mathieu précisant même que « *l'adhésion à la forme libérale de la démocratie est acquise en 1875* »¹⁷⁴⁰. Ainsi, la III^e République voit émerger un multipartisme intense¹⁷⁴¹, favorable à l'expression des antagonismes politiques. Ainsi que le note Olivier Rozenberg, l'opposition « *se manifeste, tout au long de la III^e République, dans la rue : c'est le boulangisme de 1887 à 1889 ; ce sont les ligues nationalistes à la fin du siècle ; c'est l'agitation des ligues encore dans les années 1930* »¹⁷⁴². Il revient alors aux représentants, puisque « *l'opposition a ses parlementaires* »¹⁷⁴³, d'exprimer ces antagonismes. Alors que le républicanisme anglo-américain semble limiter une participation politique intense au moment fondateur, Denis Baranger remarque qu'« *en France, la nation souveraine est présente à la fois dans le moment de fondation du pouvoir et dans la suite, le cours ordinaire de l'histoire* »¹⁷⁴⁴. Si l'instabilité de ce régime, nécessairement, ne provient pas uniquement¹⁷⁴⁵ d'un tel phénomène, l'on doit néanmoins souligner que le pluralisme de la III^e République concourt à la manifestation permanente d'une conflictualité politique. Plus encore, l'on doit relever qu'une telle valorisation de cette conflictualité, comme chez Machiavel, tend à imposer, à certains égards, des « *limites au libéralisme du législateur républicain de la III^e République dans la détermination du régime juridique des libertés individuelles* »¹⁷⁴⁶. À ce titre, l'on peut citer la loi du 1^{er} juillet 1901, soumettant la reconnaissance légale des congrégations à une autorisation par décret¹⁷⁴⁷. Émile Combes, par ses interprétations restrictives, accentuera encore ces atteintes aux libertés individuelles, ainsi que le soulignent par

¹⁷³⁹ Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Lextenso/ L.G.D.J., 2010, p. 365.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.*

¹⁷⁴¹ Claude BARTOLONE, Michel WINOCK (co-présidents), *Refaire la démocratie*, Groupe de travail sur l'avenir des institutions, n° 3100, 2 octobre 2015, p. 239. Réunion constitutive du groupe de travail (27 novembre 2014).

¹⁷⁴² *Id.*, p. 651. Audition d'Olivier Rozenberg (7 mai 2015).

¹⁷⁴³ *Ibid.*

¹⁷⁴⁴ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 132.

¹⁷⁴⁵ En effet, l'instabilité chronique de ce régime est également issue de ses défauts endémiques, de l'indiscipline des partis, des mœurs politiques, mais aussi de « *la faiblesse même du Parlement, en apparence tout-puissant* » (Claude BARTOLONE, Michel WINOCK (co-présidents), *Refaire la démocratie*, Groupe de travail sur l'avenir des institutions, n° 3100, 2 octobre 2015, p. 239. Réunion constitutive du groupe de travail (27 novembre 2014)). Plus encore, l'on relèvera le déséquilibre instauré suite au discours de Jules Grévy le 6 février 1879 devant le Sénat.

¹⁷⁴⁶ Antoine CHOPPLET, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, p. 496.

¹⁷⁴⁷ France, *Loi relative au contrat d'association*, 1^{er} juillet 1901, art. 13 et 16.

exemple Jean-Pierre Machelon¹⁷⁴⁸ ou encore Valentine Zuber¹⁷⁴⁹. Mais l'on doit constater, de nouveau comme chez le Florentin, que cette prévalence de la conflictualité au mépris des libertés individuelles ne renvoie pas *de facto* à une mise en péril de l'édifice républicain. Bien au contraire, la III^e République – « *qui ne donne pas toujours un si mauvais exemple que l'on veut bien le dire* »¹⁷⁵⁰ –, démontre plutôt une capacité de pérennité, capable de surmonter des crises particulièrement aiguës telles que le premier conflit mondial entre 1914 et 1918. Au fond, il semble que c'est notamment en valorisant le pluralisme conflictuel, autant qu'en ayant plus que tout autre chose, « *mis la République au cœur du pacte social et national* »¹⁷⁵¹, que ce régime est parvenu à une telle durée. D'une manière comparable au républicanisme machiavélien, l'on peut donc dire avec Claude Lefort que c'est précisément là où le dynamisme de la pluralité conflictuelle s'exprime que la république – loin d'être mise en péril – maintient sa vigueur, et mérite alors réellement d'être nommée ainsi¹⁷⁵².

D'autre part, le républicanisme français renvoie pourtant, dans le même temps, à un bien commun qui – au contraire – s'attache à la valorisation des libertés individuelles¹⁷⁵³, et qui suggère alors pour leur réalisation, de favoriser une stabilité rétive à la participation active et conflictuelle du corps social. Ainsi, l'on constate un désaveu du machiavélisme au profit d'un rapprochement avec les conceptions anglo-américaines. D'une même manière que chez ces dernières en effet, la crainte d'une participation active et conflictuelle tend à confirmer la nécessité d'un régime représentatif. Ainsi constate-t-on – notamment dans les débats parlementaires de la période 1871-1875¹⁷⁵⁴ – une forme de « *défiance*

¹⁷⁴⁸ Jean-Pierre MACHELON, *La République contre les libertés ? Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1976.

¹⁷⁴⁹ Valentine ZUBER, « La laïcité républicaine au défi du pluralisme », *L'apprentissage du pluralisme religieux : Le cas genevois au XIX^e siècle*, Frédéric AMSLER, Sarah SCHOLL (dir.), Labor et Fides, 2013, p. 263.

¹⁷⁵⁰ Claude BARTOLONE, Michel WINOCK (co-présidents), *Refaire la démocratie*, Groupe de travail sur l'avenir des institutions, n° 3100, 2 octobre 2015, p. 521. Intervention de Guillaume Tusseau (13 mars 2015).

¹⁷⁵¹ *Id.*, p. 248. Réunion constitutive du groupe de travail (27 novembre 2014).

¹⁷⁵² Claude Lefort, *Écrire : à l'épreuve du politique*, Calmann-Lévy, 1992, p. 166.

¹⁷⁵³ Antoine CHOPPET, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, p. 505. L'auteur, étudiant la pensée d'Adhémar Esmein, relève que son analyse de la « *"réglementation" des droits individuels s'inscrit pleinement dans son époque* ».

¹⁷⁵⁴ Pierre-Henry PRÉLOT, « Le suffrage universel dans la république – Les débats parlementaires 1871-1875 », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 38, 2013, p. 313. L'auteur rappelle l'état d'esprit de certains parlementaires lors des débats : « *Mais une chose est de ne pas mettre à la discussion la souveraineté nationale, une autre est d'accepter le suffrage universel à l'état brut* ».

envers le suffrage universel direct »¹⁷⁵⁵, s'expliquant, selon Michel Winock, par le fait que « les fondateurs de la III^e République n'étaient pas très sûrs d'un peuple jugé un peu trop immature pour avoir à se prononcer directement »¹⁷⁵⁶. Nettement, ce régime s'oppose donc à un recours trop fréquent au peuple – « la pratique du référendum ne s'est jamais réalisée sous la III^e République »¹⁷⁵⁷ – s'éloignant ainsi de l'aspiration à la démocratie directe suggérée par le texte de 1789¹⁷⁵⁸, autant que de la participation politique conflictuelle prescrite par Machiavel. Ce choix de la représentation, puisqu'il est propre à créer une stabilité, induit un climat propice à la prévalence de la satisfaction des libertés individuelles. En ce sens, Antoine Chopplet constate par exemple que « la nature même du gouvernement représentatif [...] impose la reconnaissance et la consécration des libertés »¹⁷⁵⁹ collectives mais aussi individuelles. Plus encore, il explique que les écrits d'Esmein tendent à démontrer que « le législateur de la III^e République fait une application exacte des principes libéraux de liberté et de primauté de l'individu »¹⁷⁶⁰. Ainsi par exemple, la loi du 21 mars 1884 sur la création des syndicats professionnels, hormis quelques exceptions¹⁷⁶¹, semble « conforme dans ses principes et dans la plupart [...] de ses dispositions au principe de la liberté individuelle »¹⁷⁶². Selon Adhémar Esmein en effet, l'article 3 de ladite loi, puisqu'il dispose que « les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles »¹⁷⁶³, emporte deux conséquences illustrant « un droit d'association professionnelle limité par le respect de la liberté individuelle »¹⁷⁶⁴. D'une part, « toute discussion ou action politique est

¹⁷⁵⁵ Claude BARTOLONE, Michel WINOCK (co-présidents), *Refaire la démocratie*, Groupe de travail sur l'avenir des institutions, n° 3100, 2 octobre 2015, p. 357. Intervention de Michel Winock (30 janvier 2015).

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*

¹⁷⁵⁸ France, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 août 1789, art. 6. Si la loi est l'expression de la volonté générale restituée par ses représentants, le citoyen peut également « concourir personnellement » à sa formation.

¹⁷⁵⁹ Antoine CHOPPLET, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, p. 486.

¹⁷⁶⁰ *Id.*, p. 461.

¹⁷⁶¹ Adhémar ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Tome 2, Sirey, 1921, p. 560. Esmein souligne ses craintes concernant le fait que cette loi puisse, à certains égards, mettre en œuvre une oppression de la majorité sur la minorité, notamment au travers des grandes fédérations de syndicats. Il reprend ainsi les mots du sénateur Bérenger, pour qui « la tyrannie du syndicat supérieur » exercera une « influence générale et despotique sur les associations soumises à son autorité ».

¹⁷⁶² Antoine CHOPPLET, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, p. 523.

¹⁷⁶³ France, *Loi relative à la création des syndicats professionnels*, 21 mars 1884.

¹⁷⁶⁴ Antoine CHOPPLET, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, p. 524.

*interdite aux syndicats »*¹⁷⁶⁵, et d'autre part, « *ceux-là seuls peuvent les former qui ont des intérêts industriels, commerciaux ou agricoles à défendre »*¹⁷⁶⁶. Cette loi semble ainsi, selon l'auteur, tout à la fois renoncer à promouvoir un pluralisme conflictuel, et favoriser la stabilité que nécessite la satisfaction des seules libertés individuelles.

Cette approche ne semble donc pas ordonnancer judicieusement la participation politique conflictuelle avec la valorisation des libertés individuelles. En effet, alors que le républicanisme libéral parvient à une combinaison presque idéale¹⁷⁶⁷ entre ces deux notions, le républicanisme français, dans le cadre de son bien commun, les rejette au moins autant qu'il les admet. Pour le dire autrement, il ne parvient pas à valoriser la conflictualité politique sans à la fois affaiblir les libertés individuelles, et inversement. À l'instar de Machiavel, mais d'une manière différente, la conception française ne peut donc s'inscrire dans ce néo-républicanisme.

¹⁷⁶⁵ Adhémar ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Tome 2, Sirey, 1921, p. 558.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*

¹⁷⁶⁷ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 1.

Conclusion du chapitre 2

Dans sa recherche d'une stabilité républicaine par le droit positif, le constitutionnalisme anglo-américain et français illustre les limites du décisionnisme de Schmitt. Mais pour autant, accrédite-t-il *de facto* le juspositivisme de Machiavel ? L'approche nouvelle – opérée à la suite des échecs républicains – semble d'abord franchement inviter à répondre par l'affirmative. Celle-ci, marquée par le républicanisme du Florentin, renonce à la croyance d'un homme bon par nature, pour admettre une vérité effective révélant l'incapacité de l'individu à réaliser par lui-même le principe d'égalité contenu dans la loi de nature, pourtant nécessaire à la pérennité républicaine. De ce fait, le constitutionnalisme anglo-américain et français s'en remet à Machiavel puisque comme lui, il inaugure une rupture suggérant de reconnaître le juspositivisme comme seule véritable norme de réalisation de cette égalité naturelle entre individus. De toute évidence, c'est bien ici la loi positive qui permet d'établir la stabilité républicaine.

Délivrée d'une faiblesse prescriptive insoutenable, la loi positive n'est plus instrumentalisée au profit de la captation de libertés individuelle et politique par une entité exclusive, entretenant les haines entre factions antagonistes, mais acquiert une charge normative lui permettant au contraire de s'affirmer comme capable d'un pardon des offenses, nécessaire à la réalisation d'une égalité au sein d'un corps social. Refusant de reconnaître et de discriminer l'ennemi, la loi devient un mécanisme producteur d'une diversité sociale égalitaire, mais à la fois fédérée au sein d'une unité républicaine. On peut, à ce titre, parler d'unité composite. Pour autant, les antagonismes ne sont pas effacés, puisque la reconnaissance d'entités divergentes dans leurs intérêts renvoie précisément à autant de libertés individuelles potentiellement conflictuelles. Plutôt que de l'étouffer, Machiavel propose un modèle d'« *entente dans le conflit* »¹⁷⁶⁸. Il donne pour cela une issue légale à ces oppositions¹⁷⁶⁹, en proposant de les trancher non pas par une décision souveraine renouvelant le schéma d'inégalité, mais par une participation politique – qui ne

¹⁷⁶⁸ Sébastien ROMAN, *Conflit civil et imaginaire social – Une approche néo-machiavélique de la démocratie par l'espace public dissensuel*, École Normale Supérieure de Lyon, 2011, p. 434.

¹⁷⁶⁹ Voir en ce sens : Cristina ION, « Conquérir, fonder, se maintenir », *Lectures de Machiavel*, Marie GAILLE-NIKODIMOV, Thierry MÉNISSIER (dir.), Ellipses, 2006, p. 112. L'auteur rappelle que chez Machiavel, le maintien de l'État suggère un « *équilibre entre la dynamique passionnelle et sa canalisation par les institutions* ».

doit cependant pas être comprise comme démocratie directe¹⁷⁷⁰ – du plus grand nombre, propre à faire émerger un compromis résolutoire, c’est-à-dire des lois favorables aux libertés individuelles de chacun. À cet égard, il apparaît que le conflit, dès lors qu’il est encadré par la loi de sa naissance à son extinction, devient propice à la satisfaction des libertés individuelles. Cette articulation heureuse – entre une participation politique conflictuelle et la satisfaction de libertés individuelles ayant toutes deux une même importance –, incarnée par le néo-républicanisme, fournit théoriquement le fondement de la stabilité républicaine. Cette interaction équilibrée peut alors incarner le bien commun. Mais à dire vrai, cette combinaison n’est pas envisagée dans le même rapport d’équilibre selon le contexte dans lequel on se situe. Pour Machiavel, le dynamisme de la participation politique conflictuelle apparaît comme le principal enjeu de la vigueur et de la pérennité républicaine, supposant une certaine dévalorisation des libertés individuelles. Le constitutionnalisme anglo-américain, en revanche, n’accrédite que partiellement l’approche machiavélienne. De fait, favorisant la réalisation des libertés individuelles, il doit produire une stabilité sociale et politique permettant leur satisfaction sereine. Par là même, il lui apparaît nécessaire de marginaliser cette participation politique conflictuelle, en renonçant à de fréquents appels au peuple au profit d’un républicanisme représentatif. Au fond, si « *Machiavel avait redéfini le républicanisme à partir d’une interrogation sur le rôle des “tumultes” dans la liberté de la cité, les théories contemporaines [en l’espèce anglo-américaine] n’ont guère examiné cette question* »¹⁷⁷¹, ou plutôt l’ont rejetée. Le constitutionnalisme français semble recourir à ces deux approches du bien commun, valorisant autant une conflictualité politique favorable à la vigueur républicaine, qu’un régime représentatif propice à la réalisation apaisée des libertés individuelles. Cependant, l’on ne peut conclure à l’aboutissement d’un réel néo-républicanisme, ou républicanisme libéral, qu’aurait opéré le constitutionnalisme français. Alors que ce néo-républicanisme parvient à conjuguer parfaitement¹⁷⁷² la participation politique et les libertés individuelles en leur accordant la même importance, aboutissant à une interaction judicieuse entre la liberté des « Anciens » et celle des « Modernes », le constitutionnalisme français semble

¹⁷⁷⁰ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 2, b.

¹⁷⁷¹ Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2004, p. 106.

¹⁷⁷² Quentin Skinner, par exemple, soutient un républicanisme instrumental produisant une interaction idéale, où la « *participation civique* » serait un « *moyen au service de la liberté et de la sécurité individuelles* » (*id.*, 2015, p. 79).

essayer de les combiner mais tend en définitive à les opposer, sans réellement parvenir à les harmoniser.

Conclusion du titre 2

Une fois l'ordre ancien renversé, puis le nouveau érigé, quels sont les moyens permettant la réalisation d'une stabilité républicaine ? Tout en pouvant faire l'objet d'une lecture schmittienne à tendance décisionniste, le constitutionnalisme anglo-américain et français tranche finalement pour un républicanisme dont les outils apparaissent relativement proches de ceux proposés par le juspositivisme de Machiavel. Alors que l'option schmittienne révèle une capacité uniquement fondatrice, la démarche machiavélienne permet une stabilité durable. En effet, les premières expériences politiques manifestent une instabilité chronique, dont la source se situe dans la croyance en un homme capable de réaliser par lui-même – et donc en dehors du recours au juspositivisme – l'égalitarisme contenu dans la loi naturelle. Un tel point de vue ne suppose l'existence de droits qu'à travers leur affirmation violente et récurrente puisque l'homme, en réalité mauvais, ne parvient à les acquérir qu'en empêchant son ennemi d'en disposer, entraînant des inégalités productrices d'incessants conflits. Cette compréhension schmittienne des libertés ne permet pas d'instaurer une structure étatique durable, puisque laissant libre cours à la nature humaine dangereuse, elle oblige les individus – pour pouvoir jouir de leurs droits – à perpétuer une logique d'unité politique exclusive s'accaparant les libertés par un décisionnisme inégalitaire. Ce schéma entretient les germes d'une situation d'exception particulièrement grave, et donc du renouvellement de la fondation étatique. La mise en œuvre concrète d'une approche schmittienne – dans le cadre anglo-américain et français – permet ainsi de montrer les limites de sa capacité à réaliser la stabilité étatique.

Face à cette conception d'un homme entendu comme norme autonome de réalisation de ses droits naturels, Machiavel entame une démarche de rupture, qui suppose de substituer à ce jusnaturalisme idéalisé, un juspositivisme effectivement capable de normativité. Le constitutionnalisme anglo-américain et français, suite aux échecs – d'influence schmittienne – jouxtant le premier décisionnisme révolutionnaire, opère ce même revirement. Ainsi, de manière progressive, ces trois États font preuve, respectivement à partir de 1689 et 1787, et dans le courant du XIX^e siècle, d'un réalisme rejetant l'idée d'un homme bon, et accréditant alors la nécessaire complémentarité du droit positif. C'est alors cette norme qui va permettre la stabilité républicaine, en formulant un pardon des offenses permettant l'égalité de tous les individus au sein de l'État. En divisant le corps social en une multiplicité de groupes opposés dans leurs intérêts propres, mais unis

par leur égal droit à les défendre, la loi positive va instituer un conflit entre les libertés individuelles de chaque entité, puis le conclure par la participation politique de tous, permettant l'émergence de lois favorables aux libertés individuelles du plus grand nombre. Au-delà d'une simple énonciation de libertés, l'on constate donc leur garantie concrète par la loi. Cette interaction judicieuse entre participation politique et libertés individuelles permet une stabilité étatique, et semble alors caractériser, chez tous, la définition du bien commun. Mais au-delà de cet accord théorique sur l'idée d'un républicanisme libéral, d'un néo-républicanisme défini par Skinner¹⁷⁷³, il apparaît de réelles oppositions. Ainsi, Machiavel favorise nettement la participation politique conflictuelle, au mépris parfois d'une valorisation des libertés individuelles. À l'inverse, le constitutionnalisme anglo-américain recourt à un régime représentatif qui amoindrit la participation politique du peuple et sa propension conflictuelle, afin de promouvoir une stabilité politique et sociale qui soit favorable à la satisfaction sereine des libertés individuelles. Le droit français, semblant d'abord combiner ces deux approches, n'aboutit néanmoins pas à la synthèse du républicanisme libéral, car contrairement à lui, il ne parvient pas à une combinaison judicieuse, mais mène plutôt à une interaction laborieuse entre la prévalence d'un dynamisme de la participation politique conflictuelle, et la valorisation d'une stabilité uniquement dirigée vers les libertés individuelles.

¹⁷⁷³ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 1.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Bien qu'ils aient écrit à des époques différentes, et s'opposent à de nombreux égards, le rapprochement des pensées de Machiavel et de Schmitt permet-il de mieux comprendre le droit constitutionnel des situations de crise ? Très certainement, puisque les accords, mais aussi les oppositions caractérisant ces deux auteurs, offrent des éléments servant à la compréhension du mouvement révolutionnaire anglo-américain et français, autant qu'à celle de son constitutionnalisme.

Il est ainsi possible d'observer, dans un premier temps, une véritable constance dans le type d'exception engendrant un phénomène révolutionnaire. En effet, de tout point de vue, l'exception entraîne la rivalité de deux ordres juridiques, puisqu'elle provient d'une inégalité de la loi positive dans la jouissance des libertés individuelle et politique, entraînant une remise en cause radicale de l'État et de son droit, au profit d'un inévitable retour à une forme d'état de nature. Au sein de cet état est recherché un droit naturel à l'existence – bafoué par le juspositivisme – dont est titulaire chaque individu. Ce droit à l'existence va permettre l'affirmation radicale d'une souveraineté nouvelle, capable de renverser les anciennes allégeances au profit d'un ordre nouveau. À ce titre, l'éradication de l'ordre ancien procède d'une souveraineté de crise – la décision souveraine – que le peuple détient de par sa liberté naturelle, et qui permet la fondation d'un nouvel ordre visant la jouissance des libertés individuelle et politique au bénéfice du plus grand nombre.

Pourtant, au-delà de cette commune compréhension de la situation exceptionnelle, il est nécessaire de relever, dans un second temps, une opposition dans la manière de préserver la stabilité de l'ordre lui succédant. D'un côté, Schmitt n'envisage la pérennité de la situation normale que comme un état où les libertés individuelle et politique survivent par l'affirmation permanente d'un décisionnisme radical capable de les préserver. Une telle compréhension caractérise le constitutionnalisme jouxtant directement le premier décisionnisme révolutionnaire. En effet, les textes anglo-américains – dès 1649 et 1777 – autant que le droit français – dans la fin du XVIII^e et dans les débuts du XIX^e siècle – se contentent, à l'instar du décisionnisme schmittien, d'énoncer des libertés sans en garantir une égale jouissance au plus grand nombre. Le droit laisse alors aux individus la charge d'en organiser l'exercice harmonieux. Ainsi perdurent les factions antagonistes, puisque la croyance en un homme bon, compris comme une sorte de norme autonome apte à réaliser l'égalitarisme jusnaturaliste, conduit en réalité à une captation des libertés par des

groupes dominants, au mépris de groupes dominés. Une telle compréhension du républicanisme entraîne une instabilité chronique, dès lors que s'y maintient la source essentielle d'une situation d'exception, cette inégale jouissance de libertés soutenue par la loi, menant à un conflit vital entre unités d'amis et d'ennemis, résolu par une décision souveraine qui élimine l'ennemi et l'ordre juridique au sein duquel elle agit, pour en fonder un nouveau. D'un autre côté, Machiavel suggère une démarche contraire, car il fait preuve d'un réalisme forçant à reconnaître la nature problématique de l'homme, conduisant à une valorisation du juspositivisme, seul capable de réaliser le principe d'égalité contenu dans la loi naturelle. C'est à un tel républicanisme qu'adhère progressivement le constitutionnalisme anglo-américain et français, respectivement à partir de 1689¹⁷⁷⁴, 1787¹⁷⁷⁵, et dès la seconde moitié du XIX^e siècle. En effet, l'on y observe un accroissement progressif de la charge normative du droit positif, auquel est effectivement confiée la tâche de réaliser cette égalité. À ce titre, le droit renonce à la discrimination de l'ennemi et à l'unité exclusive, divise le corps social en une multiplicité d'entités divergentes rattachées à des fins individuelles propres, et les dote d'une égale capacité à défendre leurs libertés individuelles au travers de leur participation politique. Cette unité composite, qui fait une place aux diverses humeurs de la république, contraste d'avec la seule prise en compte des intérêts de l'entité dominante, comme c'était le cas avec le Parlement du premier *Commonwealth* de 1649, le Congrès confédéral de 1777, ou encore avec les Chambres sous la Charte de 1814. Puisqu'il ne renonce pas au réalisme politique, Machiavel sait que le conflit est indéracinable de l'homme, et ne cherche donc pas à étouffer les oppositions entre ces entités diverses. Mais, en corsetant ce conflit dans la loi positive, le Florentin évite qu'il recouvre les caractères de la situation d'exception, évacuant alors l'idée d'une résolution par la décision souveraine. De fait, en fondant d'abord d'innombrables groupes auxquels elle reconnaît des libertés individuelles et des intérêts propres, la loi évite la formation de factions majoritaires suffisamment denses et unies pour renverser l'ordre étatique, mais n'empêche pas les antagonismes. Ensuite, la loi garantit à chaque entité l'égal droit de défendre ses intérêts divergents au travers d'une participation politique. Enfin, en concluant

¹⁷⁷⁴ Voir en ce sens : Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 185. Reprenant les analyses du constitutionnaliste juspositiviste Albert Venn Dicey, l'auteur constate que « la vraie Constitution d'Angleterre ne date pas des forêts de Germanie ou de la rencontre du Runnymede. Elle a été rendue possible par la Glorieuse Révolution » de 1688-89.

¹⁷⁷⁵ Voir sur ce point : Annick FOUCRIER, « L'invention de la République américaine, le modèle américain (compte rendu) », Denis LACORNE, *L'invention de la république*, *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, vol. 48, 1993, p. 314. L'auteure entend la Constitution de 1787 comme l'« acte fondateur » du constitutionnalisme américain, faisant d'elle la véritable Constitution au sens du droit positif.

ce conflit par l'émergence d'une législation comprise comme le fruit de cette participation, le droit produit des normes favorables aux libertés du plus grand nombre. Montrant ainsi la vacuité du recours à un décisionnisme souverain bénéficiant uniquement à ses titulaires, le droit évite de reproduire un schéma d'inégalités, d'accaparement de libertés au profit d'une unité politique exclusive. Le droit anglo-américain et français semble reproduire ce schéma d'une participation politique conflictuelle favorable aux libertés individuelles, en vue d'assurer la stabilité républicaine. On serait ainsi tenté d'affirmer que tous les quatre envisagent le bien commun – ce moyen de stabilité républicaine – sous l'angle de cette combinaison parfaite. Il serait alors aisé de conclure que tous convergent vers la notion de néo-républicanisme, dont l'objectif est de concilier à la fois les avantages de la participation politique et ceux issus de la valorisation des libertés individuelles, dans une interaction commune suggérant de leur accorder une même importance. Cependant, cette filiation paraît contestable, puisque l'observation du constitutionnalisme machiavélien traduit une prévalence de la participation politique conflictuelle comme critère fondamental du bien commun républicain, au mépris parfois des libertés individuelles. À l'inverse, le droit anglo-américain recherche avant tout la satisfaction des libertés individuelles, qui ne peuvent s'exercer sereinement que dans un cadre stable, c'est-à-dire là où la conflictualité politique a été évincée. Plus encore, le droit français ne parvient pas à l'interaction heureuse prônée par le républicanisme libéral. En effet, alors que celui-ci parviendrait à une valorisation identique et simultanée de la participation politique et des libertés individuelles, celui-là ne parvient pas à favoriser l'une, sans à la fois mépriser les autres. Au fond, ni Machiavel ni le droit anglo-américain et français ne semblent correspondre pleinement à l'approche néo-républicaine.

Au terme de cette première partie, l'emploi récurrent du décisionnisme souverain semble clairement réprouvé, dès lors que le républicanisme semble définitivement advenu. S'il était, au regard de sa capacité constituante, nécessaire à la fondation étatique, il semble désormais dangereux dans le cadre de la recherche de la pérennité de l'ordre nouveau. Ainsi, le recours au juspositivisme stabilisateur de Machiavel semble, logiquement, bien plus adapté à la continuité que recherche la république. Alors que le décisionnisme souverain parviendrait, à l'aune d'une situation d'exception d'une particulière gravité, à fonder l'ordre nouveau mais non à le maintenir, le droit positif permettrait lui, dès lors qu'advient une stabilité, d'inscrire dans la durée un ordre qu'il n'a pas pu fonder. Pourtant, il apparaît nécessaire de se demander si, à l'heure actuelle, ce schéma est aussi binaire et

figé qu'il y paraît. Ainsi, au regard de la gravité des situations exceptionnelles récentes, qu'arrive-t-il lorsque l'édifice républicain fidèle au machiavélisme – stable et négateur du décisionnisme souverain – est frappé de plein fouet par la manifestation d'une crise que le droit positif seul semble inapte à maîtriser ?

SECONDE PARTIE : LA SITUATION EXCEPTIONNELLE COMME DÉFI AU MAINTIEN DE L'ORDRE FONDÉ

L'avènement définitif et stable du républicanisme semble rendre vain le recours au décisionnisme souverain précédemment décrit. En effet, par principe, ces pouvoirs que l'on caractérise d'exceptionnels ne valent qu'autant qu'une instabilité existe, et perdent leur raison d'être lorsque précisément l'exception ayant justifié leur convocation s'efface. Si ce décisionnisme, on l'a vu, était largement présent à la fondation¹⁷⁷⁶, puis plus partiellement pendant le laborieux processus de stabilisation étatique¹⁷⁷⁷, son recours semble devoir être rejeté lorsqu'est voulue une certaine pérennité républicaine, tant l'on a vu son incapacité à maintenir l'ordre. Autrement dit, ces pouvoirs d'exception sont nécessaires à la fondation d'une situation normale, mais inutiles dès lors que l'on cherche à ancrer fermement et durablement cette situation normale dans le cadre étatique, car s'ils permettent d'instaurer un ordre, ils semblent inaptes à le maintenir.

Pourtant, au sein de cet État cadré par un droit positif stabilisateur, où le républicanisme semble définitivement advenu, une situation exceptionnelle d'une violence extrême peut resurgir à tout moment, et se pose alors nécessairement la question des moyens à employer pour l'endiguer. D'une part, le décisionnisme souverain révèle une réelle efficacité, puisque tranchant radicalement l'exception, il instaure une situation permettant la fondation d'une normalité nouvelle. Mais à la fois, « *l'exceptionnalisme salvateur des systèmes normatifs peut rapidement devenir un instrument de dictature* »¹⁷⁷⁸, car tirant sa capacité à rendre normal d'une éradication de l'ordre juridique et d'une élimination de l'ennemi – le privant de libertés individuelle et politique –, il peut devenir liberticide. Un tel schéma reproduit sans cesse des inégalités génératrices d'exceptions perpétuelles. Au fond, la décision souveraine ne suppose pas de restaurer l'ordre étatique et le droit en vigueur avant l'exception, mais bien de les instaurer de nouveau à chaque crise. D'autre part, le recours au droit positif permet la garantie des libertés individuelle et

¹⁷⁷⁶ Cf. *supra* Première partie, Titre 1.

¹⁷⁷⁷ Cf. *supra* Première partie, Titre 2.

¹⁷⁷⁸ Xavier PHILIPPE, préface de *La norme et ses exceptions – Quels défis pour la règle de droit ?*, Ariane VIDAL-NAQUET, Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Bruylant, 2014, p. 8.

politique du plus grand nombre – et donc le maintien de la stabilité républicaine –, mais démontre une faiblesse en ce qu’il semble ne pouvoir agir que dans une logique de normalité préalable, condition nécessaire à son applicabilité effective.

Finalement, une telle dualité semble renvoyer aux positionnements d’un Schmitt décisionniste et d’un Machiavel juspositiviste, et suppose un compromis permettant de conserver les avantages de leurs pouvoirs d’exception, tout en en rejetant les inconvénients, afin de préserver l’État en cas de crise. À ce titre, les constitutionnalismes anglo-américain et français se révèlent d’un intérêt fondamental pour comprendre les possibles applications concrètes, autant que les limites des assertions des deux auteurs. En effet, si ces trois droits tentent de mettre en œuvre, dans le réel, une synthèse machiavélo-schmittienne propre à faire des pouvoirs d’exception un moyen de préservation de l’État face aux crises (Titre I), leurs tentatives mettent au jour – dans le même temps – les difficultés d’un tel compromis, prouvant alors que ces pouvoirs peuvent aussi apparaître comme une menace à la préservation de l’État (Titre II).

Titre 1 : Les pouvoirs d'exception comme moyen de rétablissement de la situation normale antérieure

L'État peut-il véritablement faire face au terrorisme actuel en restant dans la légalité positive ? Une telle menace ne justifie-t-elle pas le recours à l'efficacité radicale d'une pure décision souveraine ? Le droit positif, par sa capacité à apprivoiser le conflit, semble apte à rétablir la stabilité étatique en cas de troubles, suggérant alors l'inutilité de ce décisionnisme souverain. Pourtant, au sein du républicanisme actuel, l'exception réapparaît sous la forme de crises d'une violence inédite. Une telle hypothèse semble alors solliciter le recours à des pouvoirs dont l'intensité serait apte à y faire face. Ainsi, la décision souveraine, seule capable de trancher efficacement entre l'ami et l'ennemi, et donc entre l'ordre et le désordre¹⁷⁷⁹, devrait logiquement s'affirmer comme indispensable à recouvrer la situation normale. Mais puisqu'un tel décisionnisme ne peut fonder un ordre qu'en détruisant l'actuel, et qu'il s'agit, au sein de cet État visant sa pérennité républicaine, de rétablir la situation normale et non d'en instaurer une nouvelle, ce choix apparaît à la fois périlleux. Tout l'enjeu d'un droit apte à surmonter les crises résidera alors dans sa capacité à monopoliser des pouvoirs d'exception efficaces, tout en empêchant que ceux-ci soient destructeurs. En ce sens, le décisionnisme souverain ne peut plus s'exercer en tant que tel au sein de l'État soumis à une crise, car ici, le droit positif doit nécessairement prévoir par lui-même les pouvoirs d'exception, tout en les encadrant et les limitant de manière à ce qu'ils soient favorables à la restauration de la situation normale antérieure (Chapitre 1). Mais puisque de telles limites peuvent allègrement être franchies en cas de crise, il sera encore nécessaire d'envisager un contrôle rigoureux, permettant de s'assurer que les pouvoirs d'exception respectent les bornes juridiques leur étant imposées (Chapitre 2).

¹⁷⁷⁹ Sur cette association de termes, cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 1.

Chapitre 1 : La recherche d'un instrument juridique apte à restaurer l'État en cas de péril

Le prix d'une stabilité républicaine requiert, on l'a constaté, un nécessaire cadre juspositiviste, car ce dernier semble, bien plus que le jusnaturalisme, permettre de pérenniser la construction étatique. Malgré ce cadre stabilisateur, rien ne semble empêcher la survenue d'une situation exceptionnelle, et sa possible réalisation interroge alors le droit positif. En effet, l'on observe de tout point de vue que l'exception soumet ce droit à un paradoxe. D'un côté, elle appelle des pouvoirs suffisamment délestés des brides du droit positif pour être capables de s'adapter efficacement à la crise afin de l'éradiquer. Mais d'un autre côté, elle renvoie à un péril, car l'éventuel affranchissement des bornes juridiques par la décision souveraine suggère un possible anéantissement de l'ordre constitutionnel de l'État. En ce sens, le recours aux pouvoirs exceptionnels, au sein de l'État visant sa restauration face aux crises, apparaît indispensable mais périlleux, et cette contradiction peut se résoudre par une prévisibilité juridique de leur exercice, permettant leur maîtrise (Section 1). En effet, l'affectation de tels pouvoirs à ce seul rétablissement de la situation normale n'apparaît envisageable que grâce à de solides limites façonnées par le droit (Section 2).

Section 1 : L'indispensable mais périlleux recours aux pouvoirs d'exception

Si la volonté de recourir, au sein de l'État, à des pouvoirs d'exception libérés de toute contrainte juridique comme l'est la décision souveraine, est grande (§ 1), les souvenirs de l'expérience révolutionnaire – illustration concrète de la capacité destructrice d'un tel décisionnisme – invitent à prévoir par le droit positif l'exercice de tels pouvoirs, afin qu'ils permettent le rétablissement de l'ordre constitutionnel et non sa fondation renouvelée (§ 2).

§ 1. La mise en œuvre théorique de pouvoirs non limités par le droit

L'imprévisible survenue d'une situation exceptionnelle, même au sein de l'État cadré par le droit positif, semble inévitable (A). Cette incapacité juspositiviste à prévoir l'exception renvoie à une apparente inaptitude de ce droit à s'appliquer à elle. Par voie de conséquence, le recours à des pouvoirs exceptionnels illimités apparaît d'abord comme l'unique salut de la république (B).

A. Le jaillissement de l'exception au sein du cadre juspositiviste

Dans la pensée de Machiavel et Schmitt (1), tout comme dans les conceptions anglo-américaines et françaises (2), le gouvernement républicain est autant caractérisé par une volonté de pérennité que sujet à sa propre finitude.

1. La crainte de la finitude républicaine chez Machiavel et Schmitt

La volonté de maintien d'une stabilité par suite de la fondation étatique semble traverser l'œuvre machiavélique. En effet, alors que le *Prince* s'attache à donner les outils politiques – d'une certaine nature – permettant de fonder et d'affermir tout État nouvellement formé¹⁷⁸⁰, les *Discours* offrent les moyens de préserver – par des pouvoirs d'une autre nature – cet État dans le temps. Ainsi ces deux ouvrages révèlent-ils une

¹⁷⁸⁰ Le petit opuscule machiavélique ne peut être restreint à un regard uniquement projeté sur les principautés nouvelles, ainsi que l'atteste son chapitre premier (Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, p. 41 : “Combien il y a de sortes de principautés, et par quels moyens on peut les acquérir”). Cependant, l'on relèvera que les principautés nouvelles ou nouvellement conquises sont celles qui attirent le plus l'attention de l'auteur, au point de consacrer la plupart des chapitres concernant l'État à ce type de principauté. On songe aux chapitres III, p. 42-50 ; IV, p. 50-53 ; V, p. 53-54 ; VI, p. 55-58 ; VII, p. 58-64 du même ouvrage. En revanche, les principautés héréditaires (chap. II, p. 42), ou ecclésiastiques (chap. XI, p. 74-76) ne sont évoquées que de façon ponctuelle.

profonde cohérence¹⁷⁸¹, malgré la diversité de pouvoirs qu'ils emploient. On a en effet pu observer que si la fondation requérait un pur décisionnisme, le prix de la stabilité républicaine résidait en un réalisme par lequel Machiavel suggérait de recourir à un juspositivisme capable de pérennité. C'est dans cette perspective que Patrick Dupouey souligne qu'à la lecture de ces deux ouvrages, l'on constate qu'« à la fondation par des moyens extraordinaires succède l'existence ordinaire, dans la durée »¹⁷⁸². Cela ne doit pourtant pas évincer l'idée qu'au sein de cet État fermement ancré dans la stabilité, la survenue d'une situation de crise, capable de menacer cette pérennité, est tout à fait envisageable. Ainsi John Greville Agard Pocock, tout en s'attachant aux *Discours* et précisément à la volonté de continuité républicaine qu'ils recouvrent, y décèle à la fois la finitude caractérisant toute république¹⁷⁸³. C'est encore le terme de moment machiavélien¹⁷⁸⁴ – mais en un sens nouveau – qui caractérise un tel phénomène. En l'occurrence, il renvoie à ce moment problématique où la république, confrontée aux événements irrationnels et imprévus du temps, risque de s'effondrer. En un même sens, Étienne Balibar relève dans les mots de Schmitt cette idée que même au sein de l'État solidement fondé, en particulier au sein de « l'ordre libéral »¹⁷⁸⁵ – opposé aux « doctrines extrêmes »¹⁷⁸⁶ qui « théorisent et pratiquent la politique à partir de l'état d'exception, cherchant au besoin à le rendre “permanent” »¹⁷⁸⁷ – il demeure « en permanence une face d'exception, avouée ou dissimulée »¹⁷⁸⁸. De façon assez logique, l'on observe avec

¹⁷⁸¹ *Id.*, p. 28 : « La dualité Prince/Discours n'a donc pas pour principe l'opposition république/monarchie, mais des points de vue différents du commencement et de la durée ».

¹⁷⁸² *Id.*, p. 29.

¹⁷⁸³ Voir sur ce point : Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 405. C'est précisément au regard de cette volonté de pérennité, confrontée à une inéluctable chute, que Machiavel évoque tout à la fois la manière de « fonder une république » puis de la préserver, mais aussi les moyens de « la réformer totalement » en cas de mise en péril.

¹⁷⁸⁴ Voir sur ce point : J.G.A. POCKOCK, *Le moment machiavélien*, P.U.F., 1997. L'auteur offre une dualité de sens au terme de moment machiavélien. D'un côté, il renvoie à l'idée déjà évoquée du moment historique de la Renaissance où Machiavel entame une démarche de rupture, notamment vis-à-vis de l'idéal de l'humanisme classique, et propose un modèle étatique fondé sur un juspositivisme jouant du conflit pour aboutir à une interaction vertueuse et stabilisatrice entre libertés individuelle et politique. D'un autre côté, il entend ce moment comme renvoyant à un problème, cet instant du temps conceptualisé (et non historique) où la république, confrontée à sa propre finitude temporelle, doit trouver les moyens de se conserver, ou bien périr.

¹⁷⁸⁵ Étienne BALIBAR, « Le Hobbes de Schmitt, le Schmitt de Hobbes », préface, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, Carl SCHMITT, Seuil, 2002, p. 11.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*

constance chez Schmitt, cette idée qu'il existe toujours, et de façon imprévisible, une situation de crise, une violence possible, « *un état de nature toujours sous-jacent au politique* »¹⁷⁸⁹, même dans un ordre fondé sur le juspositivisme.

2. L'omniprésence d'une menace d'effondrement dans les conceptions anglo-américaine et française

Les théorisations anglo-américaine et française traduisent, à l'instar du présupposé machiavélo-schmittien, l'idée que même dans le cadre étatique cerné par le juspositivisme, l'exception peut survenir à tout moment. Sur ce point, Alexandre Passerin d'Entrèves note que chez Hobbes, même au sein de l'état social, régi par la loi positive, « *l'état de nature n'a rien d'imaginaire* »¹⁷⁹⁰, mais apparaît au contraire comme « *une omniprésente menace [...] cachée sous la surface polie de la vie civilisée* »¹⁷⁹¹. Les auteurs du *Fédéraliste* semblent éprouver les mêmes craintes, et envisagent d'ailleurs l'Union fédérale comme un « *rempart contre les dangers de l'extérieur* »¹⁷⁹², mais aussi contre les incessantes « *factions et [...] insurrections locales* »¹⁷⁹³, dont l'ordre républicain formé par la Constitution de 1787 a « *déjà ressenti [...] les symptômes alarmants* »¹⁷⁹⁴. De même, parmi les types de gouvernement que relève Montesquieu, le républicain¹⁷⁹⁵ demeure perpétuellement confronté à l'exception. Ainsi que l'atteste Serge Audier, la « *situation des républiques est instable* »¹⁷⁹⁶, notamment parce que – bien que fondé sur la loi positive – ce type de gouvernement suppose un principe de fonctionnement reposant sur la vertu¹⁷⁹⁷, comprise comme une égalité fragile et par conséquent difficile à préserver. De toute part, il faut constater que malgré ce cadre républicain soutenu par une constitution positive, rien n'empêche la survenue imprévue d'une situation exceptionnelle.

¹⁷⁸⁹ Carl SCHMITT, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, Seuil, 2002, p. 128.

¹⁷⁹⁰ Alexandre PASSERIN D'ENTRÈVES, *The notion of the State*, Oxford University Press, 1969, p. 107.

¹⁷⁹¹ *Ibid.*

¹⁷⁹² Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 99.

¹⁷⁹³ *Id.*, p. 727.

¹⁷⁹⁴ *Id.*, p. 99.

¹⁷⁹⁵ Sur les caractères distinctifs de la république chez Montesquieu, voir : Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 94.

¹⁷⁹⁶ Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2015, p. 31.

¹⁷⁹⁷ Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 18 : « *il faut observer que ce que j'appelle la vertu dans la république est l'amour de la patrie, c'est-à-dire l'amour de l'égalité. Ce n'est point une vertu morale, ni une vertu chrétienne ; c'est la vertu politique ; et celle-ci est le ressort qui fait mouvoir le gouvernement républicain, comme l'honneur est le ressort qui fait mouvoir la monarchie* ».

B. L'essentiel recours aux pouvoirs d'exception

Sans négliger le risque destructeur que représentent des pouvoirs exceptionnels non encadrés par le droit positif, la pensée machiavélo-schmittienne donne d'abord le sentiment de ne pas envisager d'autres modalités d'action en cas de crise, alors même qu'il ne s'agit plus, au sein de l'État se voulant durable, de recourir à un décisionnisme souverain tout à la fois destructeur et fondateur de l'ordre constitutionnel, puisque les deux auteurs cherchent à rétablir ce dernier (1). En un même sens, les théorisations anglo-américaine et française renvoient dans un premier temps à l'exercice d'une prérogative sans bornes juridiques (2).

1. L'impossible secours des pouvoirs ordinaires

Confronté à l'exception, l'État doit nécessairement trouver les ressources adaptées pour se conserver, ou bien finira par se ruiner. Or, au cœur de cette mise en péril de la république et face à son possible effondrement, Machiavel n'envisage le rétablissement de l'État qu'au travers de pouvoirs exceptionnels. En effet, comme le rappelle Pocock, le moment machiavélien est celui qui, précisément dans la sphère étatique, révèle une opposition entre *fortuna* et *virtù*. La première, caractérisée par une imprévisibilité de survenue, met en péril la survie de la république, et par conséquent appelle un pouvoir permettant que cette *fortuna* soit « tenue en bride »¹⁷⁹⁸. À cet égard, la *virtù* politique détenue par l'Exécutif peut s'entendre comme cet « art de faire face à l'événement contingent, [...] de faire face à la fortuna en tant que force qui dirige ce genre d'événements et symbolise de la sorte la contingence pure, incontrôlée »¹⁷⁹⁹. Ainsi, la république confrontée à de tels moments ne peut se maintenir efficacement qu'en recourant à des pouvoirs exceptionnels, c'est-à-dire à une *virtù* qui s'adapte en temps réel à une *fortuna* précisément exceptionnelle et imprévisible du droit. À ce titre, la *virtù* libère alors elle aussi nécessairement ces « séquences de contingence, qui échappent à notre prévision ou à notre contrôle »¹⁸⁰⁰. En ce sens, les pouvoirs d'exception sont les seuls qui, puisqu'ils s'ajustent à l'exception, permettent de l'endiguer. Mais de prime abord, cela suppose que comme l'exception elle-même, ils ne puissent être déduits d'un droit positif préalable. C'est dans

¹⁷⁹⁸ J.G.A. POCKOCK, *Le moment machiavélien*, P.U.F., 1997, p. 173.

¹⁷⁹⁹ *Id.*, p. 167.

¹⁸⁰⁰ *Id.*, p. 178-179.

cette même idée que le juriste allemand souligne qu'au sein de l'État, « *ni les cas d'exception ni les états d'exception ne peuvent être réglés par la routine quotidienne* »¹⁸⁰¹. Là encore, il s'agit de compétences n'étant pas fondées sur des normes applicables en temps normal, puisque seuls des pouvoirs s'adaptant à l'imprévu peuvent véritablement endiguer l'exception. En d'autres termes, l'on observe bien ici cette sorte d'« *éclipse du droit* »¹⁸⁰², pourtant « *posée comme nécessaire à son maintien* »¹⁸⁰³ et donc au rétablissement de l'État dans son ordre normal.

2. L'exercice d'une prérogative sans bornes juridiques

D'une semblable manière, l'on observe dans la pensée anglaise ce nécessaire recours à des pouvoirs exceptionnels, seuls capables d'apporter une réponse idoine aux situations d'exception afin de rétablir la situation normale. Dans cette perspective, Locke considère qu'au sein de l'État fondé, la stabilité étatique relève de pouvoirs appartenant essentiellement à l'Exécutif, les « *législateurs n'étant pas capables de prévoir tout, ni de pourvoir, par des lois, à tout ce qui peut être utile et nécessaire à la communauté* »¹⁸⁰⁴. Ainsi, « *dans les gouvernements bien réglés, le bien de la société demande qu'on laisse quantité de choses à la discrétion de celui qui a le pouvoir exécutif* »¹⁸⁰⁵. Dès lors qu'il est « *impossible de prévoir tout, et de pourvoir, par des lois, à tous les accidents et à toutes les nécessités qui peuvent concerner le bien public* »¹⁸⁰⁶, les survenues de situations exceptionnelles doivent être uniquement prises en charge par la promptitude du pouvoir exécutif, et celui-ci doit disposer d'une « *grande liberté* »¹⁸⁰⁷, laissant « *à sa discrétion et à sa prudence bien des choses dont les lois ne disent rien* »¹⁸⁰⁸. Or, de tels pouvoirs, puisqu'ils s'adaptent à des situations imprévisibles du droit – « *selon que les conjonctures et les affaires de l'État* »¹⁸⁰⁹ le demandent –, relèvent effectivement d'une forme d'exceptionnalité. De fait, ils agissent dans un cadre non préalablement envisagé par les

¹⁸⁰¹ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 250.

¹⁸⁰² Jean-Claude MONOD, « La radicalité constituante (Negri, Balibar, Agamben) ou peut-on lire Schmitt de droite à gauche ? », *Mouvements*, n° 37, janvier-février 2004, p. 86.

¹⁸⁰³ *Ibid.*

¹⁸⁰⁴ John LOCKE, *Traité du gouvernement civil – Du gouvernement civil, de sa véritable origine, de son étendue et de sa fin*, édition électronique de 2002, p. 96.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*

¹⁸⁰⁶ *Id.*, p. 97.

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*

¹⁸⁰⁹ *Id.*, p. 94.

normes positives et surtout, quand bien même celles-ci « *auraient prescrit ce qui doit se faire en ces sortes de cas* »¹⁸¹⁰, elles peuvent « *nuire fort à l'État* »¹⁸¹¹, tant il y a d'éventualités pour lesquelles le droit ne saurait appliquer la juste prescription. Ainsi, « *les lois mêmes, doivent, en certains cas, céder au pouvoir exécutif* »¹⁸¹². Se révèle ici une compétence non réellement prévue ni encadrée par le droit positif, la prérogative, précisément définie comme un « *pouvoir qui a été remis entre les mains du Prince, afin qu'il pourvût au bien public dans des cas qui dépendent de conjonctures et de circonstances imprévues et incertaines* »¹⁸¹³, pendant lesquelles « *des lois fixes et inviolables ne sauraient sûrement servir de règle* »¹⁸¹⁴. Mais un tel pouvoir vise avant toute chose à rétablir l'ordre normal, et donc à restaurer et « *affermir le gouvernement sur ses fondements véritables* »¹⁸¹⁵. Dans une même logique, l'on relève que la pensée constitutionnelle américaine ne confère qu'aux seuls pouvoirs exceptionnels cette capacité de dominer l'exception pour parvenir à rétablir la situation normale. Ainsi Hamilton affirme-t-il que les pouvoirs exécutifs doivent être adaptés aux missions leur étant attribuées. Parmi celles-ci, le « *gouvernement fédéral [est] chargé du soin de la défense commune* »¹⁸¹⁶, c'est-à-dire qu'il doit à tout instant prendre en charge la survenue de cas pouvant porter atteinte à la « *sûreté publique* »¹⁸¹⁷, et donc précisément régir les situations d'exception. À ce titre, il est nécessaire que « *les moyens [soient] proportionnés à la fin* »¹⁸¹⁸. Mais cette proportionnalité semble ne pas être envisagée en termes de restrictions prévues par la loi, puisqu'il est question de s'adapter à une exceptionnalité qui agit par principe en dehors de toute proportion, de toute prévisibilité. De ce fait, le « *gouvernement doit être investi de tous les pouvoirs nécessaires pour remplir les fonctions qui lui sont confiées* »¹⁸¹⁹. Et sauf à démontrer « *que les circonstances qui intéressent la sûreté publique peuvent être comprises dans des bornes déterminées* »¹⁸²⁰, il faut logiquement admettre « *comme une conséquence nécessaire, l'impossibilité de donner des bornes à l'autorité chargée de la*

¹⁸¹⁰ *Ibid.*

¹⁸¹¹ *Ibid.*

¹⁸¹² *Id.*, p. 96.

¹⁸¹³ *Id.*, p. 95.

¹⁸¹⁴ *Ibid.*

¹⁸¹⁵ *Ibid.*

¹⁸¹⁶ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 179.

¹⁸¹⁷ *Id.*, p. 181.

¹⁸¹⁸ *Id.*, p. 179.

¹⁸¹⁹ *Ibid.*

¹⁸²⁰ *Ibid.*

défense et de la protection de la communauté, sur aucun des points essentiels à son efficacité »¹⁸²¹. Il s'agit bien ici de pouvoirs purement exceptionnels, qui s'adaptent à la situation de crise qu'ils doivent régir, ainsi que le prouvent les itérations de Publius : « les circonstances, qui mettent en danger la sûreté des nations, sont infinies ; ainsi, on ne peut raisonnablement établir des entraves au pouvoir à qui le soin en est confié. Ce pouvoir doit s'étendre à toutes les combinaisons possibles de ces circonstances »¹⁸²². Comme chez Machiavel et Schmitt, il est possible de retrouver les caractéristiques essentielles de pouvoirs qui « doivent être sans bornes, parce qu'il est impossible de prévoir ou de fixer l'étendue et la variété des moyens nécessaires pour [...] satisfaire »¹⁸²³ au rétablissement de la situation normale. On peut encore constater, dans la pensée française, que le phénomène d'exception oblige l'État à trouver des ressources particulières s'il souhaite son rétablissement, ou bien il demeurera inactif et courra à sa perte. Serge Audier relève à ce titre que chez Montesquieu, la fragilité étatique, notamment engendrée par les situations exceptionnelles, porte les républiques « vers deux évolutions possibles : ou être soumises, ou devenir conquérantes »¹⁸²⁴. Montesquieu, lui-même, relève ces situations où « la constitution de l'État est telle qu'il a besoin d'une magistrature qui ait un pouvoir exorbitant »¹⁸²⁵, soutenant l'idée que seuls peuvent être efficaces des pouvoirs extraordinaires en telle situation. La caractérisation de pouvoirs exceptionnels libérés du droit positif est d'autant plus présente que Montesquieu compare ces compétences à celles du dictateur romain¹⁸²⁶. Il rappelle ainsi, comme dans le cadre anglo-américain, qu'il s'agit d'un pouvoir s'ajustant à l'exception et donc nécessairement libre, c'est-à-dire uniquement et « toujours créé pour un cas imprévu »¹⁸²⁷, établi « pour une seule affaire »¹⁸²⁸, étant par conséquent déterminé par « une autorité sans bornes [...] à raison de cette affaire »¹⁸²⁹, et visant à « rame[ner] violemment l'État à la liberté »¹⁸³⁰, c'est-à-dire dans sa situation républicaine normale.

¹⁸²¹ *Ibid.*

¹⁸²² *Ibid.*

¹⁸²³ *Ibid.*

¹⁸²⁴ Serge AUDIER, *Les théories de la république*, La découverte, 2015, p. 31.

¹⁸²⁵ Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 29.

¹⁸²⁶ *Ibid.*

¹⁸²⁷ *Ibid.*

¹⁸²⁸ *Ibid.*

¹⁸²⁹ *Ibid.*

¹⁸³⁰ *Ibid.*

S'il a été vu, dans la première partie de ces travaux, la nécessaire mise en œuvre de pouvoirs d'exception dans le cadre de la fondation étatique, ceux-ci apparaissent encore indispensables au sein de l'État fondé, lorsque surgissent des situations imprévues mettant en péril l'ordre étatique. À ce titre, de tels pouvoirs semblent alors capables d'instaurer une situation normale fondatrice, mais aussi de restaurer l'ordre normal, par la suite, au sein du cadre étatique. Pourtant, il s'agit d'observer qu'en l'occurrence, ils ne peuvent recouvrir la même nature lorsqu'il s'agit de rétablir cet ordre normal.

§ 2. La nécessaire prévisibilité juridique de pouvoirs cantonnés aux situations de crise

Au-delà d'un systématique recours au pur décisionnisme, la pensée machiavélo-schmittienne révèle finalement une alternative à laquelle semble souscrire le droit anglo-américain et français. En effet, l'impossible recours aux pouvoirs d'instauration (A) alors même que l'État vise sa restauration, suggère un juspositivisme prévoyant, afin de les réguler, de tels pouvoirs (B).

A. Un pur décisionnisme préjudiciable au rétablissement de la situation normale

La décision souveraine, dont on a vu que la caractéristique essentielle résidait dans une capacité normative¹⁸³¹ propre à fonder un nouvel ordre juridique en cas d'exception, ne peut être que préjudiciable à l'État qui, menacé d'effondrement, cherche à rétablir sa normalité antérieure plutôt qu'à en instaurer une nouvelle. Le danger d'un tel décisionnisme est perçu par Machiavel et Schmitt (1), autant que par les penseurs anglais, américains et français (2).

1. Le rejet de la décision souveraine

Si l'État requiert, au stade de sa fondation, puis lorsqu'il est fondé, la mise en œuvre de pouvoirs exceptionnels, il faut néanmoins tenter d'opérer une distinction, dès lors qu'ils agissent dans des contextes différents. En effet, si les présupposés des deux auteurs suggèrent d'abord l'éradication de l'ordre juridique ancien afin d'accomplir la fondation de l'État nouveau, dès lors que ce dernier est fondé, il s'agit de lui permettre de se maintenir malgré les crises, et les pouvoirs exceptionnels ne s'envisagent alors plus comme une

¹⁸³¹ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A.

décision souveraine fondatrice et novatrice, mais bien comme restaurateurs d'un ordre fondé par elle. Autrement dit, de tels pouvoirs diffèrent en fonction de ces deux hypothèses parce qu'ils ne visent pas les mêmes fins.

Au-delà d'une apparente compréhension unique des pouvoirs exceptionnels, l'on retrouve chez Machiavel, cette nécessaire distinction à opérer en fonction des situations. Ainsi, le recours au pur décisionnisme, libéré d'entrave positive, apparaît comme un risque pour l'État fondé et sa constitution, car rien n'empêche alors les pouvoirs exceptionnels d'éradiquer l'ordre juridique établi, tant l'on sait que « *l'habitude de violer la constitution pour faire le bien autorise ensuite à la violer pour déguiser le mal* »¹⁸³² pouvant ruiner l'État. En ce sens, Machiavel précise que « *ce n'est pas la violence qui restaure, mais la violence qui ruine, qu'il faut condamner* »¹⁸³³, car au sein de l'État, il est question de rétablir l'ordre juridique, et non plus de l'anéantir. S'il évoque donc à chaque fois la mise en œuvre de pouvoirs forts, la capacité destructrice d'un pur décisionnisme semble proscrite au sein de l'État, au bénéfice d'un pouvoir capable de rétablissement. Schmitt opère également une différenciation dans les moyens à employer en fonction des situations. Il distingue entre une pure décision souveraine constituante, ce « *pouvoir fondateur* »¹⁸³⁴ qui n'est « *jamais saisi par la constitution* »¹⁸³⁵, et un pouvoir qui, bien que suspendant « *in concreto la constitution* »¹⁸³⁶, ne le fait que pour « *prot[é]ge[r] une constitution donnée contre l'attaque qui menace de l'abolir* »¹⁸³⁷. En ce sens, Schmitt constate – sans qu'il y souscrive systématiquement – qu'au sein de l'État visant à se maintenir, la mise en œuvre de la décision souveraine apparaît comme un risque car en l'occurrence, il s'agit de préserver l'ordre juridique de l'État contre ce qui pourrait l'anéantir. En effet, chez l'auteur, un tel décisionnisme vise précisément « *la négation totale de la constitution en vigueur* »¹⁸³⁸. En d'autres termes, l'emploi de la décision souveraine au sein d'un État qui, confronté à l'exception, cherche son maintien, représenterait un danger similaire, voire

¹⁸³² Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 457-458.

¹⁸³³ *Id.*, p. 405.

¹⁸³⁴ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 143.

¹⁸³⁵ *Ibid.*

¹⁸³⁶ *Id.*, p. 141.

¹⁸³⁷ *Id.*, p. 142.

¹⁸³⁸ *Id.*, p. 143.

supérieur¹⁸³⁹ à la crise qui le menace. Les deux auteurs constatent, d'une même voix, le risque de recourir au sein de l'État fondé à des pouvoirs de même nature que ceux ayant permis la fondation étatique.

2. Un remède pire que le mal

Les pensées anglo-américaine et française semblent, elles aussi, voir en la décision souveraine prise en tant que telle, un moyen préjudiciable au rétablissement de la situation normale. De fait, l'on constate de la même manière, que l'absence de limites de droit positif caractérisant ce décisionnisme – le rendant néanmoins capable d'efficacité en s'adaptant parfaitement à la difficile prévisibilité juridique de l'exception – peut muter en un anéantissement de l'ordre constitutionnel, menant à un impossible rétablissement de la situation normale, elle-même fondée sur cet ordre.

Tout en revendiquant la nécessité de pouvoirs exceptionnels, la pensée anglaise reconnaît une contradiction dans l'approche qu'elle en fait. Il a été vu, avec Locke, le possible rapprochement entre de tels pouvoirs et la prérogative. Bien que salvatrice, elle demeure un danger puisque sa propension à s'affranchir des règles de droit la rend capable de détruire la norme suprême de l'ordre juridique menacé par l'exception, au point que devienne impossible le rétablissement de la situation normale. Ainsi, lors de ses analyses de la prérogative dans le constitutionnalisme anglais, Albert Venn Dicey constate qu'elle consiste en une « *autorité discrétionnaire ou arbitraire laissée à la Couronne* »¹⁸⁴⁰, sans cadre juridique réel, et dont la « *supériorité* »¹⁸⁴¹ permet de « *suspendre l'application des lois* »¹⁸⁴², voire de s'affirmer « *contre la loi ordinaire du pays* »¹⁸⁴³. Or, c'est précisément cette absence de limitation, cette faculté d'agir « *contre les lois* »¹⁸⁴⁴, qui crée un risque pour le rétablissement de la république, car de ce fait, « *la prérogative menace en même*

¹⁸³⁹ En effet, alors que la survenue d'une situation exceptionnelle peut être surmontée, permettant le retour à la normalité étatique, le pur décisionnisme, plus qu'une menace, signifie l'éradication de cet ordre normal, pour le remplacer par un autre. En ce sens, il faut encore souligner que ce décisionnisme ne restaure jamais, mais vise toujours l'instauration d'un nouvel ordre constitutionnel.

¹⁸⁴⁰ Albert Venn DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Liberty Fund, 1982, p. 20 (notre traduction).

¹⁸⁴¹ *Ibid.*

¹⁸⁴² *Ibid.*

¹⁸⁴³ *Ibid.*

¹⁸⁴⁴ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 228-229. Denis Baranger reprend ici la conception de Locke. Voir sur ce point : John LOCKE, *Traité du gouvernement civil – Du gouvernement civil, de sa véritable origine, de son étendue et de sa fin*, édition électronique de 2002, chap. XIV : « *De la Prérogative* », p. 96-100.

temps les deux piliers du droit de la Constitution britannique aux yeux de Dicey : la souveraineté du Parlement et le règne de la common law »¹⁸⁴⁵. De même, la pensée développée par Publius semble confrontée à un paradoxe concernant la nature des pouvoirs d'exception. Il a été vu combien les insistance de Hamilton renvoyaient à la nécessité de pouvoirs exécutifs sans bornes au sein d'une république subissant une situation exceptionnelle, allant jusqu'à affirmer qu'il « *est insensé et dangereux de refuser au gouvernement fédéral une autorité sans bornes, quant à tous les objets confiés à ses soins* »¹⁸⁴⁶. Pourtant, dans le même ouvrage, Madison – partageant néanmoins avec Hamilton, ainsi que l'illustre *Le Fédéraliste*, nombre de conceptions constitutionnelles – semble faire preuve d'une mesure qui s'oppose à l'absence de bornes caractérisant les pouvoirs exécutifs d'exception¹⁸⁴⁷ de son coauteur. En effet, ironisant sur les moyens à mettre en œuvre en cas de troubles et factions générateurs d'exceptions au sein de la Fédération, il propose deux méthodes. La « *première est de détruire la liberté, essentielle à leur existence ; la seconde de donner à tous les citoyens les mêmes opinions, les mêmes passions et les mêmes intérêts* »¹⁸⁴⁸. Or, ces deux modalités renvoient clairement à un pur décisionnisme qui, caractérisant l'ennemi comme créateur de l'exception, l'élimine en le privant de libertés¹⁸⁴⁹ d'une part, et vise d'autre part à fonder une communauté homogène d'amis, source d'une unité politique excluant toute diversité¹⁸⁵⁰. C'est bien à ce décisionnisme sans bornes juridiques que Madison s'oppose, considérant que « *du premier remède, jamais il ne serait plus vrai de dire qu'il est pire que le*

¹⁸⁴⁵ *Id.*, p. 239.

¹⁸⁴⁶ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 182.

¹⁸⁴⁷ L'on note d'ailleurs en ce sens une certaine méfiance à l'égard de l'Exécutif, particulièrement chez les opposants à la Fédération de 1787, mais aussi au sein de l'opinion publique, craignant l'accroissement du pouvoir central (et précisément exécutif), au travers du renforcement de l'Union. Voir en ce sens : Jean-Éric BRANEA. *La Constitution américaine et les institutions*, Ellipses, 2006, p. 59 : « *Dès le début de la République, les Américains se méfiaient de la puissance supposée de l'Exécutif. Ils voulaient éviter que le président des États-Unis soit un nouveau monarque et tentèrent de limiter son pouvoir* ».

¹⁸⁴⁸ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 68.

¹⁸⁴⁹ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 1, B.

¹⁸⁵⁰ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 1, A. Sur ce point et celui visé à la note précédente, le décisionnisme anglo-américain et français mène aux échecs constitutionnels survenus en 1688-89 (après l'effondrement du premier *Commonwealth*, du Protectorat puis de la restauration monarchique des Stuarts), 1787 (avec l'abrogation des Articles de la Confédération) et lors des premières tentatives constitutionnelles jouxtant la Révolution française, avec par exemple la Constitution du 22 août 1795. Cela vient justement de ce que ce décisionnisme procède à une instrumentalisation de la loi, visant à priver certains membres du corps social de libertés individuelle et politique, et produit une unité politique exclusive (au sens où elle exclut), proche des conceptions schmittiennes. Par son opposition, Madison renonce donc à l'exercice d'un pur décisionnisme au sein de l'État, dès lors que sa présence produit des lois destructrices de la stabilité républicaine.

mal »¹⁸⁵¹ – c'est-à-dire en l'espèce pire que la situation d'exception elle-même – et affirmant que « *le second moyen est aussi impraticable que le premier serait insensé* »¹⁸⁵². D'une même manière, Montesquieu décèle le risque d'un décisionnisme sans bornes au sein de l'ordre étatique, capable d'anéantir le modèle de gouvernement. En ce sens, il souligne qu'« *une autorité exorbitante, donnée tout à coup à un citoyen dans une république* »¹⁸⁵³, tend à « *former une monarchie* »¹⁸⁵⁴, voire un système plus éloigné encore du modèle républicain. Un décisionnisme non borné, « *que les lois [n'ont] point prévu* »¹⁸⁵⁵ ni délimité, peut donc aisément anéantir la république, dès lors que ne l'ayant pas envisagé, les lois « *n'ont rien [prévu] pour l'arrêter* »¹⁸⁵⁶. De toute part, l'on relève le risque encouru par la république de souscrire à l'usage d'un décisionnisme certes efficace, mais dont le champ d'action, parce que illimité, est propre à détruire l'ordre constitutionnel qu'il s'agit justement de restaurer pour recouvrer la situation normale.

B. L'indispensable positivation des pouvoirs de crise

Non prévus par le droit positif, les pouvoirs exceptionnels s'apparentent à la décision souveraine. N'étant par conséquent pas limités juridiquement, ils peuvent aisément anéantir l'ordre constitutionnel affaibli par l'exception pour lui en substituer un autre. Mais dans ce cadre de l'État visant sa pérennité, il s'agit davantage de rétablir cet ordre que d'en fonder un nouveau. Pour ce faire, l'inscription des pouvoirs exceptionnels dans le droit positif apporte deux éléments favorisant un tel rétablissement : d'une part, ces pouvoirs sont prévus d'avance car inscrits au sein de la norme, et d'autre part, peuvent ainsi être limités à la seule situation d'exception. Ce double élément apparaît, dans la pensée machiavélo-schmittienne, mais aussi dans le cadre anglo-américain et français, comme le meilleur moyen de résoudre cette contradiction des pouvoirs d'exception, et donc d'empêcher qu'ils puissent abolir cet ordre visant sa pérennité. Si les premiers envisagent cette inscription uniquement au sein de la constitution (1), les seconds ajoutent une possible insertion dans la sphère législative (2).

¹⁸⁵¹ *Ibid.*

¹⁸⁵² *Ibid.*

¹⁸⁵³ Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 29.

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵⁵ *Ibid.*

¹⁸⁵⁶ *Ibid.*

1. Une institution d'exception créée par la constitution

L'idée d'une capacité à anticiper la survenue d'une situation exceptionnelle au sein de l'État semble illusoire. Si l'auteur de Florence aborde parfois l'importance « *pour une république ou un prince [de] prévoir d'avance les événements et les temps qui peuvent leur être contraires* »¹⁸⁵⁷, il faut relever néanmoins que cela concerne davantage la principauté¹⁸⁵⁸ que le gouvernement républicain. D'une manière plus tranchée, la pensée schmittienne demeure attachée, même dans l'État cerné par le droit positif, à cette stochastique¹⁸⁵⁹ absolue de l'exception, soulignant que le fait de prévoir une crise ne signifie en rien anticiper sa nature et sa manifestation, mais renvoie seulement à envisager la perspective de sa possible réalisation¹⁸⁶⁰. Ils précisent uniquement que l'exception est constituée lorsqu'une situation bouleverse l'applicabilité du droit relevant de la normalité, et provoque un péril pour l'État. Tous deux semblent admettre par voie de conséquence que la préservation de l'État en cas de crise ne relève pas tant d'une prévisibilité des cas potentiels d'exception que d'une anticipation – juridique – des pouvoirs à lui appliquer. À ce titre, Machiavel suggère des pouvoirs constitutionnels d'exception, quand Schmitt propose le recours à la dictature de commissaire.

Machiavel affirme que pour faire face aux crises, les républiques doivent prévoir en leur droit le déclenchement d'un cadre juridique d'exception. Ainsi, « *toutes les républiques doivent avoir dans leur constitution une pareille institution* »¹⁸⁶¹. Il établit ici

¹⁸⁵⁷ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 452.

¹⁸⁵⁸ Voir en ce sens : Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, p. 45. C'est particulièrement dans les principautés mixtes qu'il est essentiel de prévoir la survenue de « *désordres à leur naissance* », car le prince y affronte une pluralité d'ennemis. Cette prévisibilité apparaît, chez Machiavel, plus évidente dans la principauté ou dans la monarchie, dès lors que le pouvoir souverain peut, davantage que dans la république, exercer une autorité contraignante, restrictive de libertés, circonscrire et limiter par la force les volontés individuelles.

¹⁸⁵⁹ L'idée de stochastique renvoie à un événement qui relève pleinement ou partiellement du hasard et de l'aléa, par opposition à toute détermination préalable. Ce terme est notamment employé par François Saint-Bonnet (François SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, P.U.F., 2001, p.1), qui relève qu'au contact de la situation exceptionnelle, la norme trébuche au contact de l'imprévu. Il faut alors constater que, nécessairement, « *la norme bute devant la stochastique* ».

¹⁸⁶⁰ Voir sur ce point : Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 231. L'auteur explique que la seule prévisibilité d'exception faite par le droit se réduit à « *laisser subsister une "lacune" dans la constitution* », sans que celle-ci définisse pour autant le type d'exception pouvant surgir, cette dernière relevant du « *cas totalement imprévu* ». Voir en un même sens : Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 24 : « *À l'évidence, la tendance de l'État de droit à régler si possible dans le détail la situation exceptionnelle signifie rien de moins qu'une tentative de description précise du cas où le droit se suspend lui-même* ». Là encore, l'idée d'une lacune supposant une suspension du droit renvoie à la difficulté de ce dernier à anticiper parfaitement la nature et la manifestation de l'exception.

¹⁸⁶¹ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 457.

une relation entre l'encadrement juridique des pouvoirs d'exception circonscrits à la sphère exceptionnelle, et le possible rétablissement de l'État dans son ordre antérieur. C'est en ce sens d'ailleurs qu'il souligne que « *les cités organisées en république ne peuvent guère, sans cette institution, sortir des crises les plus redoutables* »¹⁸⁶². En effet, celles qui, « *dans les dangers imminents, n'ont pas recours à [cette] institution, doivent y succomber infailliblement* »¹⁸⁶³. Mais *a contrario*, une république prévoyant constitutionnellement une telle institution, et la cantonnant strictement à « *l'affaire pour laquelle elle [a] été créée* »¹⁸⁶⁴, apparaîtra justement capable de se préserver en cas de péril, puisque « *la dictature, tant qu'elle [est] conférée par la loi et non par la violence [produit] toujours les plus grands biens* »¹⁸⁶⁵. Alors que le recours à des pouvoirs non prévus par le droit peut entraîner l'effondrement de l'État, leur prévisibilité juridique permet de les affecter à la seule situation d'exception, afin de mener au rétablissement de l'État. Cette acception positive permet par exemple d'empêcher l'Exécutif « *d'altérer la forme du gouvernement* »¹⁸⁶⁶ ou de « *détruire l'ancienne constitution* »¹⁸⁶⁷. Ces pouvoirs sont en outre privés de toute force normative puisqu'ils ne peuvent en « *établir une nouvelle* »¹⁸⁶⁸. Toute analogie avec le constitutionnalisme de l'auteur allemand apparaît ici périlleuse, tant l'on sait combien il place, au centre de sa réflexion, un décisionnisme purement souverain devenant – ainsi que l'explique Carlos-Miguel Herrera – la véritable « *matrice de [sa] pensée* »¹⁸⁶⁹, puisque c'est « *à travers lui que sont reliées toutes ses thématiques* »¹⁸⁷⁰. Pourtant, l'on ne peut s'empêcher – notamment lorsqu'il explique que « *dans chaque atome du droit [...] une instruction supposant une situation anormale sera toujours distinguée du droit tel qu'il doit s'appliquer dans la situation concrète normale* »¹⁸⁷¹ – d'envisager chez lui la possibilité de pouvoirs exceptionnels prévus par le droit positif. Schmitt semble en effet différencier plusieurs types de pouvoirs exceptionnels

¹⁸⁶² *Ibid.*

¹⁸⁶³ *Id.*, p. 458.

¹⁸⁶⁴ *Id.*, p. 457.

¹⁸⁶⁵ *Id.*, p. 456.

¹⁸⁶⁶ *Id.*, p. 457. Machiavel s'inspire ici largement et adhère aux principes de la dictature romaine classique, qu'il distingue de la dictature sylla-césarienne. C'est un point de vue que l'on discutera vivement, cf. *infra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, A, (fin du) 2.

¹⁸⁶⁷ *Ibid.*

¹⁸⁶⁸ *Id.*, p. 459 : le « *dictateur* » ne peut « *lui-même faire des lois* ».

¹⁸⁶⁹ Carlos-Miguel HERRERA, « Décisionnisme », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 348.

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*

¹⁸⁷¹ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 251.

lorsqu'il s'intéresse au schéma d'une réglementation de l'état d'exception conforme aux principes de l'État de droit¹⁸⁷², dont la caractéristique est de chercher à se maintenir en cas de crise. D'une part, il constate que le « *droit public de nécessité* »¹⁸⁷³ repose sur l'idée que « *dans un cas extrême, imprévu, un organe quelconque de l'État [...] agit hors des [...] dispositions constitutionnelles* »¹⁸⁷⁴, et que son invocation pourrait mener à « *abolir la constitution et [à] en établir une autre* »¹⁸⁷⁵. De telles compétences ne sont donc pas prévues par le droit, et peuvent même agir à son encontre, de sorte que l'ordre constitutionnel peut être anéanti¹⁸⁷⁶. D'autre part, la « *dictature de commissaire* »¹⁸⁷⁷ se distingue de ce droit public de nécessité « *parce que, sur le plan conceptuel, elle est une compétence prévue* »¹⁸⁷⁸ par le droit positif, et parce qu'il n'est pas, avec elle, « *question [...] d'abolir la constitution* »¹⁸⁷⁹, mais plutôt de « *protéger cette même constitution* »¹⁸⁸⁰. Comme chez Machiavel, de tels pouvoirs sont d'un côté prévus à l'avance par le droit positif, rapprochant en l'espèce les deux auteurs autour de l'idée selon laquelle « *le dictateur est toujours un organe républicain, extraordinaire certes, mais toujours constitutionnel* »¹⁸⁸¹. D'un autre côté, ces pouvoirs sont soumis par la loi « *à une délimitation des conditions* »¹⁸⁸² de leur déclenchement. Ils ne peuvent en effet agir qu'en situation exceptionnelle – où la survie de l'État est en péril –, définie comme cas de grave danger, de guerre ou d'insurrection¹⁸⁸³. Pour faire une analogie avec la définition de l'État de droit donnée par Pierre Avril et Jean Gicquel, « *les circonstances de crise laissent subsister la supériorité de la loi* »¹⁸⁸⁴. L'auteur allemand constate d'ailleurs le développement au cours du XIX^e siècle, par l'État de droit, d'une volonté de définition de l'exception comme situation de danger, à laquelle doit précisément s'appliquer une

¹⁸⁷² *Id.*, p. 255-259.

¹⁸⁷³ *Id.*, p. 230.

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*

¹⁸⁷⁵ *Id.*, p. 231.

¹⁸⁷⁶ *Id.*, p. 230. Et ce bien qu'en théorie un tel droit public de nécessité vise à « *sauver l'existence de l'État* » (*ibid.*).

¹⁸⁷⁷ *Id.*, p. 237.

¹⁸⁷⁸ *Id.*, p. 231.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁸⁰ *Id.*, p. 141-142.

¹⁸⁸¹ *Id.*, p. 27.

¹⁸⁸² *Id.*, p. 255.

¹⁸⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁸⁴ Pierre AVRIL, Jean, GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, P.U.F., 2016, p. 99 (les auteurs soulignent).

réglementation de « *l'état de guerre, [et de] l'état de siège* »¹⁸⁸⁵, prenant « *les traits d'une véritable institution juridique* »¹⁸⁸⁶. Le juriste se fonde, pour donner une dimension concrète à sa distinction¹⁸⁸⁷, sur la Constitution de Weimar de 1919¹⁸⁸⁸, dont l'article 48 alinéa 2 prévoit de confier au président du Reich des pouvoirs d'exception « *lorsque la sûreté et l'ordre public sont gravement troublés ou compromis au sein du Reich* »¹⁸⁸⁹. Schmitt précise que cet article « *réglemente l'état d'exception en tant qu'institution juridique constitutionnelle* »¹⁸⁹⁰, et qu'il ne peut en aucun cas résulter de son interprétation « *une sorte de droit au coup d'État* »¹⁸⁹¹, permettant alors d'écarter « *toute confusion avec le droit public de nécessité* »¹⁸⁹² ainsi que la menace qu'il représente. À ce titre, il faut constater la nette distinction entre la « *dictature souveraine [...] tout à fait incompatible avec une constitution conforme à l'État de droit* »¹⁸⁹³ et la dictature de commissaire, qui précisément s'y insère dès lors que le droit prévoit son action, et la limite aux seules situations d'exception.

Que l'on s'en remette à Machiavel ou à Schmitt, il faut constater d'une même manière que l'inscription de l'institution d'exception dans le cadre constitutionnel, ne s'exerçant qu'en situation dangereuse, évite que l'action des pouvoirs de crise au sein de l'État lui soit préjudiciable. De fait, cela permet de préserver la loi fondamentale des plus graves atteintes, favorisant alors le rétablissement de l'ordre antérieur – que précisément cette constitution soutient –, au terme de l'exception. Il s'agit donc d'une inversion totale de perspective par rapport à la nature des pouvoirs exceptionnels fondateurs, évoqués en première partie, dont la spécificité était justement de n'être ni prévus ni contrôlés par le droit positif, puisqu'ils s'appliquaient lorsque ce dernier, dérouté par l'exception, ne le

¹⁸⁸⁵ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 235.

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁸⁷ On relèvera néanmoins, comme souvent, une certaine ambivalence chez Schmitt. En effet, si la disposition de l'article 48, al. 2 renvoie à une dictature de commissaire « *du seul fait que la Constitution est entrée en vigueur* » (*id.*, p. 237) et que par conséquent des tels pouvoirs relèvent d'une prévisibilité juridique, cette même disposition est « *intentionnellement dotée de pouvoirs très larges, de sorte que, sur le fond, et non certes quant à son fondement juridique, elle opère comme une dictature souveraine* » (*ibid.*), finalement proche des pouvoirs supposés par le droit public de nécessité.

¹⁸⁸⁸ Allemagne, *Verfassung des Deutschen Reiches* (Constitution du Reich allemand), 11 août 1919.

¹⁸⁸⁹ *Id.*, art. 48, al. 2.

¹⁸⁹⁰ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 231.

¹⁸⁹¹ *Ibid.*

¹⁸⁹² *Ibid.*

¹⁸⁹³ *Id.*, p. 234.

pouvait plus¹⁸⁹⁴. Ces pouvoirs, libérés de ce cadre juridique, pouvaient alors aisément anéantir cet ordre afin d'élaborer une constitution nouvelle¹⁸⁹⁵, révélant par là même la capacité normative d'un tel décisionnisme. Au fond, chez ces deux auteurs, la distinction de la nature des pouvoirs exceptionnels s'opère selon qu'ils agissent dans une finalité fondatrice – lors du processus de création de l'État –, ou bien préservatrice, lorsqu'ils s'exercent au sein de l'État visant sa pérennité. C'est cette différenciation que résume clairement François Saint-Bonnet en rappelant que « *dans l'invocation de l'exception, ce qui permet de distinguer l'attitude révolutionnaire de la mise en œuvre de l'état d'exception est la volonté de fonder un ordre (pouvoir constituant) ou de le restaurer (état d'exception)* »¹⁸⁹⁶. Cette volonté de fondation, ou bien de restauration, engage à libérer ou à assortir les pouvoirs exceptionnels d'un cadre juridique, permettant qu'ils soient de nature à anéantir – pour fonder de nouveau – ou à rétablir l'ordre constitutionnel menacé par l'exception.

2. L'inscription des pouvoirs exceptionnels dans le droit positif

La conception anglo-américaine et la pensée française semblent, à l'instar de Machiavel et Schmitt, se heurter à l'imprédictible survenue de la situation exceptionnelle. John Locke rend compte de ce point d'achoppement dans son *Second traité*, expliquant que le législateur, n'étant pas capable de tout envisager par avance¹⁸⁹⁷, doit se prémunir en prévoyant, par la loi, « *la possibilité qu'il ne puisse pas tout prévoir* »¹⁸⁹⁸. En un même sens, les auteurs du *Fédéraliste* admettent : « *Nous sommes donc forcés de reconnaître qu'on ne peut prévenir les causes des factions ; et qu'il n'est d'autre remède que de chercher à en corriger les effets* »¹⁸⁹⁹ lorsqu'elles se présentent. Le constitutionnalisme français, de longue date, fait preuve de la même prudence lorsqu'il se refuse à prédéterminer lui-même les cas d'exception, mais confie à la loi le soin, en fonction des événements et avec largesse, de définir par exemple « *les cas dans lesquels l'état de siège*

¹⁸⁹⁴ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, A.

¹⁸⁹⁵ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 1. On y évoque la fondation d'un nouvel ordre juridique au travers d'un décisionnisme normatif.

¹⁸⁹⁶ François SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, P.U.F., 2001, p. 313.

¹⁸⁹⁷ Voir sur ce point : John LOCKE, *Traité du gouvernement civil – Du gouvernement civil, de sa véritable origine, de son étendue et de sa fin*, édition électronique de 2002, chap. XIV : « *De la Prérogative* », p. 96-100.

¹⁸⁹⁸ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 55. Schmitt renvoie très précisément au chapitre XIV, § 159, de l'ouvrage de Locke (*id.*, p. 96-97).

¹⁸⁹⁹ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 71.

*pourra être déclaré »*¹⁹⁰⁰. Là encore, il faudra observer que le plus utile moyen de préserver l'État en cas de crise semble être d'en contrôler les effets en prévoyant des pouvoirs s'y appliquant, plutôt que d'anticiper son imprévisible manifestation. Cependant, bien que ne pouvant prévoir l'exception se présentant, les évolutions respectives de ces ordres juridiques démontreront néanmoins l'élaboration d'une définition de plus en plus précise de la situation d'exception, comprise comme mettant en jeu la survie de l'État. Ainsi, pour parvenir à restaurer la situation normale, il s'agit de prévoir ces pouvoirs par le droit, et de les affecter à la seule situation exceptionnelle, telle que définie ci-dessus.

Les conceptions anglaises renvoient clairement à cette nécessaire prévisibilité juridique des pouvoirs d'exception, dès lors qu'est recherchée la pérennité étatique. En ce sens, Denis Baranger suggère que « *la vérité du constitutionnalisme, chez Dicey, se trouve dans le fait de contraindre le pouvoir, qui tend à l'exception et à l'extraordinaire (synonymes d'arbitraire) à revenir dans les limites du normal et de l'ordinaire* »¹⁹⁰¹. Il s'agit bien en effet, chez l'auteur anglais, de montrer la nécessité d'enfermer dans la loi les pouvoirs d'exception, et en ce sens, de prévoir par avance leur exercice. Ainsi, il convient d'opérer des « *restrictions sur la prérogative [et donc] sur le pouvoir discrétionnaire de l'Exécutif* »¹⁹⁰², c'est-à-dire que ce pouvoir exceptionnel doit être prévu et limité par le droit positif, de façon à « *isoler la constitution vis-à-vis du politique* »¹⁹⁰³. Une telle distinction suppose, chez Dicey, de cerner les pouvoirs exceptionnels par le droit afin qu'ils soient vidés de leur substance arbitraire, au sens de la pure décision souveraine. Comme l'explique Locke, il s'agit de saisir la prérogative pour « *la déterminer et [...] la borner par des lois positives* »¹⁹⁰⁴ afin qu'elle n'agisse qu'en cas de nécessité. En un même sens, Sidney ne récuse pas « *la nécessité d'un pouvoir souverain* »¹⁹⁰⁵, notamment lorsque survient une situation exceptionnelle, « *mais pour lui, ce pouvoir ne saurait être sans*

¹⁹⁰⁰ France, *Constitution de la Seconde République*, 4 novembre 1848, art. 106.

¹⁹⁰¹ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 180.

¹⁹⁰² Albert Venn DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Liberty Fund, 1982, p. 310 (notre traduction).

¹⁹⁰³ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 184.

¹⁹⁰⁴ John LOCKE, *Traité du gouvernement civil – Du gouvernement civil, de sa véritable origine, de son étendue et de sa fin*, édition électronique de 2002, p. 98.

¹⁹⁰⁵ Myriam-Isabelle DUCROCQ, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 159.

limites »¹⁹⁰⁶. Ainsi, « la différence [...] entre les bons et les mauvais gouvernements ne consiste pas en ce que ceux d'une certaine espèce n'ont point de pouvoir arbitraire et que les autres l'ont »¹⁹⁰⁷, mais dans le fait que les meilleurs gouvernements « prescrivent aux magistrats [au sens de l'Exécutif] des bornes qu'il leur est très difficile de passer »¹⁹⁰⁸. Puisque inscrits dans la loi, les pouvoirs d'exception semblent ne pouvoir porter atteinte à la constitution au point de rendre impossible le rétablissement de la situation normale. Le *Bill of Rights* de 1689 illustre clairement cette volonté. En effet, il prévoit effectivement le déclenchement de pouvoirs exceptionnels, et à la fois en conditionne l'exercice à des situations d'exception déterminées par le pouvoir législatif, puisque tout « pouvoir de l'autorité royale de suspendre les lois ou l'exécution des lois sans le consentement du Parlement est illégal »¹⁹⁰⁹. Ainsi, de tels pouvoirs semblent n'avoir vocation à agir que dans des cas périlleux, puisque l'entretien par le monarque « d'une armée dans le royaume, en temps de paix, sans le consentement du Parlement, est contraire à la loi »¹⁹¹⁰. Blackstone souligne d'ailleurs qu'une mesure d'exception « ne peut être employée qu'en cas d'extrême urgence »¹⁹¹¹. On peut finalement remarquer, avec Carl Schmitt, que « la question des commissions royales [est] réglée par le *Bill of Rights* »¹⁹¹², car ce texte de 1689 cherche, après un demi-siècle d'incessants troubles politiques, à assurer une pérennité étatique. Pour ce faire, il prévoit ces pouvoirs puis conditionne leur recours à des situations particulières nécessitant l'accord parlementaire, empêchant le monarque d'en user en toute situation. Le républicanisme américain établit lui aussi un lien entre la préservation de l'État et la prévisibilité juridique des pouvoirs d'exception, ainsi que le soulignent Laurent Bouvet et Thierry Chopin, qui associent la « préoccupation quasi obsessionnelle de la permanence qui caractérise l'idée républicaine »¹⁹¹³ à cette affirmation « que tout ordre politique bien constitué doit se doter d'institutions [...] pour résister aux vicissitudes de la contingence historique »¹⁹¹⁴. Le texte de 1787 met en œuvre une telle logique puisqu'il

¹⁹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁹⁰⁷ Algernon SIDNEY, *Discours sur le gouvernement*, Tome 3, Josse et Langlois, 1793, p. 384.

¹⁹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁹⁰⁹ Angleterre, *Déclaration des droits*, 16 décembre 1689, art. 1^{er}.

¹⁹¹⁰ *Id.*, art. 6.

¹⁹¹¹ William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England 1765-1769*, vol. 1, University of Chicago Press, 1979, p. 132.

¹⁹¹² Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 55.

¹⁹¹³ Laurent BOUVET, Thierry CHOPIN, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Michalon, 1997, p. 18.

¹⁹¹⁴ *Ibid.*

constitutionnalise le déclenchement de l'institution d'exception, confiant au président le commandement en chef de l'armée¹⁹¹⁵ et au Congrès le pouvoir de déclarer la guerre¹⁹¹⁶. De plus, il cantonne les pouvoirs de crise à des situations d'exception définies comme engendrant un danger pour l'État, c'est-à-dire en « *cas de rébellion ou d'invasion, si la sécurité publique l'exige* »¹⁹¹⁷. La pensée française, à travers Jean Bodin notamment, associe également la préservation de l'État à des pouvoirs d'exception nécessairement prévus du droit. Ainsi, l'on peut rappeler que chez ce philosophe, la notion de souveraineté renvoie à « *cette puissance de donner et casser la loi* »¹⁹¹⁸. En ce sens, elle recouvre une capacité fondatrice et destructrice – de « *créer et recréer un droit écrit* »¹⁹¹⁹ –, nécessaire autant que potentiellement préjudiciable à l'État. Mais il distingue ce pouvoir absolu de la « *commission* »¹⁹²⁰, conférée à un « *commissaire [...] qui a charge extraordinaire* »¹⁹²¹. Une telle compétence ne relève pas d'un pouvoir absolu et en ce sens, « *le Dictateur [n'est] pas souverain* »¹⁹²². Il apparaît ici que les pouvoirs applicables à l'exception, dans le cadre d'un État visant à se maintenir, ne peuvent être rattachés à l'idée d'un pouvoir souverain, c'est-à-dire à un pur décisionnisme exempt de limites juridiques. En effet, comme dans la pensée anglo-américaine, cette charge exceptionnelle relève de la règle de droit, puisque le commissaire tient ses pouvoirs d'une « *ordonnance* »¹⁹²³. De plus, il n'intervient qu'en cas d'exception entendue comme situation mettant en péril l'État, lorsqu'il s'agit par exemple de « *faire la guerre* »¹⁹²⁴ ou de « *réprimer une sédition* »¹⁹²⁵. L'histoire constitutionnelle française illustre cette volonté de prévisibilité. Ainsi, la Constitution de la Seconde République précise que seule la « *loi [...] réglera les formes et les effets de [la] mesure* »¹⁹²⁶ d'état de siège, puisque « *la force publique* »¹⁹²⁷, chargée de maintenir et de rétablir

¹⁹¹⁵ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. II, section 2.

¹⁹¹⁶ *Id.*, art. I^{er}, section 8.

¹⁹¹⁷ *Id.*, art. I^{er}, section 9.

¹⁹¹⁸ Jean BODIN, *Les six livres de la République*, Librairie générale française, 1993, p. 162.

¹⁹¹⁹ Olivier BEAUD, « État », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/etat/>].

¹⁹²⁰ Jean BODIN, *Les six livres de la République*, Librairie générale française, 1993, p. 113.

¹⁹²¹ *Id.*, p. 264.

¹⁹²² *Id.*, p. 113.

¹⁹²³ Voir sur ce point : l'analyse précise faite par Schmitt concernant les fondements juridiques de l'activité du fonctionnaire (régulier) et du commissaire (extraordinaire) : Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 47-54, b) « *La définition de la dictature de commissaire chez Bodin* ».

¹⁹²⁴ Jean BODIN, *Les six livres de la République*, Librairie générale française, 1993, p. 113.

¹⁹²⁵ *Ibid.*

¹⁹²⁶ France, *Constitution de la Seconde République*, 4 novembre 1848, art. 106.

¹⁹²⁷ *Id.*, art. 105.

« l'ordre à l'intérieur »¹⁹²⁸, n'agit que « suivant les règles déterminées par le pouvoir législatif »¹⁹²⁹. De nouveau, ces pouvoirs sont donc prévus par le droit, et ne peuvent agir qu'en cas d'exception, précisément lorsque le pouvoir législatif décrète l'état de siège¹⁹³⁰. Cet état fait l'objet d'une définition, puisque ainsi qu'en dispose la loi du 9 août 1849 qui institue l'état de siège, celui-ci ne peut être déclaré « *qu'en cas de péril imminent pour la sécurité intérieure ou extérieure* »¹⁹³¹. Avec davantage de précisions, la loi du 3 avril 1878 dispose qu'il ne s'enclenche « *qu'en cas de péril imminent, résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée* »¹⁹³². Ces conceptions demeurent presque inchangées à ce jour, puisque l'état de siège, dont le déclenchement est régi par l'article 36 de la Constitution, renvoie à la mise en œuvre de pouvoirs toujours régis par la loi¹⁹³³. De plus, cet état est défini par le Code de la défense – via l'article L. 2121-1 entré en vigueur par une ratification du 12 décembre 2005¹⁹³⁴ – comme ne pouvant être déclaré « *qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée* »¹⁹³⁵. L'exception relevant du péril national fait elle aussi l'objet d'une inscription dans le droit. D'une part il prévoit constitutionnellement les pouvoirs dont peut disposer le président de la République en telle situation¹⁹³⁶. D'autre part, il exige que « *les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux* »¹⁹³⁷ soient « *menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels [soit] interrompu* »¹⁹³⁸ pour que soit constitué un tel péril. Au-delà du cadre constitutionnel, il faut remarquer que

¹⁹²⁸ *Ibid.*

¹⁹²⁹ *Ibid.*

¹⁹³⁰ *Id.*, art. 106 : « Une loi déterminera les cas dans lesquels l'état de siège pourra être déclaré ».

¹⁹³¹ France, *Loi sur l'état de siège*, 9 août 1849, art. 1^{er}.

¹⁹³² France, *Loi relative à l'état de siège*, 3 avril 1878, art. 1^{er}.

¹⁹³³ France, *Code de la défense*, voir notamment art. L. 2121-2, sur le transfert des compétences civile et policière de maintien de l'ordre aux autorités militaires. Voir encore : L. 2121-3 sur la compétence des juridictions militaires dans le cadre d'un péril imminent résultant d'une guerre étrangère, pouvant être saisies pour connaître des infractions (listées par le même article) commises par des individus, quelle que soit leur qualité, dans la portion de territoire où l'état de siège est décrété.

¹⁹³⁴ France, *Loi modifiant diverses dispositions relatives à la défense*, 12 décembre 2005.

¹⁹³⁵ France, *Code de la défense*, art. L. 2121-1.

¹⁹³⁶ France, *Constitution de la V^e République*, 4 octobre 1958, art. 16. Le président prend les « mesures exigées par ces circonstances ». On doit nécessairement constater le danger potentiel de tels pouvoirs, bien qu'ils soient prévus par le droit positif. En effet, la définition de ces pouvoirs jouit d'une moindre précision vis-à-vis de ceux que consacre l'état de siège, et révèle finalement une largesse renversant l'idée d'une possible limitation des pouvoirs d'exception grâce à leur constitutionnalisation.

¹⁹³⁷ *Ibid.*

¹⁹³⁸ *Ibid.*

l'état d'urgence, issu de la législation du 3 avril 1955, relève d'une semblable logique. En effet, d'une part, ce texte prévoit les compétences étant conférées aux organes exécutifs en telle situation¹⁹³⁹. D'autre part, l'état d'urgence ne peut être déclaré qu'« *en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public* »¹⁹⁴⁰, ou « *en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* »¹⁹⁴¹. Le droit français dispose donc lui aussi d'instruments lui permettant de prévoir l'exercice de pouvoirs d'exception, précisément en cas de mise en danger de l'État, et ce afin de mieux assurer sa restauration et donc sa pérennité.

De part et d'autre, il est à relever que l'inscription des pouvoirs d'exception dans le droit, et leur cantonnement à la sphère exceptionnelle – comprise comme situation de danger pour l'État –, apparaissent comme le moyen d'empêcher que de telles compétences s'érigent en une souveraineté capable de rompre l'ordre constitutionnel bouleversé par l'exception, pour en fonder un autre. À ce titre, ils visent la restauration de l'État et non son instauration renouvelée, comme pouvaient en témoigner la décision souveraine révolutionnaire. Il faut pourtant déterminer si une telle acception des pouvoirs exceptionnels satisfait effectivement une volonté de rétablissement étatique.

Section 2 : L'élaboration d'une limitation propre à garantir le rétablissement de la situation normale

Au sein de l'État, les pouvoirs d'exception cherchent à préserver l'ordre constitutionnel, afin de favoriser le rétablissement de la situation normale. Dans ce but, l'on a pu observer une commune volonté de cerner les pouvoirs d'exception par le droit positif, en les inscrivant dans les normes étatiques d'une part, et en leur permettant d'agir uniquement en cas de péril d'autre part. Une telle conception est de prime abord captivante,

¹⁹³⁹ France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955, voir notamment l'article 5 sur les pouvoirs du préfet, et 6 sur ceux du ministre de l'Intérieur.

¹⁹⁴⁰ *Id.*, art. 1^{er}.

¹⁹⁴¹ *Ibid.*

car semble démontrer que Machiavel et Schmitt¹⁹⁴², autant que le droit anglo-américain et français¹⁹⁴³, entretiennent un lien tangible avec la conception de la dictature formulée par le droit public romain. En effet, ce dernier voit aussi en les pouvoirs prévus par la loi et n'agissant qu'en cas d'exception, une limite empêchant l'anéantissement de l'ordre constitutionnel, et donc la garantie du rétablissement de la situation normale. La dictature romaine apparaîtrait alors comme cette « *matrice à partir de laquelle on va dériver l'ensemble des traits d'une dictature constitutionnelle bien formée* »¹⁹⁴⁴. Cette filiation permettrait ainsi de donner aux conceptions machiavélo-schmittienne, autant qu'aux présumés anglo-américain et français, un fondement relativement solide. L'analyse de la dictature romaine révèle néanmoins des apories rédhibitoires, invitant à ne pas céder à la tentation de s'y rattacher pleinement (§ 1). Il faudra alors – sans totalement renoncer aux critères romains – trouver chez Machiavel et Schmitt des limites supplémentaires, permettant de cantonner effectivement les pouvoirs exceptionnels au seul rétablissement de la situation normale, ainsi que leur possible influence sur le constitutionnalisme anglo-américain et français (§ 2).

¹⁹⁴² La tentation d'associer Machiavel et Schmitt à la typologie romaine de la dictature est ici d'autant plus grande que les deux auteurs ont, à un moment ou à un autre, vanté les vertus d'une telle institution d'exception. Voir en ce sens : Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 456-458. L'auteur précise que la dictature romaine était si parfaite « *à Rome, que, pendant un temps considérable, on ne vit pas un dictateur qui ne fit le plus grand bien* ». Voir encore : Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 23-25. L'auteur entame l'un de ses ouvrages fondamentaux par une analyse de la conception romaine, qu'il place au fondement de la compréhension des pouvoirs exceptionnels. D'ailleurs, sa distinction entre dictature de commissaire et dictature souveraine trouve sa source dans « *cette différence frappante entre la dictature républicaine et la dictature ultérieure de Sylla et de César* » (p. 24). Cette distinction, réelle ou fictive, sera abordée par la suite, cf. *infra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, A, 2.

¹⁹⁴³ L'on trouve, dans la pensée juridique anglo-américaine et française, de nombreuses références, et même une forme d'admiration à l'égard des institutions romaines. Voir par exemple : John LOCKE, *Traité du gouvernement civil – Du gouvernement civil, de sa véritable origine, de son étendue et de sa fin*, édition électronique de 2002, p. 66 : « *Qui est-ce aujourd'hui qui ne m'accordera que Rome et Venise ont commencé par des gens libres et indépendants au regard les uns des autres, entre lesquels il n'y avait nulle supériorité, nulle sujétion naturelle ?* ». Voir encore : Bernard E. BROWN, *L'État et la politique aux États-Unis*, P.U.F., 1994, p. 226. L'auteur rappelle que comme Machiavel, Hamilton « *fait référence au recours à la dictature pendant la République romaine* ». En effet, Hamilton explique (Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 583) : « *Pour peu qu'on connaisse l'histoire romaine, l'on sait que bien souvent cette République fut forcée de chercher dans le pouvoir absolu d'un seul homme, revêtu du titre formidable de dictateur, un refuge contre les intrigues des ambitieux qui aspiraient à la tyrannie, et contre les séditions élevées dans les différentes classes de la société dont la conduite menaçait l'existence de tout gouvernement aussi bien que contre les invasions des ennemis extérieurs qui menaçaient de conquérir et de détruire Rome* ». Voir enfin, à propos de la pensée française : Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, Folio, 2008 ; *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 29. L'auteur y loue les qualités de la dictature romaine.

¹⁹⁴⁴ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 78.

§ 1. Les insuffisances manifestes d'une possible filiation avec la dictature romaine

Les critères principaux de la dictature romaine – sa prévisibilité par la loi (A) et son déclenchement uniquement en cas d'exception (B) – n'apparaissent pas comme des limites suffisantes aux pouvoirs exceptionnels, qui garantiraient de façon certaine le rétablissement de la situation normale.

A. Un pouvoir échappant en réalité au cadre normatif

L'inscription des pouvoirs exceptionnels au sein d'une constitution est comprise, dans le droit public romain, comme une limite empêchant ces derniers de compromettre le rétablissement de la situation normale. Ce présupposé semble pourtant vulnérable puisque d'une part cette insertion est discutable (1), et parce que d'autre part, même dans l'hypothèse d'un encadrement par le droit positif, de tels pouvoirs demeurent un risque pour la restauration de la stabilité étatique (2).

1. L'illusion d'une dictature constitutionnalisée

Les analyses de Théodore Mommsen sur l'histoire et le droit public romains revêtent un intérêt réel¹⁹⁴⁵, sans pourtant interdire qu'elles puissent être discutées. Il observe, dans sa recherche du fondement des pouvoirs d'exception romains, une « *loi d'introduction de la dictature* »¹⁹⁴⁶, lui permettant d'expliquer que « *la dictature romaine n'a pas été introduite isolément* »¹⁹⁴⁷ et de façon factuelle, mais qu'au contraire, elle relevait d'un cadre juridique effectif, puisqu'elle « *a été, comme le consulat, dès le principe, une portion intégrante de la Constitution de la République romaine* »¹⁹⁴⁸ au sein de laquelle « *aucune magistrature extraordinaire ne naît sans loi* »¹⁹⁴⁹. Pourtant, cette approche peut être débattue, d'autant plus que l'auteur semble ne pas toujours entendre cette prévisibilité juridique de la dictature sous l'angle d'une certitude, mais plutôt comme la « *conclusion la plus vraisemblable* »¹⁹⁵⁰. À l'encontre de cette anticipation

¹⁹⁴⁵ L'auteur reçoit, en 1902, le prix Nobel de la littérature, consacrant son œuvre sur l'histoire romaine.

¹⁹⁴⁶ Théodore MOMMSEN, *Le droit public romain*, Tome 3, De Boccard, 1984, p. 163.

¹⁹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁹⁴⁹ *Id.*, Tome 4, 1984, p. 434.

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*

constitutionnelle, Mathieu Carpentier suggère avec finesse que « *l'idée selon laquelle les magistratures romaines correspondraient à un ordre constitutionnel préétabli* »¹⁹⁵¹ renverrait en fait plus « *assurément à une construction rétrospective* »¹⁹⁵². Cette prévisibilité constitutionnelle de la dictature romaine serait davantage influencée par notre volonté récente de trouver dans l'histoire un fondement efficace et éprouvé, sur lequel pourraient alors s'appuyer certaines conceptions contemporaines des pouvoirs d'exception, à la recherche d'une assise juridique. Mais en réalité, « *la dictature [...] ne saurait être à proprement parler constitutionnelle* »¹⁹⁵³, et cette propension romaine à rétablir l'ordre en cas de péril proviendrait – comme le souligne François Saint-Bonnet – davantage d'un réalisme grâce auquel « *les magistratures apparaissent au fur et à mesure des besoins* »¹⁹⁵⁴, que d'une inscription préalable de cette magistrature d'exception au sein de la loi fondamentale. L'idée d'une constitutionnalisation de la dictature romaine devant être écartée, l'on ne peut y voir le moyen efficace de limiter un tel pouvoir.

2. L'inefficacité d'une anticipation juridique de la dictature

Si l'on conçoit l'hypothèse inverse, et que l'on admet, avec Mommsen, la présence de dispositions constitutionnelles établissant par avance le possible exercice d'une dictature salvatrice en cas de menace, une conclusion identique peut être faite. En effet, dans ce cas également, l'anticipation ne saurait s'affirmer, à elle seule, comme une limitation garantissant l'innocuité de la dictature vis-à-vis de la restauration de la normalité étatique antérieure. À ce titre, les « *pouvoirs constituants extraordinaires* »¹⁹⁵⁵, que Mommsen traite justement comme des « *catégories de droit public précises* »¹⁹⁵⁶ s'insèrent dans un schéma de prévisibilité juridique puisque ces « *magistratures constituantes moins que nulle autre* »¹⁹⁵⁷, ne naissent « *sans loi* »¹⁹⁵⁸. Pourtant, leur simple dénomination semble déjà renvoyer à une impossible restauration de l'ordre antérieur. Plus profondément, elles semblent recouvrir une contradiction puisque tout en étant prévues par le droit afin de

¹⁹⁵¹ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 82.

¹⁹⁵² *Ibid.*

¹⁹⁵³ *Ibid.*

¹⁹⁵⁴ François SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, P.U.F., 2001, p. 48.

¹⁹⁵⁵ Théodore MOMMSEN, *Le droit public romain*, Tome 4, De Boccard, 1984, p. 425-470.

¹⁹⁵⁶ *Id.*, p. 425.

¹⁹⁵⁷ *Id.*, p. 434.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*

pourvoir à la « *réformation de l'État* »¹⁹⁵⁹, l'on remarque qu'« *il n'y a pour cette compétence aucune espèce de bornes* »¹⁹⁶⁰, dès lors que « *le pouvoir illimité [...] est de l'essence du pouvoir constituant* »¹⁹⁶¹. Ainsi, paradoxalement, « *l'établissement d'une magistrature constituante est [...] ordonné par une loi* »¹⁹⁶². De ce fait, l'ordre juridique tend à prévoir des pouvoirs – créateurs – pouvant mener à sa propre destruction, rendant sa restauration illusoire. Pour preuve, la dictature de Sylla¹⁹⁶³ démontre avec netteté qu'une telle magistrature ne saurait, bien qu'étant prévue par la loi, garantir le rétablissement de l'ordre antérieur, car des pouvoirs illimités invitent bien davantage à la fondation. Sylla fut, en vertu de la *Lex Valeria*¹⁹⁶⁴, investi du pouvoir dictatorial constituant précédemment évoqué, et précisément avec pour « *mandat de restaurer la république* »¹⁹⁶⁵. On constate néanmoins avec Adalberto Giovannini, que la dictature de Sylla peut être envisagée comme « *une tyrannie totalement inique* »¹⁹⁶⁶, ou du moins comme une « *innovation incompatible avec les règles constitutionnelles existantes* »¹⁹⁶⁷. C'est d'ailleurs dans cette perspective que Bernard Manin souligne que la dictature de Sylla peut s'interpréter « *comme destructrice des institutions républicaines* »¹⁹⁶⁸, alors même que « *la dictature de Sylla a[vait] été légalement fondée par la loi Valeria* »¹⁹⁶⁹. De fait, comme l'explique Xavier Lapray, Sylla procéda, justement grâce à ses pouvoirs dictatoriaux, à « *une vaste réorganisation qui affect[a] les institutions* »¹⁹⁷⁰ – notamment avec l'amoindrissement du pouvoir des tribuns de la plèbe – rendant impossible le rétablissement du modèle républicain antérieur que le dictateur devait pourtant restaurer au travers des pouvoirs lui

¹⁹⁵⁹ *Id.*, p. 323.

¹⁹⁶⁰ *Id.*, p. 448.

¹⁹⁶¹ *Ibid.*

¹⁹⁶² *Id.*, p. 435.

¹⁹⁶³ Sylla vécut entre 138 et 78 avant l'ère commune. Issu d'une famille patricienne renommée, il s'engage dans diverses guerres et s'illustre rapidement. Il bat les Numides en Afrique en 105, brille pendant la Guerre sociale entre 91 et 89. Élu consul en 88, il dirige la guerre contre Mithridate IV Eupator. Dès 82, il exerce la fonction dictatoriale, qu'il quitte en 79 pour mourir quelques mois plus tard.

¹⁹⁶⁴ La Loi *Valeria*, proposée par l'interroi Lucius Valerius Flaccus en 82 avant l'ère commune, confie à Sylla la dictature revêtue d'un pouvoir constituant.

¹⁹⁶⁵ Adalberto GIOVANNINI, *Les institutions de la République romaine des origines à la mort d'Auguste*, Schwabe Verlag, 2015, p. 145.

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁹⁶⁸ Bernard MANIN, « The emergency paradigm and the new terrorism – What if the end of terrorism was not in sight ? », *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Sandrine BAUME, Biancamaria FONTANA, Michel Houdiard, 2008, p. 138 (notre traduction).

¹⁹⁶⁹ Théodore MOMMSEN, *Le droit public romain*, Tome 4, De Boccard, 1984, p. 436.

¹⁹⁷⁰ Xavier LAPRAY, « Sylla et sa postérité », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-run.fr/encyclopedie/machiavel/>].

ayant été conférés. La prévisibilité juridique des pouvoirs d'exception ne peut donc à elle seule, même lorsqu'elle est effective, s'affirmer comme une limite empêchant l'effondrement de l'ordre à restaurer. En effet, en l'espèce, la loi – prévoyant une magistrature déliée de « *tous les liens constitutionnels* »¹⁹⁷¹, se voulant néanmoins restauratrice de l'ordre antérieur – formalise par ses prescriptions normatives son propre anéantissement.

L'exemple choisi de la dictature de Sylla peut être vivement critiqué, dès lors qu'ayant exercé ses pouvoirs à la fin de la période républicaine (de 82 à 79 avant l'ère commune), il est régulièrement appréhendé comme ne relevant pas de la dictature classique au sens d'un pouvoir juridiquement conféré par la République romaine pour se sauvegarder, mais d'un despotisme, dans l'acception moderne d'un pouvoir « *arbitraire, autoritaire est absolu [...] d'un seul homme* »¹⁹⁷². Ainsi, Théodore Mommsen distingue d'une part la dictature syllo-césarienne, et d'autre part la dictature classique romaine¹⁹⁷³. Pourtant, Bernard Manin autant que Mathieu Carpentier doutent d'une telle dichotomie. Alors que le premier note que « *la netteté de la distinction entre la dictature classique primitive et celle de Sylla et César est encore l'objet de savants débats* »¹⁹⁷⁴, le second constate que « *l'idée de la rupture de la dictature syllo-césarienne avec la dictature classique ne va [...] pas de soi* »¹⁹⁷⁵. De fait, l'analyse de la dictature romaine classique, ou primitive, située de façon fort peu contestable par l'historiographie livienne¹⁹⁷⁶ entre les VI^e et III^e siècles avant l'ère commune, entretient avec la dictature syllo-césarienne – malgré la distance temporelle qui

¹⁹⁷¹ Théodore MOMMSEN, *Le droit public romain*, Tome 4, De Boccard, 1984, p. 323.

¹⁹⁷² Gérard CORNU (direction), *Vocabulaire juridique*, Quadrige/P.U.F., 2007, p. 302.

¹⁹⁷³ Voir en ce sens : Théodore MOMMSEN, *Le droit public romain*, Tome 4, De Boccard, 1984, p. 425 : de même qu'il distingue la dictature extraordinaire de la dictature extraordinaire constituante, l'auteur différencie la dictature syllo-césarienne de la dictature classique (p. 440-445), en l'occurrence sur le plan de la durée. Alors que la dictature syllo-césarienne devient tyrannie parce qu'elle dure indéfiniment, le *décemvirat rei publicæ constituendæ* « *a son terme naturel [...] au moment où sa destination a été réalisée* ».

¹⁹⁷⁴ Bernard MANIN, « The emergency paradigm and the new terrorism – What if the end of terrorism was not in sight ? », *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Sandrine BAUME, Biancamaria FONTANA, Michel Houdiard, 2008, p. 138, note 6.

¹⁹⁷⁵ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 81, note 13.

¹⁹⁷⁶ Voir en ce sens : TITE-LIVE, *Histoire romaine*, Tome 1, Livre II, Firmin Didot frères, fils et Cie, 1869, p. 70 : « *Titus Lartius fut le premier élevé à la dictature* », en 501 ou 497 avant l'ère commune. Cette dictature s'achève avec la fin de la deuxième guerre punique, au III^e siècle. Elle n'est réactivée, mais au sens du despotisme moderne selon Mommsen notamment, qu'au I^{er} siècle avant l'ère commune, avec Sylla en 82, puis Jules César en 45.

les sépare – une filiation réelle¹⁹⁷⁷, touchant aux dangers que toutes deux représentent. Ainsi, l'exemple des décemvirs, ayant justement agi au V^e siècle avant l'ère commune¹⁹⁷⁸, tend à démontrer que ces « *dix citoyens nommés par le peuple [...] devinrent les tyrans de cette ville, et sans aucun ménagement y détruisirent la liberté* »¹⁹⁷⁹. Ainsi, la dictature de la période classique ou primitive révèle finalement des traits similaires à celle de Sylla.

Inexistante ou effective, la prévisibilité des pouvoirs d'exception par la norme positive ne saurait s'affirmer comme limite posée contre le risque d'anéantissement de l'ordre juridique antérieur par la dictature. D'une comparable manière, l'assignation de la dictature romaine à la seule situation exceptionnelle ne parvient pas à assurer le rétablissement de l'État dans son ordre normal.

B. Une dictature affranchie de la seule situation exceptionnelle

Le terme d'exception, tel que compris par le droit public romain, déborde la seule situation de mise en péril vitale de l'État (1), et entraîne l'émergence de pouvoirs dont l'instrumentalisation met précisément en danger le maintien de l'ordre juridique normal (2).

1. Une interprétation extensive de la notion d'exception

L'assignation de la dictature romaine aux seules situations exceptionnelles se veut, avec la prévisibilité constitutionnelle, le second jalon permettant la restauration certaine de l'ordre juridique antérieur. Sur ce point, Théodore Mommsen rattache en effet la dictature à une « *mesure d'exception [...] provoquée par la nécessité pressante des choses* »¹⁹⁸⁰,

¹⁹⁷⁷ Par cette filiation, l'on s'éloigne nécessairement de la conception schmittienne. Voir en ce sens : Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 24. Le juriste précise que la distinction entre les dictatures de commissaire et souveraine trouve sa source dans la différenciation entre la dictature classique romaine, rattachée à la république, et la dictature sylla-césarienne, conçue comme le pouvoir absolu et indéfini d'un seul homme. Ainsi, il explique que « *cette différence frappante entre la dictature républicaine et la dictature ultérieure de Sylla et de César aurait pu conduire les auteurs à définir le concept de dictature de manière plus détaillée* ». Or, c'est à ce nécessaire détail que se livre Schmitt en analysant les pouvoirs d'exception modernes à partir de leur possible base romaine. Cela le mène à conclure que « *l'opposition entre la dictature de commissaire et la dictature souveraine [...] est déjà esquissée au début de l'évolution politique elle-même et fait, au fond, partie de la nature de la chose* ».

¹⁹⁷⁸ Edmond Barinco (Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres complètes*, Gallimard, 1952, p. 1509, note 1), situe l'action des décemvirs entre 451 et 449 avant l'ère commune.

¹⁹⁷⁹ *Id.*, p. 458.

¹⁹⁸⁰ Théodore MOMMSEN, *Le droit public romain*, Tome 4, De Boccard, 1984, p. 370.

telles que la piraterie qui dévastait les côtes romaines¹⁹⁸¹. Ainsi l'usage de la dictature semble-t-il renvoyer à une situation exceptionnelle, uniquement comprise comme celle mettant la survie de l'État en jeu. Ce critère, malgré son apparence restrictive, ne peut garantir un contrôle absolu de la dictature. En effet, l'idée d'exception ne renvoie pas uniquement, dans le langage du droit public romain, à une mise en péril de l'État, comme c'est davantage le cas dans les conceptions contemporaines. À ce sujet, Mathieu Carpentier souligne que « *la dictature apparaît ainsi non pas comme une magistrature d'exception, mais comme une magistrature extraordinaire* »¹⁹⁸², car les situations au sein desquelles elle avait vocation à s'exercer ne relevaient pas systématiquement d'un exceptionnel danger mais pouvaient naître de cas non ordinaires. Si Carpentier s'attache pour sa part à distinguer la dictature romaine de pouvoirs plus actuels, soulignant que cette « *magistrature extraordinaire ne correspond que de manière très lointaine aux diverses mesures d'exception présentes dans les droits administratif et constitutionnel contemporains* »¹⁹⁸³, il convient d'abord ici de spécifier l'aspect extraordinaire d'une situation donnée, avant d'envisager les pouvoirs qui en émergent. C'est à cette notion d'extraordinaire que semble songer Mommsen quand il évoque – outre le cas *d'imperium* exceptionnel mettant l'État en péril absolu – une situation rare, un « *cas isolé* »¹⁹⁸⁴ n'ayant vocation à se produire que de temps à autre et ne justifiant pas que l'on y affecte une magistrature ordinaire et permanente. Des situations telles que l'accomplissement de certains rites et fêtes¹⁹⁸⁵, la construction des voies publiques¹⁹⁸⁶, l'achat et la distribution de grains supplémentaires lorsque le Trésor romain était excédentaire¹⁹⁸⁷, relèvent par exemple de cette rareté justifiant la mise en place d'une « *continuation extraordinaire de la magistrature ordinaire* »¹⁹⁸⁸. La qualification extraordinaire d'une situation suggère donc une largesse d'acception bien supérieure à l'exception *stricto sensu*, et l'on relève que « *le droit romain*

¹⁹⁸¹ *Ibid.* Mommsen fait ici référence aux événements de piraterie du I^{er} siècle avant l'ère commune.

¹⁹⁸² Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 83 (l'auteur souligne).

¹⁹⁸³ *Ibid.*

¹⁹⁸⁴ Théodore MOMMSEN, *Le droit public romain*, Tome 4, De Boccard, 1984, p. 323.

¹⁹⁸⁵ Claude NICOLET, « Dictateurs romains, *strategoi autokratores* et généraux carthaginois », *Dictatures, Actes de la Table ronde réunie à Paris les 27 et 28 février 1984*, De Boccard, 1988, p. 29.

¹⁹⁸⁶ *Id.*, p. 393.

¹⁹⁸⁷ *Id.*, p. 391.

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*

*fait d'ailleurs recours à de nombreuses autres magistratures extraordinaires »*¹⁹⁸⁹, et ce justement « à chaque fois que certains actes à accomplir ne relèvent de la compétence d'aucun magistrat ordinaire »¹⁹⁹⁰ ou même « lorsque pour une raison ou une autre les magistrats compétents sont dans l'incapacité de remplir leur tâche »¹⁹⁹¹. Or, bien qu'inhabituelles, ces situations « ne mettaient pas en cause le destin de la République »¹⁹⁹². Ce n'est donc pas seulement le danger auquel serait confronté l'État qui permet de caractériser l'exception romaine, mais aussi et surtout la rareté de certains cas – non nécessairement périlleux – qu'il doit régir, menant à la qualification d'extraordinaire, mais au sens de ce qui s'oppose à ce qui relève du fréquent et de l'ordinaire. Il faut remarquer qu'une telle conception ne peut apparaître comme une limite effective au danger que représente la dictature romaine.

2. L'impossible maintien de l'ordre juridique normal

La situation exceptionnelle romaine recouvre finalement une ambivalence, parce qu'elle naît autant de crises graves et préjudiciables à l'État, que de cas extraordinaires mais anodins. Une telle distinction devrait engager l'émergence de pouvoirs dictatoriaux d'intensité variable. Une moindre force accordée à certains pouvoirs semble en effet logique, dès lors qu'une invasion militaire ou une tentative de coup d'État semblent devoir justifier une plus grande puissance dictatoriale qu'un anormal excédent budgétaire supposant de nommer un *præfeti frumenti dandi*¹⁹⁹³, et de lui confier le pouvoir extraordinaire d'attribuer au peuple des grains supplémentaires. Mommsen perçoit cette différenciation, conférant une légitimité plus ou moins large à l'intensité dictatoriale. S'il faut rappeler que chez lui toutes les magistratures spéciales « sont appelées à l'existence [...] par une loi »¹⁹⁹⁴, il distingue néanmoins les magistratures « qui délient le magistrat de tout lien constitutionnel »¹⁹⁹⁵ de « celles qui se meuvent dans la sphère

¹⁹⁸⁹ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 83.

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹⁹² Claude NICOLET, « Dictateurs romains, *strategoi autokratores* et généraux carthaginois », *Dictatures, Actes de la Table ronde réunie à Paris les 27 et 28 février 1984*, De Boccard, 1988, p. 29.

¹⁹⁹³ Littéralement : le gouverneur de la distribution des grains.

¹⁹⁹⁴ Théodore MOMMSEN, *Le droit public romain*, Tome 4, De Boccard, 1984, p. 323.

¹⁹⁹⁵ *Ibid.*

constitutionnelle »¹⁹⁹⁶. Alors que l'on a vu¹⁹⁹⁷ que les premières peuvent porter préjudice à l'État même si elles en visent la restauration, les secondes, cantonnées à ces cas anormaux mais non périlleux, jouissent d'une moindre latitude. À ce titre, l'on est tenté de souscrire à l'innocuité des pouvoirs extraordinaires – relevant de cette seconde hypothèse de simple anormalité – vis-à-vis de l'État.

Mais il s'agit là d'une vaine espérance, tant les exemples montrent que les situations anormales peuvent faire naître des pouvoirs simplement extraordinaires, que pourtant le magistrat instrumentaliserait pour en faire une dictature menaçant la continuité de l'État. C'est une telle situation qu'évoque Tite-Live dans son récit du *dictatorem clavi figendi causa*¹⁹⁹⁸, instauré en 363 avant l'ère commune. Rome connaissait à cette époque des épidémies, et le Sénat envisagea, à titre expiatoire, de confier à Lucius Manlius, nommé *Capitolinus Imperiosus*, le pouvoir dictatorial de prophylaxie religieuse, consistant à enfoncer un clou sur le mur d'un temple pour enrayer une contagion. Cette situation, sans mettre en péril réel l'existence de l'ordre républicain, sera l'occasion pour Manlius de détourner la nature de ses pouvoirs. En effet, « *comme s'il eût été appelé là pour gouverner la république et non pour l'acquitter envers les dieux* »¹⁹⁹⁹, et « *désirant porter la guerre aux Herniques* »²⁰⁰⁰, il leva des troupes, recourant alors à une compétence que seule pouvait autoriser une dictature agissant quand l'État, attaqué, doit réagir violemment pour sa survie. Profitant d'une situation anormale, Manlius détourna donc la vocation première et l'intensité d'une dictature n'ayant qu'une intention médico-religieuse. Puisque la République n'était pas initialement en péril absolu, cette instrumentalisation du dictateur n'a pas empêché un potentiel rétablissement de l'ordre antérieur, mais aurait plutôt pu troubler le maintien de l'ordre juridique normal au sein duquel il agissait, si les tribuns ne l'avaient forcé à se dessaisir du pouvoir²⁰⁰¹.

Malgré la valeur certaine de la dictature romaine, dont l'histoire témoigne nettement, l'on ne peut en systématiser l'efficacité, ni – sans en chercher d'autres

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁹⁷ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, A, 2.

¹⁹⁹⁸ Littéralement : être nommé dictateur pour enfoncer le clou. Voir en ce sens : TITE-LIVE, *Histoire romaine*, Tome 1, Livre VII, Firmin Didot frères, fils et Cie, 1869, p. 312.

¹⁹⁹⁹ *Id.*, p. 312-313.

²⁰⁰⁰ *Id.*, p. 313.

²⁰⁰¹ *Ibid.* Son instrumentalisation des pouvoirs exceptionnels attira en effet « *contre lui tous les tribuns du peuple* », au point que « *soit par force, soit par honte, il abdiqua la dictature* ».

complémentaires – reprendre ses critères pour les appliquer aux conceptions de Machiavel et Schmitt, ou bien au constitutionnalisme anglo-américain et français. En effet, les critères limitatifs de cette dictature – bien que nécessaires – paraissent ne pas suffire à garantir le rétablissement de l'ordre juridique normal de l'État, au point que cette dernière semble se rapprocher de la pure décision souveraine²⁰⁰². Alors que l'inscription préalable – réelle ou non – de ces pouvoirs au sein de la constitution ne les empêche pas de renverser l'ordre juridique pour en façonner un autre, la notion d'exception, par sa largesse, permet une instrumentalisation de la dictature préjudiciable à l'ordre existant. Il n'est pas pour autant question de conclure à l'inutilité de telles limites, mais plutôt de constater la nécessité de leur en adjoindre d'autres. À ce titre, la pensée machiavélo-schmittienne offre de riches pistes de réflexion.

§ 2. L'adjonction d'une limitation matérielle aux pouvoirs d'exception

Une filiation totale entre les critères de la dictature romaine d'une part, et ceux de Machiavel, Schmitt, du constitutionnalisme anglo-américain et français d'autre part, ne serait finalement pas satisfaisante, car elle conduirait potentiellement les pouvoirs d'exception vers une capacité de renversement de l'ordre constitutionnel qu'il s'agit justement, chez ces cinq derniers, de rétablir afin de recouvrer la situation normale. Si donc ces deux auteurs et ces trois constitutionnalismes recourent partiellement à l'inspiration romaine en concevant la dictature restauratrice comme devant être tout à la fois préalablement inscrite dans le droit positif et restreinte aux situations d'exception²⁰⁰³, ils ne se limitent pas à cette conception. En effet, ils lui adjoignent un critère matériel garantissant plus efficacement le rétablissement de la situation normale. Ainsi, Machiavel et Schmitt semblent se rejoindre sur la nécessité de limiter les pouvoirs d'exception en matière d'atteinte aux libertés. Si le Florentin défend aux pouvoirs constitutionnels d'exception de porter la moindre atteinte à ces dernières (A), l'Allemand consent à des aménagements autorisant la dictature de commissaire à restreindre, de façon limitative, certaines libertés (B). Cette dualité nourrit les droits anglo-américain et français.

²⁰⁰² Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, A.

²⁰⁰³ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

A. L'impossible concession à l'encontre des libertés républicaines

Nicolas Machiavel impose à ses pouvoirs constitutionnels d'exception une limite matérielle (1), qui semble *théoriquement* présente dans le constitutionnalisme anglo-américain et français (2).

1. La préservation inconditionnelle du bien commun

Les pouvoirs constitutionnels d'exception, tels que Machiavel les conçoit, suggèrent de s'évincer de la stricte compréhension que donne le droit romain de la dictature. Pour comprendre une telle démarche, il faut rappeler que chez cet auteur, la jouissance la plus égalitaire possible de libertés parmi les membres du corps social, garantie par la loi, permet l'émergence d'un bien commun. Ce bien commun²⁰⁰⁴ apparaît comme le rouage fondamental permettant de pérenniser la république, parce qu'il est le garant d'une égalité, elle-même vectrice d'une certaine forme de stabilité que tous ont intérêt à maintenir afin de pouvoir bénéficier sereinement de leurs libertés. Par conséquent, ce bien commun évite une inégalité propre à transformer certains groupements du corps social en factions qui, bafouées dans leurs libertés, finissent par ne voir que la violence et le renversement de l'État comme moyens de recouvrer ces dernières. En d'autres termes, l'édifice républicain ne se perpétue dans le temps que parce que sa constitution, en plus de reconnaître²⁰⁰⁵ aux individus des libertés, leur en garantit²⁰⁰⁶ constitutionnellement une jouissance égalitaire. Or, si l'on reprend l'approche faite par Mommsen de la dictature romaine, l'on doit relever que « *le pouvoir illimité [...] sur chaque citoyen de l'État est de l'essence du pouvoir constituant* »²⁰⁰⁷ extraordinaire. On perçoit alors plus clairement l'impossibilité machiavélienne de reprendre exclusivement la théorisation romaine, dès lors que cette dernière suppose un pouvoir illimité sur les citoyens et leurs libertés. Ainsi, l'emploi de cette dictature au sein du républicanisme machiavélien aurait pour effet de rendre impossible le rétablissement de l'ordre antérieur, puisque par cela seul qu'elle peut porter une atteinte illimitée aux libertés des citoyens, elle est à même de provoquer une inégalité propre à anéantir le bien commun, clef de voûte de la pérennité républicaine. L'auteur

²⁰⁰⁴ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 1.

²⁰⁰⁵ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1, A et B.

²⁰⁰⁶ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, A, 1.

²⁰⁰⁷ Théodore MOMMSEN, *Le droit public romain*, Tome 4, De Boccard, 1984, p. 448.

florentin voit ainsi dans l'exemple des décemvirs du V^e siècle²⁰⁰⁸, un pouvoir exceptionnel affectant substantiellement l'État, dès lors que la liberté, coute circulaire de son modèle républicain, est évincée. Une telle conception de la dictature renvoie donc à un renversement de la république, supposant mécaniquement un impossible rétablissement de l'ordre antérieur.

Mais puisque le Florentin recherche, plus que tout, la pérennité de son républicanisme, il s'éloigne de cette dernière conception et tend à façonner des pouvoirs d'exception ne pouvant l'ébranler irréversiblement. À ce titre, les pouvoirs qu'il préconise, en plus d'être prévus par le droit, et assignés à la seule sphère de l'exception, sont assortis d'une limite matérielle, empêchant qu'ils portent atteinte aux libertés des citoyens, et permettant ainsi le rétablissement de l'ordre antérieur. Jean-Claude Monod relève d'ailleurs avec justesse que chez le Florentin, « *l'état d'exception "républicain" est encadré par certaines limites qui sont censées garantir le retour à la normale* »²⁰⁰⁹. En un même sens, Cristina Ion explique que si chez le secrétaire florentin « *la dictature [...] sert à gérer les situations exceptionnelles* »²⁰¹⁰, celle-ci ne peut le faire que « *dans les limites de la loi* »²⁰¹¹, laquelle prescrit justement aux pouvoirs de crise de ne pas porter atteinte aux libertés qu'elle-même garantit. Cette limitation matérielle des pouvoirs d'exception s'illustre particulièrement dans le chapitre XXXIV²⁰¹² du livre premier des *Discours*. Machiavel y précise en effet que pour empêcher la dictature de nuire au rétablissement de l'ordre

²⁰⁰⁸ Voir sur cet exemple : Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, chap. XXXV : « *Pourquoi, dans Rome, la création des décemvirs fut nuisible à la liberté, bien qu'ils eussent été nommés par les suffrages libres du peuple* », p. 458-460.

²⁰⁰⁹ Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 81.

²⁰¹⁰ Cristina ION, « Conquérir, fonder, se maintenir », *Lectures de Machiavel*, Marie GAILLE-NIKODIMOV, Thierry MÉNISSIER (dir.), Ellipses, 2006, p. 108.

²⁰¹¹ *Ibid.*

²⁰¹² Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 456-458.

républicain, la loi doit contraindre un tel pouvoir à préserver les libertés individuelles²⁰¹³, tout autant que l'empêcher de « *diminuer l'autorité [...] du peuple* »²⁰¹⁴ au sens de sa liberté politique. On retrouve donc bien ici la volonté machiavélienne « *d'entourer la dictature de garanties constitutionnelles* »²⁰¹⁵, pour protéger les libertés républicaines, afin de préserver la stabilité étatique malgré l'exercice de cette dictature. Cela permet, par suite, de rétablir l'équilibre antérieur – inchangé – à l'exception. Il semble qu'une telle conception irrigue largement le constitutionnalisme postérieur à Machiavel.

2. L'héritage libéral comme garde à la liberté

Cette conception machiavélienne semble, de prime abord, préfigurer la nature de pouvoirs exceptionnels plus contemporains. Il faut à ce titre constater que « *les États démocratiques modernes et [...] les États de droit* »²⁰¹⁶, inspirés de la nécessité machiavélienne selon laquelle « *il faut encadrer juridiquement* »²⁰¹⁷ de tels pouvoirs, posent eux aussi certaines « *garanties pour pouvoir faire face à des circonstances exceptionnelles sans entraîner la ruine [...] de toutes les protections garanties aux citoyens* »²⁰¹⁸. Ainsi la pensée anglaise corrobore-t-elle la conception machiavélienne, permettant de souligner, avec Mathieu Carpentier encore, que « *la tradition libérale, héritière en ce sens de la "prérogative" lockéenne* »²⁰¹⁹ tend à « *évaluer l'extension des pouvoirs de l'Exécutif du seul point de vue de ses coûts et de ses bénéfices en matière de*

²⁰¹³ *Ibid.* Machiavel livre ici sa propre interprétation de la dictature romaine. Son raisonnement suppose que le pouvoir dictatorial ne peut être conféré que par une loi. Cette même loi ne peut devenir prescription normative qu'avec les « *suffrages du peuple* » (p. 456). Ainsi, pour que l'État puisse se doter d'une dictature, il est nécessaire que la loi qui la met en œuvre ne porte pas atteinte aux libertés du peuple – les citoyens d'une république y étant particulièrement attachés –, dès lors que c'est lui qui, approuvant ou non cette loi, rend possible l'action dictatoriale. Pour renforcer cette idée, il précise que c'est justement lorsque la dictature n'est pas « *obtenue par des voies régulières* » (*ibid.*) – supposant les voix de tout le peuple –, mais au contraire établie par des « *magistrats qui se créent eux-mêmes* » (*ibid.*), ou acquise « *par des voies irrégulières* » (*ibid.*) – ne prenant en compte qu'une fraction de la population –, qu'elle « *nuit à une république* » (*ibid.*) car elle peut impunément porter atteinte aux libertés du peuple. De nouveau, l'auteur rappelle donc l'interdépendance caractérisant les libertés républicaines, puisque si l'on a vu qu'en situation normale la participation politique de tous apparaissait comme un pouvoir de préservation des libertés individuelles, cette même articulation vaut plus encore en situation exceptionnelle.

²⁰¹⁴ *Id.*, p. 457.

²⁰¹⁵ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 26.

²⁰¹⁶ Jean-Claude MONOD, « La radicalité constituante (Negri, Balibar, Agamben) ou peut-on lire Schmitt de droite à gauche ? », *Mouvements*, n° 37, janvier-février 2004, p. 86.

²⁰¹⁷ *Ibid.*

²⁰¹⁸ *Ibid.*

²⁰¹⁹ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 80.

libertés publiques »²⁰²⁰. En effet, si l’auteur du *Second traité* voit en la prérogative un pouvoir qui ne peut être employé que « *pour l’avantage de l’État* »²⁰²¹, il précise qu’une telle compétence ne peut bénéficier au rétablissement de ce dernier que si elle agit « *conformément à la confiance de la société* »²⁰²². Ainsi, la prérogative semble à ce point destinée au « *bien public* »²⁰²³ que :

« *s’il vient à s’élever quelque contestation entre le pouvoir exécutif et le peuple, au sujet d’une chose traitée de prérogative, on peut aisément décider la question, en considérant si l’exercice de cette prérogative tend à l’avantage ou au désavantage du peuple* »²⁰²⁴.

En un même sens, Algernon Sidney relève que les bons gouvernements ne peuvent le demeurer, au gré des crises, que lorsqu’ils « *placent ce pouvoir si bien qu’il devient très avantageux au peuple* »²⁰²⁵. Le droit constitutionnel anglais – notamment à travers sa Déclaration des droits – traduit cette nécessaire préservation des libertés républicaines contre les assauts de la prérogative, et proscriit certaines de ses pratiques ayant été incontestablement attentatoires aux libertés, en disposant par exemple que le « *pouvoir de l’autorité royale de dispenser des lois ou de l’exécution des lois, comme il a été usurpé et exercé par le passé, est illégal* »²⁰²⁶. Ce texte de 1689 réaffirme la valeur constitutionnelle de l’habeas corpus puisqu’il interdit les « *cautions excessives [...] exigées de personnes emprisonnées dans des affaires pénales* »²⁰²⁷, proscriit la violation des « *lois destinées à garantir la liberté des sujets* »²⁰²⁸, prohibe les « *amendes excessives* »²⁰²⁹, les « *peines*

²⁰²⁰ *Ibid.*

²⁰²¹ John LOCKE, *Traité du gouvernement civil – Du gouvernement civil, de sa véritable origine, de son étendue et de sa fin*, édition électronique de 2002, p. 97.

²⁰²² *Ibid.* L’auteur ajoute que la prérogative n’a pas toujours été contrainte au respect des libertés et au bien public, et qu’alors le peuple a dû la déterminer en un tel sens : « *Mais quand l’erreur ou la flatterie est venue à prévaloir dans l’esprit faible des Princes, et à les porter à se servir de leur puissance pour des fins particulières et pour leurs propres intérêts, non pour le bien public, le peuple a été obligé de déterminer par des lois la prérogative, de la régler dans les cas qu’il trouvait lui être désavantageux, et de faire des restrictions pour des cas où les ancêtres les avaient laissées, dans une extrême étendue de liberté, à la sagesse de ces Princes, qui faisaient un bon usage du pouvoir indéfini qu’on leur laissait, c’est-à-dire, un usage avantageux au peuple* » (*ibid.*).

²⁰²³ *Ibid.*

²⁰²⁴ *Ibid.*

²⁰²⁵ Algernon SIDNEY, *Discours sur le gouvernement*, Tome 3, Josse et Langlois, 1793, p. 384.

²⁰²⁶ Angleterre, *Déclaration des droits*, 16 décembre 1689, art. 2.

²⁰²⁷ *Id.*, préambule.

²⁰²⁸ *Ibid.*

²⁰²⁹ *Ibid.*

illégales et cruelles »²⁰³⁰, ainsi que les remises d'amendes et de confiscations « *avant que [la] conviction du délit soit acquise ou [le] jugement infligé* »²⁰³¹. Plus encore, afin d'assurer le respect, en toute circonstance, des libertés individuelles dont le juge judiciaire assure l'effectivité, ce texte – dont les prescriptions valent encore actuellement – garantit le « *droit d'être jugé par les tribunaux ordinaires et non par des tribunaux d'exception* »²⁰³². La pensée américaine, dans une même perspective libérale, attache elle aussi aux libertés une importance supposant qu'en toute circonstance, les pouvoirs ne peuvent agir qu'autant qu'ils préservent les libertés. C'est une telle volonté que semble manifester Benjamin Franklin lorsque, s'entretenant avec le gouverneur colonial en 1755, il affirme : « *ceux qui abandonnent la liberté pour acheter une sécurité temporaire, ne méritent ni la liberté ni la sécurité* »²⁰³³. De même, Madison s'oppose à un pur décisionnisme et prône des pouvoirs exceptionnels qui tout en étant prévus par la loi, ne peuvent également porter atteinte aux libertés. En effet, comme Machiavel, il considère que la Fédération doit son existence et sa stabilité à la garantie constitutionnelle de libertés égales pour tous, ainsi qu'à la reconnaissance d'une pluralité des groupes sociaux, caractérisant toutes deux une unité républicaine tout à la fois unie et composite²⁰³⁴. En un même sens, la doctrine contemporaine déduit des V^e – pour l'État fédéral – et XIV^e²⁰³⁵ amendements – pour les États fédérés –, le principe du *due process of law*²⁰³⁶. Celui-ci suppose que toute personne placée sous la juridiction d'un État doit bénéficier – théoriquement en toute circonstance – des protections habituellement prévues par le droit, et donc des libertés qu'il garantit. Dans une même volonté, l'article premier de la Constitution américaine interdit « *les lois portant condamnation sans jugement* »²⁰³⁷, rappelant par-là le respect de l'ordonnance d'*habeas corpus*. De manière constante au fil des époques successives, l'on

²⁰³⁰ *Ibid.*

²⁰³¹ *Ibid.*

²⁰³² Danièle FRISON, *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, Ellipses, 2005, p. 93.

²⁰³³ Benjamin FRANKLIN, *Mémoires*, Tome 2, Harvard College Library, 1918, p. 20.

²⁰³⁴ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 1, B, 2 : l'on y évoque l'idée de la fondation d'une union composite.

²⁰³⁵ Il ne s'agit pas ici de reprendre le contenu des V^e et XIV^e amendements, qui prévoient justement de possibles atteintes aux libertés, mais sans que puisse être amputée l'irrévocable applicabilité régulière de la loi. Il faut plutôt constater les éléments que la jurisprudence et la doctrine ont pu en tirer. Il s'agit notamment du *due process of law* (application régulière de la loi) et de l'*equal protection of the laws* (égale protection de tous devant la loi), tous deux se voulant en toute circonstance protecteurs des libertés. Voir la pertinente analyse faite par Élisabeth ZOLLER, dans *Le droit des États-Unis*, P.U.F., 2001, not. chap. I, p. 6-35, et chap. III, p. 70-96.

²⁰³⁶ Littéralement : application régulière de la loi.

²⁰³⁷ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. I, section 9.

trouve dans la pensée juridique française une même volonté de limiter le domaine d'intervention des pouvoirs d'exception. Ainsi, l'on constate que chez Bodin, « *le commissaire, contrairement au fonctionnaire régulier, doit avoir une marge de manœuvre plus restreinte et aucun pouvoir discrétionnaire* »²⁰³⁸. L'auteur français explique en effet que la compétence du commissaire est matériellement « *limitée par [la] commission* »²⁰³⁹, l'empêchant d'outrepasser ses pouvoirs et de porter par exemple atteinte aux libertés. L'illustration concrète d'une telle limitation est perceptible dans la Charte constitutionnelle de 1830, qui comme la Déclaration anglaise de 1689, empêche le roi de « *suspendre les lois elles-mêmes [ou de] dispenser de leur exécution* »²⁰⁴⁰, et proscriit les tribunaux d'exception²⁰⁴¹ afin de garantir, en toute circonstance, le respect des libertés des citoyens. De manière plus contemporaine, mais dans une même volonté de protection des libertés, Dominique de Villepin soutenait sur le ton de l'avertissement, au lendemain des attaques de « Charlie Hebdo » :

*« L'expérience nous l'enseigne, les attaques terroristes favorisent le renoncement aux valeurs démocratiques, le souci de notre sécurité nous disposant à sacrifier les libertés de tiers, chez nous ou à l'étranger. La spirale de défiance créée aux États-Unis par le Patriot Act et la légitimation durable de la torture ou des détentions illégales a aujourd'hui plongé ce pays dans la perte de repères moraux »*²⁰⁴².

Malgré cette approche absolument protectrice, qui semble faire primer les libertés sur l'amplitude matérielle des pouvoirs d'exception, l'on doit également relever une autre tendance, qui tout en attachant une importance aux libertés, admet quelques aménagements à leur protection dès lors qu'est en jeu la survie de l'État.

B. L'indispensable restriction de certaines libertés conditionnée par une exigence d'efficacité

Bien qu'admettant, avec Machiavel, le principe d'une préservation maximale des libertés au sein d'un État visant sa restauration, Schmitt observe avec lucidité que la gravité

²⁰³⁸ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 50.

²⁰³⁹ Jean BODIN, *Les six livres de la République*, Librairie générale française, 1993, p. 264.

²⁰⁴⁰ France, *Charte constitutionnelle*, 14 août 1830, art. 13.

²⁰⁴¹ *Id.*, art. 53 : « *Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels* ».

²⁰⁴² *Le Monde*, 8 janvier 2015.

de la situation de crise peut rendre nécessaire une restriction exceptionnelle des libertés (1). Les droits anglo-américain et français partagent *en pratique* cet aménagement de libertés au sein de la situation d'exception (2).

1. Un encadrement juridique des atteintes aux libertés

La radicalité de Schmitt, puisqu'elle ne peut prétendre à résumer l'intégralité de sa pensée, entraînerait de nombreux écueils si on la voyait systématiquement dans chacun de ses écrits. Ainsi, même dans un ouvrage sur la dictature rédigé en 1921 dans un contexte de vengeance nationaliste – notamment soulignée par François Terré²⁰⁴³ –, tirée du prétexte de l'humiliation du Traité de Versailles du 28 juin 1919²⁰⁴⁴, l'on peut trouver des pistes de réflexion propres à penser le nécessaire maintien des libertés en cas de crise, autant que la limitation des pouvoirs exceptionnels. En ce sens, le juriste allemand constate – sans affirmer qu'il y souscrit totalement – qu'une « *réglementation de l'état d'exception conforme aux principes de l'État de droit* »²⁰⁴⁵ se ramène nécessairement à « *une définition et à une délimitation des conditions et du contenu des pouvoirs extraordinaires* »²⁰⁴⁶. Si l'on a déjà défini et délimité les conditions de déclenchement des pouvoirs de crise – il s'agit de la seule hypothèse d'un trouble mettant en péril la survie de l'État²⁰⁴⁷ –, il faut encore définir le contenu de ces pouvoirs, et expliquer ce qu'il entend par leur délimitation. Sur ce dernier point, il considère nécessaire de limiter le contenu matériel de telles compétences, puisque le rétablissement de l'ordre antérieur n'apparaît possible qu'autant qu'il existe une « *délimitation supplémentaire conforme aux principes de l'État de droit* »²⁰⁴⁸, empêchant que puissent être violées les libertés que ce dernier garantit.

Mais, bien que partageant avec le Florentin ce principe d'une nécessaire préservation des libertés au sein de l'exception, Schmitt remarque néanmoins l'obligation d'aménager une telle règle. Il faut reconnaître ici tout le réalisme de l'auteur, qui constate avec raison que l'impossibilité de renoncer temporairement à certaines libertés garanties par la constitution provoque parfois des entraves pouvant priver d'efficacité les pouvoirs

²⁰⁴³ François TERRÉ, « La vengeance et l'occident », *La vengeance*, Catherine PUIGELIER, François TERRÉ (dir.), éditions Panthéon-Assas, 2011, p. 19.

²⁰⁴⁴ Sur les implications de ce traité, cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1, A, 1.

²⁰⁴⁵ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 255.

²⁰⁴⁶ *Ibid.*

²⁰⁴⁷ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B, 1.

²⁰⁴⁸ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 255.

exceptionnels, qui perdent alors leur capacité à rétablir l'ordre affecté par l'exception. Ainsi, il est primordial de « *laisser une certaine marge de manœuvre, parce que sinon l'objectif de cette institution, qui est de rendre possible une intervention énergique, disparaît* »²⁰⁴⁹, et de ce fait, « *l'État tout comme la constitution pourraient dépérir en toute légalité* »²⁰⁵⁰, empêchant logiquement leur rétablissement, et donc celui de la situation normale, antérieure à l'exception. Sur ce point, étonnamment, le propos de Claude Lefort, issu de ses travaux sur l'auteur de Florence, se rapproche davantage du juriste allemand, puisqu'il considère également qu'il est en tel cas nécessaire que « *la loi couvre sa propre transgression au lieu d'en faire l'épreuve dans une violation brute qui risque de la ruiner* »²⁰⁵¹. Ainsi, la conception machiavélienne pourrait se révéler dangereuse, parce que Schmitt déduit ici que plus l'État est protecteur des libertés, plus il peut apparaître faible en situation d'exception s'il se refuse à certaines concessions. La préservation inconditionnelle des libertés conduit en effet, selon le juriste allemand, à une atrophie et donc à un affaiblissement de la capacité restauratrice des pouvoirs d'exception. En ce sens, la dictature de commissaire, développée par lui, doit se définir comme un compromis entre le positionnement machiavélien d'une part – inapte à endiguer l'exception mais protecteur des libertés –, et le décisionnisme souverain d'autre part, doté d'une réelle capacité de domination de l'exception, mais pouvant entraîner une privation de libertés sans limitation juridique aucune. En effet, si la dictature de commissaire engendre – en suspendant concrètement certaines dispositions de la constitution²⁰⁵² – une restriction de libertés, celle-ci n'est possible qu'au travers d'une « *loi [qui] dresse, de la manière la plus précise qui soit la liste des moyens extraordinaires auxquels le dictateur est en droit de recourir* »²⁰⁵³, manifestant précisément une volonté de préserver la « *constitution dans son existence concrète* »²⁰⁵⁴, tout en conférant au pouvoir exécutif une latitude suffisante. En vertu d'une telle limitation du champ matériel des pouvoirs exceptionnels, la loi « *autorise explicitement [le dictateur] à procéder à des arrestations, à des perquisitions de domiciles, à des saisies de journaux* »²⁰⁵⁵. Elle peut également l'autoriser « *à suspendre certains droits*

²⁰⁴⁹ *Ibid.*

²⁰⁵⁰ *Ibid.*

²⁰⁵¹ Claude LEFORT, *Le travail de l'œuvre Machiavel*, Gallimard, 1986, p. 510.

²⁰⁵² Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 141.

²⁰⁵³ *Id.*, p. 255.

²⁰⁵⁴ *Id.*, p. 142.

²⁰⁵⁵ *Id.*, p. 255.

*fondamentaux comme la liberté de la presse et la liberté de réunion »*²⁰⁵⁶. La loi peut encore prévoir « *une aggravation des peines pour certains délits* »²⁰⁵⁷. Cependant une telle restriction de libertés renvoie justement à une forme de garantie puisque « *toutes ces énumérations indiquent que le dictateur n'a pas de liberté d'action en dehors des pouvoirs énumérés* »²⁰⁵⁸, supposant « *qu'il n'a donc pas le droit de prendre toutes les mesures qu'il juge nécessaires dans une situation donnée* »²⁰⁵⁹. Par la dictature de commissaire – au travers de laquelle « *l'habilitation générale illimitée à prendre toutes les mesures exigées par les circonstances s'est vue remplacée par une énumération* »²⁰⁶⁰ –, Schmitt vise finalement cet équilibre entre la protection des libertés et la meilleure efficacité possible des pouvoirs d'exception, qui nous semble propre à l'État de droit²⁰⁶¹. C'est en ce sens qu'il définit et délimite le contenu des pouvoirs de crise conformes à un tel État.

2. Une énumération *a priori* précise des droits suspendus

La tentative de compromis que représente la dictature de commissaire développée par Schmitt peut être rapprochée du droit anglo-américain et français. En effet, en tant

²⁰⁵⁶ *Id.*, p. 256.

²⁰⁵⁷ *Ibid.*

²⁰⁵⁸ *Ibid.*

²⁰⁵⁹ *Ibid.*

²⁰⁶⁰ *Id.*, p. 235. L'auteur précise en effet que les états d'exception, ont « *évolué vers une institution juridiquement organisée* » (p. 234) et que justement « *la dictature de commissaire a été intégrée dans cette évolution de l'État de droit* » (*ibid.*).

²⁰⁶¹ Schmitt cultive de nouveau l'ambiguïté. Tout en rattachant l'article 48, al. 2 de la Constitution de Weimar de 1919 à une dictature de commissaire conforme à l'État de droit (l'article énumère limitativement les sept droits fondamentaux pouvant faire l'objet d'une restriction en cas de situation exceptionnelle), il constate que cet article « *porte également atteinte à des articles constitutionnels autres que ceux énumérés dans l'article 48 alinéa 2* » (*id.*, p. 210). Or le juriste allemand souscrit à cet affranchissement, puisque selon lui, « *un état d'exception efficace serait impossible si, en dehors des sept droits fondamentaux énumérés [...], chacun des autres articles de la Constitution venait faire obstacle à l'action du président du Reich comme une barrière infranchissable* » (*ibid.*). Cette ambiguïté révèle finalement une imprécision volontaire de Schmitt, que l'on peut retrouver dans les constitutionnalismes anglo-américain et français.

qu'États de droit²⁰⁶² visant à se préserver, tous trois pensent l'exception comme une situation où les libertés doivent être protégées, autant que les troubles efficacement réprimés. Schmitt souligne ce rapprochement possible en expliquant que « *l'évolution de l'État de droit intègre la dictature de commissaire par opposition à la dictature souveraine* »²⁰⁶³, justement en définissant « *les conditions nécessaires à l'exercice des pouvoirs dictatoriaux* »²⁰⁶⁴, et « *en énumérant [...] le contenu de ces derniers* »²⁰⁶⁵. Cette dictature semble donc pouvoir être transposée à ces trois États. En effet, d'une part, comme l'explique Jean-Claude Monod, « *les États démocratiques* »²⁰⁶⁶ et « *les États de droit* »²⁰⁶⁷ doivent en cas de crise – pour préserver les libertés qu'ils garantissent et à la fois faire énergiquement face aux « *circonstances exceptionnelles* »²⁰⁶⁸ – procéder, comme on l'a vu²⁰⁶⁹, à « *une énumération des conditions de promulgation* »²⁰⁷⁰ de l'état d'exception. D'autre part, ils doivent prévoir le pouvoir qui s'y rattache et procéder à une « *énumération [...] de ses limites* »²⁰⁷¹, supposant de préciser les « *droits qu'il est possible de suspendre* »²⁰⁷². En d'autres termes, la tradition libérale concède des aménagements pouvant être – étonnamment – proches des conceptions schmittiennes relatives à l'État de droit. En effet, semblant d'abord s'opposer théoriquement à toute atteinte aux libertés, elle

²⁰⁶² Que l'on s'en remette à la définition donnée par Kelsen (Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, L.G.D.J., Bruylant, 1997), selon laquelle un État de droit est celui dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées de telle sorte que sa puissance s'en trouve limitée, ou bien aux critères et objectifs donnés par le droit constitutionnel (qui en plus de cette hiérarchie pyramidale ajoute la séparation des pouvoirs, la soumission de l'État au droit ou l'encadrement juridique des pouvoirs de l'État, l'indépendance de l'autorité juridictionnelle, une finalité humaniste et libérale des institutions et des normes juridiques, la proclamation des libertés et des droits de l'Homme, dont la garantie suggère de les placer au sommet de la hiérarchie des normes, souvent au travers d'une déclaration des droits), l'Angleterre, les États-Unis et la France intègrent une telle notion. Voir sur cette notion : Olivier JOUANJAN, « État de droit », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007, p. 649-653 (sur l'acception politique puis juspositiviste de la notion) ; Pierre PACTET, Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2005, p. 120-122 (sur les objectifs de l'État de droit) ; Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Lextenso/ L.G.D.J., 2010, p. 60-61 (sur l'État de droit comme portée philosophique d'une constitution).

²⁰⁶³ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 235.

²⁰⁶⁴ *Ibid.*

²⁰⁶⁵ *Ibid.*

²⁰⁶⁶ Jean-Claude MONOD, « La radicalité constituante (Negri, Balibar, Agamben) ou peut-on lire Schmitt de droite à gauche ? », *Mouvements*, n° 37, janvier-février 2004, p. 86.

²⁰⁶⁷ *Ibid.*

²⁰⁶⁸ *Ibid.*

²⁰⁶⁹ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B, 2.

²⁰⁷⁰ Jean-Claude MONOD, « La radicalité constituante (Negri, Balibar, Agamben) ou peut-on lire Schmitt de droite à gauche ? », *Mouvements*, n° 37, janvier-février 2004, p. 86.

²⁰⁷¹ *Ibid.*

²⁰⁷² *Ibid.*

admet en réalité une forme de compromis. Cette tendance s'affirme progressivement pour être particulièrement perceptible dans le droit des XX^e et XXI^e siècles.

L'*Anti-terrorism, Crime and Security Act*, promulgué au Royaume-Uni le 14 décembre 2001, procédait d'une telle logique, puisqu'il recourait à la possibilité schmittienne d'énumérer les droits auxquels la loi permet de renoncer pendant la situation exceptionnelle. Ainsi, il prévoyait en son article 30 une procédure légale de dérogation à certains droits normalement garantis par l'*habeas corpus*. À ce titre, il reprenait partiellement le *Human Rights Act* de 1998, entré en vigueur le 2 octobre 2000. Ce dernier incorpore au droit du Royaume-Uni la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950. Cet article 30 intègre la possible dérogation prévue par l'article 14 du texte de 2000, qui prévoit lui-même la renonciation à certains droits²⁰⁷³ à la liberté et à la sûreté conférés à toute personne arrêtée, contenus au 3 de l'article 5 de la Convention de 1950, qui traite justement des garanties conférées à tout détenu²⁰⁷⁴. Le texte de 2001 prévoyait également une renonciation à l'article 5. 1 de la Convention, lui aussi relatif à la liberté et à la sûreté. La législation antiterroriste conférait ainsi au secrétaire d'État, par l'effet combiné de ses articles 21 et 23, la possibilité d'ordonner par certificat²⁰⁷⁵, la détention illimitée²⁰⁷⁶, en dehors de toute inculpation, d'un étranger dont il est estimé que « *la présence sur le sol du Royaume-Uni est un risque pour la sécurité nationale* »²⁰⁷⁷ et sur lequel il pèse un « *soupçon de terrorisme* »²⁰⁷⁸. Ces articles suffisent

²⁰⁷³ Royaume-Uni, *Human Rights Act*, 9 novembre 1998 (entré en vigueur en 2000), art. 14 (1) : « *In this Act "designated derogation" means :*

(a) *the United Kingdom's derogation from Article 5(3) of the Convention; and*

(b) *any derogation by the United Kingdom from an Article of the Convention, or of any protocol to the Convention, which is designated for the purposes of this Act in an order made by the Secretary of State* ». Voir ensuite : Royaume-Uni, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 14 décembre 2001. Ce texte intègre en son article 30 cette possibilité de dérogation : « *In this section "derogation matter" means : (b) the designation under section 14(1) of the Human Rights Act 1998* ».

²⁰⁷⁴ Le texte de 2001 s'approprie donc les dérogations prévues par celui entré en vigueur en 2000, qui permettent de renoncer au droit conféré à toute personne arrêtée ou détenue d'être immédiatement traduite devant un juge et au droit d'être jugée dans des délais raisonnables, ou libérée durant la procédure (Voir : Conseil de l'Europe, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, art. 5. 3).

²⁰⁷⁵ Royaume-Uni, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 14 décembre 2001, art. 21 : « *The Secretary of State may issue a certificate under this section in respect of a person suspected of international terrorism* ».

²⁰⁷⁶ *Id.*, art. 23 : « *A suspected international terrorist may be detained under a provision specified in subsection (2) despite the fact that his removal or departure from the United Kingdom is prevented (whether temporarily or indefinitely)* ». Voir encore : Privy Counsellor Review Committee, *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 Review : Report*, 12 décembre 2003, p. 53 : « *La détention prévue par la quatrième partie de la loi (à laquelle appartiennent les articles 21 et 23) est potentiellement illimitée* ».

²⁰⁷⁷ *Id.*, art. 21 : « *believes that the person's presence in the United Kingdom is a risk to national security* ».

²⁰⁷⁸ *Ibid.* : « *suspects that the person is a terrorist* ».

à illustrer la suspension de l'*habeas corpus*, puisqu'en dehors de toute mise en examen et sans jugement, le secrétaire d'État s'affranchit de cette obligation de présenter le détenu à un juge²⁰⁷⁹ afin que s'applique la plénitude « *des lois destinées à garantir la liberté des sujets* »²⁰⁸⁰. On perçoit ici nettement la radicalité de la mise en œuvre de la logique schmittienne, supposée relever pourtant d'une forme de compromis. En effet, ces mesures sont attentatoires à certains droits de tout détenu, dans un but d'efficacité, mais relèvent d'une énumération limitative faite par la loi, visant la préservation des libertés.

Le droit américain illustre lui aussi la froideur de ce compromis schmittien. Si le texte de 1787 prévoit de déclencher l'institution d'exception lorsque la « *sécurité publique* »²⁰⁸¹ est en péril, il n'envisage pas de claire restriction de libertés. Ce n'est en effet qu'« *implicitement [que] l'article 1, section 9 habilite le Congrès* »²⁰⁸² à suspendre « *l'ordonnance d'habeas corpus* »²⁰⁸³ en telle situation. Bien plus explicitement, c'est au sein de la loi que l'on constate une énumération des libertés pouvant être restreintes en cas de péril, particulièrement à la suite des attentats du 11 septembre 2001. Ainsi, par ordonnance militaire du 13 novembre 2001, le président – et à la fois Commandant en chef de l'armée²⁰⁸⁴ – George Walker Bush, décide d'édifier de nouvelles commissions militaires. Celles-ci devront sanctionner toute personne étrangère à l'égard de laquelle « *il y a lieu de croire* »²⁰⁸⁵ qu'elle « *est ou a été un membre de l'organisation connue sous le nom d'Al-Qaïda* »²⁰⁸⁶, ou qu'elle « *a engagé, aidé ou encouragé, ou conspiré pour commettre des actes de terrorisme international, ou des actes en préparation à cet effet* »²⁰⁸⁷, ou encore qui a « *sciemment hébergé un ou plusieurs individus* »²⁰⁸⁸

²⁰⁷⁹ Angleterre, *Loi d'habeas corpus*, 27 mai 1679, section 2.

²⁰⁸⁰ Angleterre, *Déclaration des droits*, 16 décembre 1689, préambule.

²⁰⁸¹ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. I^{er}, section 9.

²⁰⁸² Wanda MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : le USA PATRIOT Act et autres violations "en règle" de la Constitution », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 64.

²⁰⁸³ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. I^{er}, section 9.

²⁰⁸⁴ L'état d'urgence nationale ayant été déclaré le 14 septembre 2001 (voir : États-Unis, *Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks*, n° 7463, 14 septembre 2001), le président devient, en vertu de la section 2 de l'article II de la Constitution de 1787, le « *commandant en chef de l'armée et de la marine des États-Unis* ».

²⁰⁸⁵ États-Unis, *Military Order – Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, 13 novembre 2001, art. 2, a. 1 (notre traduction).

²⁰⁸⁶ *Id.*, art. 2, a. 1. i.

²⁰⁸⁷ *Id.*, art. 2, a. 1. ii.

²⁰⁸⁸ *Id.*, art. 2, a. 1. iii.

précédemment cités. La renonciation à l'*habeas corpus* vis-à-vis de ces personnes consiste en ce que :

*« compte tenu du danger pour la sécurité des États-Unis et de la nature du terrorisme international [...] il ne sera pas possible d'appliquer aux commissions instaurées sous cette ordonnance, les principes du droit et les règles de preuve généralement reconnus dans le jugement des affaires pénales dans les tribunaux de district des États-Unis »*²⁰⁸⁹.

Il s'agit bien là d'une suspension de libertés normalement protégées par la Constitution américaine, puisque comme en droit anglais, la garantie du droit à l'ordonnance²⁰⁹⁰ *« constitue une des lois fondamentales de l'État de droit en vertu de laquelle une personne ne peut être emprisonnée et condamnée sans jugement »*²⁰⁹¹, lequel prévoit des règles procédurales visant à garantir les libertés des personnes jugées. Ainsi, l'on constate que la loi renonce aux garanties habituellement conférées par l'*habeas corpus*, en précisant celles des libertés pouvant être suspendues à l'aune de l'exception, afin de conférer aux pouvoirs de crise une efficacité optimale.

Le droit français, enfin, procède lui aussi d'une volonté d'équilibre pouvant s'approcher du compromis schmittien. Ainsi, en tant qu'État de droit, la France est de plus en plus fréquemment conduite à *« déterminer dans quelle mesure les libertés peuvent être limitées afin d'assurer, en période de crise, la survie de l'État ou la sécurité nationale »*²⁰⁹². Maurice Hauriou, dès le début du XX^e siècle, avait perçu cette nécessité :

*« Il faut bien reconnaître que les lois de garanties individuelles sont faites pour les temps normaux, et que, depuis longtemps, on a constaté la nécessité de les suspendre, au moins partiellement, dans les temps anormaux, où le salut de l'État passe avant les convenances individuelles »*²⁰⁹³.

Le droit français s'inscrit nettement dans cette perspective, et offre divers exemples de suspension de certaines libertés, au profit d'une efficacité des pouvoirs exceptionnels,

²⁰⁸⁹ *Id.*, art. 1^{er}, f.

²⁰⁹⁰ L'ordonnance, ou *writ*, est l'acte écrit par lequel le représentant du détenu peut obtenir du juge l'ordre que lui soit présenté le prisonnier.

²⁰⁹¹ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 76.

²⁰⁹² *Id.*, p. 80.

²⁰⁹³ Maurice HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Tome 1, Recueil Sirey, 1929, p. 81.

leur permettant de satisfaire à une nécessité de sécurité. Paradoxalement, une utilisation célèbre de l'article 16 du texte de 1958 peut illustrer le cas d'une restriction de libertés clairement définie. À la suite du putsch d'Alger, le général de Gaulle met en œuvre, le 23 avril 1961²⁰⁹⁴, l'article 16 de la Constitution, « *après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel* »²⁰⁹⁵ et en « *informe la nation par un message* »²⁰⁹⁶. Par décision du 26 avril 1961, il affirme que « *jusqu'au 1^{er} mai 1962, les magistrats en fonction dans les départements algériens peuvent recevoir une nouvelle affectation* »²⁰⁹⁷. Le contenu de la décision précise qu'elle va à l'encontre de l'ordonnance du 22 décembre 1958, qui affirme explicitement que « *les magistrats du siège sont inamovibles* »²⁰⁹⁸. Ainsi, il s'agit de relever qu'une telle disposition suspend là un droit à l'inamovibilité constitutionnellement garanti au terme de l'article 64 alinéa 4 de la loi fondamentale de 1958²⁰⁹⁹. De même, les dispositions de l'état de siège permettent de déroger à certaines libertés, que le Code de la défense énumère précisément. Si le principe du déclenchement de l'état de siège est inscrit dans la Constitution, la mise en œuvre d'une restriction de libertés est régie par la loi. Cette dernière confère aux autorités militaires quatre compétences clairement exorbitantes de la légalité normale. Elles peuvent procéder à des « *perquisitions domiciliaires de jour et de nuit* »²¹⁰⁰, mais aussi « *éloigner toute personne ayant fait l'objet d'une condamnation devenue définitive pour crime ou délit et les individus qui n'ont pas leur domicile dans les lieux soumis à l'état de siège* »²¹⁰¹. Elles peuvent également « *ordonner la remise des armes et munitions, et procéder à leur recherche et à leur enlèvement* »²¹⁰², et enfin « *interdire les*

²⁰⁹⁴ France, *Décision portant application de l'article 16*, 23 avril 1961, art. 1^{er} : « *Il est fait application de l'article 16 de la Constitution* ». Les pouvoirs conférés par cet article sont maintenus jusqu'au 30 septembre 1961. On renverra à l'avis du Conseil constitutionnel du 23 avril 1961, publié au Journal officiel de la République française (ci-après *JORF*) du 24 avril 1961, p. 3876 et s. : « *Considérant qu'en raison de ces actes de subversion, d'une part, les institutions de la République se trouvent menacées d'une manière grave et immédiate, d'autre part, les pouvoirs publics constitutionnels ne peuvent fonctionner d'une façon régulière, est d'avis : que sont réunies les conditions exigées par la Constitution pour l'application de son article 16* ».

²⁰⁹⁵ France, *Constitution de la V^e République*, 4 octobre 1958, art. 16.

²⁰⁹⁶ *Ibid.*

²⁰⁹⁷ *JORF*, 27 avril 1961, p. 3930.

²⁰⁹⁸ France, *Ordonnance n° 58-1270 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, 22 décembre 1958, art. 4.

²⁰⁹⁹ France, *Constitution de la V^e République*, 4 octobre 1958, art. 64, al. 4 : « *Les magistrats du siège sont inamovibles* ».

²¹⁰⁰ France, *Code de la défense*, art. L. 2121-7.

²¹⁰¹ *Ibid.*

²¹⁰² *Ibid.*

publications et les réunions qu'elle juge de nature à menacer l'ordre public »²¹⁰³. Mais, d'une manière assez schmittienne, ces autorités ne peuvent suspendre toutes les libertés puisque ce même Code précise que « *nonobstant l'état de siège, l'ensemble des droits garantis par la Constitution continue de s'exercer, lorsque leur jouissance n'est pas suspendue en vertu des articles précédents* »²¹⁰⁴. En ce sens, Christian Bigaut note qu'ainsi, « *les suspensions des garanties et droits accordés par la Constitution [...] sont encadrées* »²¹⁰⁵. Le droit français déroge donc à un certain nombre de libertés afin de doter les pouvoirs exceptionnels d'une efficacité suffisante. Mais à la fois, conscient qu'une large garantie de libertés par la loi est gage de pérennité républicaine, il empêche le titulaire de ces pouvoirs d'attenter à toutes les libertés, en énumérant celles étant restreintes, et celles continuant de bénéficier d'une protection normale. La connaissance préalable de ces dérogations est nécessairement favorable à la sécurité juridique²¹⁰⁶, notamment sous l'angle de la prévisibilité²¹⁰⁷ de la loi.

²¹⁰³ *Ibid.*

²¹⁰⁴ *Id.*, art. L. 2121-8.

²¹⁰⁵ Christian BIGAUT, « Les suspensions de la Constitution : les régimes dérogatoires aux dispositions constitutionnelles – les suspensions provisoires de la Constitution », *La Revue administrative*, n° 325, 55^e année, 2002, p. 54.

²¹⁰⁶ En effet, dans son rapport public de 2006 « Sécurité juridique et complexité du droit », le Conseil d'État relève que « *le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles* » (p. 141). Nous soulignons.

²¹⁰⁷ *Id.*, p. 282 : « *Le principe de sécurité juridique suppose que le droit soit prévisible et que les situations juridiques restent relativement stables* ».

Conclusion du chapitre 1

Lorsque l'État est parvenu à assurer durablement son objectif de pérennité, à quels pouvoirs doit-il faire appel lorsque survient une crise mettant en péril son existence ? Ce questionnement semble indéniablement entraîner une réponse ambivalente. D'une part, l'inévitable jaillissement de l'exception au sein de l'État appelle logiquement des pouvoirs suffisamment radicaux pour pouvoir l'endiguer. Mais d'autre part, la compréhension de tels pouvoirs, jusqu'alors admis comme destructeurs de l'ordre ancien au profit de la fondation d'un autre, entre en contradiction totale avec la volonté de continuité républicaine, cette dernière suggérant davantage une restauration qu'une instauration nouvelle. Constatant l'impossible recours à la pure décision souveraine, Machiavel – avec les pouvoirs constitutionnels d'exception – et Schmitt – par la dictature de commissaire – envisagent donc une compétence opposée à celle observée en première partie de ce travail. Cette dictature souveraine n'était pas prévue du droit, et – agissant quand celui-ci était figé au point de l'évincer définitivement – révélait une capacité normative propre à fonder un ordre nouveau. En revanche, l'inscription de la dictature dans le droit positif et son assignation au seul cas de mise en péril de l'État, permettent que ce pouvoir agisse au bénéfice, et non à la place du droit relevant de la situation normale. Cette inversion totale de perspective, qui change la nature des pouvoirs d'exception, se constate autant dans la pensée que dans le droit anglo-américain et français. Alors que la pure décision, non prévue par le droit positif, vise l'instauration d'un ordre nouveau en cas de crise, les pouvoirs d'exception observés ici se distinguent en ce que, prévus par la loi, ils sont assignés à la restauration de l'ordre antérieur à l'exception.

Cette interprétation des pouvoirs de crise n'apparaît pas novatrice, puisque l'on retrouve, dans le droit public romain, une dictature qui est à la fois prévue du droit, et circonscrite aux situations d'exception. Grande est alors la tentation de rattacher les pouvoirs de crise tels que compris par les deux auteurs et les trois ordres juridiques à la théorisation romaine, tant son républicanisme a fait preuve de longévité, et ce notamment grâce à l'institution dictatoriale. Pourtant, divers arguments démontrent que sans l'abolir totalement, il convient d'adjoindre à cette dictature d'autres critères, permettant de garantir plus fermement le retour à l'ordre antérieur, au terme de l'exception. À cette fin, Machiavel et Schmitt s'attachent au champ matériel des pouvoirs d'exception. Le Florentin semble ainsi proscrire toute atteinte aux libertés républicaines par la dictature, alors que le juriste

allemand opère un compromis entre ce positionnement machiavélien et le pur décisionnisme, énumérant limitativement par la loi celle des libertés pouvant faire l'objet de restrictions, et celles demeurant normalement garanties. Si les pensées juridiques anglo-américaine et française font preuve, théoriquement, d'une proximité avec l'auteur des *Discours*, la pratique contemporaine, elle, traduit une filiation avec la lucidité schmittienne. En effet, tous trois s'essaient à un compromis entre le refus absolu de restreindre l'exercice de la moindre liberté – préjudiciable à l'efficacité des pouvoirs de crise –, et l'absence totale de limitation à ces mêmes pouvoirs, leur permettant de porter de graves atteintes à ces libertés. Pour cela, ils tentent d'énumérer limitativement celles pouvant faire l'objet d'une suspension, et agissent en un tel sens, dotant alors ces pouvoirs d'une latitude permettant d'endiguer efficacement la crise, afin de recouvrer au plus vite l'ordre normal.

Cependant, malgré une apparente clarté, l'imprécision caractérise parfois, on le verra, cet exercice d'équilibriste périlleux auquel se livrent ces trois États de droit. Ce manque de clarté exige alors de rechercher s'ils systématisent ou non un contrôle permettant de s'assurer du respect de ces limites. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si cette limite matérielle satisfait à la garantie du retour à l'ordre antérieur, ou s'il est nécessaire de contrôler que les pouvoirs exceptionnels respectent ce cadre leur étant imposé.

Chapitre 2 : L'indispensable contrôle du respect des limites juridiques imposées aux pouvoirs exceptionnels

Le rétablissement de la situation normale antérieure à l'exception, compris comme restauration pleine et entière de l'État de droit, suggère de concevoir des pouvoirs d'exception ne pouvant – au sein de la crise – restreindre que marginalement les libertés consacrées et garanties par ce même État. Afin de parvenir à ce but, l'on a vu que la loi devait être en mesure de maîtriser l'action des pouvoirs exceptionnels, en limitant le champ matériel de leurs compétences. En effet, même si des dérogations temporaires aux libertés peuvent être admises, l'État de droit ne peut les envisager que dans une moindre mesure, dès lors que même en cas de péril, il demeure « *celui dans lequel la règle de droit se trouve instrumentalisée afin de protéger les gouvernés contre l'arbitraire du pouvoir, en obligeant ses dépositaires à respecter les droits de l'homme* »²¹⁰⁸. Or, il apparaît que ces limites matérielles imposées par la loi sont insuffisantes à circonscrire l'action des pouvoirs de crise, puisque ces derniers, au sein de l'exception, s'affranchissent largement des bornes leur étant imposées (Section 1). Ainsi, la sauvegarde la plus effective possible de l'État de droit pendant la crise, et son plein rétablissement à l'issue de cette dernière, ne semblent envisageables qu'à travers un contrôle des pouvoirs exceptionnels, tout à la fois opéré par les organes législatif et juridictionnel (Section 2).

²¹⁰⁸ Fabien BOTTINI, « La promulgation des lois parlementaires », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 76, 2008, p. 761. L'auteur précise que le respect des droits de l'homme, par l'État de droit, est particulièrement important dans la conception du « *jusnaturalisme* » moderne (*ibid.*).

Section 1 : L'insuffisance des limites au champ matériel des pouvoirs d'exception

Si l'on se satisfaisait des dispositions préalablement analysées, il paraîtrait insensé de voir en les pouvoirs d'exception un risque d'empêchement au rétablissement de l'ordre juridique antérieur, et il semblerait tout aussi absurde d'envisager un contrôle de l'étendue matérielle de tels pouvoirs. En effet, l'on pourrait d'une part déduire que ces pouvoirs, puisque juridiquement limités dans leur champ d'action par une prescription normative contraignante – qui précisément leur donne vie –, ne nécessitent pas de contrôle particulier. D'autre part, l'on pourrait en conséquence considérer que ces pouvoirs ne peuvent vider totalement de sa substance l'ordre républicain normal conçu comme État de droit – devant sa pérennité à une jouissance de libertés garanties par la loi au plus grand nombre –, qu'il s'agit de restaurer. Pourtant, la pratique démontre que la norme juridique, même au sein de l'État de droit cerné de juspositivisme, ne parvient pas à épuiser la réalité profonde des pouvoirs exceptionnels. Ainsi, bien que la règle de droit tende à contenir les effets des pouvoirs exceptionnels sur les libertés en énumérant limitativement celles auxquelles il peut être dérogé et celles demeurant garanties de façon normale, ces derniers semblent s'affranchir en permanence de ces bornes juridiques. Pour preuve, l'on observe dans la pratique que les pouvoirs de crise portent une atteinte croissante aux libertés au sein des États de droit que sont l'Angleterre, les États-Unis et la France (§ 1). Face à l'inefficacité de telles bornes, il apparaît nécessaire d'envisager un contrôle de ces pouvoirs, dernier rempart permettant qu'ils demeurent en tant que ce compromis protecteur – incarné par la dictature de commissaire – conforme à l'État de droit (§ 2).

§ 1. Une atteinte accrue aux libertés au sein de l'État de droit

L'Angleterre, les États-Unis et la France, en tant qu'États de droit, tentent de procéder, par leurs normes, à une énumération *a priori* précise des possibles restrictions de libertés en cas d'exception. Pourtant, l'exercice concret de cette dictature de commissaire semble en réalité bafouer les limites imposées par les lois (A), au point de fragiliser un État de droit n'étant effectif qu'autant qu'il soumet les pouvoirs au respect des normes qu'il a édictées (B).

A. L'inutilité de la limite matérielle imposée aux pouvoirs exceptionnels

L'inutilité de la limite matérielle imposée aux pouvoirs d'exception peut se constater à deux égards : il arrive – particulièrement dans la législation britannique – que

les pouvoirs d'exception suspendent en pratique davantage de libertés que celles auxquelles la loi autorise à déroger (1), mais aussi – cette fois dans les trois ordres juridiques – que la loi elle-même fasse preuve d'un mutisme offrant à ces pouvoirs la perspective d'une suspension de libertés dont le champ serait illimité (2). Dans les deux hypothèses, l'atteinte aux libertés prend une intensité pouvant remettre en cause l'État de droit, et subséquemment la restauration de l'ordre antérieur. C'est donc à double titre que se verra justifiée la nécessité d'un contrôle de tels pouvoirs.

1. La présence d'une dérogation limitée à certaines libertés, comprise avec largesse

La pertinence de l'exemple britannique, autant que la densité de son analyse, justifient que l'on ait uniquement recours à lui ici²¹⁰⁹. Malgré l'apparente segmentation opérée par l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001, qui énonce comme seule suspension autorisée, en vertu de son article 30, la dérogation aux droits habituellement garantis à tout détenu, le pragmatisme britannique – probablement dangereux en l'occurrence – semble en réalité faire preuve d'une marge de manœuvre plus large que celle initialement prévue par le droit, afin de s'adapter aux circonstances de fait. Ainsi, il faut constater que les compétences gouvernementales énoncées par cette loi vont en réalité bien au-delà de la seule suspension de l'*habeas corpus*. À cet égard, l'on peut se référer au rapport du comité institué par la loi antiterroriste de 2001²¹¹⁰. Ses conclusions révèlent, malgré un contexte peu propice à la lucidité, une acuité remarquable. Les auteurs du rapport opèrent un raisonnement en deux temps. Ils constatent d'une part une suspension de libertés non énumérées par le texte, et d'autre part que ces libertés sont entravées par des « *dispositions qui ne sont pas spécifiquement ciblées sur le terrorisme* »²¹¹¹ et qui en conséquence, « *devraient être reconsidérées [...] dans le contexte de la législation ordinaire à laquelle elles appartiennent* »²¹¹². La lecture du texte de 2001 confirme la

²¹⁰⁹ Parmi les lois prévoyant strictement les libertés auxquelles il peut être dérogé, mais dont les décisions prises sur son fondement s'affranchissent de telles limites, pour opérer des dérogations de libertés que le texte ne permet pas, les exemples américains et français semblent moins pertinents que celui de la législation du Royaume-Uni. En effet, pour ces deux autres États, les violations non autorisées de libertés ne viennent pas tant d'un dépassement de limites que d'une absence de limites, issue du silence de la loi elle-même. Cette hypothèse sera évoquée avec l'analyse de la section 215 de l'*USA PATRIOT Act* du 26 octobre 2001, et l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, telle que modifiée par celle du 20 novembre 2015.

²¹¹⁰ Royaume-Uni, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 14 décembre 2001, art. 122.

²¹¹¹ Privy Counsellor Review Committee, *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 Review : Report*, 12 décembre 2003, p. 8 (notre traduction).

²¹¹² *Ibid.*

justesse d'un tel raisonnement, puisque ladite législation permet effectivement la divulgation d'informations personnelles²¹¹³, de sorte qu'au-delà de la suspension de l'*habeas corpus*, il déroge clairement au droit à la vie privée. Ce droit, s'il n'existe pas au sens précis de la disposition normative de notre Code civil²¹¹⁴, est pourtant garanti par le *Data Protection Act* de 1998, autant que par le *Human Rights Act* entré en vigueur en 2000, qui incorpore la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme sans renoncer à son article 8²¹¹⁵. Plus encore, il semble, comme le souligne le comité, que ce texte ne se borne pas au contexte du terrorisme, puisqu'en son article 19, il précise qu'une telle divulgation d'informations personnelles peut être opérée « *aux fins de toute enquête criminelle quelconque qui est ou peut être réalisée, que ce soit au Royaume-Uni ou ailleurs* »²¹¹⁶, mais aussi « *aux fins de toute procédure pénale* »²¹¹⁷. Ainsi, tout en constatant une dérogation à certaines libertés sans que la loi ne formule explicitement leur suspension, il faut ajouter que les dispositions d'espèce traitant d'infractions non directement rattachées au contexte du terrorisme – et donc sans lien avec cette loi prévoyant des pouvoirs de crise qui s'y appliquent –, devraient normalement trouver leur place dans une législation ordinaire. Or par principe – et c'est là un point fondamental – une telle législation s'applique dans un contexte où les libertés sont rigoureusement garanties, et leurs atteintes sévèrement encadrées. C'est en un tel sens que les conclusions du comité estiment que « *les pouvoirs qui permettent à des organismes publics tels que le fisc de divulguer des informations personnelles pour aider les enquêtes et les poursuites, [...], ne sont pas limités aux affaires de terrorisme* »²¹¹⁸. Par conséquent une divulgation non liée au terrorisme devrait n'avoir sa place que dans une législation relevant de la situation normale, supposant alors « *une surveillance et des garanties supplémentaires proportionnées à la gravité du crime et à la sensibilité de l'information recherchée* »²¹¹⁹. En définitive, le rapport observe que les pouvoirs conférés par la loi de 2001, au-delà de l'*habeas corpus*, suspendent également le droit à la vie privée, alors même qu'une telle dérogation n'est pas explicitement prévue par

²¹¹³ Royaume-Uni, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 14 décembre 2001, art. 19.

²¹¹⁴ France, *Code civil*, art. 9 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée »

²¹¹⁵ Conseil de l'Europe, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, art. 8. 2 : « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale ».

²¹¹⁶ Royaume-Uni, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 14 décembre 2001, art. 19 (notre traduction).

²¹¹⁷ *Ibid.*

²¹¹⁸ Privy Counsellor Review Committee, *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 Review : Report*, 12 décembre 2003, p. 8 (notre traduction).

²¹¹⁹ *Ibid.*

le texte, affaiblissant ainsi la sécurité juridique par l'absence de prévisibilité de la loi. Mais plus encore, cette liberté à laquelle il est dérogé n'aurait vraisemblablement pu faire l'objet d'une suspension légitime même si elle avait été inscrite dans la loi, dès lors que les dispositions la restreignant semblent détachées du contexte terroriste, et ainsi ne pas avoir leur place en un tel texte. Tout semble ici démontrer que la législation de 2001 apparaît comme l'opportunité d'accroître les pouvoirs exécutifs, sous couvert de risque terroriste, dans des domaines n'en relevant pas directement.

2. L'absence de dérogation interprétée comme possibilité de porter atteinte à toute liberté

Un autre élément semble justifier de contrôler que les pouvoirs de crise respectent le champ matériel auquel la loi les assigne. Il arrive en effet qu'une norme mettant en œuvre ces pouvoirs ne prévoie aucune limite précise, n'énumérant pas ceux des droits et libertés étant suspendus ou demeurant protégés. On pourrait, à raison, en déduire qu'elle n'autorise alors aucune dérogation, obligeant finalement l'exercice des pouvoirs d'exception à se soumettre au respect de la garantie des libertés de la même manière qu'en situation normale. En effet, à en suivre les critiques de Roland Drago, puisque les législations d'exception relèvent d'une interprétation stricte, une telle protection devrait naturellement être « *sous-entendue* »²¹²⁰. Évidemment, un tel silence de la loi est en réalité interprété comme ouvrant une marge de manœuvre presque illimitée au champ d'action des pouvoirs de crise, car leurs titulaires semblent déduire de ce mutisme le refus de la loi de protéger explicitement certaines libertés. C'est dans cette perspective que peut être situé le *Counter-Terrorism and Security Act*, adopté par le Royaume-Uni le 12 février 2015, se substituant à la législation de 2001²¹²¹. Celui-ci ne prévoit pas explicitement de renonciation à l'*habeas corpus*. Pourtant, en cas d'urgence absolue au sein de la situation de crise, le prononcé d'une mesure d'exclusion temporaire du territoire²¹²² peut s'effectuer sans l'accord du juge²¹²³. En effet,

²¹²⁰ Roland DRAGO, « L'état d'urgence et les libertés publiques », *R.D.P.*, 1955, p. 681.

²¹²¹ Entre la législation de 2001 (*Anti-terrorism, Crime and Security Act*) et celle de 2015 (*Counter-Terrorism and Security Act*), l'on doit citer le *Prevention of Terrorism Act*, promulgué le 11 mars 2005, abrogeant substantiellement celle de 2001, et lui-même abrogé par le *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act* du 14 décembre 2011.

²¹²² Royaume-Uni, *Counter-Terrorism and Security Act*, 12 février 2015, art. 2. La mesure d'exclusion temporaire se comprend comme une mesure « *qui exige d'un individu qu'il ne retourne pas au Royaume-Uni* » (notre traduction).

²¹²³ *Id.*, art. 14. Dans le cas d'une procédure relative à une personne dont le lieu principal de résidence est l'Écosse, la « *Outer House of the Court of Session* » (Cour civile suprême) sera compétente. De même, la « *High Court in Northern Ireland* » (Haute Cour) sera compétente pour une personne résidant en Irlande du Nord. Dans tous les autres cas, la « *High Court in England and Wales* » (Haute Cour) sera compétente.

le secrétaire d'État peut s'en affranchir, s'il « *estime raisonnablement que l'urgence de l'affaire exige une ordonnance d'interdiction temporaire à imposer sans obtenir une telle autorisation* »²¹²⁴. S'il est possible d'admettre, même en dehors de toute énumération précise, une restriction à la liberté d'aller et venir dès lors qu'une telle mesure est préalablement autorisée par un juge garant des droits de l'individu, cette possibilité apparaît moins acceptable lorsque – en cas d'urgence absolue – elle dépend uniquement du dépositaire des pouvoirs d'exception, qui s'affranchit alors autant de la liberté d'aller et venir que des garanties procédurales de l'*habeas corpus*.

L'étude du droit américain semble mener à une conclusion identique aux observations britanniques, relatives à une restriction croissante des libertés dans le contexte terroriste, sans que ne soient pourtant toujours clairement spécifiées les dérogations à certaines libertés. En effet, il apparaît incontestable que l'*USA PATRIOT Act*²¹²⁵ promulgué le 26 octobre 2001, suspend des libertés garanties en situation normale par la Constitution, sans même préciser par avance desquelles il s'agit. Ainsi, en vertu de sa section 215, ce texte permet aux agents du F.B.I. d'obtenir un mandat les autorisant à accéder, dans toutes sortes d'institutions, à « *tout document tangible (y compris les livres, registres, papiers, documents et autres éléments) dans le cadre d'une enquête visant à protéger contre le terrorisme international* »²¹²⁶. Une telle intrusion apparaît relativement aisée puisque la demande dudit mandat doit – sans autre précision – être motivée par la volonté « *d'obtenir des informations de renseignements étrangers ne concernant pas une personne des États-Unis, ou pour protéger contre le terrorisme international ou les activités clandestines de renseignement* »²¹²⁷. De telles dispositions anéantissent logiquement les effets du IV^e amendement, qui précise que « *le droit des citoyens d'être garantis dans leur personne, leur domicile, leurs papiers et effets, contre les perquisitions et saisies non motivées ne sera pas violé* »²¹²⁸ et ajoute qu'aucun mandat ne peut être délivré « *si ce n'est sur présomption sérieuse, corroborée par serment ou déclaration, ni sans que le mandat décrive particulièrement le lieu à perquisitionner et les personnes ou les choses à*

²¹²⁴ Royaume-Uni, *Counter-Terrorism and Security Act*, 12 février 2015, art. 2.

²¹²⁵ Le respect de la typographie en majuscule prévaut ici puisque l'intitulé de cette loi renvoie à un acronyme pour lequel le droit américain utilise la majuscule : *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*.

²¹²⁶ États-Unis, *USA PATRIOT Act*, 26 octobre 2001, section 215 (notre traduction).

²¹²⁷ *Ibid.*

²¹²⁸ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, IV^e amendement.

saisir »²¹²⁹. Pourtant, la lecture du texte de 2001 ne fait apparaître, à aucun moment de façon explicite, la suspension dudit amendement. L'absence de dérogations spécifiques est d'autant plus dangereuse que comme dans le cadre anglais, cette législation porte « *sur des matières qui relèvent de la normalité juridique* »²¹³⁰. Par exemple, le texte de 2001 contient des dispositions « *concernant le blanchiment d'argent (sections 1004 et 1006), les fraudes de télémarketing (section 1011), le trafic de drogue (section 1007)* »²¹³¹, qui sont « *autant d'objets dont la connexion avec le terrorisme n'est pas évidente, et qui surtout n'apparaissent pas comme relevant d'une urgence particulière* »²¹³². Cette tendance démontre que l'absence de dérogation précise est interprétée comme le refus de protéger la moindre liberté.

Il semble qu'en France, comme en Angleterre et aux États-Unis, le terrorisme mène parfois le droit à perdre la précision qui doit pourtant, plus que dans tout autre contexte, caractériser les pouvoirs exceptionnels. Au lendemain des attentats du 13 novembre 2015, l'état d'urgence est déclenché par décret en Conseil des ministres²¹³³. Il est prolongé, après douze jours²¹³⁴, par la loi du 20 novembre 2015. Outre cette prolongation, ce texte modifie celui de 1955, et apparaît d'abord – certes de façon marginale – rassurant car à l'instar du présumé machiavélien il proscriit, au sein même de l'état d'urgence, certaines suspensions de libertés. Ainsi, d'un côté, il abroge la disposition de l'article 11 permettant aux autorités administratives de prendre toutes mesures « *pour assurer le contrôle de la presse et des publications de toute nature ainsi que celui des émissions radiophoniques, des projections cinématographiques et des représentations théâtrales* »²¹³⁵, et supprime la disposition de l'article 14 qui prorogeait, après la levée de l'état d'urgence, la compétence des tribunaux militaires concernant les crimes et délits dont la poursuite leur avait été déférée. Mais d'un autre côté, le texte confirme et élargit la restriction de certaines libertés, sans même que soient précisées clairement celles auxquelles le titulaire des pouvoirs

²¹²⁹ *Ibid.*

²¹³⁰ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 87.

²¹³¹ *Ibid.*

²¹³² *Ibid.*

²¹³³ *JORF*, 14 novembre 2015, p. 21297, art. 1^{er} : « *L'état d'urgence est déclaré, à compter du 14 novembre 2015, à zéro heure, sur le territoire métropolitain et en Corse* ».

²¹³⁴ France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955, art. 2 : « *La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi* ».

²¹³⁵ *Id.*, (avant loi de modification du 20 novembre 2015) art. 11, 2.

exceptionnels peut ou non déroger. À ce titre, il faut reconnaître que cette loi produit des pouvoirs bien plus larges que ceux de la dictature de commissaire agissant dans le cadre de l'État de droit. Ainsi, l'article 6 de la loi, dans sa rédaction originelle, permettait au ministre de l'Intérieur de « *prononcer l'assignation à résidence dans une circonscription territoriale ou une localité déterminée de toute personne résidant dans la zone* »²¹³⁶ fixée par le décret visé à l'article 2 de la même loi, « *dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics* »²¹³⁷. Cette disposition permettait donc de restreindre temporairement la liberté d'aller et venir, qui relève d'une des libertés publiques les plus anciennes du droit français²¹³⁸, comprise par les Sages de la rue de Montpensier comme un principe à valeur constitutionnelle²¹³⁹. La modification intervenue en novembre 2015²¹⁴⁰ réitère cette restriction puisque l'article 6 nouveau permet à ce même membre du gouvernement de « *prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne résidant dans la zone* »²¹⁴¹ fixée par le décret mentionné à l'article 2 de la même loi « *et à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* »²¹⁴². Mais en outre, le ministre de l'Intérieur peut également contraindre ces personnes à « *se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie* »²¹⁴³ et « *selon une fréquence qu'il détermine dans la limite de trois présentations par jour* »²¹⁴⁴. Au-delà d'une restriction de la liberté d'aller et venir, l'on peut aisément imaginer que la contrainte de présentation quotidienne porte atteinte à la liberté du travail. Or, le droit à l'emploi semble protégé par le Préambule de

²¹³⁶ France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955 (en vigueur du 14 août 1955 au 19 mai 2011), art. 6.

²¹³⁷ *Ibid.*

²¹³⁸ La liberté d'aller et venir semble implicitement consacrée – en tant qu'une des composantes de la liberté individuelle – par l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, qui dispose que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». De même, la Constitution de 1791 garantit, en son titre premier, « *la liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir être arrêté, ni détenu* ».

²¹³⁹ Voir en ce sens : Conseil constitutionnel (ci-après C.C.), 12 janvier 1977, n° 76-75, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales* ; C.C., 13 mars 2003, n° 2003-467, *Loi pour la sécurité intérieure* : le Conseil évoque en son Considérant 8, « *l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figur[e] la liberté d'aller et venir* ».

²¹⁴⁰ France, *Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*, 20 novembre 2015, art. 4.

²¹⁴¹ France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955 (telle que modifiée par la loi du 20 novembre 2015), art. 6.

²¹⁴² *Ibid.*

²¹⁴³ *Ibid.*

²¹⁴⁴ *Ibid.*

1946²¹⁴⁵, autant que la liberté du travail par le Conseil constitutionnel²¹⁴⁶. Le texte ne précise pourtant pas la suspension de telles libertés, ni ne limite clairement les pouvoirs pouvant y porter atteinte. Il semble cependant que si ces derniers étaient « *énumérés dans une liste précise et expressément limitative, excluant clairement certains agissements* »²¹⁴⁷, le texte gagnerait en qualité dès lors que l'on saurait précisément à quelles libertés les pouvoirs d'urgence peuvent ou non déroger. La sécurité juridique, et par conséquent l'État de droit, s'en trouveraient renforcés. Mais tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque si l'on considère la qualité de la loi comme l'un des piliers de la sécurité juridique – avec le principe de prévisibilité –, ce texte ne répond pas aux exigences du Conseil d'État selon lesquelles « *l'intelligibilité implique la lisibilité autant que la clarté et la précision des énoncés* »²¹⁴⁸.

Il peut être constaté ici que les limites imposées au champ matériel des pouvoirs exceptionnels sont insatisfaisantes. En effet, de tels pouvoirs s'affranchissent largement des dérogations limitatives aux libertés, imposées par la loi, en en suspendant bien davantage que celle-ci ne le permet. De plus, le silence de la loi n'est pas interprété comme l'interdiction de déroger aux libertés, mais comme une absence de protection ouvrant à des suspensions illimitées. Ces deux éléments semblent démontrer que le compromis opéré par la dictature de commissaire s'effrite au profit de la dictature souveraine, que les limitations juridiques visent justement à éviter. Mais l'inefficacité de ces limites renforce la crainte d'un ébranlement de l'État de droit.

B. Le possible effritement de la dictature de commissaire

L'atteinte flagrante aux libertés, malgré la présence d'un cadre juridique, qu'il soit clairement limitatif ou bien ne permette pas de dérogations explicites, illustre la difficile concrétisation du compromis incarné par la dictature de commissaire. L'érosion de cette

²¹⁴⁵ France, *Préambule de la Constitution*, 27 octobre 1946, art. 5 : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ».

²¹⁴⁶ Voir en ce sens : C.C., 28 mai 1983, n° 83-156, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse* (sur le principe de la liberté professionnelle et le droit d'obtenir un emploi) ; C.C., 16 janvier 1986, n° 85-200, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité* (sur la notion de droit au travail) ; C.C. 13 janvier 2005, n° 2004-509, *Loi de programmation pour la cohésion sociale* (sur le droit à l'emploi).

²¹⁴⁷ Gilles LEBRETON, « Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 92.

²¹⁴⁸ *Sécurité juridique et complexité du droit*, Conseil d'État, *La documentation française*, 2006, p. 282.

notion schmittienne, observable au sein des pouvoirs exceptionnels anglo-américain et français, traduit un recul de l'État de droit (1), autant qu'elle illustre la progression de ce que l'on pourrait ici désigner d'État de police²¹⁴⁹ (2).

1. Le recul de l'État de droit

La réalité de l'exercice des pouvoirs exceptionnels laisse clairement apparaître qu'ils s'affranchissent des limites imposées par la loi, empêchant de prévoir réellement les libertés auxquelles ils porteront atteinte. De ce fait, les dérogations accrues aux libertés, opérées par ces pouvoirs, entraînent une renonciation progressive au compromis schmittien incarné par la dictature de commissaire, à laquelle semblent pourtant d'abord se rattacher les constitutionnalismes anglo-américain et français²¹⁵⁰. Pour ces raisons, les pouvoirs exceptionnels tendent – par l'insécurité juridique qu'ils engendrent – à ébranler l'État de droit en cas de crise, puisque « *la sécurité juridique constitue l'un des fondements de l'État de droit* »²¹⁵¹, notamment au travers de la « *prévisibilité de la loi* »²¹⁵².

En effet, les développements conceptuels du XIX^e siècle – relatifs à ces trois États – mènent à l'idée que si du point de vue de la philosophie de l'État, « *on recherche le noyau essentiel de ce concept d'État de droit, on le découvrira en ceci que l'État trouve seulement sa raison d'être dans la garantie de la liberté [...] du citoyen* »²¹⁵³. Ainsi, l'État de droit doit avoir pour but « *la promotion de la prospérité individuelle* »²¹⁵⁴, et c'est d'ailleurs « *précisément cela qui lui confère son caractère de "chose publique"* »²¹⁵⁵. À cette fin, l'État de droit semble consacrer la prééminence de l'individu dans ses rapports avec l'administration, car ainsi que le souligne Carré de Malberg, l'État, « *dans ses*

²¹⁴⁹ Le terme est ici compris dans le sens défini par Raymond CARRÉ DE MALBERG (*Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome 1, Recueil Sirey, 1920). Voir notamment sa distinction entre l'État de police, l'État de droit et l'État légal (ce dernier étant consacré – selon l'auteur – par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs), quant à la soumission variable de l'administration à la loi (p. 488-494, § 164). On peut, en un même sens, songer aux distinctions opérées par Georges BURDEAU, « *Légalité* », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/legalite/].

²¹⁵⁰ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, B, 2.

²¹⁵¹ *Sécurité juridique et complexité du droit*, Conseil d'État, *La documentation française*, 2006, p. 281.

²¹⁵² *Id.*, p. 282.

²¹⁵³ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Le droit, L'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, L.G.D.J., 2000, p. 129. Voir la partie : « Naissance et développement de la notion d'État de droit ».

²¹⁵⁴ *Ibid.*

²¹⁵⁵ *Ibid.*

*rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit »*²¹⁵⁶ puisqu'il « *enchaîne son action sur eux par des règles »*²¹⁵⁷. Par conséquent, le droit édicte des normes – dont certaines « *déterminent les droits réservés aux citoyens »*²¹⁵⁸, et dont d'autres fixent « *par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques »*²¹⁵⁹ – afin « *de limiter la puissance de l'État »*²¹⁶⁰. Ainsi, « *l'un des traits caractéristiques du régime de l'État de droit consiste précisément en ce que, vis-à-vis des administrés, l'autorité administrative ne peut user que des moyens autorisés [...] par les lois »*²¹⁶¹. Le seul aménagement à de tels principes réside en la situation d'exception, où l'État et son droit, tout en considérant que les « *mesures visant à renforcer la sécurité nationale ne sont légitimes que si elles n'empiètent pas [...] sur les libertés publiques »*²¹⁶², admettent néanmoins ces empiètements, mais « *de manière marginale »*²¹⁶³. Ainsi, même en ce cas, « *l'administration ne saurait intervenir, dans la sphère de liberté de l'individu, [...] sans base légale »*²¹⁶⁴, de sorte que ces empiètements doivent nécessairement, dans un État de droit effectif, être préalablement inscrits dans les lois.

2. La progression de l'État de police

Inévitablement l'on doit, face à une telle définition de l'État de droit, constater la distance prise par la pratique anglo-américaine et française. En effet, l'insubordination des pouvoirs exceptionnels, qui s'affranchissent des limites à l'atteinte aux libertés telles que fixées par la loi, ou déduisent du silence de celle-ci la volonté de n'ériger aucun rempart à leur puissance, traduit le bouleversement d'une telle compréhension de l'État de droit. Assurément, le compromis opéré par la dictature de commissaire est entendu par l'État de

²¹⁵⁶ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome 1, Recueil Sirey, 1920, p. 489.

²¹⁵⁷ *Ibid.*

²¹⁵⁸ *Ibid.*

²¹⁵⁹ *Ibid.*

²¹⁶⁰ *Ibid.*

²¹⁶¹ *Ibid.*

²¹⁶² Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 80.

²¹⁶³ *Ibid.*

²¹⁶⁴ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Le droit, L'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, L.G.D.J., 2000, p. 137. L'auteur fait ici référence au constitutionnaliste Gerhard Anschütz.

droit comme une « “limite” du système juridique »²¹⁶⁵, mais cette compétence est néanmoins admise, puisqu’il prévoit la possible renonciation à certaines libertés en cas de crise, uniquement de façon explicite et au travers d’une énumération précise des libertés suspendues et de celles maintenues dans leur garantie. Une telle compréhension des pouvoirs exceptionnels peut parfaitement intégrer l’État de droit, car alors les premiers permettent le maintien du second tout en luttant contre les périls de l’exception. D’une manière absolument contraire, la pratique observée dans le cadre anglo-américain et français illustre plutôt que « *l’autorité administrative peut, d’une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures* »²¹⁶⁶ qu’elle juge utiles, et cela « *en vue de faire face aux circonstances et d’atteindre à chaque moment les fins qu’elle se propose* »²¹⁶⁷. Or, une telle conception renvoie plutôt à une compréhension étatique radicalement opposée à l’État de droit, puisqu’elle définit précisément l’État de police, ainsi que le soulignent par exemple Pierre Avril et Jean Gicquel²¹⁶⁸. Cette inversion de perspective est d’ailleurs attestée par les observateurs du droit anglo-américain et français, qui constatent à tout le moins l’accroissement des entraves aux libertés – même lorsque les dérogations sont limitées par le droit –, et en réalité l’absence de limitation effective au champ matériel des pouvoirs d’exception. Ainsi, l’analyse faite par Jean-Claude Paye des législations antiterroristes du Royaume-Uni entre 1973 et 2006 semble conclure à une progression de pouvoirs conduisant à la « *fin de l’habeas corpus* »²¹⁶⁹. C’est dans une même logique que s’inscrivent certains écrits du rapport dirigé par Élisabeth Lambert Abdelgawad, constatant qu’aux États-Unis, au travers de la législation antiterroriste du début du XXI^e siècle, « *la belle histoire de la lutte pour la liberté semble toucher à sa fin* »²¹⁷⁰. Plus encore, avec une acuité visionnaire, Roland Drago notait dès 1955, dans son analyse de la loi française de la même année relative à l’état d’urgence, que « *par son imprécision, ce texte risque d’ouvrir une*

²¹⁶⁵ Jean-Claude MONOD, « La radicalité constituante (Negri, Balibar, Agamben) ou peut-on lire Schmitt de droite à gauche ? », *Mouvements*, n° 37, janvier-février 2004, p. 86.

²¹⁶⁶ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l’État*, Tome 1, Recueil Sirey, 1920, p. 488.

²¹⁶⁷ *Ibid.*

²¹⁶⁸ Pierre AVRIL, Jean, GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, P.U.F., 2016, p. 51 : « *Notion définie [...] en opposition à l’“État de police” caractérisé par le pouvoir discrétionnaire de l’administration* ».

²¹⁶⁹ Jean-Claude PAYE, « Le modèle anglais », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 73.

²¹⁷⁰ Roberto GARRETÓN, « La compétence des Tribunaux Militaires et d’Exception – Rapport de synthèse », *Juridictions militaires et tribunaux d’exception en mutation : perspectives comparées et internationales*, Élisabeth LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), UMR de droit comparé, université Paris 1 Panthéon-Sorbonne CNRS, 2007, p. 20.

brèche importante dans notre système de libertés publiques »²¹⁷¹. Il convient ici d'insister sur la difficulté à accomplir le compromis schmittien contenu dans la dictature de commissaire, qui réalisait un équilibre entre le refus machiavélien de porter atteinte à la moindre liberté, et la décision souveraine, capable au contraire de toutes les usurper. Si un tel compromis était obtenu, il offrirait le bénéfice de la protection, en opérant des dérogations de libertés limitativement énumérées par la loi, et l'avantage de l'efficacité, en libérant les pouvoirs exceptionnels des entraves qu'impose la stricte observation de certaines garanties aux libertés. Les pouvoirs anglo-américain et français manifestent ici un échec dans la réalisation concrète d'un tel équilibre.

Au fond, le refus machiavélien de concéder aux pouvoirs exceptionnels la moindre parcelle de liberté n'est pas aussi idéaliste qu'il y paraît, et l'on observe finalement que le compromis de la dictature de commissaire est peut-être moins encore réaliste. Le républicanisme machiavélien semble sacrifier l'efficacité des pouvoirs exceptionnels, au profit d'un bien commun plus protecteur des libertés que ne semble même l'être l'État de droit, admettant lui ce difficile compromis. Ce faisant, Machiavel prend le risque de voir l'État succomber aux crises. Au contraire, la dictature de commissaire est particulièrement efficace, mais seulement parce que en réalité, sa pratique par les pouvoirs d'exception contemporains suppose de renoncer au compromis qu'elle incarne, au point de s'approcher de la dictature souveraine. De ce fait, le positionnement machiavélien, franchement timoré, nous apparaît comme l'illustration anticipée de l'impossibilité d'aboutir effectivement au compromis schmittien, et peut s'interpréter comme un avertissement pour l'avenir. À ce titre, il n'y aurait finalement pas de compromis possible, et les pouvoirs exceptionnels – au sein de l'État fondé – ne pourraient s'envisager que dans les deux extrêmes opposés que seraient d'une part les pouvoirs intégralement déduits d'un droit les empêchant de porter aux libertés la moindre atteinte, et d'autre part la dictature délivrée de toute borne, et de ce fait capable d'une suspension illimitée de libertés. Cette polarisation, sous-tendue par le républicanisme machiavélien, révèle finalement un autre paradoxe de Schmitt, puisque lorsque ce dernier affirme : « *Ou bien dictature souveraine, ou bien constitution : l'une exclut l'autre* »²¹⁷², il semble manifestement renoncer à ce juste équilibre que représente la

²¹⁷¹ Roland DRAGO, « L'état d'urgence et les libertés publiques », *R.D.P.*, 1955, p. 674.

²¹⁷² Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 234.

dictature de commissaire qu'il a pourtant lui-même développée²¹⁷³. Il n'est en outre pas utile de préciser son inclination face à ces deux possibilités.

Il ne faut pourtant pas céder à un tel défaitisme, en se résolvant à n'envisager les pouvoirs exceptionnels que dans une dichotomie entraînant l'effondrement de l'État à cause de pouvoirs inefficaces, ou bien l'altération irréversible et définitive de l'ordre antérieur, par la décision souveraine. En effet, puisque les pouvoirs exceptionnels s'affranchissent des limites auxquelles les normes les astreignent, il s'agit d'opérer un contrôle de leur action. En ce sens, l'idée de compromis demeure possible, puisqu'un tel contrôle pourra valider l'action suspensive de ces pouvoirs, mais à la fois les contraindre à demeurer dans le champ dérogatoire imposé par la loi, et les sanctionner en cas de dépassement. À ce titre, il sera possible d'envisager une dictature de commissaire à la fois efficace et favorable à la restauration de l'ordre antérieur à la crise.

§ 2. L'identification des sources d'un contrôle de la dictature

Puisque l'imposition de limites juridiques au champ matériel des pouvoirs exceptionnels ne suffit pas à garantir une atteinte contenue aux libertés, une telle limite ne saurait satisfaire le rétablissement de l'ordre antérieur. De fait, ces pouvoirs peuvent finalement porter une atteinte telle aux libertés ordinairement garanties par l'ordre constitutionnel, que ce dernier pourrait être vidé de sa substance au point que soit compromise sa restauration. Par conséquent, un contrôle de ces pouvoirs apparaît indispensable. Il est alors nécessaire de chercher les sources d'un tel contrôle, car cette idée n'apparaît pas avec évidence dans le développement conceptuel anglo-américain et français des pouvoirs exceptionnels, cherchant par principe l'effacement de toute entrave à la célérité et à l'efficacité. À cet égard, le recours au droit public romain paraît évident puisque semble être à l'origine de l'examen des pouvoirs dictatoriaux (A). Pourtant, ses lacunes invitent à rechercher en Machiavel et Schmitt des modalités de contrôle plus convaincantes (B), qu'il serait possible d'appliquer par la suite au constitutionnalisme anglo-américain et français.

²¹⁷³ Il faut néanmoins souligner que divers juristes et politologues rattachent les sources de la dictature de commissaire à d'autres auteurs. C'est le cas de Rossiter, qui voit en Bodin l'inspirateur de Schmitt sur ce type de dictature. Voir : Clinton Lawrence ROSSITER, *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*, Transaction Publishers, 2002, notamment le point II : « *The roman dictatorship* », p. 15-28.

A. Un contrôle « *minimal* »²¹⁷⁴ dans le républicanisme romain

Qu'il permette la mise en œuvre de la dictature (1), ou en examine les agissements et les effets (2), le contrôle prévu par le droit public romain apparaît peu apte à empêcher les privations accrues de libertés.

1. L'inadéquation du contrôle *ex ante*²¹⁷⁵

Le droit public romain ne consacre pas, à proprement parler, de contrôle réel des pouvoirs d'exception, sauf à considérer qu'il soit de très faible intensité. Cependant, l'on peut y voir apparaître les germes de conceptions futures. En vertu des distinctions précédemment opérées²¹⁷⁶, l'on peut rapidement citer et évacuer la notion de magistrature constituante évoquée par Mommsen. Celle-ci ne souffre aucune forme de contrôle puisque par principe elle est une puissance illimitée²¹⁷⁷, dotée d'une capacité normative fondatrice.

Concernant les autres formes dictatures, qu'elles relèvent d'une exception mettant en péril l'État, ou de la simple situation extraordinaire²¹⁷⁸, aucun contrôle satisfaisant n'apparaît. Certes, l'on peut à raison supposer avec Mathieu Carpentier la présence d'une forme de contrôle *ex ante*, puisque c'est d'une part au Sénat qu'il revient de « *recommande[r] aux consuls de nommer un dictateur* »²¹⁷⁹, et que c'est d'autre part à cet organe législatif qu'il appartient – « *et non au dictateur* »²¹⁸⁰ – de déterminer si la situation présente constitue ou non un cas ouvrant la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels. On ne peut pourtant voir en ces deux éléments un véritable contrôle²¹⁸¹ de la dictature, dès lors que rien ne permet d'empêcher les pouvoirs exceptionnels d'être attentatoires aux libertés, au moment où ils s'exercent. De fait, il s'agit d'une condition procédurale pour la première,

²¹⁷⁴ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 84. Dans le cadre du droit romain, l'auteur précise que le contrôle *ex ante* est très faible, alors que le contrôle *ex post* est presque inexistant, du moins au point de vue juridique, d'où le qualificatif de contrôle minimal.

²¹⁷⁵ Littéralement : d'avant. Le terme renvoie donc à l'idée d'un contrôle préalable à la mise en œuvre des pouvoirs d'exception, autorisant ou empêchant leur déclenchement, dès lors que certaines conditions sont, ou non, réunies.

²¹⁷⁶ Cf. *supra* Seconde partie, Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 1.

²¹⁷⁷ Théodore MOMMSEN, *Le droit public romain*, Tome 4, De Boccard, 1984, p. 448.

²¹⁷⁸ Sur cette distinction, cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, B, 1.

²¹⁷⁹ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 84.

²¹⁸⁰ *Ibid.*

²¹⁸¹ *Ibid.* : « Il y a donc bien quelque chose comme un contrôle *ex ante* de la dictature par le Sénat, mais on accordera qu'il est minimal ».

et de fond pour la seconde, qui ne visent pas à contrôler la matière dans laquelle s'exercent les pouvoirs exceptionnels, et ne peuvent à ce titre évaluer s'ils se cantonnent ou bien outrepassent leurs compétences en termes de suspensions de libertés. En réalité, ces conditions n'ont pas – sur le plan temporel – vocation à s'appliquer lorsque la dictature s'exerce, mais uniquement avant, puisqu'elles ont pour seul rôle d'autoriser sa mise en œuvre lorsqu'il est constaté que les exigences préalables à son déclenchement sont réunies.

2. La faiblesse juridique du contrôle *ex post*²¹⁸²

Une même insatisfaction émerge à l'étude d'un possible contrôle des décisions du dictateur lorsqu'il agit, et donc quand l'effet de ses mesures peut porter atteinte aux libertés. C'est à ce moyen que songe encore Mathieu Carpentier quand il observe finalement que « *le dictateur [romain] ne souffre aucun contrôle ex post* »²¹⁸³. En effet, le droit semble ne prévoir aucun contrôle véritable du dictateur à ce stade, et l'on ne peut envisager ici que la faculté qu'a le peuple de se réunir pour « *le dégrader* »²¹⁸⁴, c'est-à-dire le démettre de ses fonctions au travers de ce qu'il convient d'identifier comme les contestations de « *l'opinion publique* »²¹⁸⁵. Pourtant, il existe bien un contrôle, un droit d'appel contre certaines décisions, et cette fois « *juridiquement caractérisable* »²¹⁸⁶, nommé *provocatio*²¹⁸⁷. Mais, ainsi que le soulignent André Magdelain²¹⁸⁸ et Bernard Manin²¹⁸⁹, il ne peut être mis en

²¹⁸² Littéralement : d'après. Le terme renvoie ici à l'idée d'un contrôle des effets produits par les pouvoirs d'exception, après qu'ils aient été autorisés par le contrôle *ex ante*. Ce contrôle s'applique donc dès que les pouvoirs de crise agissent.

²¹⁸³ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 84.

²¹⁸⁴ Thomas HOBBS, *Le Citoyen*, Les échos du Maquis, 2013, p. 97.

²¹⁸⁵ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 84.

²¹⁸⁶ *Ibid.*

²¹⁸⁷ André MAGDELAINE, « Provocatio ad populum », *Publications de l'École française de Rome*, vol. 133, 1990, p. 569. L'auteur définit la *provocatio* romaine comme « *une institution typiquement républicaine, qui fut imaginée pour limiter l'arbitraire des magistrats* ». Elle offre au citoyen le droit de faire un appel au peuple lorsqu'un magistrat ordinaire a usé de ses compétences en un sens préjudiciable à l'individu. Par suite, l'Assemblée des comices centuriates (composée de cent quatre-vingt-treize centuries réunies en cinq groupements de classes représentant les diversités du peuple) statue sur l'affaire.

²¹⁸⁸ *Id.*, p. 580. L'auteur précise que le dictateur « *ne partage son titre avec personne et n'est soumis ni à l'appel au peuple, ni à l'intercession d'un tribun ou d'un collègue. Il a les mains entièrement libres* ». À ce titre par exemple, « *la lex Valeria de provocatione [...] n'institue l'appel au peuple qu'à l'encontre de la magistrature ordinaire* » (*ibid.*).

²¹⁸⁹ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 3 : « *Comme la dictature fut en usage avant l'établissement de ces institutions [intercessio et provocatio ad populum], les ordres des dictateurs n'étaient probablement pas soumis, à l'origine, aux vetos des tribuns ou à la provocatio. Un certain nombre de sources affirment que cela continua par la suite et que les ordres des dictateurs n'étaient pas susceptibles d'appel au peuple* ».

œuvre qu'à l'encontre des pouvoirs exercés par un magistrat ordinaire. On ne peut dès lors conclure qu'à l'ineffectivité d'un contrôle des atteintes aux libertés pouvant résulter de l'action dictatoriale.

Qu'il soit *ex ante* ou *ex post*, le contrôle des pouvoirs du dictateur en droit romain ne convainc pas. D'un côté, le contrôle précédant la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels se ramène finalement à de simples conditions de procédure et de fond ne pouvant avoir d'impact que sur le déclenchement et non sur l'exercice effectif des pouvoirs dictatoriaux. D'un autre côté, le seul contrôle juridique envisagé lors de l'exercice concret d'une compétence ne peut s'effectuer qu'à l'encontre d'une charge ordinaire. La pensée machiavélo-schmittienne semble formuler un contrôle des pouvoirs exceptionnels plus pertinent.

B. Un contrôle approximatif chez Machiavel et Schmitt

Les conceptions machiavélo-schmittienne mettent en œuvre un contrôle du respect des limites imposées aux pouvoirs d'exception. S'inspirant du modèle romain, il apparaît néanmoins plus convaincant car se concentre sur l'action concrète de ces pouvoirs et les effets qu'ils produisent à l'encontre des libertés. Ainsi, les deux auteurs envisagent un contrôle opéré par les organes étatiques lorsque la dictature s'exerce (1), doublé d'un recours juridictionnel contre les pouvoirs exceptionnels (2).

1. Le maintien des organes étatiques ordinaires

Machiavel développe un contrôle du respect du champ matériel conféré aux pouvoirs exceptionnels. Pourtant, l'on a précédemment²¹⁹⁰ constaté que sa conception républicaine interdisait toute atteinte en matière de liberté, sous peine de bouleverser le bien commun, élément essentiel de l'ordre antérieur qu'il s'agit de restaurer. En ce sens, il pourrait sembler incongru de s'assurer que les pouvoirs exceptionnels ne portent pas atteinte aux libertés républicaines, alors même que lesdits pouvoirs ne peuvent agir qu'autant qu'ils n'interviennent pas dans ce champ. Mais désormais l'on sait que ce qui semblait d'abord être de l'idéalisme doit finalement s'interpréter comme un réalisme absolu de la part du Florentin, qui jamais n'oublie « *le risque d'un refus de principe de la moindre*

²¹⁹⁰ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, A, 1.

possibilité de déroger au droit normal »²¹⁹¹. À dire vrai, la surprotection machiavélienne – qui contraint les pouvoirs exceptionnels à agir sans suspendre la moindre liberté, au risque de rendre ces pouvoirs inefficaces – ne doit pas être prise à la lettre, mais entendue comme le moyen de se prémunir contre la difficile²¹⁹² concrétisation du compromis qu’incarne la dictature de commissaire schmittienne. En effet cette dernière, lorsqu’elle agit concrètement²¹⁹³, n’opère finalement pas l’équilibre conforme à l’État de droit consistant à ne suspendre que certaines libertés, grâce notamment à un texte énumérant strictement et limitativement celles auxquelles il peut être dérogé, mais dérive en une dictature souveraine opérant des suspensions illimitées. On doit, pour éclaircir les choses, supposer une hiérarchie de l’impact croissant des pouvoirs dictatoriaux sur les libertés, qui aurait à sa base les pouvoirs constitutionnels d’exception ne pouvant porter atteinte à la moindre liberté, suivis de la dictature de commissaire, et ayant à son sommet la dictature souveraine. Lorsqu’une de ces dictatures passe de la théorie à la pratique, elle semble se hisser vers le cran supérieur, et Machiavel constate en ce sens que la conception théorique de la dictature de commissaire devient dictature souveraine lorsqu’elle agit dans le réel, révélant cet impossible compromis. Il lui faut donc plutôt fonder des pouvoirs qui ne peuvent théoriquement aller à l’encontre d’aucune liberté, afin que, lorsqu’ils s’exerceront effectivement, ils ne puissent dériver en dictature souveraine, mais s’orientent vers le compromis du pouvoir de commissaire. Machiavel, sachant que les pouvoirs exceptionnels – même modérés – peuvent radicalement anéantir les libertés, vise leur protection excessive, afin que la dictature ne les affecte que faiblement. Au fond, il agit ici à la manière de ces archers prudents qui, « *jugeant que le but proposé est au-delà de la portée de leur arc et de leurs forces, visent encore plus loin, pour que leur flèche arrive au point qu’ils désirent atteindre* »²¹⁹⁴. Or, puisque la loi ne parvient à contenir de tels pouvoirs, c’est bien le contrôle de la dictature qui va permettre de la maintenir dans son acception commissariale.

Afin de maintenir une garantie de libertés proche de celle conférée en situation normale, le secrétaire florentin envisage – mais d’une manière assez approximative – un

²¹⁹¹ Jean-Claude MONOD, *Penser l’ennemi, affronter l’exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 14.

²¹⁹² Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 1, B, 2 (fin).

²¹⁹³ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 1, A, 1 et 2.

²¹⁹⁴ Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, p. 55.

contrôle, en s'appropriant – de nouveau très personnellement – les éléments de la dictature romaine, pour en déduire un contrôle opéré par les organes de l'État. Selon lui, en cas de situation exceptionnelle, la plupart des institutions relevant de la situation normale doivent conserver leurs compétences, et de ce fait, « *le Sénat, les consuls, les tribuns, demeur[e]nt sur pied avec tout leur pouvoir* »²¹⁹⁵, agissant « *comme une espèce de garde du dictateur* »²¹⁹⁶, l'empêchant « *de sortir du droit chemin* »²¹⁹⁷. Ainsi, pour préserver les libertés en cas de crise, certains organes doivent agir comme « *des surveillants placés sans cesse à côté* »²¹⁹⁸ des titulaires du pouvoir²¹⁹⁹, pour les « *empêcher [...] d'abuser de leur autorité* »²²⁰⁰. Ainsi, chez Machiavel, ce n'est que lorsque « *les autorités régulières sont maintenues, comme une sorte de contrôle* »²²⁰¹ que « *la dictature est une institution conforme à la république* »²²⁰², puisqu'elle s'envisage alors comme « *une manière spécifique, pour la constitution républicaine, de sauvegarder la liberté* »²²⁰³, et non de la détruire. Un tel procédé vise donc à permettre aux pouvoirs constitutionnels d'exception de demeurer propices à la restauration de l'ordre normal.

Dans son analyse des pouvoirs exceptionnels conformes à l'État de droit, Carl Schmitt envisage, outre la définition des conditions de leur déclenchement²²⁰⁴ et la délimitation précise de leur contenu dérogatoire²²⁰⁵, « *l'établissement d'un contrôle spécifique* »²²⁰⁶. Ainsi, « *le contrôle du dictateur et de ses ordonnances constitue le troisième type de garantie propre à l'État de droit* »²²⁰⁷ puisqu'il vise à s'opposer aux restrictions illimitées de libertés, ces dernières étant le socle de cet État. Le juriste allemand envisage trois contrôles permettant d'éviter les atteintes démesurées aux libertés. Le

²¹⁹⁵ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 459.

²¹⁹⁶ *Ibid.*

²¹⁹⁷ *Ibid.*

²¹⁹⁸ *Id.*, p. 460.

²¹⁹⁹ L'on relèvera qu'ici, Machiavel ne limite pas le contrôle de l'exercice des pouvoirs aux seules compétences de crise, mais l'élargit au pouvoir étatique normal et à ses titulaires. S'appuyant sur les exemples de Sparte et Venise auxquels il adhère en l'occurrence, il explique que « *les rois et les doges* » devaient se soumettre à un tel contrôle (*ibid.*).

²²⁰⁰ *Ibid.*

²²⁰¹ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 26.

²²⁰² *Ibid.*

²²⁰³ *Ibid.*

²²⁰⁴ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B, 1.

²²⁰⁵ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, B, 1.

²²⁰⁶ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 255.

²²⁰⁷ *Id.*, p. 256.

premier est tout à fait proche de la modalité machiavélienne précédemment évoquée. Il suppose de conférer à certains organes de l'État un rôle de surveillance. Cela suggère par exemple « *que le Parlement agisse comme instance de contrôle* »²²⁰⁸. Schmitt illustre cette modalité en se référant à la Constitution weimarienne de 1919, qui semble – en l'occurrence – s'insérer dans la typologie de l'État de droit, puisqu'elle oblige le président du Reich à communiquer rapidement au Parlement « *toutes les mesures prises en application* »²²⁰⁹ de l'état d'exception, et particulièrement les mesures liées aux droits fondamentaux²²¹⁰. De plus, « *ces mesures doivent être abrogées à la demande du Reichstag* »²²¹¹. La deuxième modalité schmittienne peut être rapprochée du contrôle de type *ex ante*, mais apparaît plus convaincante. Elle suppose, comme en droit romain, que c'est au Parlement qu'il revient de déterminer si les conditions de péril sont réunies afin de pouvoir déclarer l'exception. Mais deux différences notables distinguent – favorablement – la conception du juriste allemand. D'une part, l'organe législatif ne se contente pas de constater la présence d'un péril permettant de déclencher les pouvoirs exceptionnels. En effet, il les circonscrit également dans le temps puisque c'est par lui que « *la durée de l'état d'exception tout comme celle des mesures prises peuvent être limitées à une période déterminée* »²²¹² à l'expiration de laquelle « *l'état d'exception et les mesures qui le concernent sont automatiquement suspendus* »²²¹³. D'autre part, cet organe législatif n'est pas uniquement présent avant l'enclenchement des pouvoirs exceptionnels, mais continue d'agir en même temps qu'eux. Ainsi, s'inspirant²²¹⁴ de la loi française relative à l'état de siège du 3 avril 1878, Schmitt suggère qu'à l'expiration de la durée définie par l'organe législatif, « *l'état de siège cesse de plein droit* »²²¹⁵, et ce « *à moins qu'une loi nouvelle n'en prolonge les effets* »²²¹⁶. En ce sens, et contrairement

²²⁰⁸ *Ibid.*

²²⁰⁹ Allemagne, *Verfassung des Deutschen Reiches* (Constitution du Reich allemand), 11 août 1919, art. 48, al. 3.

²²¹⁰ En effet, l'alinéa 3 de la Constitution de 1919 renvoie à l'alinéa 2, qui permet la renonciation à sept droits fondamentaux garantis par ce texte en situation normale. Ainsi, le Parlement exerce un contrôle précis sur les mesures dérogeant à ces droits, afin de constater si elles s'y astreignent rigoureusement, ou bien s'en affranchissent. En cette dernière hypothèse, les mesures concernées doivent être abrogées. Voir en ce sens : *id.*, art. 48, al. 2 et 3.

²²¹¹ *Id.*, art. 48, al. 3.

²²¹² Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 256.

²²¹³ *Ibid.*

²²¹⁴ *Id.*, p. 330, note 36.

²²¹⁵ France, *Loi relative à l'état de siège*, 3 avril 1878, art. 1^{er}, al. 2.

²²¹⁶ *Ibid.*

à la conception romaine, la prorogation de l'exception – et donc les libertés qu'elle restreint – demeure à l'entière appréciation de l'organe législatif, qui contrôle si ses conditions – le « *cas de péril imminent, résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée* »²²¹⁷ – sont toujours réunies. Aucune prorogation n'est donc possible sans la loi, seul moyen d'étendre temporellement les pouvoirs de crise. Le contrôle schmittien est donc ici préférable à la conception romaine puisqu'en plus d'autoriser le déclenchement des pouvoirs de crise, il offre à l'organe législatif la possibilité de circonscrire leur durée, autant que l'appréciation de leur maintien ou de leur cessation. Ainsi cet organe étatique agit-il en parallèle de l'action dictatoriale, et non uniquement en amont d'elle, ce qui paraît nettement plus protecteur des libertés.

2. L'hypothèse d'un recours juridictionnel

Machiavel semble – mais de façon moins précise encore qu'à propos du contrôle opéré par les organes étatiques – façonner une forme de contrôle de constitutionnalité conféré aux citoyens au travers d'un recours juridictionnel, et qui serait garant du respect des libertés dans l'hypothèse où elles seraient bafouées. En ce sens, il explique que « *ceux qui sont préposés gardiens de la liberté d'un pays ne peuvent être revêtus d'une autorité plus utile, plus nécessaire* »²²¹⁸ que celle « *qui leur donne le pouvoir d'accuser les citoyens devant le peuple, devant un conseil, un magistrat, et cela sur toutes les atteintes portées à la constitution* »²²¹⁹. Cependant, les mots du penseur manquent de clarté, au point que l'on ne puisse dire avec certitude qui prend part à ce contrôle, et s'il s'agit effectivement de contrôler l'exercice des pouvoirs du dictateur. Certaines pistes peuvent pourtant éclairer ses propos. D'une part, ces gardiens de la liberté renvoient, en vertu du chapitre V du livre premier des *Discours*, au peuple ou au Grands²²²⁰. Dans la perspective républicaine, c'est le peuple²²²¹ qui doit être en charge de cette liberté. On peut donc songer que le recours s'opérerait devant une assemblée du peuple davantage que devant le Sénat par exemple.

²²¹⁷ *Id.*, al. 1.

²²¹⁸ Nicolas MACHIAVEL, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, édition électronique/ Bibliothèque Berger-Levrault, 2011, p. 48.

²²¹⁹ *Ibid.*

²²²⁰ Voir en ce sens : Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Le Prince*, Gallimard, 1952, chap. V : « À qui plus sûrement confier la garde de la liberté, aux grands ou au peuple, et lequel des deux cause plus souvent des troubles, celui qui veut acquérir, ou celui qui veut conserver », p. 392-394.

²²²¹ *Id.*, p. 392 : l'auteur précise que dans le cadre républicain romain, la garde de la liberté devait revenir au peuple, ce qui ne fut naturellement pas le cas de Venise et Sparte.

D'autre part, Machiavel parle d'accuser les citoyens, et non le dictateur. Mais l'on sait que la magistrature dictatoriale peut être confiée à de simples citoyens affectés à une tâche particulière. À titre d'illustration, l'on soulignera qu'à l'occasion d'une « *conjuración formée à Capoue contre Rome* »²²²², Ménénus et Fulvius, pourtant « *tous deux [simples] plébéiens* »²²²³, furent nommés « *le premier dictateur, le second maître de la cavalerie* »²²²⁴ et reçurent une « *commission* »²²²⁵ leur enjoignant d'enquêter sur ce complot. À l'expiration d'une telle charge, les dictateurs doivent abdiquer leur pouvoir, et d'ailleurs, Ménénus « *se démit de la dictature et se soumit au jugement du peuple* »²²²⁶ suite à la convocation d'une « *assemblée du peuple* »²²²⁷, que l'on a justement évoquée précédemment.

Schmitt propose un type de contrôle offrant lui aussi un recours juridictionnel. Il songe ici à « *un pourvoi devant une instance de la juridiction administrative ou une Haute Cour constitutionnelle* »²²²⁸, dirigé « *contre certaines mesures du dictateur ou des autorités habilitées par ce dernier, par exemple contre l'interdiction d'un journal déterminé ou contre une détention préventive* »²²²⁹. Comme chez Machiavel, il semble se dessiner un contrôle juridictionnel qui, s'il doit être développé, apparaît déjà satisfaisant, dès lors que semble envisagé un véritable examen des agissements attentatoires aux libertés.

Si l'on peut constater l'influence du droit public romain dans les conceptions machiavélo-schmittiennes, leurs contrôles semblent néanmoins – malgré quelques approximations – plus convaincants. Ainsi, d'un côté, l'on retrouve la présence d'organes étatiques, mais ceux-ci ne sont pas uniquement présents avant la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels – comme c'est le cas dans le droit public romain –, mais également lors de l'exercice concret de ces pouvoirs. De ce fait, ils peuvent opérer un contrôle réel des agissements et des effets de la dictature, préjudiciables aux libertés. D'un autre côté, il semble se dessiner un recours contre les pouvoirs d'exception, plus pertinent que les soubresauts de l'opinion publique, propres à la conception romaine. Ainsi, Machiavel

²²²² *Id.*, p. 393.

²²²³ *Ibid.*

²²²⁴ *Ibid.*

²²²⁵ *Ibid.*

²²²⁶ *Id.*, p. 394.

²²²⁷ *Ibid.*

²²²⁸ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 256.

²²²⁹ *Ibid.*

semble façonner un contrôle de constitutionnalité juridiquement caractérisé, alors que Schmitt clarifie un tel contrôle et y ajoute celui de légalité.

Section 2 : Le secours d'un contrôle des pouvoirs exceptionnels favorable aux libertés

Les contrôles imposés aux pouvoirs exceptionnels tels que présentés par le républicanisme romain, et par Machiavel et Schmitt, bien qu'étant parfois approximatifs, peuvent néanmoins être rattachés au droit anglo-américain et français. Ce rapprochement est d'autant plus intéressant que ces trois États semblent, au travers de leurs normes, s'approprier de telles modalités de contrôle, tout en les prévoyant par le droit, contrairement au républicanisme romain, et en les explicitant et les complétant réellement, contrairement aux deux auteurs. Par là même, les droits contemporains s'emparent de certaines conceptions, tout en cherchant à les perfectionner. Carlos-Miguel Herrera souligne ainsi très justement que cette volonté de précision est propre aux « *constitutions d'État de droit* »²²³⁰, qui devant garantir au mieux les libertés qu'elles énoncent, « *cherchent à fixer [le titulaire des pouvoirs de crise] pour le soumettre ainsi à des [...] contrôles précis* »²²³¹. D'une même manière, Lauréline Fontaine relève cette tendance, « *depuis quelques décennies, [...] à vouloir limiter le caractère difficilement "contrôlable" de l'état d'exception* »²²³², démontrant des efforts « *bien supérieurs à ceux des constituants antérieurs* »²²³³. Pour assurer l'effectivité d'un tel contrôle, et donc limiter les mesures gravement attentatoires aux libertés, il est nécessaire « *que la plénitude de pouvoir de l'État ne puisse jamais se concentrer directement et sans bornes sur un point quelconque* »²²³⁴. À cette fin, il faut « *réguler la toute-puissance de l'État au moyen d'un système de compétences* »²²³⁵, ce qui signifie que ce contrôle doit s'articuler autour de la séparation des pouvoirs, fondement essentiel de l'État de droit. On constate ainsi, dans ces trois États, que le droit met en œuvre un contrôle des pouvoirs d'exception conférés à l'Exécutif, tout à la fois opéré par les organes législatif et juridictionnel (§ 1). Il demeure néanmoins

²²³⁰ Carlos-Miguel HERRERA, « Décisionnisme », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), Quadriga/Lamy-P.U.F., 2007, p. 348.

²²³¹ *Ibid.*

²²³² Lauréline FONTAINE, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 42-43.

²²³³ *Id.*, p. 43.

²²³⁴ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 235.

²²³⁵ *Ibid.*

nécessaire de déterminer si ce contrôle permet de préserver efficacement les libertés au sein de l'exception (§ 2).

§ 1. Des pouvoirs exceptionnels cernés par un double contrôle

Bien que le régime juridique de l'état d'exception permette « *au seul pouvoir exécutif de décréter sa mise en œuvre et de l'appliquer* »²²³⁶ (A), les droits anglo-américain et français prévoient de l'assortir d'un contrôle précis dès qu'entrent en jeu les pouvoirs qui en découlent (B).

A. Les dangers de la déclaration de l'état d'exception

La déclaration de l'état d'exception – outre les pouvoirs qui s'y rattachent – relève de la compétence unique de l'Exécutif (1). En plus d'être peu rassurante, cette modalité de déclenchement apparaît peu légitime lorsque l'on sait que d'autres alternatives permettent d'éviter une telle concentration de pouvoirs, tout en conservant la même réactivité (2).

1. Une concentration de pouvoirs en faveur de l'Exécutif

Si l'on a pu constater que la situation exceptionnelle était constituée, d'une manière générale, lorsque survenait un événement qui par sa nature pouvait mettre en péril la stabilité étatique²²³⁷, il est encore nécessaire de déterminer qui, au sein de l'État fondé, est habilité à déterminer qu'est constitué un tel danger, afin qu'entrent en jeu les pouvoirs exceptionnels dévolus à l'Exécutif²²³⁸. Cette habilitation est fondamentale au sein de l'État de droit, tant l'on sait combien la déclaration de l'état d'exception ouvre de perspectives liberticides malgré la présence de limitations²²³⁹. Ainsi, aux termes de l'article 20 de la loi sur la sécurité civile²²⁴⁰, adoptée par le Royaume-Uni le 18 novembre 2004, les mesures d'urgence peuvent être prises par décision de la Reine, au travers d'un « *décret en Conseil* »²²⁴¹, ou par le Premier ministre ou les principaux ministres²²⁴² lorsqu'il est

²²³⁶ Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 178.

²²³⁷ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B, 2.

²²³⁸ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, B.

²²³⁹ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 1, A (pour l'affranchissement des bornes imposées aux pouvoirs exceptionnels) et B (pour la remise en cause de l'État de droit).

²²⁴⁰ Royaume-Uni, *Civil Contingencies Act*, 18 novembre 2004.

²²⁴¹ *Id.*, art. 20 : « *Her Majesty may by Order in Council make emergency regulations* ».

²²⁴² *Ibid.* : « *Principal Secretaries of State* ».

impossible d'adopter ce décret en Conseil sans occasionner un retard considérable. Par suite, l'organe exécutif demeure compétent pour la prise de mesures d'urgence. Le droit américain confie également à l'Exécutif – présidentiel – la décision de déclarer l'état d'exception, et la prise de mesures exceptionnelles. Il peut ainsi proclamer l'état d'urgence nationale²²⁴³, et la Constitution l'investit alors du pouvoir de commandement « *en chef de l'armée et de la marine* »²²⁴⁴. À ce titre, c'est lui qui est habilité, dans le cas d'une situation définie par la loi fondamentale²²⁴⁵, à prendre par exemple la mesure d'urgence consistant à suspendre le writ d'*habeas corpus*²²⁴⁶. Le droit français, lui aussi, renvoie en l'occurrence à l'Exécutif. En effet, aux termes de la loi du 3 avril 1955, « *l'état d'urgence est déclaré par décret en Conseil des ministres* »²²⁴⁷, et permet par suite à l'Exécutif de prendre les mesures nécessaires. De même l'état de siège, précisément en ce qui concerne son déclenchement, dépend de l'exécutif, puisqu'il « *est décrété en Conseil des ministres* »²²⁴⁸. Dans ces trois États, l'on doit nécessairement s'étonner qu'une telle déclaration revienne à l'autorité qui est également chargée d'exercer les pouvoirs qui en découlent. Au fond, cette exclusivité de compétence tend à relativiser le caractère rassurant d'une institution d'urgence dont les compétences sont prévues par le droit, et le déclenchement cantonné aux pires périls²²⁴⁹, dès lors qu'en réalité, l'appréciation d'une telle condition, permettant la déclaration de l'urgence, revient à celui dont les pouvoirs vont substantiellement s'accroître. Ainsi, si l'on peut voir une garantie dans le fait que le droit dispose que de forts pouvoirs ne puissent agir que – et seulement – si un péril est réellement constitué, cette même garantie disparaît au contact de cette habilitation exclusive de l'Exécutif, parce que c'est essentiellement à lui-même que cet organe devra justifier, au regard d'une situation donnée, que le déclenchement de certains pouvoirs – dont il est le principal bénéficiaire – est absolument nécessaire. Une telle omniprésence est d'autant plus critiquable que l'Exécutif n'est pas, au fond, le seul à pouvoir déclencher l'état d'exception et à user des pouvoirs qu'il engendre.

²²⁴³ Voir par exemple : États-Unis, *Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks*, n° 7463, 14 septembre 2001.

²²⁴⁴ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. II, section 2.

²²⁴⁵ *Id.*, art. I, section 9 : la situation d'exception est constituée, on le sait, en « *cas de rébellion ou d'invasion, si la sécurité publique l'exige* ».

²²⁴⁶ *Ibid.*

²²⁴⁷ France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955, art. 2.

²²⁴⁸ France, *Constitution de la V^e République*, 4 octobre 1958, art. 36.

²²⁴⁹ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

2. Une possible alternative à l'omniprésence de l'Exécutif

Cette habilitation de l'Exécutif interpelle à double titre. D'une part, il semble surprenant de confier à ce seul organe le déclenchement de l'état d'exception et la prise de mesures d'urgence, car une telle exclusivité, au regard des conséquences liberticides qu'elle peut avoir, souffre nécessairement d'une faible légitimité en termes de séparation des pouvoirs, particulièrement nécessaire lorsque sont en cause des libertés. En ce sens, Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues relèvent l'absence de pertinence de cette « *auto-désignation de l'autorité chargée de faire usage des pouvoirs exorbitants de l'état d'exception* »²²⁵⁰, considérant que celle-ci devrait plutôt « *être habilitée par un tiers à agir de la sorte* »²²⁵¹. D'ailleurs au sein de ces trois États, la préséance de l'Exécutif à ce stade n'est pas d'une évidence absolue. En réalité, cette compétence peut, ou bien relever partiellement de l'organe législatif, ou bien lui être niée dans la pratique, ou enfin lui avoir été retirée. Ainsi, la loi britannique relative à la sécurité civile de 2004 prévoit que le déclenchement des mesures d'urgence peut être décidé, en plus du Premier ministre ou des principaux ministres, par des *commissioners of Her Majesty Treasury*²²⁵², lorsque les événements rendent impossible l'adoption d'un décret en Conseil sans un retard considérable. Or, ces commissaires sont en large partie des parlementaires de la Chambre des communes²²⁵³. Plus antérieurement, l'on relèvera le propos de William Blackstone, qui précisait que la grandeur « *de [la] Constitution est qu'elle n'autorise pas le pouvoir exécutif à déterminer si le danger encouru par l'État est tel, qu'il puisse justifier [une] mesure* »²²⁵⁴ d'exception. En effet, c'était originellement « *au seul Parlement, ou pouvoir législatif, quand il le juge[ait] approprié* »²²⁵⁵, qu'il revenait d'autoriser la Couronne à user de pouvoirs exceptionnels. Concernant le droit américain, la déclaration d'urgence permettant la mesure de suspension du *writ d'habeas corpus* opérée par le président n'est finalement possible qu'au travers d'une ambiguïté constitutionnelle supposant que « *la Constitution a*

²²⁵⁰ Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 178.

²²⁵¹ *Ibid.*

²²⁵² Royaume-Uni, *Civil Contingencies Act*, 18 novembre 2004, art. 20. Littéralement : les commissaires du Trésor de Sa Majesté.

²²⁵³ Ces commissaires sont en effet le Premier ministre, le ministre des Finances, mais aussi les parlementaires chargés de la discipline des partis au sein de la Chambre des communes.

²²⁵⁴ William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England 1765-1769*, vol. 1, University of Chicago Press, 1979, p. 132.

²²⁵⁵ *Ibid.*

plié devant la pratique »²²⁵⁶, en faveur de l'Exécutif. En effet, si le texte de 1787 permet une telle suspension, il ne précise pas clairement l'autorité déterminant que la gravité d'une situation donnée justifie d'y recourir. Ainsi, en cas d'exception, le président dispose certes du commandement en chef des armées, mais c'est bien au Congrès que revient le pouvoir de déclarer la guerre²²⁵⁷. Ainsi que le constate Mathieu Carpentier, une telle habilitation présidentielle ne relève donc que de la pratique²²⁵⁸, de sorte que d'un point de vue strictement juridique, le pouvoir de déclarer l'urgence – et conséquemment d'habiliter l'Exécutif à prendre les mesures d'exception – n'est pas dénié à l'organe législatif. En droit français, enfin, l'on doit relever qu'avant l'ordonnance de 1960²²⁵⁹, l'état d'urgence ne pouvait « être déclaré que par la loi »²²⁶⁰. De même, la loi du 3 avril 1878 relative à l'état de siège prévoyait, avant l'entrée en vigueur de l'article 36 de la Constitution de 1958, qu'une « loi peut seule déclarer l'état de siège »²²⁶¹, ne conférant cette compétence à l'Exécutif que de manière exceptionnelle²²⁶². Or, actuellement, le Code de la défense prévoit que l'état de siège est déclaré « par décret en Conseil des ministres »²²⁶³. D'autre part, cette étonnante omniprésence du pouvoir exécutif, porteuse d'un danger à l'égard des libertés, enjoint de déterminer si les actions faisant suite à cette habilitation déclarative font l'objet d'un contrôle réel de la part des organes législatif et juridictionnel.

²²⁵⁶ Jean-Louis CARRÈRE et al. , *Évolutions stratégiques des États-Unis : quelles conséquences pour la France et pour l'Europe ?*, rapport d'information du Sénat n° 708, 9 juillet 2014, p. 26.

²²⁵⁷ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. I, section 8.

²²⁵⁸ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 77 : « Depuis Lincoln, c'est le président qui, dans la pratique, prend une telle décision (la suspension du writ d'habeas corpus), qui est autorisée rétroactivement par le Congrès ».

²²⁵⁹ France, *Ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence*. Voir en ce sens : *JORF*, 17 avril 1960, p. 3584.

²²⁶⁰ France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955, art. 2 (dans sa version précédant l'ordonnance de modification du 15 avril 1960).

²²⁶¹ France, *Loi relative à l'état de siège*, 3 avril 1878, art. 1^{er}, al. 2.

²²⁶² *Id.*, art. 2 : « En cas d'ajournement des Chambres, le président de la République peut déclarer l'état de siège, de l'avis du Conseil des ministres, mais alors les Chambres se réunissent de plein droit, deux jours après » ; art. 3 : « En cas de dissolution de la Chambre des députés jusqu'à l'accomplissement entier des opérations électorales, l'état de siège ne pourra, même provisoirement, être déclaré par le président de la République. Néanmoins, s'il y avait guerre étrangère, le président, de l'avis du Conseil des ministres, pourrait déclarer l'état de siège dans les territoires menacés par l'ennemi, à la condition de convoquer les collèges électoraux et de réunir les Chambres dans le plus bref délai possible ». Dans ces deux cas, l'Exécutif décidait certes de déclarer l'état de siège, mais la présence de l'organe législatif se faisait rapidement jour. Une hypothèse (visée à l'article 4 de la même loi) demeurerait néanmoins propre à une déclaration de l'état de siège plus ambiguë : « Dans le cas où les communications seraient interrompues avec l'Algérie, le gouverneur pourra déclarer tout ou partie de l'Algérie en état de siège, dans les conditions de la présente loi ».

²²⁶³ France, *Code de la défense*, art. L. 2121-1.

B. La rassurante existence d'organes de contrôle

L'état d'exception consacre une dangereuse prééminence de l'organe exécutif, ayant qualité pour déclarer l'urgence, autant que pour assumer les pouvoirs qui s'y rattachent. Une telle concentration de compétences ne peut demeurer conforme à la séparation des pouvoirs que si le droit met en œuvre un contrôle législatif⁽¹⁾ et juridictionnel⁽²⁾ des actions de l'Exécutif.

1. Un organe législatif indispensable au maintien des pouvoirs exceptionnels

Au stade de sa déclaration, l'état d'exception confère au pouvoir exécutif une nette supériorité. Celle-ci tend, on l'a vu, à effacer le caractère rassurant d'une institution d'urgence dont le déclenchement de pouvoirs était prévu du droit, et cantonné aux extrêmes périls. L'absence de l'organe législatif à ce moment doit alors être compensée par un contrôle accru, dès que les pouvoirs exceptionnels – suite à cette déclaration – commencent à agir dans le réel. Deux traits principaux caractérisent ce contrôle, tenant à une obligation d'information rapide de l'organe législatif, et à son pouvoir de proroger ou de mettre fin à l'état d'exception et ses effets. C'est en ce sens que la loi anglaise relative à la sécurité civile de novembre 2004 prévoit un contrôle parlementaire « *lorsque les mesures d'urgence sont prises* »²²⁶⁴. Ce contrôle est rendu possible par le fait que toute mesure prise par l'Exécutif en vertu de l'article 20 doit remplir certaines conditions devant être spécifiées dans une déclaration préalable. Ainsi, l'Exécutif doit préciser la nature de l'urgence au regard de laquelle les mesures sont adoptées²²⁶⁵, déclarer que les conditions d'urgence de l'article 21²²⁶⁶ sont réunies²²⁶⁷, que les mesures à prendre ne contiennent que des dispositions appropriées à l'urgence²²⁶⁸, que les effets de ces mesures sont proportionnés

²²⁶⁴ Royaume-Uni, *Civil Contingencies Act*, 18 novembre 2004, art. 27 (notre traduction).

²²⁶⁵ *Id.*, art. 20 : « *specifying the nature of the emergency in respect of which the regulations are made* ».

²²⁶⁶ *Id.*, art. 21 : pour prendre des mesures d'urgence, trois conditions doivent être réunies. Il est d'abord nécessaire qu'une « *crise se soit produite, se produise, ou vienne à se produire* » (la crise est elle-même définie à l'article 19 de la même loi comme consistant « *en un grave dommage susceptible d'affecter les personnes ou les biens, la guerre, ou le terrorisme, qui menace d'atteintes sérieuses à la sécurité du Royaume-Uni* »). Il doit ensuite être nécessaire de « *prendre des dispositions dans le but de la prévenir, de la contrôler ou de l'atténuer* ». Enfin, il faut qu'il y ait la présence d'une « *nécessité pressante de prendre les dispositions visées* » à la seconde condition.

²²⁶⁷ *Id.*, art. 20 : « *is satisfied that the conditions in section 21 are met* ».

²²⁶⁸ *Ibid.* : « *is satisfied that the regulations contain only provision which is appropriate for the purpose of preventing, controlling or mitigating an aspect or effect of the emergency in respect of which the regulations are made* ».

aux effets produits par la situation²²⁶⁹, que ces mesures sont compatibles avec les droits de la Convention de 1950²²⁷⁰. Enfin, cette déclaration préalable doit démontrer que lorsque le pouvoir exécutif a pris la mesure d'urgence, il lui était alors impossible d'adopter un décret en Conseil sans occasionner de retard considérable²²⁷¹. Ainsi, lorsque les pouvoirs exceptionnels commencent à agir, un ministre doit, « *dès que cela est raisonnablement possible, communiquer au Parlement le contenu des mesures d'urgence* »²²⁷², afin que celui-ci puisse interroger le gouvernement et évaluer la satisfaction des conditions précitées. De plus, ces mesures cessent d'avoir effet au septième jour suivant leur mise en œuvre, sauf si « *durant cette période, chaque Chambre du Parlement adopte une résolution les approuvant* »²²⁷³. Plus encore, le Parlement peut modifier la teneur des pouvoirs exceptionnels et même les abroger. Ainsi, l'article 27 de cette même loi dispose que le Parlement peut « *adopter une résolution contraignant les mesures d'exception à n'avoir effet que telles qu'elles ont été amendées* »²²⁷⁴. Ce même article prévoit encore que si « *chaque Chambre du Parlement adopte une résolution tendant à priver les mesures exceptionnelles de leurs effets, celles-ci doivent cesser* »²²⁷⁵. L'organe législatif fait ici preuve de célérité puisqu'il peut priver d'effets les mesures d'urgence à tout moment fixé par la résolution, après son adoption, ou au lendemain de son adoption si elle ne spécifie aucune date.

Le cadre américain envisage également un prompt contrôle opéré par l'organe législatif. La *War Power Resolution* de 1973, adoptée dans le contexte de la fin de l'engagement américain au Vietnam, s'inscrit en ce sens. Ainsi, dans le cas d'« *une urgence nationale créée par une attaque contre les États-Unis, ses territoires ou possessions, ou ses forces armées* »²²⁷⁶, le président ne peut introduire de forces militaires qu'en soumettant aux présidents des deux Chambres, dans les quarante-huit heures, un rapport écrit. Celui-ci doit énoncer « *les circonstances nécessitant la mise en place des forces armées*

²²⁶⁹ *Ibid.* : « *is satisfied that the effect of the regulations is in due proportion to that aspect or effect of the emergency* ».

²²⁷⁰ *Ibid.* : « *is satisfied that the regulations are compatible with the Convention rights* ». Ces droits sont définis au premier article du *Human Rights Act* du 9 novembre 1998 (entré en vigueur en 2000)

²²⁷¹ *Ibid.* : « *that it would not be possible, without serious delay, to arrange for an Order in Council* ».

²²⁷² *Id.*, art. 27.

²²⁷³ *Ibid.*

²²⁷⁴ *Ibid.*

²²⁷⁵ *Ibid.*

²²⁷⁶ États-Unis, *War Power Resolution*, 7 novembre 1973, section 2 (notre traduction).

américaines »²²⁷⁷, « l'autorité constitutionnelle et législative en vertu de laquelle une telle introduction a eu lieu »²²⁷⁸, « la portée et la durée estimées des hostilités ou de l'engagement des forces »²²⁷⁹. De plus, « le président doit fournir toute autre information demandée par le Congrès, relative à l'accomplissement de ses responsabilités constitutionnelles »²²⁸⁰. L'organe législatif doit encore être informé – « aussi longtemps que les forces armées continuent d'être engagées dans des hostilités »²²⁸¹ –, de façon périodique, sur l'état de la situation au travers de rapports²²⁸². S'appuyant sur ces rapports, les parlementaires décident de la continuation des opérations menées par le président en vertu de ses pouvoirs exceptionnels. En effet, après soixante jours suivant la remise du premier rapport, « le président met fin à toute utilisation des forces armées »²²⁸³, à moins que « le Congrès déclare la guerre, promulgue une autorisation spécifique pour cet emploi des forces armées »²²⁸⁴, ou « proroge, par la loi, cette période de soixante jours »²²⁸⁵. Ainsi que le souligne un rapport²²⁸⁶ sénatorial sur les évolutions stratégiques des États-Unis, l'organe congressionnel semble donc ici doté – en théorie – d'un véritable pouvoir de contrôle vis-à-vis de l'exercice présidentiel des pouvoirs exceptionnels.

Le droit français traduit lui aussi une promptitude visant à contrôler les pouvoirs relevant de l'état d'urgence dès leur entrée en action. Ainsi, la loi du 20 novembre 2015 prorogeant l'état d'urgence et modifiant le texte de 1955 y ajoute un article 4-1 obligeant le gouvernement à avertir l'Assemblée nationale et le Sénat, immédiatement, des mesures prises. En effet, ces derniers doivent être « informés sans délai des mesures prises par le gouvernement pendant l'état d'urgence »²²⁸⁷. De plus, le Parlement peut, en vertu du même

²²⁷⁷ *Id.*, section 4.

²²⁷⁸ *Ibid.*

²²⁷⁹ *Ibid.*

²²⁸⁰ *Ibid.*

²²⁸¹ *Ibid.*

²²⁸² Ces rapports ne peuvent être espacés de plus de six mois.

²²⁸³ États-Unis, *War Power Resolution*, 7 novembre 1973, section 5.

²²⁸⁴ *Ibid.*

²²⁸⁵ *Ibid.* On notera, incidemment, que le délai de soixante jours est prorogé automatiquement si le Congrès est dans l'incapacité, par suite d'attaque contre les États-Unis, de répondre au rapport présidentiel.

²²⁸⁶ Jean-Louis CARRÈRE et al. , *Évolutions stratégiques des États-Unis : quelles conséquences pour la France et pour l'Europe ?*, rapport d'information du Sénat n° 708, 9 juillet 2014, p. 27 : grâce notamment à cette législation de 1973, « le président des États-Unis voit sa marge de manœuvre grandement limitée par l'action (ou l'inaction) des parlementaires ».

²²⁸⁷ France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955, art. 4-1. (Voir : France, *Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*, 20 novembre 2015. L'article 4 de ladite loi crée l'article 4-1 de la loi de 1955).

article, « *requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures* »²²⁸⁸. Plus encore, la modification législative du 21 juillet 2016 contraint davantage les autorités administratives, en les obligeant à transmettre « *sans délai copie de tous les actes qu'elles prennent en application de la présente loi* »²²⁸⁹ aux deux Chambres. Concernant l'étendue temporelle des pouvoirs de l'état d'urgence, l'on peut constater une analogie avec le droit anglo-américain, puisque le droit français détermine un délai relativement court, nécessitant la mise en œuvre du pouvoir législatif pour toute prolongation. En effet, « *la prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi* »²²⁹⁰. En outre, cette loi prolongeant l'état d'urgence doit en fixer « *sa durée définitive* »²²⁹¹. Il est encore à noter que les pouvoirs d'exception « *cessent d'avoir effet en même temps que prend fin l'état d'urgence* »²²⁹². Ainsi, en l'absence de prorogation par le Parlement, ces pouvoirs cessent d'agir, sauf à décréter de nouveau l'état d'urgence.

Dans ces trois cas, l'on peut cerner que le contrôle exercé par l'organe législatif s'articule autour de deux points essentiels. D'une part, le titulaire des pouvoirs de crise doit, au plus vite, informer l'organe de contrôle des mesures qu'il a prises, afin que ce dernier puisse procéder à l'examen du respect des critères permettant la déclaration de l'urgence. D'autre part, c'est à cet organe qu'il revient d'autoriser la prorogation ou la cessation des pouvoirs exceptionnels. On doit encore observer la présence d'un contrôle juridictionnel des mesures d'exception.

2. Un organe juridictionnel attentif aux effets des pouvoirs d'exception

Au contrôle parlementaire s'ajoute un examen effectué par les organes juridictionnels. Le juge peut opérer, en fonction des États, un contrôle de légalité (a) et/ou de constitutionnalité (b).

²²⁸⁸ *Ibid.*

²²⁸⁹ *Ibid.* (Voir : France, *Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste*, 21 juillet 2016. L'article 2 de ladite loi modifie l'article 4-1 de la loi de 1955, créé par l'article 4 de la loi du 20 novembre 2015).

²²⁹⁰ *Id.*, art. 2.

²²⁹¹ *Id.*, art. 3.

²²⁹² *Id.*, art. 14.

a. Le contrôle de légalité anglo-français

Le droit anglais semble principalement focaliser son contrôle de légalité sur l'examen des mesures exceptionnelles vis-à-vis de la loi qui les fonde. Ainsi, il peut d'abord être relevé que le Royaume-Uni conçoit traditionnellement un recours *ex post* contre les mesures d'exception fortement attentatoires aux libertés. Mais l'on observera ensuite que les législations les plus récentes semblent procéder à un contrôle juridictionnel *ex ante*, propre à rendre possible ou à empêcher la prise de mesures exceptionnelles. La loi antiterroriste promulguée au Royaume-Uni le 14 décembre 2001 envisageait la possibilité de faire appel de certaines décisions prises dans le cadre de la situation d'exception, par l'effet combiné de ses articles 26 et 25. En effet, d'une part, la Commission spéciale d'appel en matière d'immigration était chargée, dès que cela était raisonnablement possible, « *d'examiner chaque certificat [de détention] délivré en vertu de l'article 21* »²²⁹³. D'autre part, le texte disposait que tout « *terroriste international présumé peut faire appel, auprès de la Commission spéciale d'appel en matière d'immigration, d'un certificat [de détention] pris en vertu de l'article 21* »²²⁹⁴. Ladite Commission pouvait alors confirmer la décision gouvernementale ou « *annuler le certificat* »²²⁹⁵ si elle estimait qu'au regard de la loi précitée, il n'existait « *pas de motif raisonnable de croire* »²²⁹⁶ que la présence au Royaume-Uni de la personne concernée par le certificat représentait un risque pour la sécurité nationale, ou qu'il n'y avait pas davantage d'éléments prouvant que la personne concernée était terroriste²²⁹⁷. Enfin, elle pouvait infirmer le certificat si elle considérait que « *pour une autre raison [il] n'aurait pas dû être délivré à l'encontre de la personne concernée* »²²⁹⁸. Un tel contrôle apparaît nécessaire au regard de la propension liberticide²²⁹⁹ des certificats de détention illimitée. La législation antiterroriste de 2015 prévoit également un contrôle juridictionnel *ex post*, principalement dirigé contre les exclusions temporaires prononcées par l'Exécutif. En effet, dans l'hypothèse d'une

²²⁹³ Royaume-Uni, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 14 décembre 2001, art. 26 (notre traduction).

²²⁹⁴ *Id.*, art. 25.

²²⁹⁵ *Id.*, art. 26.

²²⁹⁶ *Id.*, art. 25.

²²⁹⁷ L'article 25 renvoie ici explicitement aux critères (prévus aux 1, a (croyance que la présence de la personne sur le sol du Royaume-Uni représente un risque pour la sécurité nationale). et b (suspicion que la personne est terroriste) de l'article 21 de la même loi) sur lesquels se fonde le secrétaire d'État pour délivrer un certificat de détention.

²²⁹⁸ *Id.*, art. 25.

²²⁹⁹ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, B, 2.

interdiction temporaire de résidence prononcée à l'encontre d'une personne se trouvant sur le territoire du Royaume-Uni, l'individu en faisant l'objet peut demander au tribunal²³⁰⁰ d'examiner que les critères de l'ordre d'exclusion temporaire sont satisfaits. Il sera ainsi contrôlé par le juge la conformité de la décision vis-à-vis des critères établis par la loi, c'est-à-dire qu'il s'assurera que la mesure est effectivement temporaire, ou que cette condition continue d'être respectée au moment où l'individu saisit le juge²³⁰¹. L'ordre d'exclusion pourra alors être annulé ou révisé²³⁰² par le tribunal. Mais cette loi envisage également un contrôle juridictionnel préliminaire puisque les mesures d'exclusion temporaire – concernant un individu ayant droit de résidence au Royaume-Uni mais ne s'y trouvant pas au moment de la décision d'éloignement – ne peuvent être prononcées – sauf cas d'urgence absolue²³⁰³ – qu'avec l'accord d'un juge. Ainsi, la restriction de la liberté d'aller et venir, consacrée par la Grande Charte²³⁰⁴, ne peut intervenir que « *par autorisation préalable du tribunal* »²³⁰⁵. Celui-ci peut même refuser²³⁰⁶ cette autorisation s'il estime que la décision gouvernementale n'est pas clairement étayée. En effet, le juge a ici pour fonction de « *déterminer si les décisions du secrétaire d'État sont viciées* »²³⁰⁷, et par conséquent, « *le tribunal ne peut délivrer d'autorisation* »²³⁰⁸ d'exclusion temporaire du territoire « *dans le cas où il estime que la décision du secrétaire d'État est faussée* »²³⁰⁹. Autrement dit, le juge peut rejeter la demande d'exclusion temporaire s'il estime que le « *soupçon raisonnable que l'individu est, ou a été impliqué dans des activités liées au terrorisme en dehors du Royaume-Uni* »²³¹⁰ – qui est la disposition législative sur laquelle

²³⁰⁰ Il peut s'agir de l'« *Outer House of the Court of Session* » (Cour civile suprême), de la « *High Court in Northern Ireland* » (Haute Cour d'Irlande du Nord), ou de la « *High Court in England and Wales* » (Haute Cour en Angleterre et au Pays de Galles) en fonction du lieu principal de résidence de l'individu.

²³⁰¹ Royaume-Uni, *Counter-Terrorism and Security Act*, 12 février 2015, art. 11.

²³⁰² *Ibid.*

²³⁰³ *Id.*, art. 2. Voir encore en ce sens : *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 1, A, 2.

²³⁰⁴ Angleterre, *Grande Charte des libertés*, 1215, art. 42 : « *Il sera permis, à l'avenir, à chacun, s'il reste loyal à la Couronne, de sortir de notre royaume, et d'y revenir, librement et en toute sûreté, tant par la route que par bateau, sauf pour de courtes périodes en temps de guerre* ». Il s'agit donc d'une condition précise, celle de la guerre, qui n'est pas en l'occurrence remplie.

²³⁰⁵ Royaume-Uni, *Counter-Terrorism and Security Act*, 12 février 2015, art. 3 (notre traduction).

²³⁰⁶ *Ibid.*

²³⁰⁷ *Ibid.*

²³⁰⁸ *Ibid.*

²³⁰⁹ *Ibid.*

²³¹⁰ *Id.*, art. 2

s'appuie principalement²³¹¹ le secrétaire d'État pour agir – est insuffisamment fondé au regard des exigences de la loi. La présence du juge est ici rassurante car la largesse d'appréciation d'un tel soupçon contraste avec le refus d'arbitraire, et l'obligation de fournir les raisons précises et sincères d'une sanction, tous deux exigés par l'*habeas corpus*²³¹².

Le droit français envisage également un contrôle de la légalité des actes liés à l'état d'urgence. Ainsi, d'abord, le décret pris en Conseil des ministres déclarant l'état d'urgence se distingue de la décision présidentielle d'enclencher l'article 16 – présentant le « *caractère d'un acte de gouvernement* »²³¹³ –, puisqu'il est compris par le Conseil d'État²³¹⁴ comme ayant une nature juridique différente. Indirectement, la haute juridiction administrative conçoit donc ce décret comme un acte administratif susceptible – théoriquement²³¹⁵ – d'un contrôle de légalité opéré par le juge. C'est en ce sens d'ailleurs que le commissaire du gouvernement Mitjavile, dans ses conclusions sur l'arrêt d'assemblée du 24 mars 2006, souligne que le « *décret en Conseil des ministres déclarant l'état d'urgence est [...] une décision administrative susceptible de recours* »²³¹⁶. Concernant ensuite les recours contre les mesures prises en application de l'état d'urgence, la loi de prorogation et de modification du 20 novembre 2015 abroge l'article 7 de la loi de

²³¹¹ Au-delà de cet élément principal, le secrétaire d'État se fonde sur d'autres critères pour prononcer la mesure d'exclusion temporaire. Il doit encore « *raisonnablement estimer qu'il est nécessaire, à des fins de protection des membres du Royaume-Uni contre un risque de terrorisme, d'imposer à l'individu une ordonnance d'interdiction temporaire* », « *raisonnablement estimer que l'individu est en dehors du Royaume-Uni* », s'assurer « *que l'individu a un droit de résidence au Royaume-Uni* », et enfin, obtenir « *l'accord du tribunal pour prononcer la mesure d'éloignement* », sauf en cas « *d'urgence absolue* » (ibid.).

²³¹² Angleterre, *Loi d'habeas corpus*, 27 mai 1679, section 2.

²³¹³ Conseil d'État Ass. (ci-après C.É.), 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres*.

²³¹⁴ C.É. Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*.

²³¹⁵ Si le Conseil d'État reconnaît implicitement, dans cet arrêt de 2006, la recevabilité du recours formé directement contre le décret instituant l'état d'urgence, il faut néanmoins souligner qu'il sanctionne ici d'un non-lieu à statuer les requêtes qui en contestent la légalité. En effet, le Conseil estime que la loi du 18 novembre 2005, qui proroge de trois mois l'état d'urgence, a pour effet de « *ratifie[r] la décision prise par le décret n° 2005-1386 du 8 novembre 2005* ». Par conséquence logique, « *la légalité des dispositions de ce décret n'est, dès lors, plus susceptible d'être discutée par la voie contentieuse* ». Ainsi, Claire Landais et Frédéric Lenica ne reprenaient pas l'approche analytique du commissaire du gouvernement Mitjavile, pour qui « *la déclaration de l'état d'urgence par l'autorité administrative, puis la loi décidant la poursuite de l'application de ce régime constituaient deux décisions successives. La première déclenche l'état d'urgence, la seconde le maintient pour l'avenir, sans autre effet de droit, notamment pas rétroactif* » (C. LANDAIS, F. LENICA, *AJDA*, 2006, p. 1033.). En effet, l'Assemblée retenait plutôt « *une lecture plus globale du régime de la loi du 3 avril 1955, en estimant qu'en prolongeant l'état d'urgence, le législateur entendait nécessairement s'approprier les motifs qui avaient justifié le déclenchement de celui-ci, validant ainsi le décret du président de la République* ». De la sorte, « *l'intervention du législateur* », si elle a lieu, « *prive d'objet le recours dirigé contre la déclaration* » (ibid.).

²³¹⁶ Conclusions de Marie-Hélène Mitjavile, C.É. Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*.

1955, qui offrait un recours particulier²³¹⁷ contre les actes administratifs individuels pris en vertu des articles 5²³¹⁸ et 6²³¹⁹ de cette même loi. Mais elle crée un article 14-1, qui prévoit qu'en dehors du prononcé de certaines sanctions²³²⁰ pénales incombant naturellement à l'autorité judiciaire, « *les mesures prises sur le fondement de la présente loi sont soumises au contrôle du juge administratif* »²³²¹. La modification législative du 21 juillet 2016 précise la possibilité d'exercer un référé contre les mesures d'« *assignation à résidence* »²³²². La célérité d'un tel recours est bienvenue dès lors qu'une telle assignation est assurément, si l'on en suit les mots de Roland Drago, la mesure « *la plus grave de la loi* »²³²³ de 1955. Désormais de manière explicite, la loi considère donc que les mesures prises sur le fondement de l'état d'urgence, constitutives d'actes de police administrative, sont soumises au contrôle de légalité du juge administratif, « *qu'il s'agisse du contentieux classique de légalité* »²³²⁴ au travers du recours pour excès de pouvoir, « *ou en urgence* »²³²⁵ au travers des référés, introduits par la loi du 30 juin 2000²³²⁶. Pour ce dernier cas, la loi renvoie au Livre V du Code de justice administrative, qui prévoit en son article L. 521-1²³²⁷ la possibilité pour le juge des référés de suspendre tout acte administratif en l'attente du jugement sur le fond du litige, dès lors qu'existent à la fois une situation

²³¹⁷ L'article 7 de la loi de 1955 prévoyait en effet qu'une personne concernée par une des mesures prises en application de l'article 5-3 ou 6 pouvait demander le retrait de la mesure. La demande était alors soumise à une commission consultative comprenant des délégués du conseil général désignés par ce dernier. La composition, le mode de désignation ainsi que les conditions de fonctionnement de cette commission devaient être fixés par décret en Conseil d'État. La décision rendue par la commission pouvait alors faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif, qui devait statuer dans le mois du recours. Incidemment, l'on notera qu'en dépit d'un décret du 10 mai 1955, pris en application de cet article 7, et d'un autre décret du 7 juillet 1955, modifiant le premier et définissant ses modalités d'application, lesdites commissions n'ont jamais réellement été mises en œuvre.

²³¹⁸ Cet article permet au préfet d'interdire la circulation des personnes dans certains lieux à certaines heures, d'instituer par arrêté des zones où le séjour des personnes est réglementé, et d'interdire le séjour dans tout ou partie du département, à toute personne cherchant à entraver l'action des pouvoirs publics.

²³¹⁹ Cet article concerne l'assignation à résidence, entendu dans sa rédaction antérieure à la modification du 20 novembre 2015.

²³²⁰ Voir en ce sens : France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955, art. 14-1. L'article renvoie lui-même à l'article 13 de la même loi, qui désigne les peines applicables contre les infractions commises à l'encontre des mesures d'urgence, mais ne concerne pas les recours pouvant être opérés contre les mesures prises par l'urgence. Le prononcé de ces peines relève alors du juge judiciaire.

²³²¹ *Ibid.*

²³²² *Ibid.*

²³²³ Roland DRAGO, « L'état d'urgence et les libertés publiques », *R.D.P.*, 1955, p. 684.

²³²⁴ Michel MERCIER, *Rapport sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence (procédure accélérée)*, n° 368, 3 février 2016, p. 23.

²³²⁵ *Ibid.*

²³²⁶ France, *Loi relative au référé devant les juridictions administratives*, 30 juin 2000. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

²³²⁷ Il s'agit du référé suspension.

d'urgence, et un doute sérieux quant à la légalité de l'acte. En un même but protecteur, l'article L. 521-2²³²⁸ permet au juge d'ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale, lorsqu'à la fois la condition de l'urgence est satisfaite, et qu'une personne publique ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public, porte une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté. Concernant, enfin, le terme de l'état d'urgence, deux hypothèses majeures peuvent être distinguées. Premièrement, le texte de 1955 prévoit que « *la loi autorisant la prorogation au-delà de douze jours de l'état d'urgence fixe sa durée définitive* »²³²⁹. Pourtant, il est possible que les événements de fait ayant permis la caractérisation juridique de l'état d'urgence viennent à disparaître. Ainsi, secondement, il peut être mis fin à cet état avant que ce soit écoulée la durée initialement prévue par la loi prorogative. Ce cas de figure s'est présenté lors des émeutes du début des années 2000. En effet, la loi du 18 novembre 2005 prorogeait l'application de la loi de 1955 pour trois mois à compter du 21 novembre, mais dès décembre, les émeutes ayant justifié l'état d'urgence avaient cessé²³³⁰. La loi précitée de 2005 prévoyait néanmoins en son article 3 la possibilité d'y mettre « *fin par décret en Conseil des ministres avant l'expiration de ce délai* »²³³¹. Mais ce n'est pourtant que bien plus tard, le 3 janvier 2006²³³², que le chef de l'État mit en œuvre ce décret de clôture. Dès le 5 décembre, des enseignants de droit avaient saisi le Conseil d'État d'un recours en référé liberté. En effet, ils considéraient que par son abstention, le chef de l'État avait porté une atteinte grave et manifestement illégale à certaines libertés fondamentales. Ils demandaient alors au Conseil, à titre principal, « *d'ordonner la suspension l'état d'urgence* »²³³³, ou, à défaut, « *d'enjoindre au président de la République de prendre [...] un décret mettant fin à l'état d'urgence* »²³³⁴. À titre subsidiaire, ils demandaient au juge « *d'enjoindre au président de la République [...] de procéder à un réexamen des circonstances de fait et de droit qui ont conduit à la mise en œuvre de l'état d'urgence pour déterminer si celui-ci doit*

²³²⁸ Il s'agit du référé liberté.

²³²⁹ France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955, art. 3.

²³³⁰ Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 110 : « *le juge des référés du Conseil d'État reconnaissant une amélioration sensible de la situation au 9 décembre 2005* ».

²³³¹ France, *Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955*, 18 novembre 2005, art. 3.

²³³² France, *Décret n° 2006-2 mettant fin à l'application de la loi n° 2005-1425 du 18 novembre 2005*, 3 janvier 2006.

²³³³ C.É., ord. de référé liberté n° 287777, 9 décembre 2005, *Mme A. et autres*, en ligne : [http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Ordonnance-du-juge-des-referes-du-9-decembre-2005].

²³³⁴ *Ibid.*

être maintenu »²³³⁵. Dans son ordonnance du 9 décembre 2005, le juge considérait alors que le silence de la loi du 18 novembre 2005 « *sur les conditions de mise en œuvre de la faculté ainsi reconnue au président de la République* »²³³⁶ de mettre fin à l'état d'urgence par décret « *ne saurait être interprété [...] comme faisant échapper ses modalités de mise en œuvre à tout contrôle de la part du juge de la légalité* »²³³⁷. Ainsi, certes théoriquement et au travers d'un contrôle vraisemblablement minimum²³³⁸, le juge se reconnaît néanmoins la compétence d'examiner la légalité d'un tel décret. Plus récemment, dans son ordonnance du 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, le juge des référés a réitéré, dans le cadre de l'état d'urgence décrété le 14 novembre et prorogé par la loi du 20 novembre 2015, sa capacité à contrôler la légalité de la faculté reconnue au chef de l'État, par l'article 3 de ladite loi²³³⁹, de mettre « *ou non [...] fin à l'état d'urgence avant l'expiration du délai de trois mois* »²³⁴⁰. Confronté à des requêtes similaires à celles du référé de 2005 lié aux émeutes urbaines, le juge souligne en effet, là encore, que ce silence de la loi à propos des conditions de mise en œuvre de cette faculté, ne saurait être interprété « *comme faisant*

²³³⁵ *Ibid.*

²³³⁶ *Ibid.*

²³³⁷ *Ibid.*

²³³⁸ En effet, le juge considérera en l'espèce que les demandes à titre principal excédaient ses compétences. De fait, en vertu de l'article L. 511-1 du Code de justice administrative, le juge des référés « *statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire* ». Or, souligne le juge, la suspension autant que l'injonction, qu'il lui était demandé de prescrire, auraient eu le même effet « *que l'obligation qui pèserait sur l'autorité administrative à la suite d'une décision du Conseil d'État statuant au contentieux annulant le refus du président de la République de mettre un terme à l'état d'urgence* ». Concernant la demande subsidiaire, recevable puisque recouvrant un caractère provisoire, le juge se reconnaît la possibilité d'effectuer un contrôle de légalité. Mais il considère en l'espèce que la décision présidentielle de ne pas mettre fin à l'état d'urgence ne recouvre pas le « *caractère manifeste de l'illégalité* » qu'exige l'article L. 521-2 du Code de justice administrative à propos du référé liberté. En effet, le juge explique qu'au regard de « *l'éventualité de [la] recrudescence [des violences urbaines] à l'occasion des rassemblements sur la voie publique lors des fêtes de fin d'année* », le président n'a pas « *dans l'exercice du pouvoir d'appréciation étendu qui est le sien, pris une décision qui serait entachée d'une illégalité manifeste* ». Laissant au président un réel pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de la satisfaction des critères de l'état d'urgence, l'on ne peut déduire que l'éventualité d'un contrôle minimum opéré par le juge, autant à propos de la qualification juridique des motifs de fait, que de la proportion de l'objet de l'acte vis-à-vis de ses motifs de fait.

²³³⁹ France, *Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*, 20 novembre 2015, art. 3 : « *Il peut y être mis fin par décret en Conseil des ministres avant l'expiration de ce délai* » (trois mois en l'occurrence).

²³⁴⁰ C.É., ord. de référé liberté n° 396220, 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, en ligne : [<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Ordonnance-du-27-janvier-2016-Ligue-des-droits-de-l-homme-et-autres>].

échapper sa décision à tout contrôle de la part du juge de la légalité »²³⁴¹. Néanmoins, comme en 2005, la requête est rejetée pour des motifs assez proches²³⁴².

b. Le contrôle de constitutionnalité restreint²³⁴³ au droit américano-français

Le droit américain est ici bien plus mutique que le droit anglais et français en matière de contrôle de légalité. En effet, la loi sur les pouvoirs de guerre de 1973 envisage un contrôle parlementaire, mais pas l'hypothèse claire d'un examen de la conformité légale des pouvoirs d'exception par le juge. De même, Wanda Mastor souligne que la remise en cause des droits garantis par la loi, provoquée par l'*USA PATRIOT Act* est dangereusement « accompagnée d'une absence de contrôle juridictionnel effectif »²³⁴⁴. Les prescriptions du *Military Order* du 13 novembre 2001 semblent encore franchir un seuil dans la volonté d'effacement de tout contrôle de la légalité des pouvoirs exceptionnels mis en œuvre. Tout en empêchant, on l'a vu²³⁴⁵, d'appliquer aux personnes arrêtées le bénéfice des droits

²³⁴¹ *Ibid.*

²³⁴² *Ibid.*, voir notamment Considérant 6 (sur les conclusions principales) : « en dehors de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité, la conformité de ces dispositions législatives à la Constitution ne peut être mise en cause devant le juge administratif ; que le juge des référés ne peut, en conséquence, accueillir les conclusions principales par lesquelles les requérants lui demandent d'ordonner la suspension totale ou partielle de la déclaration de l'état d'urgence et qui tendent en réalité à la suspension de l'application de la loi du 20 novembre 2015 ». Voir encore : Considérant 8 (sur les conclusions subsidiaires) : « en se fondant, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation étendu qui est le sien, pour s'abstenir de prendre un décret mettant fin à l'état d'urgence, sur ce que leur [les mesures prises en vertu de la loi du 20 novembre 2015] prolongation, leur renouvellement ou le prononcé d'autres mesures contribuent à prévenir le péril imminent auquel le pays est exposé [...] le président de la République n'a pas porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale qui justifierait que le juge des référés fasse usage des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative ».

²³⁴³ L'on ne peut ici retenir la présence d'un réel contrôle de constitutionnalité au Royaume-Uni. Certes, le *Constitutional Reform Act* du 24 mars 2005 introduit la Cour suprême du Royaume-Uni, et lui donne notamment compétence « des recours sur des points de droit [...] d'une importance constitutionnelle » (Olivier DEPARIS, « La Cour suprême au Royaume-Uni et la question de constitutionnalité », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, 2011, en ligne : [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-32/la-cour-supreme-au-royaume-uni-et-la-question-de-constitutionnalite-par-olivier-deparis.99061.html>]). Pour autant, l'on relèvera qu'en aucun cas, « la loi de 2005 ne lui a donné le pouvoir d'annuler une disposition législative qu'elle jugerait contraire aux droits et libertés applicables au Royaume-Uni. Elle reste subordonnée au pouvoir de la loi et à la souveraineté du Parlement » (*ibid.*). De même, Anne Stevens relève avec justesse une forme de continuité dans le changement, puisque « la nouvelle Cour suprême du Royaume-Uni n'est investie d'aucune fonction autre que celles déjà dévolues aux Lords of Appeal in Ordinary et ne pourra pas contester la validité ou la "constitutionnalité" d'une loi » (Anne STEVENS, « Le Conseil constitutionnel vu d'outre-Manche : une énigme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2009, en ligne : [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-25/le-conseil-constitutionnel-vu-d-outre-manche-une-énigme-sup1-sup.51708.html>]).

²³⁴⁴ Wanda MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : le *USA PATRIOT Act* et autres violations "en règle" de la Constitution », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 67.

²³⁴⁵ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, B, 2.

normalement garantis à tout détenu²³⁴⁶, et en imposant « *une compétence exclusive des tribunaux militaires* »²³⁴⁷ concernant les infractions visées par l'acte, le texte interdit également aux individus mis en cause « *d'exercer tout recours ou de maintenir une procédure* »²³⁴⁸. Il exclut encore que soit porté en leur nom « *un recours devant un tribunal des États-Unis, ou de tout État de celui-ci, ou devant le tribunal d'une nation étrangère, ou un tribunal international* »²³⁴⁹. Ainsi, le seul examen possible des pouvoirs exceptionnels est celui de la constitutionnalité²³⁵⁰ des lois les mettant en œuvre. C'est d'ailleurs en ce sens que Publius considère que malgré une nécessaire indépendance des organes de l'État, le républicanisme américain serait vain s'il existait « *une séparation absolue des départements législatif, exécutif et judiciaire* »²³⁵¹, car seule une « *liaison* »²³⁵² donnant à chacun d'eux « *un contrôle constitutionnel sur les autres* »²³⁵³, permet justement de maintenir le principe d'un « *gouvernement libre* »²³⁵⁴. Une telle approche trouve une concrétisation dès 1803²³⁵⁵, lorsque la Cour suprême s'arroge le droit de trancher les situations où « *une loi est en opposition avec la Constitution* »²³⁵⁶, puisque c'est par « *excellence le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu'est le droit* »²³⁵⁷. Plus tard, notamment après avoir soulevé l'inconstitutionnalité substantielle du programme du *New deal*, cette même Cour s'appropriera le rôle de « *gardien des droits et des libertés civiques* »²³⁵⁸. Le contrôle juridictionnel s'affirme donc dans une double perspective : d'une part il agit comme un contrepouvoir veillant à la conformité de la loi à la Constitution, et, d'autre part, il est particulièrement attentif en ce qui concerne les libertés qu'elle

²³⁴⁶ États-Unis, *Military Order – Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, 13 novembre 2001, art. 1^{er}.

²³⁴⁷ *Id.*, art. 7.

²³⁴⁸ *Ibid.*

²³⁴⁹ *Ibid.*

²³⁵⁰ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 84. L'auteur explique que les pouvoirs d'exception, aux États-Unis, sont soumis « *au contrôle juridictionnel ex post* », incarné par « *un contrôle de constitutionnalité* ».

²³⁵¹ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 408.

²³⁵² *Ibid.*

²³⁵³ *Ibid.*

²³⁵⁴ *Ibid.*

²³⁵⁵ États-Unis, Cour suprême (ci-après C.S.), 24 février 1803, 5 U.S. 137, *Marbury v. Madison*.

²³⁵⁶ *Ibid.* Voir à propos de cette jurisprudence : Elizabeth ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, p. 11.

²³⁵⁷ *Ibid.*

²³⁵⁸ Bernard E. BROWN, *L'État et la politique aux États-Unis*, P.U.F., 1994, p. 318.

garantit. Un tel contrôle est donc nécessaire à l'égard des lois mettant en œuvre les pouvoirs exceptionnels de l'Exécutif.

Comme le droit américain, le droit français reconnaît, au travers de la loi fondamentale de 1958, un contrôle – facultatif ou obligatoire²³⁵⁹ – de constitutionnalité des lois votées par le Parlement²³⁶⁰. En 1971, puis en 1974, le contrôle *a priori* s'élargit à double titre. D'une part il s'étend en faveur d'une protection accrue des libertés, puisque le Conseil constitutionnel ne se fonde plus uniquement sur le texte de 1958 *stricto sensu* pour effectuer le contrôle de la conformité de la loi vis-à-vis de la Constitution²³⁶¹. D'autre part, il évolue en faveur d'un élargissement de l'initiative de sa saisine²³⁶². Plus récemment²³⁶³, la question prioritaire de constitutionnalité a permis au Conseil d'être saisi lorsqu'il est soutenu, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, qu'« *une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* »²³⁶⁴. Comme dans le cadre américain, ces mutations progressives ont donc permis au Conseil constitutionnel de devenir une institution garante du respect, par la loi, de la norme fondamentale, en particulier à l'égard des libertés qu'elle consacre. Son rôle apparaît alors essentiel dans le cadre de l'état d'urgence. Divers rapports²³⁶⁵ soulignent d'ailleurs la nécessité d'un tel contrôle afin d'assurer la meilleure préservation possible des libertés, qu'il soit effectué *a priori* ou *a posteriori*.

Qu'il soit parlementaire ou juridictionnel, le contrôle des pouvoirs exceptionnels et de leur fondement est clairement prévu par le droit anglo-américain et français, et apparaît bien plus abouti que dans le droit public romain, tout autant qu'à l'égard des conceptions

²³⁵⁹ France, *Constitution de la V^e République*, 4 octobre 1958, art. 61.

²³⁶⁰ C.C., 6 novembre 1962, n° 62-20, *Loi relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*.

²³⁶¹ C.C., 16 juillet 1971, n° 71-44, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*.

²³⁶² France, *Loi constitutionnelle portant révision de l'article 61 de la Constitution*, 29 octobre 1974, article unique.

²³⁶³ France, *Loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République*, 23 juillet 2008, art. 29.

²³⁶⁴ France, *Constitution de la V^e République*, 4 octobre 1958, art. 61-1.

²³⁶⁵ Voir par exemple : Philippe BAS, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*, n° 177, 19 novembre 2015, p. 20 : « L'utilisation massive de ces mesures de police administrative nécessite d'examiner attentivement la conformité aux exigences constitutionnelles de la loi du 3 avril 1955, ce qui s'impose avec d'autant plus de force en raison de la possibilité pour les personnes faisant l'objet de ces mesures de les contester désormais par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité ». Voir encore : Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, notamment le IV, B, 3 : « Qui a peur du Conseil constitutionnel ? », p. 133.

machiavélo-schmittienne. Il demeure pourtant nécessaire de déterminer si cette acuité est gage de protection des libertés. Autrement dit, il doit être recherché si un tel système de contrôle permet à l'État de droit – malgré de nécessaires aménagements – de se maintenir suffisamment au sein de l'exception, afin que son plein rétablissement soit envisageable au sortir de la situation de crise.

§ 2. L'action des pouvoirs de crise contrôlée avec une efficacité variable

Après avoir constaté l'existence d'un pouvoir de contrôle conféré aux organes législatif et juridictionnel, il est essentiel de déterminer l'efficacité de son action vis-à-vis des effets que produisent les pouvoirs de crise. Si le contrôle effectué par l'organe législatif relève davantage de la complicité que d'une franche volonté d'évaluation de la nocivité des pouvoirs exceptionnels (A), le contrôle juridictionnel apparaît plus protecteur des libertés (B).

A. Une timidité parlementaire préjudiciable aux libertés

En dehors de l'exemple ponctuel d'un contrôle parlementaire relativement efficace dans le cadre anglais (1), l'on doit relever, d'une manière générale, une soumission des organes législatifs américain et français au pouvoir exécutif, en cas d'exception (2).

1. Un contrôle exceptionnellement accompli dans sa plénitude

Le rapport rédigé par le comité anglais chargé de procéder à l'examen de la loi antiterroriste de 2001, offre l'illustration d'un contrôle audacieux opéré par l'organe législatif. En vertu de cette loi, le secrétaire d'État devait charger un comité d'examiner la loi dans les deux ans suivant son adoption²³⁶⁶. Puis, une copie de ce rapport devait être remise au Parlement²³⁶⁷. Ce dernier pouvait alors, se basant sur ce document de travail, opérer un contrôle approfondi de la loi, puisqu'en vertu de son article 123, toute disposition visée par le rapport cessait d'avoir effet six mois après la date de dépôt au Parlement²³⁶⁸, sauf si avant ce délai, le Parlement en décidait autrement en présentant une motion dans

²³⁶⁶ Royaume-Uni, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 14 décembre 2001, art. 122.

²³⁶⁷ *Ibid.*

²³⁶⁸ *Id.*, art. 123, al. 2.

chaque Chambre²³⁶⁹. Au fond, l'organe législatif était ici doté d'un pouvoir d'infirmer ou de confirmation des propositions dudit comité.

De nouveau, il est essentiel de relever la clairvoyance des neuf membres de ce comité, qui tout en rappelant la nécessité de combattre fermement le terrorisme, soulignent que « *l'État de droit [doit être maintenu] même si cela suppose de combattre le terrorisme avec une main attachée derrière le dos* »²³⁷⁰. Le comité adhère ici au compromis schmittien permettant d'envisager des pouvoirs exceptionnels conformes à l'État de droit, puisque ses conclusions se fondent sur le « *devoir des autorités de prendre les mesures nécessaires pour protéger la société du terrorisme* »²³⁷¹, combiné au « *droit de tout individu à la liberté et à la vie privée* »²³⁷². Cet équilibre suppose que les mesures gouvernementales se conforment aux dérogations limitativement imposées par la loi. Or, le comité relève à juste titre qu'un tel compromis n'a pas été réalisé par les pouvoirs exceptionnels pris sur le fondement de la loi de 2001, car ainsi que cela a été vu²³⁷³, cette législation antiterroriste permet en pratique de renoncer à de nombreuses libertés à l'égard desquelles aucune dérogation n'est pourtant légalement prévue. Logiquement, le comité aboutit à l'idée d'un inflexionnement de l'État de droit, notamment lorsqu'il observe – à la date de la loi qu'il examine – que « *le Royaume-Uni est le seul pays à avoir jugé nécessaire de déroger à la Convention européenne des droits de l'Homme* »²³⁷⁴. Le comité trouve cette dérogation d'autant plus « *énigmatique, qu'il semble clair que d'autres pays sont confrontés à des menaces terroristes d' [une même] ampleur au sein de leurs frontières* »²³⁷⁵. Face au constat du danger entraîné par l'inévitable dépassement des limites imposées aux pouvoirs de crise, le comité estime à raison que l'État de droit ne saurait se maintenir, face à l'exception, qu'en vertu d'un renforcement du contrôle opéré par le Parlement. À ce titre, ses auteurs précisent : « *notre rapport [...] doit [...] être considéré comme une manière de faire comprendre notre soutien au principe d'une législation d'urgence* »²³⁷⁶ mais « *faisant*

²³⁶⁹ *Id.*, art. 123, al. 3.

²³⁷⁰ Privy Counsellor Review Committee, *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 Review : Report*, 12 décembre 2003, p. 23.

²³⁷¹ *Id.*, p. 8.

²³⁷² *Ibid.*

²³⁷³ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 1, A, 1.

²³⁷⁴ Privy Counsellor Review Committee, *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 Review : Report*, 12 décembre 2003, p. 53.

²³⁷⁵ *Ibid.*

²³⁷⁶ *Id.*, p. 9.

l'objet d'un examen périodique et renouvelé par le Parlement »²³⁷⁷. Se fondant sur ces travaux, le contrôle parlementaire semble alors s'être pleinement exprimé, puisque, au travers de la législation nouvelle de 2005, il a substantiellement abrogé²³⁷⁸ la loi de 2001, et particulièrement la quatrième partie du texte, contenant les litigieux articles 21, 23 et 30. Ce succès du contrôle parlementaire peut cependant être relativisé puisque malgré la renonciation aux détentions illimitées sans jugement, il adopte néanmoins par sa législation antiterroriste de 2005²³⁷⁹ les *control orders*²³⁸⁰, qui permettent au pouvoir exécutif de restreindre – certes bien moins que dans le cadre des détentions envisagées par la loi de 2001 – les libertés des citoyens²³⁸¹. Pourtant l'on remarquera que ces *control orders* ne peuvent prendre de mesures « *imposant des obligations qui sont incompatibles avec les libertés individuelles définies à l'article 5 de la Convention des droits de l'Homme* »²³⁸². Ainsi, le droit consacre une première catégorie de *control orders* ne pouvant être dérogatoires à la liberté et à la sûreté, toutes deux garanties par la Convention. Concernant la seconde catégorie, celle des ordonnances de contrôle dérogatoires, elles ne peuvent s'exercer que si le secrétaire d'État dépose préalablement une demande au Parlement, et qu'elle est approuvée par une résolution de chaque Chambre²³⁸³. Ainsi, tout en abrogeant la loi de 2001, le Parlement semble avoir acté la volonté du comité rapporteur de renforcer le contrôle opéré par l'organe législatif dans le cadre de l'exercice des pouvoirs d'exception. Cette réaffirmation de la séparation des pouvoirs contraste avec le contrôle opéré dans le cadre américain et français.

2. Une effrayante soumission à l'Exécutif

Le contrôle opéré par l'organe législatif, dans la pratique américaine et française, procède d'une timidité inquiétante, révélant à la fois un affaiblissement de la séparation des pouvoirs et une soumission à l'organe exécutif, tous deux préjudiciables à la possible

²³⁷⁷ *Ibid.*

²³⁷⁸ Par la loi du 11 mars 2005 (*Prevention of Terrorism Act*), le Parlement renonce à celle de 2001, abrogée le 14 mars 2001.

²³⁷⁹ *Ibid.*

²³⁸⁰ Littéralement : ordonnance de contrôle.

²³⁸¹ Royaume-Uni, *Prevention of Terrorism Act*, 11 mars 2005, art. 1^{er} : les ordonnances de contrôle peuvent, à l'égard de certaines personnes, « *interdire ou restreindre la possession ou l'utilisation de certains produits et certains substances* » ou « *l'utilisation de certains services déterminés* », ou bien encore « *restreindre l'activité professionnelle* ».

²³⁸² *Ibid.*

²³⁸³ *Id.*, art. 6.

garantie des libertés au sein de la situation exceptionnelle, et donc à la préservation de l'État de droit qu'il s'agit de rétablir pleinement à l'issue de la crise.

Le modèle américain, compris comme régime présidentiel, fonde son équilibre sur une stricte séparation des pouvoirs. Ainsi que l'exprimaient les fondateurs de 1787, une telle conception suppose évidemment que « *les membres de chaque département [soient] aussi peu dépendants que possible de ceux des autres* »²³⁸⁴, afin d'éviter toute interpénétration menant à la concentration des pouvoirs en une seule main. Mais à la fois, ils considèrent que cette « *séparation des départements n'exclut pas leur contrôle réciproque* »²³⁸⁵. Ainsi, les larges pouvoirs conférés au président – notamment théorisés par le célèbre chapitre LXX de *Publius*²³⁸⁶, et concrétisés à l'article II de la Constitution américaine – ne sont viables que s'ils peuvent faire l'objet d'un contrôle. En d'autres mots, « *l'énergie dans l'Exécutif* »²³⁸⁷ – qui est à la fois « *l'un des principaux caractères dans la définition d'un bon gouvernement* »²³⁸⁸, et un élément « *essentiel à la sûreté de la société contre les attaques étrangères* »²³⁸⁹ –, autant que sa « *vigueur [...] qui protège la liberté contre les entreprises et les assauts de l'ambition, de la faction et de l'anarchie* »²³⁹⁰ ne sont rendues possibles que parce que existe une « *garantie sérieuse contre une concentration progressive des différents pouvoirs dans le même département* »²³⁹¹. En vertu de la séparation des pouvoirs, cette garantie est incarnée – en plus de l'être par l'organe juridictionnel²³⁹² – par le Congrès, qui en exerçant un contrôle de l'action présidentielle, doit être le moyen d'une préservation des libertés conforme à l'État de droit à tout instant. Or, la situation exceptionnelle, dont on sait qu'elle accroît les pouvoirs de l'Exécutif, traduit paradoxalement l'affaiblissement et au vrai l'abandon d'un contrôle propre à la séparation des pouvoirs, alors même que cette hypertrophie de compétences – si

²³⁸⁴ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 429. À titre d'exemple, les auteurs (Hamilton ou Madison) songent ici aux émoluments des membres des différents départements, qui ne doivent intégralement dépendre d'une décision d'un autre département. De même, il est nécessaire « *que les membres de chacun d'eux aient le moins d'influence possible sur la nomination des membres des autres pouvoirs* » (*ibid.*).

²³⁸⁵ *Id.*, chap. XLVIII, p. 408-413.

²³⁸⁶ *Id.*, p. 582-593.

²³⁸⁷ *Id.*, p. 582.

²³⁸⁸ *Ibid.*

²³⁸⁹ *Ibid.*

²³⁹⁰ *Id.*, p. 582-583.

²³⁹¹ *Id.*, p. 430.

²³⁹² Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 1, B, 2, b.

l'on en suit *Publius* – ne demeure conforme au républicanisme américain que si elle est accompagnée d'un contrôle rigoureusement amplifié. En effet, face à ce qu'il est convenu d'appeler avec Arthur Meier Schlesinger Jr « *la présidence impériale* »²³⁹³ – largement revivifiée par les événements du 11 septembre 2001²³⁹⁴ –, l'on doit relever la renonciation au contrôle des pouvoirs exceptionnels, tant le Congrès se contente « *dans les faits [...] de valider rétroactivement la décision du président* »²³⁹⁵. À cet égard, l'on constate effectivement que suite à la déclaration d'urgence nationale du 14 septembre 2001²³⁹⁶, le Congrès n'a fait que revêtir un simple « *rôle de chambre d'enregistrement* »²³⁹⁷. De fait, la résolution conjointe du Congrès, datant du même jour, démontre le refus parlementaire de recourir au pouvoir constitutionnel permettant²³⁹⁸, à ce seul organe, d'engager des forces armées après avoir examiné et rigoureusement contrôlé si les conditions permettant de déclarer la guerre étaient remplies. En l'espèce, le critère de mise en péril de la « *sécurité publique* »²³⁹⁹ était certes satisfait, mais le Congrès abandonne ses pouvoirs au profit de l'Exécutif puisque la résolution se borne à constater « *qu'en vertu de la Constitution* »²⁴⁰⁰ c'est « *le président [qui] a autorité pour agir et prévenir les actes de terrorisme international visant les États-Unis* »²⁴⁰¹. À ce titre, il s'abstient de tout contrôle en autorisant le chef de l'Exécutif à « *user de la force nécessaire et appropriée à l'encontre de toute nation, organisation ou personne dont il aura déterminé qu'elles auront planifié, permis, commis ou favorisé les attaques terroristes* »²⁴⁰². En un même sens, « *l'adoption précipitée du Patriot Act* »²⁴⁰³ en 2001, révèle encore le refus de contrôle congressionnel des pouvoirs présidentiels en situation d'urgence. Cette loi, qui ainsi que le souligne Bruce

²³⁹³ Arthur Meier SCHLESINGER Jr, *The Imperial Presidency*, Mariner Book, 2004.

²³⁹⁴ Jean-Louis CARRÈRE et al. , *Évolutions stratégiques des États-Unis : quelles conséquences pour la France et pour l'Europe ?*, rapport d'information du Sénat n° 708, 9 juillet 2014, p. 26 : « *le Congrès a essayé depuis la fin de la Guerre froide d'asseoir son contrôle, mais la tragédie du 11 septembre 2001 a amené un retour de la "présidence impériale"* ».

²³⁹⁵ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 77.

²³⁹⁶ États-Unis, *Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks*, n° 7463, 14 septembre 2001.

²³⁹⁷ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 77.

²³⁹⁸ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. I, section 8.

²³⁹⁹ *Id.*, art. 1^{er}, section 9.

²⁴⁰⁰ États-Unis, *Résolution conjointe du Congrès*, 14 septembre 2001.

²⁴⁰¹ *Ibid.*

²⁴⁰² *Ibid.*

²⁴⁰³ Vincent MICHELOT, « Présidence et Congrès : équilibre et déséquilibres des pouvoirs », *La présidence impériale*, Denis LACORNE, Justin VAÏSSE (dir.), Odile Jacob, 2007, p. 121.

Ackerman²⁴⁰⁴, étend dangereusement les pouvoirs du président²⁴⁰⁵ au point de faire de lui un « *législateur en chef* »²⁴⁰⁶, privant l'organe législatif de diverses prérogatives, se distingue pourtant par ce fait que « *le débat public n'a quasiment pas existé, pas plus que les discussions au sein même du Congrès* »²⁴⁰⁷. De fait, ce texte de près de 350 pages, dont la rédaction débute dès la seconde moitié du mois de septembre 2001, est adopté par la Chambre des représentants le 24 octobre, par le Sénat le 25, pour être promulgué le lendemain par le président. On sait pourtant que le Congrès américain dispose – en théorie – de « *moyens d'action très développés qui font de lui une puissance face au président* »²⁴⁰⁸, et lui offrent la possibilité de le « *contrôle[r] efficacement* »²⁴⁰⁹, par exemple en « *oblige[ant] le président à s'expliquer* »²⁴¹⁰ sur la politique qu'il entend mener. Plus encore, durant l'exercice des pouvoirs exceptionnels, des commissions de « *surveillance et [de] contrôle* »²⁴¹¹ sont en mesure d'auditionner et de questionner l'administration et les agences gouvernementales. Cet exemple démontrerait que cette « *usurpation du pouvoir par l'Exécutif* »²⁴¹², préjudiciable aux libertés, n'est possible que si « *le Congrès des États-Unis y consent, par faiblesses, renoncement [...] et abdication de ses responsabilités* »²⁴¹³ en tête desquelles figure précisément le contrôle des pouvoirs présidentiels. Si l'absence de contrôle effectif pouvait s'expliquer par la nécessité d'agir promptement dans ce contexte des attentats de 2001 sur le sol américain, les violations de

²⁴⁰⁴ Bruce ACKERMAN, « The emergency Constitution », *Yale Law Journal*, n° 113, 2004. Voir notamment p. 1029 : l'auteur y constate « *les mesures prises unilatéralement par le président Bush en vertu de l'USA PATRIOT Act* » (notre traduction).

²⁴⁰⁵ États-Unis, *USA PATRIOT Act*, 26 octobre 2001. Voir notamment la section 106 : « *Presidential authority* ».

²⁴⁰⁶ Vincent MICHELOT, « Présidence et Congrès : équilibre et déséquilibres des pouvoirs », *La présidence impériale*, Denis LACORNE, Justin VAISSE (dir.), Odile Jacob, 2007, p. 122.

²⁴⁰⁷ Wanda MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : le *USA PATRIOT Act* et autres violations "en règle" de la Constitution », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 64.

²⁴⁰⁸ Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Lextenso/ L.G.D.J., 2010, p. 328.

²⁴⁰⁹ *Ibid.*

²⁴¹⁰ *Id.*, p. 324.

²⁴¹¹ Jean-Louis CARRÈRE *et al.*, *Évolutions stratégiques des États-Unis : quelles conséquences pour la France et pour l'Europe ?*, rapport d'information du Sénat n° 708, 9 juillet 2014, p. 25. Ce riche rapport montre – notamment – que si les commissions *ad hoc* formées pour enquêter sur les attentats du 11 septembre ont démontré une véritable volonté d'investigation, celles visant à examiner les pouvoirs exécutifs nés après l'événement semblent avoir fait preuve d'une moindre opiniâtreté.

²⁴¹² Vincent MICHELOT, « Présidence et Congrès : équilibre et déséquilibres des pouvoirs », *La présidence impériale*, Denis LACORNE, Justin VAISSE (dir.), Odile Jacob, 2007, p. 113.

²⁴¹³ *Id.*, p. 113-114.

libertés que son inaction a entraînées incitent à souscrire au nécessaire « *renforcement des pouvoirs de contrôle du Congrès* »²⁴¹⁴, notamment proposé par Vincent Michelot.

Le contrôle parlementaire français semble également préjudiciable à l'État de droit, au regard de la soumission à l'Exécutif qu'il traduit. Si comme l'expliquait Guy Carcassonne²⁴¹⁵, les assemblées françaises, notamment sous la V^e République, ont toujours eu beaucoup de pouvoirs²⁴¹⁶ sans jamais parvenir à les saisir totalement, il faut noter – avec Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues²⁴¹⁷ – que cela est particulièrement vrai en situation exceptionnelle. Parmi les pouvoirs de crise envisagés par le droit français, ceux l'article 16 de la Constitution – dont on sait justement qu'ils mettent « *provisoirement à l'écart le principe de la séparation des pouvoirs* »²⁴¹⁸ – sont particulièrement éclairants. Avant la révision de 2008, les présidents des assemblées n'avaient qu'un rôle de consultant dans la décision présidentielle. Plus encore, les pouvoirs conférés par cet article peuvent annihiler le contrôle parlementaire pouvant s'exercer pendant l'état d'urgence, alors même qu'un tel contrôle est clairement envisagé par la loi de 1955. Le contexte du « putsch des généraux » illustre cette situation d'enchevêtrement des typologies de l'exception où le Parlement s'efface, car à la suite de la déclaration d'état d'urgence – à compter du 23 avril 1961 – par deux décrets du 22 avril 1961, Charles de Gaulle entreprend, par une décision du 24 avril prise sur le fondement de l'article 16 de la Constitution de 1958 – déclenché du 23 avril²⁴¹⁹ au 30 septembre 1961 –, de prolonger l'état d'urgence jusqu'à une nouvelle décision²⁴²⁰. Prise sur le même fondement, la décision du 29 septembre 1961 maintient l'état d'urgence

²⁴¹⁴ *Id.*, p. 124.

²⁴¹⁵ Voir en ce sens : *La V^e République en débat*, colloque organisé par Sciences Po, la Documentation française et la revue *Pouvoirs*, le 27 septembre 2008, pour le cinquantième anniversaire de la Constitution de 1958, en ligne : [<http://www.laviedesidees.fr/La-Ve-republique-en-debat.html>].

²⁴¹⁶ Voir : France, *Constitution de la V^e République*, 4 octobre 1958. Ces pouvoirs sont explicitement prévus par la loi fondamentale, qui en vertu de son article 24 permet au Parlement de contrôler l'action du gouvernement et d'évaluer les politiques publiques. Une semaine de séance sur quatre est d'ailleurs réservée par priorité et dans l'ordre fixé par chaque assemblée, à de tels examens (art. 48).

²⁴¹⁷ Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 99 : « *la présidentialisation du régime, caractéristique de la V^e République, est particulièrement sensible en matière d'état d'urgence* ».

²⁴¹⁸ Christian BIGAUT, « Les suspensions de la Constitution : les régimes dérogatoires aux dispositions constitutionnelles – les suspensions provisoires de la Constitution », *La Revue administrative*, n° 325, 55^e année, 2002, p. 53.

²⁴¹⁹ France, *Décision portant application de l'article 16*, 23 avril 1961, art. 1^{er} : « *Il est fait application de l'article 16 de la Constitution* ».

²⁴²⁰ Cette prolongation, totalement indéterminée dans le temps, va clairement à l'encontre de l'Ordonnance du 15 avril 1960, disposant en son article 3 que la prorogation législative de l'état d'urgence au-delà de douze jours « *fixe sa durée définitive* ».

jusqu'au 15 juillet 1962. Une ordonnance du 13 juillet, enfin, le proroge jusqu'à une date devant être fixée par décret, l'empêchant de s'exercer au-delà du 31 mai 1963. Ce n'est qu'au travers de la dissolution de l'Assemblée nationale, le 9 octobre 1962, que prend théoriquement fin l'état d'urgence. Au-delà d'un impraticable contrôle parlementaire des pouvoirs de l'article 16, à cette époque²⁴²¹ prévu par la loi fondamentale, l'on constate, en outre, l'impossibilité pour les assemblées d'avoir une quelconque prise sur l'état d'urgence, alors même que celui-ci ne peut être prolongé, au-delà de douze jours, qu'au travers d'une loi dont l'adoption suggère que les parlementaires contrôlent si les conditions ayant permis le décret de mise en œuvre de l'état d'urgence sont toujours effectives. Comme dans le cadre américain, l'effacement de la séparation des pouvoirs, annihilant le contrôle parlementaire et permettant au président d'agir en qualité de législateur, tend à ébranler l'État de droit et à porter une atteinte disproportionnée aux libertés. Il semble en effet qu'en l'occurrence, les pouvoirs publics avaient retrouvé un fonctionnement presque normal peu après²⁴²² le déclenchement de l'article 16, rendant peu légitime son maintien. De même, la dissolution du 9 octobre 1962 aurait dû, en vertu de la loi de 1955²⁴²³ modifiée par l'ordonnance de 1960, mettre fin à l'état d'urgence, mais divers éléments démontrent que tel n'a pas été le cas²⁴²⁴. Constatant les mêmes faiblesses que dans le cadre américain, l'on peut ici s'associer aux mots de Jean-Pierre Sueur, soutenant qu'« *il serait de bonne méthode que la commission des lois, dont c'est le rôle constitutionnel de contrôler le Gouvernement, soit régulièrement associée au suivi des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence* »²⁴²⁵. Plus encore, l'on peut souscrire à la nécessité de « conforter le rôle du

²⁴²¹ Un tel contrôle était impossible à ce moment. Mais depuis la révision constitutionnelle de 2008, les parlementaires peuvent, après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, saisir le Conseil constitutionnel afin qu'il examine si les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont toujours menacées d'une manière grave et immédiate, et si le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels continue d'être interrompu.

²⁴²² En effet, le quarteron de généraux est défait dans la nuit du 25 au 26 avril 1961. Voir sur la chronologie détaillée des événements : Pierre Robert LECLERCQ, « Putsch des Généraux (1961) », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/putsch-des-generaux/>].

²⁴²³ France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955, art. 4 : « La loi portant prorogation de l'état d'urgence est caduque à l'issue d'un délai de quinze jours francs suivant la date de démission du gouvernement ou de dissolution de l'Assemblée nationale ».

²⁴²⁴ Voir en ce sens : Arlette HEYMANN-DOAT, *Libertés publiques et droits de l'homme*, L.G.D.J., 2002, p. 90.

²⁴²⁵ Philippe BAS, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*, n° 177, 19 novembre 2015, p. 64.

Parlement comme autorité de contrôle durant toute la durée de l'état d'urgence »²⁴²⁶. Une telle situation démontre combien, dès 2008, les recommandations de Jean Gicquel concernant la « reparlementarisation »²⁴²⁷ du corps législatif étaient fondées. De nouveau, tout semble porter à un nécessaire renforcement du contrôle opéré par l'organe législatif.

B. Une audace juridictionnelle favorable aux libertés

L'opiniâtreté juridictionnelle, à ce stade, semble contraster d'avec la soumission parlementaire à l'hégémonie de l'Exécutif. À ce titre, c'est essentiellement au travers des recours présentés aux tribunaux que s'illustre la volonté – malgré d'inévitables restrictions – d'un maintien le plus effectif possible de l'État de droit²⁴²⁸ au sein de la situation exceptionnelle. Cette audace juridictionnelle se constate davantage au travers d'un contrôle de la loi d'exception vis-à-vis des règles placées au sommet de la hiérarchie des normes, que par un contrôle de légalité des actes pris sur le fondement de l'exception. Deux raisons justifient alors le choix d'envisager principalement ce premier type de contrôle. D'une part, ce sont essentiellement les lois d'exception qui sont attentatoires aux libertés, ainsi que l'illustrent la législation antiterroriste de 2001, l'*USA PATRIOT Act* de la même année, ou encore la loi de prorogation de l'état d'urgence de novembre 2015. En effet, les actes pris sur le fondement de ces lois ne sont liberticides que par conséquence du fait qu'ils sont issus d'elles. La cause essentielle des atteintes aux libertés trouve ainsi sa source dans ces lois. D'autre part, l'examen de la conformité de ces lois vis-à-vis de normes supérieures a l'avantage de corriger à la fois la faiblesse du contrôle parlementaire, et les mesures d'exception prises par le gouvernement sur le fondement de ces lois. En ce sens, l'on doit relever – au Royaume-Uni – l'esquisse d'un contrôle de conventionnalité amené à protéger

²⁴²⁶ Jean-Jacques URVOAS, *Rapport après engagement de la procédure accélérée, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*, n° 3237, p. 28. Parmi les mesures renforçant les modalités de contrôle, l'on peut retenir quelques propositions : réunion hebdomadaire, à date fixe, pendant laquelle le gouvernement exposerait les mesures prises aux présidents des groupes politiques et des commissions compétentes ; publication hebdomadaire d'un rapport de contrôle par la commission des lois ; organisation d'une séance de contrôle ou de questions au gouvernement entièrement dédiée à ce sujet, à échéance de l'état d'urgence.

²⁴²⁷ Voir en ce sens : Jean GICQUEL, « La reparlementarisation : une perspective d'évolution », *Pouvoirs*, n° 126, 2008, p. 53-59.

²⁴²⁸ Il faut souligner en l'occurrence toute l'importance du contrôle juridictionnel, qui par son opiniâtreté illustre deux critères essentiels de l'État de droit – proches mais distincts –, qui sont l'indépendance vis-à-vis des autres organes étatiques, mais aussi le principe de la séparation des pouvoirs.

de manière croissante les libertés confrontées à l'exception (1), et un contrôle de constitutionnalité rassurant en droit américain et français (2).

1. La contestation des violations du droit conventionnel

Faute d'un réel contrôle de conventionnalité, la jurisprudence anglaise rend néanmoins compte d'une telle volonté. Il a été précédemment²⁴²⁹ constaté l'absence de contrôle de constitutionnalité au Royaume-Uni, malgré la réforme constitutionnelle de mars 2005²⁴³⁰. Pour autant, depuis l'incorporation, au Royaume-Uni, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, au travers du *Human Rights Act* de 1998, entré en vigueur le 2 octobre 2000, le juge « possède [...] la faculté de déclarer la loi inconstitutionnelle »²⁴³¹. Il ne s'agit certes pas d'un contrôle de conventionnalité comme en connaissent les juridictions françaises, puisque les juges ne peuvent ici prononcer qu'une déclaration d'incompatibilité²⁴³² « qui n'a de caractère contraignant ni pour le Parlement ni pour le gouvernement »²⁴³³. Mais ainsi que le souligne Aurélien Antoine, une progression favorable aux libertés doit être constatée puisque d'une part les juges ont l'obligation « d'interpréter la loi dans un sens conforme aux exigences du *Human Rights Act* »²⁴³⁴, et parce que d'autre part, ces déclarations d'incompatibilité, sortes d'alertes à l'attention des pouvoirs exécutif et législatif, permettent au gouvernement de modifier la loi par simple ordonnance²⁴³⁵. En ce sens, « la décision qu'a rendue la Chambre des lords, le 16 décembre 2004, est particulièrement emblématique des pouvoirs renforcés des juridictions britanniques »²⁴³⁶. Dans cette affaire, les requérants avaient fait l'objet d'un certificat de détention en vertu des articles 21 et 23 de la loi antiterroriste de

²⁴²⁹ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 1, B, 2, b.

²⁴³⁰ Voir sur ce point : Royaume-Uni, *Constitutional Reform Act*, 24 mars 2005.

²⁴³¹ Bernard STIRN, Duncan FAIRGRIEVE, Mattias GUYOMAR, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Odile Jacob, 2006, p. 255.

²⁴³² Royaume-Uni, *Human Rights Act*, 9 novembre 1998 (entré en vigueur en 2000), art. 4.

²⁴³³ Olivier DEPARIS, « La Cour suprême au Royaume-Uni et la question de constitutionnalité », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, 2011, en ligne : [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-32/la-cour-supreme-au-royaume-uni-et-la-question-de-constitutionnalite-par-olivier-deparis.99061.html>].

²⁴³⁴ Aurélien ANTOINE, « Les enjeux de la création d'une Cour suprême au Royaume-Uni et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 60, 2008, p. 87.

²⁴³⁵ *Ibid.* Voir également : Bernard STIRN, Duncan FAIRGRIEVE, Mattias GUYOMAR, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Odile Jacob, 2006, p. 255 : la déclaration d'incompatibilité de la loi « donne compétence au ministre pour la modifier sans avoir à respecter la procédure parlementaire ordinaire ».

²⁴³⁶ *Ibid.*

2001. Ils contestaient d'une part la dérogation, exercée par la loi anglaise, à l'article 5 de la Convention de 1950, opérée sur le fondement de l'article 15 du même texte autorisant des « *dérogations en cas d'urgence* »²⁴³⁷. D'autre part, ils dénonçaient l'irrégularité de leur détention qui constituait selon eux une discrimination illégale fondée sur la nationalité. Sur le premier point, réunie en comité exceptionnel de neuf juges, la Chambre des lords admet l'argumentation des requérants puisqu'elle considère que si l'article 15 de la Convention de 1950 permet effectivement de déroger à certains droits, il ne le permet que « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* »²⁴³⁸. Une telle situation ne peut exiger de dérogation que lorsque l'urgence est causée par un danger « *actuel ou imminent* »²⁴³⁹, « *dont les effets impliquent la nation entière* »²⁴⁴⁰, « *qui menace le maintien de la vie organisée de la société* »²⁴⁴¹, et doit relever d'une exceptionnalité telle « *que les mesures et restrictions normalement prévues par la Convention apparaissent insuffisantes à maintenir la sécurité publique, la vie et l'ordre* »²⁴⁴². Or, malgré les risques nés à la fois des attentats de septembre 2001 sur le sol américain, et des « *menaces spécifiquement dirigées contre le Royaume-Uni et ses habitants* »²⁴⁴³, les juges constatèrent en l'espèce que les strictes conditions exigées par l'article 15 n'étaient pas entièrement²⁴⁴⁴ satisfaites. Ainsi, ils estimèrent que la législation de 2001 était incompatible avec l'article 15 de la Convention de 1950, puisqu'elle permettait à l'Exécutif de prendre des ordonnances dérogatoires renonçant aux garanties conventionnelles de l'article 5, alors même que les conditions

²⁴³⁷ Conseil de l'Europe, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, art. 15.

²⁴³⁸ *Ibid.*

²⁴³⁹ Royaume-Uni, C.S., 16 décembre 2004, UKHL 56, *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*. Les Lords s'inspirent ici très explicitement du rapport de la Commission européenne des droits de l'Homme du 5 novembre 1969 (12 YB), lié à l'« affaire » grecque, qui renvoie au coup de force militaire opéré dans la nuit du 21 avril 1967, et déclarant tout le territoire national en état de siège par le décret royal n° 280. Ce décret suspendait « *l'application de la plupart des dispositions constitutionnelles relatives aux libertés publiques, civiles et politiques et instituait des tribunaux militaires d'exception* » (Alexandre-Charles KISS, Phédon VÉGLÉRI, « L'affaire grecque devant le Conseil de l'Europe et la Commission européenne des droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, vol. 17, 1971. p. 890). À ce titre, la Grèce renonçait également aux libertés garanties par la Convention de 1950, à laquelle elle adhérerait (elle adhère au Conseil de l'Europe dès 1949, signe la Convention le 28 novembre 1950, et le Protocole additionnel le 20 mars 1952). Or, les critères permettant la dérogation à ces libertés conventionnelles n'étaient pas satisfaits selon la Commission, au regard de l'article 15 de la Convention. Le rapport de 1969 est donc l'occasion de définir clairement les situations permettant le recours aux dérogations prévues à l'article 15.

²⁴⁴⁰ *Ibid.*

²⁴⁴¹ *Ibid.*

²⁴⁴² *Ibid.*

²⁴⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴⁴ *Ibid.* Seule la menace au « *maintien de la vie organisée de la société* » était avérée.

d'une telle dérogation n'étaient pas pleinement satisfaites. Concernant le second point, les juges admirent majoritairement l'incompatibilité de l'article 23 de la loi de 2001 – qui ne prévoyait de détentions qu'à l'égard des « *terroristes internationaux présumés* »²⁴⁴⁵ – vis-à-vis de l'article 14 de la Convention de 1950. De fait, ce dernier garantit « *la jouissance des droits et libertés [...] sans distinction aucune, fondée notamment sur [...] l'origine nationale* »²⁴⁴⁶. La disposition de l'article 23 opérait donc une distinction discriminatoire en fonction de l'origine, puisque les nationaux pouvaient continuer de bénéficier des garanties conventionnelles de l'article 5, alors que les étrangers ne pouvaient prétendre à ces mêmes droits. Cette affaire démontre finalement que « *la Chambre des lords s'est clairement posée en défenseur du droit à la liberté, y compris dans une affaire liée à la sécurité nationale* »²⁴⁴⁷. Si son contrôle n'est pas contraignant, il n'est pas dénué d'effets puisque la décision des juges, autant que le rapport rédigé par le comité chargé de procéder à l'examen de la loi antiterroriste de 2001²⁴⁴⁸, ont conduit à l'abrogation de ce texte et à « *l'adoption du Prevention of Terrorism Act* »²⁴⁴⁹ de 2005. Ce texte, sans échapper à la critique, semble prendre acte de la déclaration d'incompatibilité formulée par les juges le 16 décembre 2004, car il précise clairement les critères²⁴⁵⁰ de la situation exceptionnelle permettant de déroger à la Convention, et abandonne la discrimination fondée sur la nationalité²⁴⁵¹. De plus, cette législation restreint, on l'a vu²⁴⁵², les mesures dérogatoires à l'article 5 de la Convention de 1950. De plus, elle renonce aux détentions illimitées²⁴⁵³, et

²⁴⁴⁵ Royaume-Uni, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 14 décembre 2001, art. 23 : « *A suspected international terrorist may be detained under a provision* ».

²⁴⁴⁶ Conseil de l'Europe, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, art. 14.

²⁴⁴⁷ Aurélie DUFFY, « Le *Human Rights Act* 1998 à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », *L'Europe des libertés*, janvier 2007, en ligne : [http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=262&id_rubrique=30].

²⁴⁴⁸ Privy Counsellor Review Committee, *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 Review : Report*, 12 décembre 2003.

²⁴⁴⁹ Aurélie DUFFY, « Le *Human Rights Act* 1998 à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », *L'Europe des libertés*, janvier 2007, en ligne : [http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=262&id_rubrique=30].

²⁴⁵⁰ Royaume-Uni, *Prevention of Terrorism Act*, 11 mars 2005. Voir notamment art. 4 : « *Pouvoir de la Cour de procéder à des ordonnances de contrôle dérogatoires* », et 5.

²⁴⁵¹ *Id.*, art. 15 et 16.

²⁴⁵² Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 1.

²⁴⁵³ En effet, aux certificats de détentions illimités se substituent les ordonnances de contrôle, qui permettent la restriction de la liberté d'aller et venir, de communication, ou encore d'association. Voir sur ces *control orders* : Royaume-Uni, *Prevention of Terrorism Act*, 11 mars 2005, art. 1^{er}.

renforce le contrôle du juge²⁴⁵⁴. Si l'on ne peut parler d'un réel contrôle de conventionnalité, l'on doit néanmoins souligner le volontarisme de la Cour suprême dans la protection des libertés, qui tout à la fois s'adresse aux mesures gouvernementales et aux lois votées par le Parlement. Dans un but complémentaire, gageons également que la réforme constitutionnelle de 2005²⁴⁵⁵, ayant introduit en 2009 une Cour suprême finalement indépendante du pouvoir législatif, parvienne, à terme, à l'édification d'un véritable contrôle de constitutionnalité.

2. La dénonciation des atteintes à la Constitution

Dès la seconde moitié du XIX^e siècle, la Cour suprême américaine témoigne d'une audace favorable aux libertés, renforcée en cas de crise. Ainsi, au début de la guerre de Sécession, Abraham Lincoln décide, le 27 mars 1861, de suspendre le *writ d'habeas corpus*. Le 25 mai 1861, John Merryman est arrêté par les troupes fédérales, car accusé d'être un officier sécessionniste disposant d'armes et voulant en faire usage contre le gouvernement. Peu après le début de sa détention, ses avocats exigent de pouvoir formuler un *writ*, afin d'obtenir qu'il soit présenté à un juge puis libéré, dès lors qu'aucun mandat n'avait permis son incarcération, et qu'aucune décision ne permettait sa détention. En l'absence de réponse, la demande de *writ* est transmise à la Cour suprême²⁴⁵⁶. Celle-ci se demanda si, au regard de la Constitution, l'organe exécutif avait autorité pour opérer une telle suspension, et jugea²⁴⁵⁷ très clairement que « *le président n'avait pas le pouvoir de suspendre le privilège de l'ordonnance d'habeas corpus* »²⁴⁵⁸, car « *la Constitution réserve cette compétence au Congrès* »²⁴⁵⁹. Outre ce refus d'une confusion des pouvoirs préjudiciable aux libertés, la Cour suprême jugera après la guerre, dans son arrêt *Ex parte Milligan*²⁴⁶⁰ que les recours « *aux tribunaux militaires pour juger des civils, en temps de*

²⁴⁵⁴ *Ibid.* Une ordonnance de contrôle dérogatoire ne peut être délivrée que « *par le tribunal sur demande présentée par le secrétaire d'État* ».

²⁴⁵⁵ Royaume-Uni, *Constitutional Reform Act*, 24 mars 2005.

²⁴⁵⁶ Il est à noter qu'au moment de l'affaire, les juges ne siégeaient pas en session à la Cour suprême, mais dans des juridictions d'États. Ainsi, Roger Taney, qui rendit la décision en tant que *Chief Justice*, siégeait alors à la cour d'appel du Maryland.

²⁴⁵⁷ États-Unis, *Circuit court for the district of Maryland* (cour d'appel), 1^{er} juin 1861 (opinion du *Chief Justice* Taney), 17 *Federal Cases* 144, *Ex parte Merryman*.

²⁴⁵⁸ Bruce A. RAGSDALE, *Ex parte Merryman and Debates on Civil Liberties During the Civil War*, Federal Judicial Center/ Federal Judicial History Office, 2007, p. 14.

²⁴⁵⁹ *Ibid.*

²⁴⁶⁰ États-Unis, C.S., 1866, 71 U.S. 2, *Ex parte Milligan*.

guerre, sont inconstitutionnels là où les Cours ordinaires demeurent en activité »²⁴⁶¹, alors même que Lincoln avait déclaré que pendant le conflit « toute personne arrêtée devra être soumise au jugement d'une cour martiale ou d'une commission militaire »²⁴⁶². La Cour suprême demeure, aujourd'hui encore, protectrice des libertés garanties par la Constitution. Divers exemples plus actuels – portant plus précisément sur le contrôle des lois – ont ainsi permis « à la Cour suprême de réaffirmer les exigences de l'État de droit »²⁴⁶³, en censurant des dispositions négatrices de telles libertés. Ainsi, dans l'arrêt *Hamdan v. Rumsfeld*²⁴⁶⁴ de 2006, la Cour constate la non-conformité du *Military Order* du 13 novembre 2001, puisque la création de tribunaux militaires n'a été autorisée par aucune loi fédérale, alors même que le texte de 1787 confère au Congrès la compétence de constituer les tribunaux²⁴⁶⁵. Mais un tel aplomb semble également – et surtout – provenir des juridictions inférieures, elles aussi pouvant examiner la constitutionnalité des lois. Ainsi, dans l'arrêt *ACLU v. NSA*²⁴⁶⁶, en date du 17 août 2006, le juge du district du Michigan soulève l'inconstitutionnalité liberticide des écoutes téléphoniques sans mandat, constatant à la fois leur incompatibilité avec le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs – exigeant en l'occurrence que soit délivré par le juge un mandat –, et la violation du quatrième amendement, garant du droit à la vie privée²⁴⁶⁷. Avec beaucoup de finesse, le juge Diggs Taylor rappellera d'une part les mots de *Publius*, selon lesquels la tyrannie naît essentiellement de la confusion des pouvoirs²⁴⁶⁸, et d'autre part, que « nul pouvoir créé en dehors de la Constitution »²⁴⁶⁹ ne saurait exister, au risque de violer les libertés garanties par le texte de 1787.

²⁴⁶¹ *Ibid.*

²⁴⁶² Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 77.

²⁴⁶³ Guy SCOFFONI, David ANNOUSSAMY, « Droit constitutionnel étranger. L'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte (janvier-décembre 2004) : États-Unis, Inde », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 3, n° 63, 2005, p. 647.

²⁴⁶⁴ États-Unis, C.S., 29 juin 2006, 548 U.S., *Hamdan v. Rumsfeld*.

²⁴⁶⁵ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. I, section 8.

²⁴⁶⁶ États-Unis, Eastern district of Michigan southern division, 17 août 2006 (opinion du juge Anna Diggs Taylor), 06 CV 10204, *ACLU v. NSA*.

²⁴⁶⁷ Voir en ce sens : États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, IV^e amendement.

²⁴⁶⁸ États-Unis, Eastern district of Michigan southern division, 17 août 2006 (opinion du juge Anna Diggs Taylor), 06 CV 10204, *ACLU v. NSA*, p. 34. (Voir en ce sens : Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON, *Le Fédéraliste*, Economica, 1988, p. 398. Madison rappelle, notamment en rapport avec George III, que « l'accumulation de tous les pouvoirs, législatif, exécutif, et judiciaire, dans les mains, soit d'un seul homme, soit de quelques-uns, soit de plusieurs, soit par l'hérédité, par la conquête, ou par l'élection, peut justement être considérée comme la véritable définition de la tyrannie ».)

²⁴⁶⁹ *Id.*, p. 40.

Le contrôle de constitutionnalité français semble, lui aussi, capable d'un contrôle plus protecteur pour les libertés que celui relevant de l'organe législatif. Dès 1985, les Sages de la rue de Montpensier étaient saisis par le Sénat de la constitutionnalité de la loi de 1985²⁴⁷⁰ prorogeant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie. S'il faut nécessairement souligner que le Conseil déclare la loi conforme à la Constitution, cette décision²⁴⁷¹ demeure néanmoins célèbre parce qu'elle est l'occasion pour les Sages de se reconnaître, pour la première fois, le pouvoir d'examiner la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée, « à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine »²⁴⁷². Cependant, par ses insuffisances, la jurisprudence de 1985²⁴⁷³ ne permet pas de conclure « que la loi du 3 avril 1955, notamment certains des dispositifs dont elle autorise la mise en œuvre, respecte sans l'ombre d'un doute les principes et exigences de nature constitutionnelle »²⁴⁷⁴. Mais, depuis la révision constitutionnelle de 2008²⁴⁷⁵, l'ouverture du recours par voie d'exception *a posteriori* pourrait compenser ces insuffisances, permettant d'envisager un contrôle de la constitutionnalité de la loi de 1955. Ainsi, dans sa décision du 19 février 2016²⁴⁷⁶, le Conseil constitutionnel a déclaré l'inconstitutionnalité de la disposition de la loi du 3 avril 1955 – dans sa rédaction résultant de celle du 20 novembre 2015 – selon laquelle « les données auxquelles il aura été possible d'accéder dans les conditions prévues au présent article peuvent être copiées sur tout support »²⁴⁷⁷. Le Conseil estime en effet qu'une telle

²⁴⁷⁰ France, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, 25 janvier 1985.

²⁴⁷¹ C.C., 25 janvier 1985, n° 85-187, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*.

²⁴⁷² *Ibid.*

²⁴⁷³ *Ibid.* En effet, tout en se reconnaissant le pouvoir de contrôler la conformité d'une loi lors de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, le Conseil se l'interdit « lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi ». Or, puisque la loi de 1985 ne faisait qu'une simple mise en application de la loi de 1955, celle-ci ne pouvait faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

²⁴⁷⁴ Philippe BAS, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*, n° 177, 19 novembre 2015, p. 25.

²⁴⁷⁵ France, *Loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République*, 23 juillet 2008.

²⁴⁷⁶ C.C., 19 février 2016, n° 2016-536, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*, QPC.

²⁴⁷⁷ France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955 (avant publication au JORF n° 0044 de la décision du 19 février 2016, le 21 février 2016). Il s'agissait de la seconde phrase du troisième alinéa du premier paragraphe de l'article 11.

compétence conférée aux autorités administratives est assimilable à une saisie²⁴⁷⁸. Or, dans cette loi « *ni cette saisie ni l'exploitation des données ainsi collectées ne sont autorisées par un juge* »²⁴⁷⁹ même lorsque « *l'occupant du lieu perquisitionné ou le propriétaire des données s'y oppose et alors même qu'aucune infraction n'est constatée* »²⁴⁸⁰. De plus, cette loi autorisait les autorités administratives à copier l'ensemble des données informatiques auxquelles elle parvenait à accéder, « *y compris des éléments "intimes" [...] dépourvus de tout lien avec la menace que représenterait l'intéressé* »²⁴⁸¹. Une atteinte plus grave encore était possible quand le lieu perquisitionné n'était qu'un lieu occupé par une personne tierce à celle considérée comme constituant une menace, par exemple dans le cas d'une perquisition au domicile d'amis ou des parents de la personne concernée. Dans cette hypothèse, la saisie pouvait s'étendre à « *l'ensemble des données personnelles des amis ou parents de cette personne figurant sur des supports informatiques* »²⁴⁸². Enfin, la loi ne contenait aucune disposition claire sur la conservation et la destruction des données, particulièrement à propos de leur utilisation à l'issue de l'état d'urgence²⁴⁸³. Incontestablement, la loi n'a donc pas prévu de garanties légales suffisantes, permettant d'assurer une conciliation « *entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public* »²⁴⁸⁴ d'une part, « *et le droit au respect de la vie privée* »²⁴⁸⁵ d'autre part. Ainsi, au travers de cette insuffisance de garanties entourant les mesures de saisie, les dispositions de la loi ont violé la Constitution, en méconnaissant les exigences de protection de la vie privée – et en particulier l'inviolabilité du domicile – découlant de l'article 2 de

²⁴⁷⁸ Documents du Conseil constitutionnel, *Commentaire – Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016 : Ligue des droits de l'homme*, p. 23 : « Les pouvoirs reconnus ainsi à la police administrative, après intrusion dans le domicile, sont en pratique quasiment aussi étendus que si une saisie des supports informatiques eux-mêmes était autorisée. Les dispositions contestées permettaient donc à l'autorité administrative d'opérer ce qui s'apparente à des saisies hors de toute infraction ».

²⁴⁷⁹ C.C., 19 février 2016, n° 2016-536, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*, QPC.

²⁴⁸⁰ *Ibid.*

²⁴⁸¹ Documents du Conseil constitutionnel, *Commentaire – Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016 : Ligue des droits de l'homme*, p. 24. Voir Considérant 14 de la décision : « qu'au demeurant peuvent être copiées des données dépourvues de lien avec la personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ayant fréquenté le lieu où a été ordonnée la perquisition ».

²⁴⁸² *Ibid.*

²⁴⁸³ *Ibid.* Le Conseil relève d'ailleurs à propos de ces données, que « la mention dans les écritures du Premier ministre selon laquelle elles devaient être conservées via un traitement de données personnelles soumis à la loi de 1978 [n'est] pas suffisante à cet égard ».

²⁴⁸⁴ C.C., 19 février 2016, n° 2016-536, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*, QPC.

²⁴⁸⁵ *Ibid.*

la Déclaration de 1789²⁴⁸⁶. Plus récemment encore, le Conseil constitutionnel a été saisi des dispositions du 1 de l'article 11 – permettant d'ordonner des perquisitions administratives – de la loi relative à l'état d'urgence, mais dans leur version antérieure à la loi du 20 novembre 2015. Ces dispositions se sont appliquées entre la date de déclaration de l'état d'urgence, le 14 novembre, et la révision prorogative du 20 novembre. Il a en un même sens²⁴⁸⁷ conclu à l'inconstitutionnalité de telles dispositions, considérant qu'en « *ne soumettant le recours aux perquisitions à aucune condition et en n'encadrant leur mise en œuvre d'aucune garantie* »²⁴⁸⁸, le législateur n'a pas établi « *une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée* »²⁴⁸⁹. En ce sens, le Conseil constitutionnel semble démontrer une réelle volonté de dénonciation des atteintes à la Constitution.

²⁴⁸⁶ France, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 août 1789, art. 2 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

²⁴⁸⁷ Sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration de 1789 protégeant le droit au respect de la vie privée et en particulier l'inviolabilité du domicile.

²⁴⁸⁸ C.C., 23 septembre 2016, n° 2016-567/568, *M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]*, QPC.

²⁴⁸⁹ *Ibid.*

Conclusion du chapitre 2

Au sein de l'État fondé, les limitations du champ matériel des pouvoirs exceptionnels, imposées par la loi, sont-elles – à elles seules – suffisamment efficaces pour assurer le rétablissement de l'ordre antérieur, à l'issue de la situation de crise ? Sans équivoque, l'on doit répondre par la négative, supposant alors qu'à ces limites s'ajoute un contrôle permettant leur respect.

En effet, l'on relève d'une part que les pouvoirs de crise s'affranchissent allègrement de telles limites. En témoignent les pouvoirs anglo-américain et français, qui d'un côté vont à l'encontre des législations énumérant de manière limitative et stricte les libertés auxquelles il peut être dérogé, ou qui d'un autre côté, abordent les silences de la loi comme une absence totale de limite à leur action. Face à ces menaces, l'État de droit est clairement mis en péril dès lors que s'effrite le compromis de la dictature de commissaire, compatible avec un tel État. Ainsi, son possible rétablissement appelle nécessairement un contrôle des pouvoirs de crise. Si les sources d'un tel contrôle peuvent être trouvées dans la pensée machiavélo-schmittienne, s'inspirant du droit public romain, leurs apories respectives invitent à préciser un tel contrôle autant que ses modalités d'action.

Ainsi, d'autre part, les droits anglo-américain et français, tout en démontrant des similitudes avec la conception machiavélo-schmittienne, s'en émancipent pour façonner un véritable contrôle des pouvoirs d'exception, capable de compenser l'insuffisance des limites imposées à ces pouvoirs, en contrebalançant l'omniprésence de l'Exécutif. À ce titre, les contrôles opérés par les organes législatif et juridictionnel semblent théoriquement permettre, même au sein de l'exception, de préserver la garantie de certaines libertés afin que l'État de droit conserve suffisamment sa substance pour pouvoir être rétabli à l'issue de la situation exceptionnelle. Cependant, l'observation pratique de l'exercice de ce contrôle suggère de nuancer son efficacité. Si le contrôle opéré par l'organe législatif semble davantage relever d'une complaisance vis-à-vis de l'Exécutif que d'une volonté réelle d'examiner le danger des mesures gouvernementales, l'audace juridictionnelle, en revanche, permet d'assurer une réelle garantie des libertés au sein de la situation de crise. Grâce à ce dernier contrôle, les pouvoirs exceptionnels demeurent suffisamment contenus, et peuvent ainsi endiguer radicalement les troubles, mais sans ruiner les aspirations libérales de l'État de droit. En d'autres termes, ce contrôle parvient à maintenir les pouvoirs exceptionnels dans leur acception commissariale, car réalise un équilibre entre l'efficacité

d'action et la garantie de libertés, permettant aux pouvoirs exceptionnels d'être un outil véritablement favorable au rétablissement de l'ordre républicain.

Conclusion du titre 1

Le recours aux pouvoirs exceptionnels au sein de l'État soumis à une crise, tout en étant indispensable, est-il à la fois si périlleux qu'il faille l'assortir de rigoureuses garanties propres à encadrer et contrôler ces compétences ? Le caractère ambivalent de tels pouvoirs incite à répondre par l'affirmative.

En effet, face à l'inéluctable survenue de situations exceptionnelles, la décision souveraine révèle une efficacité absolue dans la lutte contre ces crises, mais possède en contrepartie, pour caractéristique essentielle, d'être un pouvoir fondateur d'un ordre nouveau. Or, le républicanisme propre aux États anglo-américain et français révèle une volonté de survie face aux crises, supposant d'employer – en telle situation – des pouvoirs d'exception capables de restaurer l'ordre menacé plutôt que de l'instaurer de nouveau. C'est dans ce but que, tout en faisant appel à des pouvoirs de crise, ces États tentent de les maîtriser en les prévoyant en avance par le droit positif, et en les assignant à la seule situation exceptionnelle. En outre, ils délimitent l'étendue matérielle de leur action, en énumérant strictement les libertés auxquelles ces pouvoirs peuvent apporter des restrictions – afin d'agir efficacement en levant par exemple certaines barrières procédurales au cœur de l'exception –, et celles continuant à bénéficier des garanties relatives à la situation normale, afin de préserver l'État de droit. Par de telles bornes, le droit positif renonce nettement à la décision souveraine au sein de l'État, et s'oriente vers un compromis apte à régir l'exception et à permettre la garantie la plus effective possible des libertés ne pouvant être suspendues. L'objectif d'un tel équilibre est finalement de préserver au mieux la substance de l'État de droit malgré la situation de crise, afin de pouvoir procéder à son plein rétablissement au terme de l'exception. Pourtant, une telle restauration semble rapidement menacée, puisque l'observation des mesures d'exception prises par l'organe exécutif démontre un affranchissement total des limites permettant justement un tel compromis.

Ainsi, les bornes juridiques imposées aux pouvoirs d'exception ne sont pas totalement aptes à garantir le rétablissement de la situation normale antérieure à la crise, car la facilité avec laquelle elles peuvent être dépassées pourrait en fait vider de leur substance les aspirations libérales de l'État de droit, et empêcher la restauration d'un tel État, sauf à le rétablir comme un contenant sans contenu. En ce sens, l'on peut souscrire à l'idée de Bruce Ackerman selon laquelle les solutions constitutionnelles délimitant les

pouvoirs des organes en cas de situation exceptionnelle n'ont aucun sens tant que rien ne garantit que ces limites seront respectées²⁴⁹⁰. Dès lors, seul un contrôle du respect de ces limites semble pouvoir aboutir au compromis de la dictature de commissaire. À cette fin, le droit anglo-américain et français, tout en étant proche de Machiavel et Schmitt, établit par le droit des pouvoirs de contrôle théoriquement plus précis, conférés aux organes législatif et juridictionnel. Si le premier organe déçoit par sa complicité avec l'Exécutif, le second témoigne d'une audace propre à maintenir les pouvoirs d'exception dans leur acception commissariale. Par le contrôle juridictionnel, les pouvoirs d'exception sont en effet contraints de s'astreindre à un compromis entre la nécessaire efficacité face aux troubles, et l'impossibilité de déroger à toute liberté. Par conséquent, l'essence de l'État de droit peut être préservée, permettant que son plein rétablissement à l'issue de l'exception ait un sens. En réalité, ce contrôle, s'adressant autant aux législations d'exception qu'aux pouvoirs qui en émergent, semble tenter d'orienter le droit de l'état de crise vers cette idée jusnaturaliste selon laquelle il convient à la fois de réduire autant que faire se peut les atteintes aux libertés, et de rétablir au plus vite une légalité appliquant et garantissant au plus grand nombre, et de la façon la plus permanente possible, une jouissance égale de libertés. C'est sous cette double perspective que semble pouvoir être conservée puis restaurée l'essence de l'État de droit.

La restauration effective d'un tel État semble pourtant menacée, par la nature des situations exceptionnelles nouvelles. En effet, celles-ci tendent à transformer les pouvoirs de crise, au point que ces derniers semblent ne plus apparaître comme des moyens de rétablissement de l'ordre antérieur, mais plutôt comme une menace à sa restauration.

²⁴⁹⁰ Bruce ACKERMAN, « The emergency Constitution », *Yale Law Journal*, n° 113, 2004, notamment p. 1045-1053. Il peut être souligné, sans entrer dans le détail, que Bruce Ackerman propose, notamment pour renforcer le contrôle des pouvoirs d'exception, l'élaboration d'une « *constitution d'urgence* », supposant d'établir un régime d'organisation des pouvoirs distinct du système normal, qui tout en procédant des mêmes principes que ce dernier, serait plus approprié à l'exception (p. 1056 et s.).

Titre 2 : Les pouvoirs d'exception comme menace au rétablissement de la situation normale antérieure

La menace terroriste actuelle peut-elle entraîner une mutation des pouvoirs de crise, au point de les rendre préjudiciables à la pérennité républicaine ? S'il a été vu que les pouvoirs exceptionnels pouvaient avoir une vertu salvatrice lorsqu'ils demeuraient dans leur acception commissariale, ils peuvent néanmoins révéler un réel danger. Ce dernier provient de ce que la manifestation de nouvelles formes d'exception induit un bouleversement de ces pouvoirs. En effet, d'une part, le caractère durable du terrorisme actuel tend à déborder les pouvoirs de crise de nature commissariale, ces derniers n'étant favorables à la pérennité républicaine que lorsque leur action demeure temporaire. Cette extension temporelle de l'exception produit une transformation des pouvoirs de crise, dès lors que ces derniers oublient leur caractère temporaire afin de s'adapter au péril. D'autre part, la violence accrue du terrorisme actuel tend à justifier des pouvoirs tout à la fois plus puissants et moins contrôlés dans leur exercice. Cela entraîne des atteintes de plus en plus durables au principe jusnaturaliste d'une garantie permanente et égalitaire de libertés au plus grand nombre, pourtant nécessaire à la pérennité républicaine. Par la même, on observe un inéluctable effacement de l'acception commissariale des pouvoirs de crise (Chapitre 1). Le risque d'un tel effacement se situe dans le possible retour de la décision souveraine. On sait en effet que cette dernière, libérée des chaînes du droit positif, procède d'une radicalité propre à détruire l'ordre au sein duquel elle s'exerce, afin d'en fonder un autre. Une telle mutation peut être observée – à des degrés différents – dans le droit anglo-américain et français, au point de craindre la possible annihilation de l'ordre républicain les caractérisant jusqu'alors, au profit de la fondation d'un nouveau paradigme (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'effacement de l'acception commissariale des pouvoirs d'exception

L'acception commissariale des pouvoirs exceptionnels semble d'abord, en apparence, permettre le rétablissement de l'ordre républicain et finalement la préservation de l'État de droit. En effet, il faut relever d'une part que ces pouvoirs, prévus par le droit positif et cantonnés aux seules situations de péril²⁴⁹¹, s'éloignent de la conception dévastatrice du décisionnisme souverain, qui jamais ne peut restaurer l'État, mais uniquement l'instaurer de nouveau en l'ayant préalablement anéanti. Cette prévisibilité juridique affectée à la crise vise en revanche par principe le rétablissement étatique. D'autre part, l'imposition de limites matérielles²⁴⁹² à de tels pouvoirs, ainsi que le contrôle de ces dernières, essentiellement assumé par l'organe juridictionnel²⁴⁹³, permet d'assurer tout à la fois une action énergique, et la protection continue des libertés dont la restriction n'est pas nécessaire à l'efficacité des pouvoirs de crise. Un tel compromis est compatible avec l'État de droit car il parvient à maintenir, malgré la situation d'exception, la substance libérale de ce dernier, permettant son rétablissement à l'issue de la crise, et plus largement sa préservation dans le temps.

Pourtant, ensuite, cette apparente compatibilité entre les pouvoirs d'exception et l'État de droit semble être remise en cause par les phénomènes actuels d'exception, au point d'envisager de tels pouvoirs comme une menace. En effet, la conception républicaine jusqu'ici étudiée doit sa pérennité à une jouissance égalitaire et permanente de libertés au sein du corps social, garantie par la loi. À ce titre, en cas de crise, les pouvoirs d'exception ne peuvent être favorables au rétablissement de cet ordre normal que s'ils ne portent que temporairement atteinte à cet équilibre. Autrement dit, les pouvoirs de crise – rompant nécessairement avec une jouissance égale de libertés autant qu'avec sa permanence – ne sont compatibles avec ce modèle républicain et son rétablissement effectif que s'ils s'empêchent de le vider – à cause d'une suspension trop longue de libertés à l'égard de certains – de cette substance permettant sa pérennité. À ce titre, le caractère temporaire des

²⁴⁹¹ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

²⁴⁹² Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, B.

²⁴⁹³ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, B.

pouvoirs exceptionnels apparaît comme le cinquième pilier²⁴⁹⁴ de leur compatibilité avec la continuité républicaine²⁴⁹⁵, complétant ainsi l'acception commissariale d'un dernier élément. Or, il apparaît que ce caractère nécessairement temporaire des pouvoirs d'exception est remis en cause par une durée de plus en plus étendue des situations de crise actuelles (Section 1). En s'adaptant à ces dernières, les pouvoirs d'exception opèrent une mutation préjudiciable au républicanisme anglo-américain et français (Section 2).

²⁴⁹⁴ Les quatre autres piliers sont : la prévisibilité des pouvoirs exceptionnels par le droit positif, le cantonnement de ces pouvoirs aux situations de crise, l'imposition de limites au champ matériel de ces pouvoirs, et le contrôle (parlementaire et juridictionnel) du respect de ces limites.

²⁴⁹⁵ Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 32 : « *L'état d'urgence est un état nécessairement temporaire de sorte que l'aménagement de sa durée est l'une des questions fondamentales de son régime juridique* », ce dernier étant issu d'un ordre normatif visant, dans l'État de droit, la continuité républicaine, c'est-à-dire la pérennité des libertés qu'il garantit.

Section 1 : Les pouvoirs de crise débordés par la situation exceptionnelle

Si l'on a vu dans l'introduction de ce chapitre que les quatre piliers formant la dictature commissariale lui permettaient d'être compatible avec l'État de droit, l'on doit ajouter qu'à cette fin, un cinquième élément, le caractère temporaire des pouvoirs de crise, révèle une importance fondamentale. En effet, il faut constater que seuls des pouvoirs temporellement restreints peuvent être favorables au rétablissement de la situation normale antérieure, et donc à la pérennité républicaine (§ 1). Cependant, l'on observe que les situations de crise actuelles – auxquelles doivent nécessairement se confronter les pouvoirs d'exception – se manifestent dans une perspective de long terme (§ 2).

§ 1. Le caractère temporaire des pouvoirs exceptionnels comme condition de pérennité républicaine

Le caractère nécessairement temporaire des pouvoirs d'exception fait l'objet d'une commune adhésion (A), dès lors que l'État, qui doit sa durée à une garantie permanente de libertés au plus grand nombre, ne peut survivre – en cas de crise – que si une atteinte très circonscrite dans le temps est portée à ce principe (B).

A. L'admission commune d'un agissement provisoire

Que l'on s'en remette à Machiavel et Schmitt (1), ou bien aux théorisations anglo-américaine et française (2), l'on aboutit à une identique conceptualisation temporelle des pouvoirs de crise.

1. La valorisation d'une brièveté d'action

Pour Machiavel autant que pour Schmitt, la détermination temporelle des pouvoirs d'exception apparaît comme l'une des conditions majeures de leur succès, dès lors que leur capacité à sauver la république dépend de leur durée. En effet, si l'on peut noter avec le juriste allemand que « *pour la république [machiavélienne] la dictature est très précisément une question vitale* »²⁴⁹⁶, l'on doit ajouter que seule une dictature circonscrite dans un court espace de temps peut être favorable à la république. C'est en ce sens que Machiavel relève dans ses *Discours* que « *la dictature fit toujours du bien [...]* à la

²⁴⁹⁶ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 26.

République romaine »²⁴⁹⁷ lorsqu'elle fut de « *peu de durée* »²⁴⁹⁸. Ainsi, l'auteur rattache ce succès de la dictature au fait que « *le dictateur était temporaire, et non à perpétuité* »²⁴⁹⁹, et à la nécessité selon laquelle « *sa magistrature expirait avec l'affaire pour laquelle elle avait été créée* »²⁵⁰⁰. Il est donc nécessaire d'« *appliquer d'un seul coup les rigueurs, puis rassurer ensuite les esprits par tout ce qui peut ramener le calme et la stabilité* »²⁵⁰¹, car les actions dictatoriales, lorsqu'elles « *se multiplient avec le temps au lieu de cesser* »²⁵⁰², deviennent préjudiciables à la république. En un même sens, Schmitt associe à sa dictature de commissaire²⁵⁰³ l'idée d'un pouvoir exceptionnel ne pouvant durer que peu de temps²⁵⁰⁴, et supposant que son titulaire ait pour seule « *mission de mettre fin à la situation périlleuse qui est la raison de sa nomination* »²⁵⁰⁵. Ainsi, les mots de Machiavel rappelant qu'une dictature de longue durée ne peut être que nuisible à une république²⁵⁰⁶ en ce qu'elle tend à devenir tyrannie²⁵⁰⁷, autant que ceux de Schmitt définissant les pouvoirs d'exception comme la possibilité « *d'exécuter immédiatement [des] décisions* »²⁵⁰⁸ dans un cadre d'action temporaire, peuvent être résumés par les propos éclairants de Claude Lefort. Celui-ci constate avec justesse que puisque la dictature a dégénéré au désavantage de la république à chaque fois que l'on en a « *laissé la jouissance trop longtemps* »²⁵⁰⁹ à

²⁴⁹⁷ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 456.

²⁴⁹⁸ *Id.*, p. 457.

²⁴⁹⁹ *Ibid.*

²⁵⁰⁰ *Ibid.*

²⁵⁰¹ *Id.*, p. 479.

²⁵⁰² Patrick DUPOUEY, *Machiavel – Le Prince*, Nathan, 1982, p. 68.

²⁵⁰³ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000. Voir en particulier le chapitre I – *La dictature de commissaire et la théorie de l'État*, p. 23-56. Dans le A., notamment consacré à l'État de droit, Schmitt inclut la conception idéale d'une dictature romaine de courte durée. Or, l'on sait chez l'auteur que seule la dictature de commissaire s'avère compatible avec l'État de droit.

²⁵⁰⁴ *Id.*, p. 23-24. L'auteur rappelle que la temporalité était un des facteurs déterminants d'une dictature favorable à la République romaine : « *Le dictateur est nommé pour six mois, mais, selon une louable coutume de l'époque républicaine, après avoir rempli sa mission, il abandonne sa charge dès avant l'expiration de ce délai* ». C'est là un des critères permettant de définir la dictature comme une « *sage invention de la République romaine* ».

²⁵⁰⁵ *Id.*, p. 23.

²⁵⁰⁶ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, chap. XXXV : « *Pourquoi, dans Rome, la création des décemvirs fut nuisible à la liberté, bien qu'ils eussent été nommés par les suffrages libres du peuple* », p. 458-460. L'auteur explique que les décemvirs furent nuisibles à la République romaine, contrairement aux dictateurs, précisément parce que l'autorité des premiers était temporellement bien plus longue que celle des seconds. C'est en ce sens qu'ils finirent par nuire à la liberté du peuple, alors même que ce dernier leur avait donné le pouvoir.

²⁵⁰⁷ *Id.*, p. 456 : « *Quelques écrivains ont blâmé Rome d'avoir créé la dictature. [...] Or ce ne furent pas le nom ni la charge de dictateur qui asservirent Rome, ce fut le trop de temps qu'on en laissa l'autorité aux mains de quelques citoyens* ».

²⁵⁰⁸ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 26.

²⁵⁰⁹ Claude LEFORT, *Le travail de l'œuvre Machiavel*, Gallimard, 1986, p. 509.

quelques-uns, il convient – s’il s’agit d’en faire un instrument favorable à la république – d’en user certes comme d’une force capable de faire face « à des circonstances extraordinaires »²⁵¹⁰, mais avec « décision et rapidité »²⁵¹¹ dans un espace temporel restreint.

En ce sens, outre leur prévisibilité par le droit positif, leur cantonnement à la seule situation d’exception, la limitation de leur champ matériel et le contrôle du respect des limites qui leur sont imposées, la temporalité des pouvoirs exceptionnels apparaît, chez ces deux auteurs, comme l’une des conditions permettant le rétablissement de l’ordre antérieur à l’issue de la situation exceptionnelle. Une même exigence se retrouve dans les conceptions anglo-américaine et française.

2. Une restriction de libertés circonscrite dans le temps

Il est possible d’observer, dans la pensée anglaise, une approche tout à fait semblable à celle de Machiavel et Schmitt, rappelant la référence d’Edmond Barincou à cette « dictature du bon vieux temps, celle qui ne durait qu’un temps, après quoi le sauveur [...] comme Camille ou Cincinnatus, après avoir rudement remis la république sur un bon fondement »²⁵¹², quittait la fonction pour laquelle il avait été pendant un temps désigné. En effet, si l’on s’en remet aux *Commentaires* de Blackstone, l’on constate que la vertu de la Constitution anglaise – sur ce point comparée au droit romain²⁵¹³ – réside notamment en ce qu’elle permet au « pouvoir législatif, quand il le juge approprié, d’autoriser la Couronne, en suspendant l’habeas corpus pour un temps court et limité »²⁵¹⁴, à prendre des mesures visant à endiguer l’exception pour sauver l’État. Il peut être souligné en un même sens avec Bernard Manin que « Dicey accorde [...] une importance fondamentale au caractère temporaire de la suspension de l’habeas corpus »²⁵¹⁵. Mais contrairement à Blackstone, Albert Venn Dicey porte l’accent sur un contrôle juridictionnel *ex post* davantage que sur

²⁵¹⁰ *Id.*, p. 510.

²⁵¹¹ *Ibid.*

²⁵¹² Edmond BARINCOU, « Présentation de l’œuvre », *Œuvres complètes*, Nicolas MACHIAVEL, Gallimard, 1952, p. 7.

²⁵¹³ William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England 1765-1769*, vol. 1, University of Chicago Press, 1979, p. 132. L’auteur souligne en effet que sur deux points – son déclenchement soumis à l’autorisation du pouvoir législatif et sa durée limitée – la conception anglaise de la dictature peut être rapprochée du droit romain.

²⁵¹⁴ *Ibid.* (notre traduction).

²⁵¹⁵ Bernard MANIN, « Le paradigme de l’exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 10.

une autorisation du pouvoir législatif contrôlant préalablement si les conditions nécessitant le déclenchement de pouvoirs d'exception sont requises. Ainsi, la faible durée d'une telle suspension²⁵¹⁶ – généralement un an si l'on observe les lois de suspension de *l'habeas corpus* dès 1689²⁵¹⁷ – tendrait à dissuader le dictateur d'abuser de ses pouvoirs dès lors que l'hypothèse d'un contrôle rigoureux²⁵¹⁸ de ses actes doit s'envisager dans un avenir proche. Pour l'auteur anglais, « *la crainte d'être puni et l'anticipation des conséquences doivent inciter les responsables publics à agir de façon justifiable* »²⁵¹⁹. En ce sens, « *le caractère provisoire du régime d'exception présente l'avantage de permettre à [cette incitation] d'entrer en jeu, puisque le temps de la reddition de comptes est situé dans un avenir prévisible* »²⁵²⁰. Autrement dit, « *sachant qu'ils pourraient avoir à répondre de leur conduite* »²⁵²¹ à une courte échéance, les titulaires de pouvoirs exceptionnels « *seraient incités à la modération pendant la suspension* »²⁵²². Chez Dicey, ce caractère temporaire est donc important, car en incitant à la pondération, il favorise le rétablissement de l'ordre antérieur. Ainsi, bien que les « *méthodes pour limiter l'arbitraire dans l'exercice des pouvoirs d'exception diffèrent aussi bien dans leur portée que dans leur structure institutionnelle* »²⁵²³ chez Blackstone et Dicey, l'on relève néanmoins que « *dans les deux théories, le caractère temporaire de l'autorité conférée est d'une importance fondamentale* »²⁵²⁴. Le constitutionnaliste américain Bruce Ackerman, dans sa conception novatrice d'une « *constitution d'urgence* »²⁵²⁵, distincte d'une constitution applicable en

²⁵¹⁶ Albert Venn DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Liberty Fund, 1982, p. 139-142. L'auteur développe une conception particulière de la notion de suspension. Il souligne que les lois de suspension de *l'habeas corpus* ne pouvaient en fait être envisagées comme suspendant de manière générale les libertés garanties aux individus, et ce pour une double raison. D'une part, une telle suspension ne pouvait s'appliquer qu'à des actes relevant de la haute trahison, et d'autre part, une telle suspension ne pouvait excéder un an. De nouveau, tout tend à développer une conception très restrictive de la notion de suspension.

²⁵¹⁷ Voir en ce sens : C.C. CRAWFORD, « The Suspension of the habeas corpus Act and the Revolution of 1689 », *The English Historical Review*, vol. 30, 1915, p. 613-630.

²⁵¹⁸ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 10. L'auteur note à propos du contrôle *ex post* envisagé par Dicey : « *l'existence d'une responsabilité civile, en plus de la responsabilité pénale, pour les actes accomplis pendant la suspension, avait une conséquence notable. Au terme du régime d'exception, des responsables publics pouvaient être poursuivis en justice pour "enfermement abusif" (false imprisonment), ce qui autorisait une action au civil* ».

²⁵¹⁹ *Id.*, p. 13.

²⁵²⁰ *Ibid.*

²⁵²¹ *Id.*, p. 10.

²⁵²² *Ibid.*

²⁵²³ *Id.*, p. 13

²⁵²⁴ *Ibid.*

²⁵²⁵ Sur cette notion, voir : Bruce ACKERMAN, « The emergency Constitution », *Yale Law Journal*, n° 113, 2004 (notre traduction).

situation normale, relève lui aussi ce caractère nécessairement temporaire des pouvoirs d'exception, seul capable d'être favorable au rétablissement de la situation normale dans sa substance précédant la crise subie par l'État. À cette fin, il propose de « *concevoir un cadre constitutionnel permettant la mise en œuvre d'un état d'urgence temporaire* »²⁵²⁶ et qui permette ainsi « *au gouvernement de s'acquitter de sa tâche* »²⁵²⁷, qui là encore renvoie à une action permettant d'endiguer l'exception pour recouvrer au plus vite l'ordre antérieur. Les conceptualisations françaises, elles aussi, s'attachent à concevoir les pouvoirs d'exception dans un cadre temporel restreint, afin de rétablir de la manière la plus effective possible l'ordre étatique antérieur. Ainsi Montesquieu, tout en reconnaissant qu'il est des situations de crise appelant nécessairement « *un pouvoir exorbitant* »²⁵²⁸, une « *magistrature terrible, qui ramène violemment l'État à la liberté* »²⁵²⁹ dont il procédait avant ces troubles, souligne néanmoins qu'en telle situation « *toute magistrature [doit] compenser la grandeur de la puissance par la brièveté de sa durée* »²⁵³⁰. Traitant de la Constitution d'Angleterre, l'auteur s'accorde à l'idée que la puissance législative puisse, « *pour un temps court et limité, permettre à la puissance exécutive* »²⁵³¹ de prendre des mesures propres à lutter contre toute mise en danger de l'État. À l'instar des lois anglaises de suspension de l'*habeas corpus*, l'auteur considère ainsi qu'une telle magistrature ne doit pas excéder un an, car une durée supérieure serait préjudiciable²⁵³² au rétablissement de la situation normale antérieure. D'une manière plus contemporaine, Bernard Manin relève que « *le principe selon lequel le pouvoir d'exception doit être limité dans le temps compte également dans [la] tradition juridique [...] du républicanisme moderne français* »²⁵³³, particulièrement « *dans les conceptions et les pratiques de l'état de siège* »²⁵³⁴. Sans nier l'attachement français à ce caractère temporaire, l'on peut néanmoins nuancer sur deux points le propos de l'auteur. En effet, du point de vue conceptuel, l'on doit certes souligner le progrès significatif de la législation de 1878 par rapport à celle de 1849²⁵³⁵, qui insère à

²⁵²⁶ *Id.*, p. 1037.

²⁵²⁷ *Ibid.*

²⁵²⁸ Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 29.

²⁵²⁹ *Ibid.*

²⁵³⁰ *Ibid.*

²⁵³¹ *Id.*, p. 113.

²⁵³² *Id.*, p. 29.

²⁵³³ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 14.

²⁵³⁴ *Ibid.*

²⁵³⁵ France, *Loi sur l'état de siège*, 9 août 1849.

l'article premier de la loi sur l'état de siège, une disposition permettant qu'à l'issue de la durée de ce régime particulier, déterminée par la loi, « *l'état de siège cesse de plein droit* »²⁵³⁶. Cependant, l'on relèvera que l'ordonnance du 20 décembre 2004²⁵³⁷ abroge la législation de 1878, et que la loi du 12 décembre 2005²⁵³⁸ ne reprend pas véritablement²⁵³⁹, au sein du Code de la défense, cette disposition à caractère temporaire. Du point de vue des pratiques de l'état de siège, l'on relèvera que depuis la promulgation de la législation de 1878, celui-ci n'a été mis en œuvre que deux fois, de 1914 à 1918, et en 1939. Ainsi, c'est bien davantage l'état d'urgence qui de manière concrète peut être observé. Si la durée de son action n'est pas plus rassurante que celle de l'état de siège, l'on notera néanmoins que le Conseil d'État a rappelé que les mesures d'assignation à résidence prises en vertu de l'état d'urgence – en plus de pouvoir faire « *l'objet d'un contrôle s'agissant de leur mise en œuvre* »²⁵⁴⁰ – devaient être « *limitées aussi bien dans le temps que dans l'espace* »²⁵⁴¹. De même le Conseil constitutionnel – saisi de la constitutionnalité du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 – a rappelé que les effets d'un « *régime de pouvoirs exceptionnels [...] doivent être limités dans le temps et l'espace* »²⁵⁴². Comme dans le cadre anglo-américain, l'on constate ici la nécessité d'une courte durée des pouvoirs exceptionnels.

Au regard de ce commun accord, il semble nécessaire de déterminer en quoi ce caractère temporaire des pouvoirs exceptionnels s'avère favorable au rétablissement de l'ordre étatique antérieur, et donc en quoi leur prolongation apparaît au contraire comme une menace à la restauration de ce dernier.

B. La préservation de l'essence républicaine

De tout point de vue²⁵⁴³, l'on a constaté que l'État, lorsqu'il a été fondé, se caractérise par une commune obsession de la permanence républicaine. Pour la pensée

²⁵³⁶ France, *Loi relative à l'état de siège*, 3 avril 1878, art. 1^{er}, al. 2.

²⁵³⁷ France, *Ordonnance relative à la partie législative du Code de la défense*, 20 décembre 2004.

²⁵³⁸ France, *Loi modifiant diverses dispositions relatives à la défense*, 12 décembre 2005.

²⁵³⁹ France, *Code de la défense*, art. L. 2121-1 : seule demeure, du point de vue temporel, l'obligation de déterminer, par décret, la « *durée d'application* » de l'état de siège.

²⁵⁴⁰ C.É. Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*.

²⁵⁴¹ *Ibid.*

²⁵⁴² C.C., 19 février 2016, n° 2016-536, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*, QPC.

²⁵⁴³ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, A, 1 (pour Machiavel et Schmitt), et *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B, 2 (pour l'Angleterre, les États-Unis et la France).

machiavélo-schmittienne (1) autant que les conceptions anglo-américaine et française (2), les pouvoirs exceptionnels ne peuvent être favorables à ce républicanisme que s'ils ne troublent que temporairement le fonctionnalisme jusnaturaliste selon lequel l'État doit sa pérennité à une garantie permanente de libertés au plus grand nombre.

1. La sauvegarde d'un jusnaturalisme indispensable à l'État

La stabilité durable du républicanisme, selon nous, peut trouver une de ses sources essentielles dans la positivation de certains droits naturels. C'est dans cette perspective que l'on a pu voir – certes de façon anachronique – que Machiavel, tout en rejetant le fonctionnement du jusnaturalisme libéral, ne renonçait aucunement à l'idée d'une raison humaine permettant la reconnaissance des mêmes droits à chacun. Ce n'est qu'à cause de leur nature concurrentielle que les hommes devaient avoir recours à ce complément juspositiviste²⁵⁴⁴ permettant de garantir effectivement à chacun une jouissance égalitaire de ces droits. Ainsi, les principes égalitaires du droit naturel trouvent leur concrétisation dans la loi positive. C'est alors cette positivation de droits naturels qui permet la stabilité et la pérennité étatique. En effet, la promotion et la garantie permanente d'égalités – individuelle et politique – à chacun tendent à réduire à néant les formations de factions revendicatrices, propres à déstabiliser l'État au travers du recours à un décisionnisme souverain violent et destructeur, alors conçu comme ultime moyen pour les individus lésés de recouvrer une jouissance de libertés. L'histoire constitutionnelle anglo-américaine et française témoigne d'ailleurs clairement, à plusieurs reprises²⁵⁴⁵, de l'impossible stabilité étatique lorsque durent ces inégalités. Au-delà d'un égalitarisme républicain permettant la pérennité de la situation normale, l'on a en outre constaté que les situations de crise affectant l'État devaient être abordées au travers de pouvoirs exceptionnels eux aussi rattachés au droit positif, afin de préserver cette stabilité autant que possible. Là encore, il s'agissait de garantir, par la règle de droit, une moindre atteinte aux libertés, afin de préserver au mieux l'égalitarisme républicain, pour que le rétablissement de l'État à l'issue de la crise ait encore un sens. À ce titre, la conception schmittienne de la dictature de commissaire, en tant que compétence d'exception prévue par la loi, a pu être observée dans le constitutionnalisme anglo-américain et français.

²⁵⁴⁴ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2.

²⁵⁴⁵ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1, B (avant le mouvement révolutionnaire), et *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2 (pour la période jouxtant directement le premier décisionnisme révolutionnaire).

Il est donc à retenir que la pérennité du modèle étatique, envisagée par Machiavel et Schmitt, et recherchée par le droit anglo-américain et français, dépend de la capacité de la règle de droit à maintenir effectif, *en toute circonstance*, ce principe jusnaturaliste d'une garantie égalitaire de libertés. En ce sens, les pouvoirs d'exception – qui bien que limités dans leur champ matériel ne peuvent être efficaces sans restreindre l'exercice de certaines libertés – semblent ne pouvoir être compatibles avec une telle volonté de pérennité que s'ils ne bouleversent que momentanément cet égalitarisme pourvoyeur de stabilité. Ainsi, il semble par opposition que l'hypertrophie temporelle des pouvoirs d'exception soit une menace réelle au rétablissement de la situation normale. Cette hypertrophie démontre finalement qu'envisagés seuls, les quatre piliers juridiques – la prévisibilité des pouvoirs d'exception par la loi, leur cantonnement à la situation de crise, la limitation de leur champ matériel et enfin le contrôle de leur exercice – ne suffisent pas à accomplir cette tâche restauratrice. À cet égard, Bernard Manin note avec beaucoup de justesse que « *si les institutions d'exception sont conformes à la Constitution, ce n'est pas simplement parce qu'elles sont inscrites dans son texte* »²⁵⁴⁶, ni même parce qu'elles « *soumettent le pouvoir d'exception à des règles plutôt que de le laisser à la discrétion des gouvernants* »²⁵⁴⁷. En effet, si de telles institutions sont conformes à une constitution, c'est aussi et surtout parce qu'elles « *s'accordent avec les valeurs essentielles de chaque système constitutionnel* »²⁵⁴⁸ en limitant temporellement « *les actions entrant en conflit avec ces valeurs essentielles* »²⁵⁴⁹. Ainsi, la durée prolongée des pouvoirs d'exception menace le rétablissement de l'ordre antérieur à la crise, car elle tend à bouleverser durablement la garantie permanente et égalitaire de libertés conférée par la loi, alors même que cette garantie apparaît comme l'une des valeurs essentielles, comme l'un des éléments fondamentaux de la pérennité républicaine. Machiavel, tout au long de ses *Discours*, perçoit très clairement ce lien entre la durée des pouvoirs d'exception et le bouleversement de l'essence républicaine, rappelant que la limitation temporelle des pouvoirs d'exception est ce qui permet que « *le consul pourvoie à ce que la république ne souffre aucun dommage* »²⁵⁵⁰. Claude Lefort relève cette association en expliquant que chez le Florentin, même la république la plus corrompue ne doit recourir, pour son salut, que temporairement

²⁵⁴⁶ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 21.

²⁵⁴⁷ *Ibid.*

²⁵⁴⁸ *Ibid.*

²⁵⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁵⁰ Nicolas MACHIAVEL, Œuvres politiques, *Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 458.

au principe monarchique²⁵⁵¹, c'est-à-dire suffisamment pour « *intérieurise[r] à temps ce principe* »²⁵⁵² monarchique, mais suffisamment peu pour ne « *rien renoncer à l'esprit de sa constitution* »²⁵⁵³ républicaine. Schmitt établit le même parallèle lorsqu'il rappelle que la temporalité des pouvoirs d'exception a permis à Machiavel de faire de l'institution dictatoriale un « *concept de la théorie de l'État* »²⁵⁵⁴, et plus particulièrement une notion compatible avec sa théorie républicaine. En effet, dès lors que les pouvoirs exceptionnels sont temporellement circonscrits pour éviter toute privation durable de liberté pouvant occasionner une inégalité propre à ébranler le fondement de la pérennité républicaine, l'on s'approche d'une forme de « *dictature républicaine* »²⁵⁵⁵ conforme aux valeurs de la « *constitution républicaine* »²⁵⁵⁶ de Machiavel, et par conséquent favorable au rétablissement des libertés qu'elle contient. On notera d'ailleurs que Schmitt oppose justement cette dictature à celles de Sylla et César²⁵⁵⁷, qui s'étant inscrites dans la durée, ont progressivement renoncé aux valeurs républicaines, au point de rendre difficile voire impossible le rétablissement de l'ordre républicain antérieur. S'il a été vu que le possible rétablissement de l'ordre antérieur était lié à la temporalité des pouvoirs de crise²⁵⁵⁸, l'on se rend compte ici que c'est parce que leur faible durée évite toute atteinte préjudiciable au fondement de la continuité de cet ordre. Une telle préservation de l'essence républicaine, grâce à des pouvoirs exceptionnels de faible durée, irrigue les conceptions anglo-américaine et française.

2. Une moindre atteinte aux fondements de la continuité républicaine

Le républicanisme anglo-américain et français semble procéder d'une semblable logique, selon laquelle la faible durée des pouvoirs d'exception favorise le rétablissement de l'ordre antérieur, car alors ils ne portent atteinte que temporairement aux fondements de la continuité républicaine. Dans ses *Commentaires sur les lois d'Angleterre*, Blackstone

²⁵⁵¹ Il faut ici entendre le terme dans le sens d'un pouvoir fort, exercé par un exécutif unique, et non pas comme un régime politique fondé sur le droit divin ou l'hérédité. Ce sont ici les caractéristiques et donc les effets du pouvoir monarchique qui sont recherchés, non pas le fondement du régime politique.

²⁵⁵² Claude LEFORT, *Le travail de l'œuvre Machiavel*, Gallimard, 1986, p. 510.

²⁵⁵³ *Ibid.*

²⁵⁵⁴ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 25.

²⁵⁵⁵ *Id.*, p. 24.

²⁵⁵⁶ *Id.*, p. 26.

²⁵⁵⁷ *Id.*, p. 24.

²⁵⁵⁸ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1, A, 1.

considère que les suspensions de l'*habeas corpus*, bien qu'elles permettent d'« *emprisonner des personnes suspectes sans en donner la raison* »²⁵⁵⁹, demeurent compatibles avec le républicanisme anglais car par leur faible durée, elles visent bien davantage à restaurer la liberté garantie par l'*habeas corpus* qu'à la détruire. En admettant ces mesures temporaires, « *la nation renonce un temps à sa liberté, pour la conserver à jamais* »²⁵⁶⁰. Dans la vision du juriste anglais, une telle suspension, si rigoureuse soit-elle, vise à mettre en œuvre des mesures efficaces permettant justement de rétablir au plus vite une situation normale où s'appliqueront de nouveau pleinement les garanties conférées par le texte auquel il est fait exception. Or, ce caractère temporaire permet justement de limiter les inégalités engendrées par de telles mesures, de sorte que le principe d'une garantie permanente et égalitaire de libertés prévu par l'*habeas corpus* n'est jamais contredit au point que, vidé de sa substance, son rétablissement n'ait aucun sens. Lorsque Dicey évoque l'*habeas corpus*, il rappelle combien les garanties permanentes qu'il confère aux libertés – en particulier individuelles – permettent la stabilité de ce républicanisme²⁵⁶¹. Mais comme Blackstone, il reconnaît qu'une entrave temporaire à ce principe est tout à fait compatible avec la république, parce que par sa faible durée, cette suspension ne remet pas en cause ce qui rend possible la pérennité du républicanisme anglais. Ainsi, l'auteur convient que de telles suspensions « *engendrent une réelle diminution des libertés garanties par l'habeas corpus* »²⁵⁶², mais demeurent néanmoins compatibles avec les fondements de la continuité républicaine, que sont les principes d'une garantie de libertés à tous et en tout temps. En effet, il relève d'une part qu'une telle suspension est « *très éloignée d'une suspension générale du droit au writ d'habeas corpus* »²⁵⁶³, puisqu'elle ne concerne que les actes de haute trahison²⁵⁶⁴. D'autre part, il remarque que le caractère temporaire de cette suspension permet de corriger au plus vite les inégalités commises, permettant que le principe d'une égalité permanente ne soit que brièvement affecté, et bénéficie finalement d'une forme d'applicabilité rétroactive. Bernard Manin note, sur ce maintien de l'essence républicaine : « *Dicey estimait que l'État de droit était préservé*

²⁵⁵⁹ William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England 1765-1769*, vol. 1, University of Chicago Press, 1979, p. 132 (notre traduction).

²⁵⁶⁰ *Ibid.*

²⁵⁶¹ Albert Venn DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Liberty Fund, 1982, chap. V : « *The Right to Personal Freedom* », voir notamment le § : « *The habeas corpus Acts* », p. 130-139.

²⁵⁶² *Id.*, p. 140 (notre traduction).

²⁵⁶³ *Ibid.*

²⁵⁶⁴ *Ibid.*

parce qu'une fois la crise passée, les gouvernants devaient répondre de leurs actes pendant la crise et les victimes d'abus être dédommagées »²⁵⁶⁵. Or, « le point notable est que tous ces arguments supposaient que le régime exceptionnel prît fin, de fait, après un temps limité »²⁵⁶⁶. Dans une même logique, le constitutionnaliste Bruce Ackerman rattache la pérennité de la loi fondamentale américaine, et du républicanisme qu'elle instaure, au fait qu'elle confère une garantie permanente de libertés pouvant bénéficier à tous. En ce sens, les pouvoirs exceptionnels ne peuvent être compatibles avec un tel modèle, et permettre sa restauration effective à l'issue d'une crise, que s'ils visent à « *ne pas porter atteinte aux libertés individuelles sur le long terme* »²⁵⁶⁷. Là encore, une telle atteinte renverserait l'essence du républicanisme introduit en 1787. Lauréline Fontaine souligne d'ailleurs ce parallèle entre brièveté et pérennité, lorsqu'elle constate que ce constitutionnaliste américain propose des dispositions qui rendraient l'état d'exception « *légitime* »²⁵⁶⁸ – vis-à-vis de la continuité républicaine – parce que « *provisoire* »²⁵⁶⁹. En effet, c'est au travers de cette volonté de ne pas remettre en cause de manière substantielle et durable le fondement libéral de la continuité républicaine qu'Ackerman parvient à proposer des pouvoirs d'exception qui soient compatibles avec elle, et en ce sens légitimes. Les conceptions françaises procèdent d'une même logique. Ainsi Montesquieu, proche des idées anglaises, constate en un même sens que les pouvoirs d'exception trouvent leur légitimité en ce fait qu'ils ne remettent pas en cause de manière durable les libertés du peuple. Au contraire, une telle suspension de libertés – plutôt que de les anéantir définitivement – viserait à les restreindre momentanément pour mieux les réaffirmer dès que la situation normale sera rétablie. Ainsi, soumis pour un temps à l'autorité exorbitante d'une puissance exécutrice, « *les citoyens ne perdraient leur liberté pour un temps que pour la conserver pour toujours* »²⁵⁷⁰. Si l'on peut donc affirmer que « *pour Blackstone comme pour Montesquieu, le pouvoir de détenir un suspect sans procès n'est pas contraire à la liberté* »²⁵⁷¹ et donc à la continuité républicaine, l'on doit nécessairement rappeler que « *le fait que l'habeas corpus ne soit suspendu que pour un moment est essentiel à leur jugement*

²⁵⁶⁵ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 22.

²⁵⁶⁶ *Ibid.*

²⁵⁶⁷ Bruce ACKERMAN, « The emergency Constitution », *Yale Law Journal*, n° 113, 2004, p. 1037.

²⁵⁶⁸ Lauréline FONTAINE, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 60.

²⁵⁶⁹ *Ibid.*

²⁵⁷⁰ Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 113.

²⁵⁷¹ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 8.

*favorable sur cette pratique »*²⁵⁷². Dans un contexte plus récent, mais en un sens identique, l'on peut songer aux mots du parlementaire Philippe Bas lors de la séance du Sénat du 20 novembre 2015, rappelant à l'Exécutif que « *les pouvoirs exceptionnels que l'état d'urgence confère au gouvernement [...] ne sont concevables, dans le respect de la Constitution, que parce qu'ils sont temporaires, et non permanents* »²⁵⁷³. À ce même égard, il faut de nouveau citer la décision des Sages de la rue de Montpensier en date du 19 février 2016, disposant que la restriction temporelle²⁵⁷⁴ d'un régime de pouvoirs exceptionnels est ce qui le rend compatible avec l'État de droit. En ce sens, la loi du 3 avril 1955 n'est conforme²⁵⁷⁵ aux valeurs constitutionnelles françaises que parce qu'elle ne fait que temporairement exception à « *la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* »²⁵⁷⁶ et à la « *garantie des Droits* »²⁵⁷⁷. Or, c'est précisément l'applicabilité permanente de ces valeurs constitutionnelles définies dans la Déclaration de 1789 qui permet d'assurer la stabilité et la continuité du républicanisme français. Les pouvoirs exceptionnels ne peuvent donc être favorables à ce dernier que grâce à une action temporaire, empêchant que de telles prescriptions soient vidées de leur substance, permettant par conséquent leur pleine restauration à l'issue de la crise. C'est en ce sens que François Saint-Bonnet, très récemment, soulignait que « *prendre des mesures d'exception qui réduisent les libertés et qui limitent les contre-pouvoirs ne saurait être envisagé que de manière temporaire* »²⁵⁷⁸. Par opposition, un « *état d'urgence permanent* »²⁵⁷⁹ interrogerait

²⁵⁷² *Ibid.*

²⁵⁷³ JORF, Sénat, compte rendu intégral, séance du 20 novembre 2015, n° 130, p. 11137.

²⁵⁷⁴ C.C., 19 février 2016, n° 2016-536, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*, QPC, Considérant 12.

²⁵⁷⁵ La conformité à la Constitution porte ici précisément sur les dispositions des premier, deuxième, quatrième à sixième alinéas ainsi sur de la première phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi. Cependant, l'on a vu, pour des raisons évoquées précédemment, l'inconstitutionnalité des dispositions de la seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 – dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015 – vis-à-vis de l'article 2 de la Déclaration de 1789 (C.C., 19 février 2016, n° 2016-536, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*, QPC). Sur le fondement de cette même Déclaration, l'on a vu que les dispositions du 1 de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 – dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 15 avril 1960 – étaient contraires à la Constitution (C.C., 23 septembre 2016, n° 2016-567/568, *M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]*, QPC).

²⁵⁷⁶ France, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 août 1789, art. 2.

²⁵⁷⁷ *Id.*, art. 16.

²⁵⁷⁸ François SAINT-BONNET, « L'idéologie djihadiste et la modernité », *La vie des idées*, 10 mars 2015, p. 1, en ligne : [<http://www.laviedesidees.fr/L-ideologie-djihadiste-et-la-modernite.html>].

²⁵⁷⁹ Paul CASSIA, « Emmanuel Macron et l'état d'urgence : stop ou encore ? », *Le blog de Paul Cassia*, 8 mai 2017, en ligne : [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/080517/emmanuel-macron-et-l-etat-d-urgence-stop-ou-encore>].

nécessairement sur sa propre compatibilité²⁵⁸⁰ avec « *le grand message humaniste que porte la France depuis 1789* »²⁵⁸¹.

Au fond, l'efficacité des pouvoirs de crise doit autant se comprendre au travers de leur faculté à s'émanciper de certains verrous – fermés en temps normal – afin de permettre une célérité d'action, que par leur caractère temporaire, visant à ne porter qu'une moindre atteinte aux fondements de la continuité républicaine. Une telle approche des pouvoirs exceptionnels, rassurante car compatible avec la conception républicaine anglo-américaine et française, semble pourtant ne plus être apte à régir les situations d'exception actuelles, ces pouvoirs semblant débordés par ces dernières.

§ 2. L'inscription du terrorisme actuel dans une perspective de long terme et de violence expansive

Les pouvoirs d'exception, caractérisés par leur aspect temporaire et leurs atteintes limitées aux libertés, révèlent un intérêt véritable pour la conception républicaine ici étudiée, car ils semblent relativement aptes à endiguer les situations de crise sans à la fois s'étendre au point de réduire à néant les éléments nécessaires à l'existence de ce régime. C'est en ce sens que des pouvoirs ainsi compris peuvent être favorables au rétablissement de l'ordre antérieur, et donc à sa pérennité. Pourtant, l'on doit observer que les situations de crise actuelles mettent en brèche une telle conception, au point même de la déborder. En effet, il faut constater aujourd'hui que le phénomène terroriste concernant l'Angleterre et les États-Unis autant que la France, se caractérise d'une même manière par sa durée longue et sa violence expansive. L'évolution des objectifs du terrorisme et des processus mis en œuvre pour les accomplir (A), autant que son organisation (B), expliquent ce caractère de long terme et ce phénomène de violence expansive, mais aussi le lien qui les unit.

²⁵⁸⁰ Mireille DELMAS-MARTY, « Liberté et sûreté dans un monde dangereux ». Cours au Collège de France : *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, 2008, p. 612. L'auteure montre cette incompatibilité entre une « *suspension de l'État de droit [qui] est en principe provisoire* », afin de ne pas vider un tel État de sa substance à cause d'une suspension de libertés prolongée, et un « *État d'exception [qui] tend à devenir permanent* ». Là encore, l'on constate qu'une institution d'exception mise en œuvre sur le long terme ne peut préserver le paradigme républicain, dès lors qu'elle tend à vider durablement un tel paradigme des fondements de sa pérennité.

²⁵⁸¹ Paul CASSIA, « Emmanuel Macron et l'état d'urgence : stop ou encore ? », *Le blog de Paul Cassia*, 8 mai 2017, en ligne : [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/080517/emmanuel-macron-et-l-etat-d-urgence-stop-ou-encore>].

A. L'évolution des objectifs et moyens du terrorisme

À la suite des attentats du 11 septembre 2001 sur les tours du World Trade Center, Philip B. Heymann expliquait, sur le ton de l'avertissement, que ce « *terrorisme ne peut être envisagé comme une menace temporaire* »²⁵⁸². La comparaison des objectifs et moyens du terrorisme d'ancienne génération (1) vis-à-vis de ceux du terrorisme de nouvelle génération (2), permet de confirmer l'assertion du Professeur Heymann, dès lors que l'objectif de violence expansive de cette menace nouvelle suppose nécessairement la mise en œuvre de moyens de long terme pour son accomplissement.

1. L'ambition ciblée du terrorisme d'ancienne génération

Le terrorisme allant de la fin du XIX^e au milieu du XX^e siècle, que l'on pourrait – sans doute maladroitement – qualifier d'ancienne génération, avait essentiellement pour but d'« *attirer l'attention sur une cause* »²⁵⁸³ particulière, en agissant de manière ciblée et ponctuelle. Ce but était donc relativement restreint, et la définition que l'on donnait alors du terrorisme le démontre clairement, puisqu'il désignait uniquement des « *formes d'opposition, plus ou moins violentes, aux pouvoirs en place* »²⁵⁸⁴. Pour atteindre cet objectif, les moyens mis en œuvre relevaient d'une certaine précision, au sens où ils visaient distinctement des individus. Par exemple, les mouvements séparatistes de l'Armée républicaine irlandaise dans la première moitié du XX^e siècle visaient particulièrement la police royale irlandaise et l'armée britannique. Aux États-Unis, la tentative d'assassinat du directeur de la compagnie Carnegie Steel en 1892, et l'assassinat du président William McKinley en 1901 par l'anarchiste Leon Czolgosz, témoignent encore de cette volonté d'atteindre un objectif en s'attaquant à des cibles précises. En France, les actes terroristes de la fin du XIX^e siècle renvoient à cette même précision, et l'on peut en ce sens songer à la bombe lancée par Auguste Vaillant en 1893 au sein du Palais-Bourbon, ou à l'attentat de 1886 perpétré par Charles Gallo, contre la Bourse de Paris. Ainsi, l'objectif particulier – qu'il s'agisse de l'indépendance, d'un anarchisme dirigé contre les autorités étatiques ou contre certains symboles d'une classe bourgeoise – suggérait l'emploi de moyens visant des individus ou symboles précisément désignés. À cet égard, l'on constate

²⁵⁸² Philip B. HEYMANN, *Terrorism, Freedom and Security. Winning without War*, The M.I.T. Press, 2003, p. XII.

²⁵⁸³ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 24.

²⁵⁸⁴ Vincent SIZAIRE, « Quand parler de terrorisme ? », *Le Monde diplomatique*, août 2016, p. 8.

un terrorisme dont la violence est contenue, au sens où elle se limite à certaines personnes ou symboles, et ponctuelle.

2. L'ambition élargie du terrorisme de nouvelle génération

Contrairement au terrorisme plus ancien, le terrorisme que l'on pourrait nommer de nouvelle génération se distingue par un objectif bien plus large, menant Jenny Raflik à le qualifier de terrorisme global²⁵⁸⁵, et ce non pas uniquement au sens de mondialisé. En effet, le terrorisme tel que perpétré depuis les années 1980²⁵⁸⁶ semble marqué d'un mobile bien plus large que celui d'ancienne génération, dès lors que son objectif peut être compris comme un renversement de la structure globale de l'État de droit, et non plus comme une revendication rattachée à un but particulier et restreint, tel que l'opposition à tel ou tel pouvoir politique en place. Comme le soulignait Maurice Duverger au début des années 1980, le terrorisme actuel procède ainsi d'une « *violence [...] dirigée contre un régime démocratique* »²⁵⁸⁷ en général. Plus récemment, Vincent Sizaire relevait en un même sens que l'objectif ultime de ce terrorisme est « *de nous voir renoncer à nos libertés publiques* »²⁵⁸⁸. Le but est donc ici de provoquer, par des actions répétées, un changement global de modèle en ayant préalablement anéanti l'État de droit, et c'est à ce titre que Thierry Serge Renoux explique que le terrorisme actuel a pour objectif de « *remplacer le pouvoir en place par une autre forme d'autorité, une structure de direction par une autre forme d'organisation, fortement négatrice des droits fondamentaux* »²⁵⁸⁹. Les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif doivent également être compris dans une perspective bien plus large. En effet, ils suggèrent de s'attaquer à une population donnée dans son

²⁵⁸⁵ Jenny RAFLIK, *Terrorisme et mondialisation. Approches historiques*, Gallimard, 2016.

²⁵⁸⁶ Voir en ce sens : David Charles RAPOPORT, « The four waves of modern terrorism », *Terrorism – Critical Concepts in Political Science*, 2006, en ligne : [<https://www.routledge.com/Terrorism-Critical-Concepts-in-Political-Science/Rapoport-Rapoport/p/book/9780415316507>]. L'auteur explique que « *la révolution iranienne en 1979 entama un nouveau siècle islamiste* ». L'idée de révolution islamique tend à se développer et à s'internationaliser à partir de cette date, tout comme le concept de martyr, notamment pendant la guerre Iran-Irak de 1980 à 1988.

²⁵⁸⁷ Maurice DUVERGER, « Ce que prévoit la Constitution », *Le Monde*, 18 octobre 1984.

²⁵⁸⁸ Vincent SIZAIRE, « Quand parler de terrorisme ? », *Le Monde diplomatique*, août 2016, p. 8.

²⁵⁸⁹ Thierry Serge RENOUX, « Juger le terrorisme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14, 2003, en ligne : [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-14/juger-le-terrorisme-sup1-sup.52024.html>].

intégralité, et non plus uniquement²⁵⁹⁰ aux représentants d'une autorité politique ou d'une catégorie d'individus. C'est cette caractéristique de violence accrue et élargie qui suppose une inscription du terrorisme sur le long terme, dès lors qu'un objectif aussi étendu suppose nécessairement du temps. Ainsi, les attentats du 7 juillet 2005 à Londres, du 11 septembre 2001 aux États-Unis, du 13 novembre 2015 à Paris ou du 14 juillet 2016 à Nice démontrent, par les publics visés, cette large perspective. C'est donc cette caractéristique plus globale d'un terrorisme dont le mode d'action est conçu pour être « *plus destructeur que les précédents* »²⁵⁹¹, tendant même à avoir « *un impact sur des publics plus vastes que les victimes directes* »²⁵⁹², qui permet de distinguer ce « *nouveau* »²⁵⁹³ de l'« *ancien* »²⁵⁹⁴ terrorisme. Sans en donner une définition satisfaisante, la manière dont le droit conçoit actuellement le terrorisme permet de prendre la mesure de son ambition élargie, tenant tout à la fois à l'objectif de ce terrorisme et au processus permettant de l'accomplir. Ainsi, bien au-delà de la conception de la fin du XIX^e siècle y voyant une opposition plus ou moins violente contre le pouvoir politique en place, le *Terrorism Act* de 2000 définit le terrorisme comme « *le recours ou la menace de recourir à une action* »²⁵⁹⁵ impliquant « *des violences graves à l'égard des personnes, [...] la mise en danger de la vie de personnes autres que celle commettant l'action* »²⁵⁹⁶, mais également « *des dommages matériels graves* »²⁵⁹⁷, ou bien encore « *un risque pour la santé publique* »²⁵⁹⁸, ou enfin, impliquant une « *interférence ou perturbation sérieuses des systèmes électroniques* »²⁵⁹⁹. Si la conception anglaise traduit une extension des objectifs du terrorisme, le droit américain rend compte du même phénomène à l'égard de ses moyens. Ainsi, l'*USA PATRIOT Act* envisage la lutte contre le terrorisme au travers de ses moyens de financement – notamment en s'intéressant

²⁵⁹⁰ L'élargissement des personnes visées par le terrorisme ne signifie en rien qu'il ne s'attaque plus à des catégories désignées de personnes. L'assassinat du couple de fonctionnaires du ministère de l'Intérieur, le 13 juin 2016 à Magnanville, autant que celui d'un prêtre, le 26 juillet 2016 à Saint-Étienne-du-Rouvray, en sont les dramatiques illustrations. Il est seulement question ici de montrer une tendance à la densification des publics affectés par les moyens que le terrorisme actuel met en œuvre.

²⁵⁹¹ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 24.

²⁵⁹² *Ibid.*

²⁵⁹³ *Ibid.*

²⁵⁹⁴ *Ibid.*

²⁵⁹⁵ Royaume-Uni, *Terrorism Act*, 20 juillet 2000, art. 1^{er}, 1^o.

²⁵⁹⁶ *Id.*, art. 1^{er}, 2^o.

²⁵⁹⁷ *Ibid.*

²⁵⁹⁸ *Ibid.*

²⁵⁹⁹ *Ibid.*

au blanchiment d'argent²⁶⁰⁰ – ou de son utilisation de nouveaux moyens de communication. Le Code pénal français, lui aussi, envisage actuellement le terrorisme dans une acception qui rend compte du caractère extensif de la notion, tant à l'égard de son but que des moyens qu'il met en œuvre. L'article 421-1 dudit Code précise que l'acte terroriste est constitué par toute infraction « *ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* »²⁶⁰¹. Parmi les moyens visant à atteindre ce but, l'on peut citer quelques-unes des nombreuses infractions déterminées par la loi telles que « *les atteintes volontaires à la vie, [...] à l'intégrité de la personne, l'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport* »²⁶⁰² mais encore « *les vols, les extorsions, les destructions, dégradations et détériorations, ainsi que les infractions en matière informatique* »²⁶⁰³. Constitue également un acte de terrorisme « *le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, dans les aliments ou les composants alimentaires ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme* »²⁶⁰⁴. Une telle définition, bien que non exhaustive, montre cependant la densification de la notion, tant à propos de son but qu'à l'égard des processus mis en œuvre pour l'accomplir.

L'évolution des objectifs et moyens du terrorisme actuel permet de le distinguer du terrorisme d'ancienne génération. Alors que celui-ci cherchait à attirer l'attention sur une cause particulière et restreinte, s'attaquant à des cibles déterminées et attendant des décideurs publics – souvent pris à témoin – qu'ils agissent en sa faveur, le terrorisme dit de nouvelle génération est en tout point différent. En effet, ce dernier tend à renverser – par une terreur et une intimidation répétées – la notion même d'État de droit, pour lui substituer un modèle liberticide. De plus, il vise dans sa mise en œuvre à s'attaquer à une population dans sa globalité, et ne se limite plus à des personnes ou autorités clairement identifiées. Enfin, il semble que ses auteurs n'attendent plus des décideurs publics qu'ils agissent en leur faveur – une telle hypothèse étant de tout point de vue improbable –, cherchant plutôt à devenir les nouvelles autorités du modèle étatique qu'ils tentent de fonder. Par ces nouveaux caractères, il est permis de « *douter que la menace terroriste actuelle soit*

²⁶⁰⁰ États-Unis, *USA PATRIOT Act*, 26 octobre 2001, Titre III.

²⁶⁰¹ France, *Code pénal*, art. 421-1.

²⁶⁰² *Id.*, 1°.

²⁶⁰³ *Id.*, 2°.

²⁶⁰⁴ *Id.*, art. 421-2.

temporaire »²⁶⁰⁵, dès lors que l'ampleur d'un tel objectif de violence expansive suggère nécessairement la mise en œuvre de moyens de long terme.

B. Un terrorisme à l'organisation décentralisée

Si les objectifs et les moyens du terrorisme actuel tendent à faire perdurer la menace qu'il représente, l'on doit encore relever qu'un autre élément, que Bernard Manin nomme la « *structure organisationnelle* »²⁶⁰⁶, entraîne un même constat, dès lors que celle-ci rend difficile son éradication. Cette organisation nouvelle, procédant tout à la fois d'une logique d'autonomie (1) et d'une valorisation de l'acte à accomplir plutôt que de l'obéissance à une autorité supérieure (2), tend en effet à inscrire le terrorisme de nouvelle génération dans un cadre de long terme.

1. Le développement d'une autonomie d'action

L'organisation interne du terrorisme actuel, que le Livre blanc du gouvernement français considérerait, dès 2006, comme relevant d'une « *décentralisation croissante* »²⁶⁰⁷, favorise l'autonomie de ses diverses entités. Ainsi, par exemple, la structure du groupe terroriste Al-Qaïda, bien qu'ayant possédé, pendant un temps, un chef clairement déterminé, n'était pas « *ou du moins pas essentiellement, une organisation hiérarchique dotée d'une instance centrale* »²⁶⁰⁸ unique « *dirigeant les diverses unités qui la composent* »²⁶⁰⁹. Mais l'on peut également voir en l'invasion américaine de 2001 en Afghanistan, et de 2003 en Irak, un facteur supplémentaire de morcellement de l'organisation terroriste, dès lors qu'elles ont toutes deux « *accentué la dispersion des militants radicaux* »²⁶¹⁰. Une telle structuration renvoie en fait à une organisation autonome en réseau, à ce que Jean-Claude Monod qualifie de « *terrorisme déterritorialisé* »²⁶¹¹ au sens de la perte d'un territoire centralisé, où les diverses entités « *ne communiquent pas*

²⁶⁰⁵ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 22.

²⁶⁰⁶ *Id.*, p. 26.

²⁶⁰⁷ Livre blanc du gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme, *La France face au terrorisme*, la documentation française, 2006, p. 36.

²⁶⁰⁸ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 26.

²⁶⁰⁹ *Ibid.*

²⁶¹⁰ *Ibid.*

²⁶¹¹ Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 19.

nécessairement avec le centre alors même qu'elles communiquent entre elles »²⁶¹². Il apparaît en effet que le terrorisme actuel a su s'adapter en conférant à ses « *différentes unités [...] un grand degré d'autonomie* »²⁶¹³. Par voie de conséquence, les groupes peuvent agir sans l'aval nécessaire d'une autorité supérieure, et ainsi multiplier leurs actions dans le temps comme dans l'espace. En ce sens, les phases d'expansion décrites par David Charles Rapoport, permettant qu'à tout moment des « *activités semblables [soient] menées dans divers pays* »²⁶¹⁴, semblent liées à ce mode organisationnel nouveau.

2. La préférence d'une mission à accomplir

Par-delà l'idée d'autonomie vis-à-vis d'une autorité directrice – mais non sans lien avec elle – il semble qu'au sein du terrorisme actuel, le « *sentiment d'une mission à remplir* »²⁶¹⁵ apparaisse plus déterminant que « *l'obéissance aux dirigeants* »²⁶¹⁶. Cette forte valorisation de la tâche à accomplir plutôt que de la subordination à l'autorité temporelle est très justement rattachée au caractère religieux du terrorisme actuel²⁶¹⁷, qui tend à être « *absolutisé par sa dimension théologique* »²⁶¹⁸. Ainsi, la neutralisation de la tête d'une telle organisation ne saurait garantir la fin de la menace qu'elle représente, ce qui suggère de nouveau l'inscription du terrorisme sur un temps relativement long. La transition entre le groupe Al-Qaïda en Irak et celui de l'État islamique en Irak tend à confirmer cette affirmation. Le groupe terroriste *Jamaat Al-Tawhid Wal-Djihad*²⁶¹⁹ devient

²⁶¹² Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 26.

²⁶¹³ *Ibid.*

²⁶¹⁴ David Charles RAPOPORT, « The four waves of modern terrorism », *Terrorism – Critical Concepts in Political Science*, 2006, en ligne : [<https://www.routledge.com/Terrorism-Critical-Concepts-in-Political-Science/Rapoport-Rapoport/p/book/9780415316507>].

²⁶¹⁵ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 26.

²⁶¹⁶ *Ibid.*

²⁶¹⁷ Voir sur cette idée : David Charles RAPOPORT, « The four waves of modern terrorism », *Terrorism – Critical Concepts in Political Science*, 2006, en ligne : [<https://www.routledge.com/Terrorism-Critical-Concepts-in-Political-Science/Rapoport-Rapoport/p/book/9780415316507>]. L'auteur établit une chronologie du terrorisme en quatre vagues. La première vague, « *anarchiste* », naît à la fin du XIX^e siècle en Russie et s'achève lors de la Première Guerre mondiale. La seconde, « *anticoloniale* », naît vers 1920 pour s'achever dans les années des indépendances, elle dure ainsi une quarantaine d'années. La troisième, dite du « *radicalisme d'extrême gauche* », s'étend sur les années 1960 et 1970. La quatrième vague, dite religieuse, débute au début des années 1980, avec la révolution iranienne. Sa particularité est qu'elle procède davantage d'une mission divine à accomplir que de la soumission à une autorité temporelle. Ainsi, alors que « *les vagues précédentes ont fléchi* », notamment par la neutralisation de leurs meneurs et de leur idéologie, Rapoport note que « *la vague religieuse est parvenue à rassembler ses forces* » et à perdurer grâce à cette émancipation vis-à-vis de l'autorité directrice du groupement.

²⁶¹⁸ Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 19.

²⁶¹⁹ Littéralement : Groupe pour l'unicité et le djihad.

actif à partir de 1999, sous la direction d'Abou Moussab Al-Zarkaoui. À la suite de l'invasion américaine en 2003, il transfère ses activités de la Jordanie vers l'Irak. Après avoir fait serment d'allégeance à Oussama Ben Laden, son groupe devient Al-Qaïda en Irak en 2004. En juin 2006, Abou Moussab Al-Zarkaoui est tué lors d'un raid américain. Quelques mois après, en octobre 2006, l'organisation qu'il dirigeait réapparaît sous le nom d'État islamique en Irak, prouvant par là même sa capacité à renaître et à se renforcer même en l'absence d'autorité dirigeante²⁶²⁰. Julien Théron souligne d'ailleurs en ce sens que « *l'absolutisation idolâtre du dirigeant n'a pas autant d'importance que chez Al-Qaïda* »²⁶²¹, rappelant que « *ce qui doit ressortir, c'est le mouvement lui-même* »²⁶²² et son autonomie. Il est ici frappant de constater que l'activité de cette dernière organisation terroriste, depuis la mort de son fondateur historique, s'étend sur une période plus longue que celle pendant laquelle il l'a dirigée. Clairement, l'on constate ici encore que cette structure organisationnelle nouvelle complexifie l'éradication des groupements terroristes, et tend par conséquent à les inscrire sur le long terme.

L'objectif, les moyens et l'organisation du terrorisme actuel, par la durée étendue et la violence expansive qu'ils suggèrent, ont nécessairement une influence sur les pouvoirs exceptionnels qui s'y opposent.

Section 2 : Les pouvoirs de crise transformés par la situation exceptionnelle

Face à la durée croissante et à la violence expansive du terrorisme de nouvelle génération, les pouvoirs exceptionnels semblent eux aussi évoluer. Mais l'adaptation de ces pouvoirs à la menace actuelle (§ 1) tend à les transformer au point de les rendre préjudiciables à la pérennité du modèle républicain, en quittant l'acception commissariale pour s'approcher de ce qui semblerait être un retour de la décision souveraine (§ 2).

²⁶²⁰ Entre 2006 et 2010, le mouvement était dirigé par Abou Omar Al-Baghdadi. Celui-ci est tué par un raid américano-irakien en avril 2010. Depuis 2010, Abou Bakr Al-Baghdadi dirige l'organisation. Mais il faut relever que malgré la présence d'une autorité dirigeante, l'organisation de l'État islamique continue un développement fortement décentralisé.

²⁶²¹ Julien THÉRON, « Funeste rivalité entre Al-Qaïda et l'Organisation de l'État islamique », *Le Monde diplomatique*, février 2015, p. 18.

²⁶²² *Ibid.*

§ 1. L'impact d'une menace durable et d'une violence accrue sur les pouvoirs d'exception

Alors que le caractère durable du terrorisme de nouvelle génération étend presque indéfiniment la durée des pouvoirs de crise (A), le danger accru que représente la violence qu'il déploie tend dans le même temps à discréditer la nécessité du contrôle juridictionnel (B).

A. L'hypertrophie temporelle des pouvoirs de crise

Il semble que « *quelque soin que l'on mette à rédiger la loi, celle-ci ne peut influencer sur [...] la fin effective de la crise* »²⁶²³. Bien au contraire, c'est plutôt cette dernière qui influe sur le temps, plus ou moins long, des pouvoirs exceptionnels. Cet impact du terrorisme sur la temporalité des pouvoirs de crise se manifeste au travers de deux aspects. D'une part, il peut entraîner une extension de la durée de l'institution d'exception à proprement parler, particulièrement en droit français (1). D'autre part, il peut également tendre à insérer les pouvoirs d'exception au sein de la législation normale, principalement dans le droit anglo-américain, mais aussi très récemment dans le droit français (2).

1. L'indéfinie prorogation de l'état d'urgence

L'exercice actuel de l'état d'urgence par la France tend à s'inscrire dans un temps long, et traduit par cela une prise de distance vis-à-vis des fondements de la continuité républicaine autant que des conceptions de Machiavel et de Schmitt. En effet, puisqu'il apparaît chez ces auteurs que « *les institutions d'exception présupposent, en dernière analyse, que les circonstances exigeant de s'écarter des normes soient effectivement temporaires* »²⁶²⁴, si de telles « *circonstances ne disparaissent pas au terme d'une durée limitée* »²⁶²⁵, alors « *une condition fondamentale justifiant l'usage de telles institutions manque* »²⁶²⁶ et le recours à de tels pouvoirs doit donc cesser. Or, il semble que le droit français s'attache moins à cette impérieuse condition qu'à l'adaptation à l'étendue de la crise. Ainsi, la volonté de proroger l'état d'urgence actuel aussi longtemps que durera la

²⁶²³ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 22.

²⁶²⁴ *Ibid.*

²⁶²⁵ *Ibid.*

²⁶²⁶ *Ibid.*

menace terroriste donne à cette institution une ampleur temporelle inédite. En effet, auparavant, lors des événements algériens par exemple, l'état d'urgence fut d'abord appliqué pour une période d'environ huit mois, d'avril à décembre 1955²⁶²⁷. Ensuite, dans le contexte de la tentative de coup d'État à Alger le 13 mai 1958, l'état d'urgence fut de nouveau appliqué, cette fois en métropole, pour une durée d'à peine deux semaines, de mai à juin 1958²⁶²⁸. À la suite du « putsch des généraux », enfin, l'état d'urgence sera de nouveau déclaré – par deux décrets du 22 avril 1961 – à compter du 23 avril, pour s'achever avec la dissolution de l'Assemblée nationale le 9 octobre 1962. Mais l'enchevêtrement²⁶²⁹ d'une telle situation avec la décision²⁶³⁰ de déclenchement de l'article 16 de la Constitution empêche de voir en sa durée l'unique effet de la loi du 3 avril 1955. Plus récemment, l'état d'urgence a été appliqué pour cinq mois environ, du 12 janvier²⁶³¹ au 30 juin 1985, en Nouvelle-Calédonie. Il a encore été proclamé le 29 octobre 1986 sur l'ensemble du territoire des îles de Wallis et Futuna, ainsi que, le 24 octobre 1987, dans certaines communes des Îles du Vent, en Polynésie française. Dans ces deux derniers cas, l'on relèvera que l'état d'urgence ne dura pas plus de quelques jours²⁶³², puisqu'il ne fit l'objet d'aucune prorogation législative. En 2005, lors des violences urbaines, deux décrets du 8 novembre ont déclaré et appliqué l'état d'urgence pour un peu moins de deux mois, à compter du 9 novembre. La loi du 18 novembre²⁶³³ prorogera ses effets pour trois mois, mais le décret du 3 janvier 2006 y mettra fin avant terme²⁶³⁴.

²⁶²⁷ La loi du 3 avril 1955 appliqua l'état d'urgence pour six mois, puis vint une prorogation de six mois par la loi 7 août 1955. Peu après, par un décret du 30 août 1955, l'état d'urgence fut étendu à tout le territoire algérien. Mais la dissolution de l'Assemblée nationale, le 1^{er} décembre 1955, entraîna la caducité de la loi prorogative.

²⁶²⁸ La loi du 17 mai 1958 applique l'état d'urgence, qui s'achève le 1^{er} juin de la même année, par suite de la démission du gouvernement.

²⁶²⁹ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 2.

²⁶³⁰ France, *Décision portant application de l'article 16*, 23 avril 1961.

²⁶³¹ Le haut-commissaire de la République avait déclenché l'état d'urgence, par arrêté du 12 janvier 1985, en application de l'article 119 (abrogé par la loi du 22 janvier 1988) de la loi du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et de la loi du 3 avril 1955. La loi du 25 janvier 1985 (après avoir été déclarée conforme à la Constitution, voir C.C., 25 janvier 1985, n° 85-187, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*) permit sa prorogation jusqu'au 30 juin 1985.

²⁶³² France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955, art. 2, al. 3 : « La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi ».

²⁶³³ France, *Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955*, 18 novembre 2005, art. 1^{er} : « L'état d'urgence déclaré sur le territoire métropolitain par le décret n° 2005-1386 du 8 novembre 2005 est prorogé pour une période de trois mois à compter du 21 novembre 2005 ».

²⁶³⁴ France, *Décret n° 2006-2 mettant fin à l'application de la loi n° 2005-1425 du 18 novembre 2005*, 3 janvier 2006.

Face à ces précédents, l'état d'urgence actuel se distingue par une durée – sans discontinuité – inédite. Il est important de relever à ce titre la combinaison de deux éléments propres à accroître la durée d'un tel état, et novateurs vis-à-vis des applications antérieures de la loi d'avril 1955. D'une part, les prorogations de l'état d'urgence depuis le 14 novembre 2015 – en dehors des lois du 20 mai 2016²⁶³⁵ et du 11 juillet 2017²⁶³⁶ – opèrent une prolongation croissante de sa durée. Ainsi, les lois du 20 novembre 2015²⁶³⁷ et du 19 février 2016²⁶³⁸ prévoyaient toutes deux une prorogation de trois mois, celle du 21 juillet 2016 prévoyait une prorogation de six mois²⁶³⁹. La loi du 19 décembre 2016 a prolongé l'état d'urgence, à compter du 22 décembre, jusqu'au 15 juillet 2017²⁶⁴⁰, soit pour au moins sept mois. Ainsi, sans discontinuité aucune, l'état d'urgence actuel – déclaré le 14 novembre 2015 et prorogé le 11 juillet 2017 (à compter du 16 juillet) jusqu'au 1^{er} novembre 2017 – pourrait durer plus de vingt-trois mois, soit 718 jours, et rien ne permet actuellement de dire qu'il ne sera prorogé. Par comparaison, les recours précédemment évoqués à la loi d'avril 1955 n'avaient pas connu, au travers de leurs prorogations, une telle croissance temporelle ni de telles successions²⁶⁴¹. D'autre part, la loi du 19 décembre 2016 prévoit de restreindre la possibilité de mettre fin à l'état d'urgence. En effet, elle dispose que l'article 4 de la loi d'avril 1955, prévoyant la caducité de toute loi de prorogation en cas de démission du gouvernement ou de dissolution de l'Assemblée nationale pendant l'état d'urgence, ne sera pas applicable. Ainsi, cet article « *n'est pas applicable en cas de démission du gouvernement consécutive à l'élection du président de*

²⁶³⁵ France, *Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, 20 mai 2016, art. unique, I : « *Est prorogé pour une durée de deux mois, à compter du 26 mai 2016, l'état d'urgence* ».

²⁶³⁶ France, *Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, 11 juillet 2017, art. 1^{er}, I : « *Est prorogé, à compter du 16 juillet 2017, jusqu'au 1^{er} novembre 2017, l'état d'urgence* ».

²⁶³⁷ France, *Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*, 20 novembre 2015, art. 1^{er} : « *L'état d'urgence [...] est prorogé pour une durée de trois mois à compter du 26 novembre 2015* ».

²⁶³⁸ France, *Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, 19 février 2016, art. unique, I : « *L'état d'urgence [...] est prorogé pour une durée de trois mois à compter du 26 février 2016* ».

²⁶³⁹ France, *Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste*, 21 juillet 2016, art. 1^{er}, I : « *Est prorogé pour une durée de six mois, à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, l'état d'urgence* ».

²⁶⁴⁰ France, *Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, 19 décembre 2016, art. 1^{er}, I : « *Est prorogé, à compter du 22 décembre 2016, jusqu'au 15 juillet 2017 l'état d'urgence* ».

²⁶⁴¹ À titre d'exemple, la loi prorogative du 7 août 1955 prévoyait ainsi une période de six mois, et ne sera pas directement suivie d'une nouvelle prolongation. La loi de prorogation de 18 novembre 2005 prévoyait une durée de trois mois, et ne sera pas non plus suivie d'une prolongation.

la République ou à celle des députés à l'Assemblée nationale »²⁶⁴². Là encore, l'état d'urgence actuel se distingue de ses applications antérieures, et le contexte algérien suffit à illustrer les multiples cessations de l'état d'urgence pour cause de démission du gouvernement²⁶⁴³, ou de dissolution de l'Assemblée nationale²⁶⁴⁴. La perspective d'une élection présidentielle, aussi cruciale soit-elle, ne devrait pas influencer à ce point sur le cours d'une institution d'exception dont les effets peuvent apparaître liberticides.

Ces éléments révèlent finalement que la temporalité de l'état d'urgence – qui semble devoir se proroger inéluctablement – apparaît effectivement comme une conséquence du terrorisme de nouvelle génération, qui revêt actuellement « *en France [...] un caractère durable, au vu des indications des services de renseignement et du contexte international* »²⁶⁴⁵. Une telle institution semble ainsi s'éloigner des sages recommandations de Montesquieu, qui à propos des magistratures d'exception, s'exprimait en ces termes : « *Un an est le temps que la plupart des législateurs ont fixé ; un temps plus long serait dangereux* »²⁶⁴⁶. Cette prorogation continue révèle finalement le paradoxe entre la conception de pouvoirs n'étant bénéfiques à la restauration de l'ordre normal que s'ils sont inscrits dans une courte durée²⁶⁴⁷, et la volonté actuelle de les étendre dans le temps, tout en imaginant pouvoir en extraire une efficacité ainsi qu'une capacité à préserver le paradigme républicain. C'est en ce sens d'ailleurs qu'Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues relèvent « *l'antinomie fondamentale entre un état d'urgence pensé pour réagir à une menace temporaire et un terrorisme qui constitue, hélas, un phénomène dont les manifestations sont* »²⁶⁴⁸, bien qu'épisodiques, insérées dans un temps « *qui n'en est pas moins durable* »²⁶⁴⁹. La volonté d'appliquer des pouvoirs d'exception à une menace durable met ainsi en danger le paradigme républicain, par une prolongation d'atteintes aux libertés

²⁶⁴² France, *Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, 19 décembre 2016, art. 4.

²⁶⁴³ La démission du gouvernement le 1^{er} juin 1958 met fin à l'applicabilité de la loi du 17 mai 1958.

²⁶⁴⁴ La dissolution de l'Assemblée nationale le 1^{er} décembre 1955 rend caduque la loi prorogative du 7 août 1955.

²⁶⁴⁵ Déclaration de la Représentation Permanente de la France au secrétaire général du Conseil de l'Europe, 24 novembre 2015.

²⁶⁴⁶ Charles de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, p. 29.

²⁶⁴⁷ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1, B, 2.

²⁶⁴⁸ Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 177.

²⁶⁴⁹ *Ibid.*

qui ne sont tolérables qu'à court terme. Procédant d'une logique différente, le droit anglo-américain aboutit néanmoins à de proches conclusions.

2. L'insertion de l'exceptionnel au sein de la législation normale

Si le droit anglo-américain traduit également l'influence du terrorisme actuel, celui-ci entraîne un phénomène différent. Ainsi, plutôt qu'un allongement temporel de l'institution d'exception à proprement parler, l'on observe dans ces deux États que « *l'extension des pouvoirs de l'Exécutif pour faire face au terrorisme a pris la forme de l'adoption de lois régulières, et non pas de pouvoirs exceptionnels* »²⁶⁵⁰. En effet, le *Crime and Security Act*²⁶⁵¹ de 2001 ou bien encore le *Civil Contingencies Act*²⁶⁵² de 2004 pour le Royaume-Uni, autant que la *War Power Resolution*²⁶⁵³ de 1973 et surtout l'*USA PATRIOT Act*²⁶⁵⁴ de 2001, se rattachent, comme le soulignent John Ferejohn et Pasquale Pasquino, à des lois relevant de la situation normale. Ainsi notent-ils que « *les démocraties développées n'ont pas nécessairement recours aux législations d'exception pour faire face aux situations de crise* »²⁶⁵⁵, et qu'« *elles préfèrent souvent les affronter au travers de législations ordinaires* »²⁶⁵⁶. Certes, ces lois demeurent proches de la conception théorique d'une institution d'exception telle que l'état d'urgence français, et procèdent en ce sens d'une « *limitation temporelle des mesures prescrites* »²⁶⁵⁷. Ainsi, alors que la loi de 2004 restreint les pouvoirs exceptionnels à sept jours à moins qu'une habilitation parlementaire votée par chacune des Chambres ne vienne les approuver²⁶⁵⁸, le texte de 1973 dispose que les pouvoirs présidentiels doivent s'interrompre soixante jours après la remise au Congrès du premier rapport²⁶⁵⁹ sur les opérations menées, à moins que l'organe législatif ne

²⁶⁵⁰ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 87.

²⁶⁵¹ Royaume-Uni, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 14 décembre 2001.

²⁶⁵² Royaume-Uni, *Civil Contingencies Act*, 18 novembre 2004.

²⁶⁵³ États-Unis, *War Power Resolution*, 7 novembre 1973.

²⁶⁵⁴ États-Unis, *USA PATRIOT Act*, 26 octobre 2001.

²⁶⁵⁵ John FEREJOHN, Pasquale PASQUINO, « The law of the exception : a typology of emergency powers », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, 2004, p. 215 (notre traduction).

²⁶⁵⁶ *Ibid.* Ils précisent : « *En Grande-Bretagne, par exemple, l'on observe une succession de lois de défense contre le terrorisme, et les États-Unis ont le PATRIOT Act* ».

²⁶⁵⁷ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 87.

²⁶⁵⁸ Royaume-Uni, *Civil Contingencies Act*, 18 novembre 2004, art. 27.

²⁶⁵⁹ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 1, B, 1.

permette une prorogation²⁶⁶⁰. Néanmoins, dans le même temps, l'on doit souligner que comme à propos de l'état d'urgence, ce caractère temporaire est fortement évincé. D'un côté, dans le cadre du Royaume-Uni, l'on constate que la succession effrénée – près de trois législations principales uniquement entre 2001 et 2005²⁶⁶¹ – de lois confiant à l'Exécutif des pouvoirs d'exception tend nécessairement à anéantir l'effet temporaire de tels pouvoirs, dès lors qu'ils sont sans cesse renouvelés après échéance. D'un autre côté, la temporalité restreinte des mesures d'exception n'empêche en rien leurs effets de s'inscrire dans le temps, et l'exemple de l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001²⁶⁶² suffit à démontrer que « *la détention prévue par [cette] loi est potentiellement illimitée* »²⁶⁶³. Dans le droit américain, les clauses d'expiration du *PATRIOT Act* devaient permettre l'extinction des mesures d'exception²⁶⁶⁴. Mais d'une part l'on notera que cette expiration ne pouvait avoir lieu avant quatre ans²⁶⁶⁵, et que ces clauses n'avaient d'effets que sur une quinzaine²⁶⁶⁶ d'articles d'une législation en comportant plusieurs centaines. D'autre part, l'on relèvera que « *la plupart des clauses expirant en 2005 au titre de la section 224 ont été prolongées indéfiniment* »²⁶⁶⁷ par le *PATRIOT Act improvement and Reauthorization Act* signé le 9 mars 2006²⁶⁶⁸ par le président américain de l'époque. À cet égard, Wanda Mastor constate d'ailleurs avec raison que le texte américain de 2001, « *censé au départ n'être que provisoire, tend à devenir le principe et non plus l'exception* »²⁶⁶⁹. Ces éléments invitent à relativiser le caractère temporaire de telles compétences. Tout comme dans le

²⁶⁶⁰ États-Unis, *War Power Resolution*, 7 novembre 1973, section 5.

²⁶⁶¹ Depuis 2001, l'on peut répertorier, parmi les principales législations, l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act*, du 14 décembre 2001, le *Civil Contingencies Act*, du 18 novembre 2004, le *Prevention of Terrorism Act*, du 11 mars 2005. Plus récemment, l'on peut citer le *Counter-Terrorism and Security Act* du 12 février 2015.

²⁶⁶² Voir l'effet combiné des articles 21 et 23. Alors que le premier permet la délivrance d'un certificat de détention à l'encontre d'une personne étrangère soupçonnée de terrorisme, le second permet de rendre cette détention illimitée dans le temps.

²⁶⁶³ Privy Counsellor Review Committee, *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 Review : Report*, 12 décembre 2003, p. 53 (notre traduction).

²⁶⁶⁴ États-Unis, *USA PATRIOT Act*, 26 octobre 2001, section 224.

²⁶⁶⁵ *Ibid.* : les effets des certaines dispositions du Titre II de la loi (*Procédures de surveillance améliorées*) doivent « *cesser au 31 décembre 2005* » (notre traduction).

²⁶⁶⁶ *Ibid.* : sur les 25 articles du Titre II, 24 concernent des mesures de surveillance. Sur ces 24 articles, une dizaine n'est pas concernée par la clause d'expiration (il s'agit des articles 203(a), 203(c), 205, 208, 210, 211, 213, 216, 219, 221, et 222).

²⁶⁶⁷ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 87.

²⁶⁶⁸ États-Unis, *PATRIOT Act improvement and Reauthorization Act*, 9 mars 2006, section 103 : « *prorogation du délai d'expiration [...]* » (notre traduction).

²⁶⁶⁹ Wanda MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : le *USA PATRIOT Act* et autres violations "en règle" de la Constitution », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 62.

cadre français de l'état d'urgence, l'on constate que l'adaptation des pouvoirs exceptionnels au temps long de la menace terroriste conduit à un réel « *effacement des limites temporelles* »²⁶⁷⁰, normalement indissociables de tels pouvoirs et permettant leur compatibilité avec l'État de droit. Ainsi que le soulignent très justement John Ferejohn et Pasquale Pasquino, le risque d'une telle adaptation est que les « *lois produites pour faire face à l'urgence soient incrustées dans le système juridique normal, principalement en promulguant, sous couvert de l'urgence, des changements permanents dans le système* »²⁶⁷¹. Comme dans le cadre français encore, l'on constate ici l'antinomie entre un recours à des pouvoirs exceptionnels dont il semblait théoriquement admis²⁶⁷² qu'ils ne tirent leur capacité à restaurer la situation normale efficacement que de leur courte durée, et la croyance en la possibilité d'endiguer la situation de crise au travers de pouvoirs insérés dans une normalité juridique, par principe inscrite dans le long terme.

Très récemment, le droit français semble avoir donné la preuve d'un rapprochement avec cette idée d'une insertion des pouvoirs de crise au sein de la législation ordinaire, comme s'il ne parvenait finalement pas à envisager la sortie de l'état d'urgence sans perpétuer ses mesures au sein des normes applicables aux temps normaux²⁶⁷³. L'analyse du projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme illustre une telle tendance. Ayant été adopté par le Sénat le 18 juillet 2017, et venant de l'être par l'Assemblée nationale²⁶⁷⁴, il est encore impossible d'envisager les effets de son application concrète. Néanmoins, ses dispositions actuelles semblent faire naître la crainte selon laquelle « *l'état d'urgence entre dans le droit commun* »²⁶⁷⁵. En effet, ce texte semble contenir, bien que sous d'autres termes, certaines mesures propres à la loi du 3 avril 1955. Ainsi, l'article premier du projet de loi confère au représentant de l'État dans le département, ou au préfet de police à Paris, le pouvoir d'« *instituer par arrêté motivé un*

²⁶⁷⁰ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 87.

²⁶⁷¹ John FEREJOHN, Pasquale PASQUINO, « The law of the exception : a typology of emergency powers », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, 2004, p. 219.

²⁶⁷² Cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1, B, 2.

²⁶⁷³ Jean-Baptiste JACQUIN, « Antiterrorisme : le gouvernement veut mettre l'état d'urgence dans le droit commun », *Le Monde*, 8 juin 2017 : « *ce sont quasiment toutes les mesures de l'état d'urgence qui vont se retrouver dans le droit commun* ».

²⁶⁷⁴ Le projet de loi a été adopté le 3 octobre 2017, en première lecture, et très peu modifié.

²⁶⁷⁵ Paul CASSIA, « Vers une 7^e prorogation de l'état d'urgence ? », *Le blog de Paul Cassia*, 20 juillet 2017, en ligne : [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/200717/vers-une-7eme-prorogation-de-l-etat-d-urgence>].

périmètre de protection au sein duquel l'accès et la circulation des personnes sont réglementés »²⁶⁷⁶. On sait sur ce point que la loi de 1955 confère la possibilité « d'interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté »²⁶⁷⁷, ou encore « d'instituer, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé »²⁶⁷⁸. Mais alors que dans le cadre de cette loi de 1955 c'est précisément « la déclaration de l'état d'urgence »²⁶⁷⁹ qui « donne pouvoir au préfet »²⁶⁸⁰ d'agir en ce sens, le projet actuel permet d'instituer ces périmètres de protection dès lors qu'il s'agit seulement « d'assurer la sécurité d'un lieu ou d'un événement exposé à un risque d'actes de terrorisme à raison de sa nature et de l'ampleur de sa fréquentation »²⁶⁸¹. De façon plus inquiétante, l'article 3 du même projet donne au ministre de l'Intérieur le pouvoir de contraindre un individu à « ne pas se déplacer à l'extérieur d'un périmètre géographique déterminé »²⁶⁸², et à se « présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie »²⁶⁸³. Une telle mesure ressemble, bien que de façon allégée²⁶⁸⁴, à l'assignation à résidence prévue par la loi de 1955. Cette proximité s'accroît encore lorsque l'on constate que ce pouvoir est conféré au ministre de l'Intérieur dans les deux cas, et que la prise de décision se fonde sur les mêmes motifs. Ainsi, le texte de 2017 autorise une telle mesure à l'encontre de « toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics »²⁶⁸⁵, quand celui de 1955 dispose que

²⁶⁷⁶ France, *Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, 3 octobre 2017 (adoption par l'Assemblée nationale en première lecture), art. 1^{er}, I.

²⁶⁷⁷ France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955, art. 5, 1.

²⁶⁷⁸ *Id.*, art. 5, 2.

²⁶⁷⁹ *Id.*, art. 5.

²⁶⁸⁰ *Ibid.*

²⁶⁸¹ France, *Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, 3 octobre 2017 (adoption par l'Assemblée nationale en première lecture), art. 1^{er}, I.

²⁶⁸² *Id.*, art. 3.

²⁶⁸³ *Ibid.*

²⁶⁸⁴ Jean-Baptiste JACQUIN, « Ce que des juristes reprochent au projet de loi de sortie de l'état d'urgence », *Le Monde*, 18 juillet 2017 : « L'assignation ne sera plus "à résidence" mais à l'échelle d'une commune ». Voir encore : Paul CASSIA, « Vers une 7^e prorogation de l'état d'urgence ? », *Le blog de Paul Cassia*, 20 juillet 2017, en ligne : [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/200717/vers-une-7eme-prorogation-de-l-etat-d-urgence>]. Selon l'auteur, les « mesures individuelles de surveillance équivalent à des assignations à résidence "light" ».

²⁶⁸⁵ France, *Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, 3 octobre 2017 (adoption par l'Assemblée nationale en première lecture), art. 3, 2. On ajoutera qu'il faut également que la personne « soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutien[ne] ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes ».

l'assignation à résidence peut être prononcée contre la personne « à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics »²⁶⁸⁶. Ces deux textes se caractérisent, là encore d'une même manière, par l'absence du juge judiciaire dans le cadre de cette mesure fortement restrictive de libertés. Or, si cette absence peut se justifier par la nécessité d'urgence à laquelle font face les dispositions de la législation d'exception, elle contrevient aux principes applicables aux normes relevant des temps normaux²⁶⁸⁷. D'une manière tout aussi inquiétante, l'article 4 du texte de 2017 met en œuvre, dans le langage de l'euphémisme, des mesures de « visites et saisies ». Concrètement, elles permettent « la visite d'un lieu ainsi que la saisie des documents, objets ou données qui s'y trouvent »²⁶⁸⁸. Proches de la perquisition administrative de la loi de 1955 – notamment dans la motivation des mesures²⁶⁸⁹ et concernant la durée de conservation des données saisies²⁶⁹⁰ –, elles s'en distinguent néanmoins sur deux points. D'une part, ces mesures ne peuvent s'enclencher que par une ordonnance écrite et motivée – et après avis du procureur de la République de Paris – « du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris »²⁶⁹¹, alors que la loi portant sur l'état d'urgence ne le fait pas intervenir. D'autre part, ces mesures sont

²⁶⁸⁶ France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955, art. 6, al. 1.

²⁶⁸⁷ Certes, le Conseil constitutionnel a estimé, dans une décision du 22 décembre 2015 (C.C., 22 décembre 2015, n° 2015-527, QPC, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*), que l'assignation à résidence prévue par la loi de 1955 renvoyait à une restriction et non à une privation de liberté individuelle, justifiant que soit écartée l'intervention du juge judiciaire. Cependant, dans le cadre de la situation normale, son absence suscite le débat sur deux points au moins. En effet, d'une part, cette mesure suppose de restreindre fortement – en période non exceptionnelle – la liberté d'aller et venir d'une personne vis-à-vis de laquelle aucune infraction n'a clairement été constatée. D'autre part, le Conseil constitutionnel a précisé dans cette décision, que « la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile dans le cadre de l'assignation à résidence, fixée à douze heures par jour, ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution ». Si le projet de loi de 2017 n'assigne pas l'individu concerné dans un espace aussi restreint que celui prévu par la loi de 1955, aucune durée journalière maximale ne semble prévue, de sorte que cette restriction de liberté pourrait être interprétée comme une mesure privative relevant alors de la compétence du juge judiciaire.

²⁶⁸⁸ France, *Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, 3 octobre 2017 (adoption par l'Assemblée nationale en première lecture), art. 4, I.

²⁶⁸⁹ En dehors de quelques nuances, les deux textes renvoient à l'idée que la mesure de visite et saisie, ou celle de perquisition administrative, sont justifiées lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'un lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics.

²⁶⁹⁰ Les deux textes imposent une destruction des données après trois mois, avec la possibilité d'un renouvellement de la même durée en cas de difficulté d'exploitation. Cette prorogation dépend du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris pour le projet de loi de 2017 (art. 4, § 42 et 43), et du juge des référés pour la loi de 1955 (art. 11, al. 8 et 9).

²⁶⁹¹ France, *Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, 3 octobre 2017 (adoption par l'Assemblée nationale en première lecture), art. 4, I. Le juge agit lui-même sur saisine motivée du représentant de l'État dans le département ou, à Paris, du préfet de police.

initiées par le représentant de l'État ou le préfet de police – qui saisit ce juge –, alors que le texte de 1955 confère l'initiative de la perquisition au ministre de l'Intérieur et au préfet. Ces quelques nuances n'empêchent pas de craindre que « *la philosophie de la loi sur l'état d'urgence* [serait] *bel et bien transposée dans le droit commun* »²⁶⁹² si ce projet était promulgué en l'état. On y retrouve en effet, comme dans la législation d'exception, l'absence manifeste du juge judiciaire, la mise en œuvre de mesures restrictives de libertés davantage fondées sur des suspicions que sur des éléments concrets ayant fait l'objet d'investigation et d'instruction, ou bien encore l'omniprésence de l'Exécutif, autant que la faiblesse du contrôle de ses actions. Une telle crainte est d'autant plus justifiée que l'hypothèse d'un contrôle de constitutionnalité – du moins avant la promulgation de cette loi –, au regard de la composition actuelle²⁶⁹³ du Parlement, n'est pas acquise. Par cette possible insertion des pouvoirs de crise au sein de la loi ordinaire, le droit français rejoindrait l'approche anglo-américaine.

Au-delà de cet aspect temporel, l'on doit encore relever que la violence expansive du terrorisme actuel entraîne une menace accrue, qui légitime des pouvoirs de plus en plus forts tout en discréditant leur contrôle par l'organe juridictionnel.

B. L'atrophie progressive du contrôle juridictionnel

Si l'on a constaté que le caractère durable du fait terroriste engendrait une extension temporelle des pouvoirs exceptionnels, il faut encore relever le danger que représente actuellement l'expansivité²⁶⁹⁴ de sa violence extrême. En effet, celle-ci tend à la fois à justifier l'accroissement de puissance des pouvoirs d'exception, et à affaiblir leur contrôle juridictionnel, qui semble pourtant être le dernier pilier permettant d'assurer la compatibilité de tels pouvoirs avec l'État de droit. Cette atrophie est visible au travers d'une soumission de l'organe juridictionnel, particulièrement au Royaume-Uni (1), autant que par

²⁶⁹² Paul CASSIA, « Vers une 7^e prorogation de l'état d'urgence ? », *Le blog de Paul Cassia*, 20 juillet 2017, en ligne : [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/200717/vers-une-7eme-prorogation-de-l-etat-d-urgence>]. Voir encore : Jean-Baptiste JACQUIN, « Ce que des juristes reprochent au projet de loi de sortie de l'état d'urgence », *Le Monde*, 18 juillet 2017 : « *De fait, on ne compte plus les mesures législatives provisoires pérennisées ni celles circonscrites à une situation dont le périmètre a été élargi au gré des préoccupations politiques* ».

²⁶⁹³ Paul CASSIA, « Vers une 7^e prorogation de l'état d'urgence ? », *Le blog de Paul Cassia*, 20 juillet 2017, en ligne : [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/200717/vers-une-7eme-prorogation-de-l-etat-d-urgence>] : « *il n'y a plus à l'Assemblée nationale que le groupe Les Républicains qui dispose d'un nombre suffisant de députés – 60 – pour saisir le Conseil constitutionnel avant la promulgation de la loi* ».

²⁶⁹⁴ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2, A, 2.

la volonté des organes législatif et exécutif de l'affaiblir, spécifiquement aux États-Unis et en France (2).

1. La soumission juridictionnelle face à la légitimité accrue de l'organe exécutif

L'ampleur du terrorisme actuel suggère nécessairement une réaction intense, prise en charge par un Exécutif qui, du fait même de sa composition et de ses compétences, apparaît comme l'organe le plus légitime pour prendre des mesures rapides et efficaces. C'est face à cette légitimité naturelle, accrue par la dangerosité croissante du terrorisme, que le contrôle juridictionnel semble se soumettre. En effet, un contrôle trop rigoureux de l'action exécutive pourrait finalement apparaître comme procédant d'une volonté d'empêcher la mise en œuvre de mesures certes radicales, mais avant tout salvatrices. Tout semble ainsi démontrer que ce repli volontaire du contrôle juridictionnel vient de ce qu'il admet que la violation croissante de libertés est justifiée par ce but salvateur, face à une menace dont la violence croît aussi. À titre d'illustration, la Commission spéciale d'appel en matière d'immigration, mise en place par la loi antiterroriste de 2001 au Royaume-Uni²⁶⁹⁵, avait été saisie de la légalité du maintien en détention de neuf étrangers, prononcé sur le fondement des articles 21 et 23²⁶⁹⁶ de la même loi. Le 30 juillet 2002²⁶⁹⁷, cette Commission jugea la détention illégale, notamment au motif qu'elle engendrait une discrimination fondée sur la nationalité, dès lors que les détentions ne pouvaient concerner que les terroristes présumés ayant une origine étrangère²⁶⁹⁸. Elle ordonna par conséquent la libération des détenus. Le ministre de l'Intérieur saisit alors la cour d'appel qui, dans un arrêt du 25 octobre 2002²⁶⁹⁹, sembla admettre la validité de mesures fondées sur une discrimination entre étrangers et nationaux. Or, l'admission d'une telle discrimination, et donc le refus par la cour d'appel d'opérer un franc contrôle vis-à-vis des mesures prises par

²⁶⁹⁵ Royaume-Uni, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 14 décembre 2001, art. 25.

²⁶⁹⁶ Alors que le premier permet la délivrance d'un certificat de détention à l'encontre d'une personne étrangère soupçonnée de terrorisme, le second permet de rendre cette détention illimitée dans le temps.

²⁶⁹⁷ Royaume-Uni, Commission spéciale d'appel en matière d'immigration, 30 juillet 2002, *A & Ors v. Secretary of State for the Home Department*, SC/1-7/2002.

²⁶⁹⁸ En effet, l'article 23 de la loi de 2001 dispose que les détentions mises en œuvre concernent les « terroristes internationaux présumés », opérant par là même une discrimination entre nationaux britanniques et étrangers. Sur le caractère discriminatoire de cette loi et sa dénonciation, l'on renverra à l'arrêt de la Cour suprême du 16 décembre 2004, UKHL 56, *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, déjà analysé, cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 1.

²⁶⁹⁹ Royaume-Uni, cour d'appel, 25 octobre 2002, *A, X, and Y and others v. Secretary of State for the Home Department*, EWCA Civ 1502.

l'Exécutif, ne peut se comprendre qu'au travers d'une soumission des juges face à la légitimité d'action de l'Exécutif dans un tel contexte. En effet, la cour déclara, dans le quarantième paragraphe de son arrêt, que « *la question de savoir si le ministre de l'Intérieur était en droit de conclure que les mesures mises en œuvre ne pouvaient nécessairement concerner que les non-nationaux suspectés de terrorisme* »²⁷⁰⁰, renvoie à un point sur lequel « *il est impossible pour la cour d'adopter une position divergente de celle du ministre de l'Intérieur* »²⁷⁰¹. Ce positionnement, révélateur d'une réelle soumission, provient de ce que « *les décisions relatives aux exigences de sécurité nationale entrent, par essence, dans la catégorie des décisions pour lesquelles la cour doit montrer une déférence extrême au ministre de l'Intérieur parce qu'il est le mieux qualifié pour évaluer l'action nécessaire* »²⁷⁰². Ainsi, clairement, ce repli²⁷⁰³ du contrôle de la Cour, menant à confirmer de possibles discriminations, semble révéler de l'organe juridictionnel l'admission que la dangerosité expansive du terrorisme actuel rend légitime l'action accrue des compétences de l'Exécutif. Cette amplification semble être acceptée, même lorsque ces pouvoirs supposent la violation du principe d'égalité des libertés entre individus – et donc des valeurs constitutionnelles²⁷⁰⁴ maintenant la continuité républicaine –, dès lors qu'un but salvateur détermine cette action.

2. Le contrôle juridictionnel²⁷⁰⁵ affaibli par les organes législatif et exécutif

Tout comme dans le cadre anglais, l'ampleur de la menace terroriste actuelle fragilise, aux États-Unis et en France, l'exercice du contrôle juridictionnel des pouvoirs d'exception. Mais dans ces deux cas, l'affaiblissement du contrôle provient davantage de l'entrave opérée par les organes législatif et exécutif que d'une déférence excessive des juges.

²⁷⁰⁰ *Id.*, § 40.

²⁷⁰¹ *Ibid.*

²⁷⁰² *Ibid.*

²⁷⁰³ Ce repli n'est pas irréversible, ainsi que le démontre l'arrêt rendu par la Cour suprême le 16 décembre 2004 (UKHL 56, *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*). Cependant, l'on relèvera dans cette dernière espèce que la déclaration d'incompatibilité entre l'article 23 de la loi antiterroriste de 2001 et l'article 14 de la Convention de 1950 n'est pas d'effet contraignant.

²⁷⁰⁴ Voir en ce sens : Angleterre, *Grande Charte des libertés*, 1215, art. 1^{er} et 13 ; *Loi d'habeas corpus*, 27 mai 1679, sections 1 et 2.

²⁷⁰⁵ Certes, le Conseil constitutionnel (que l'on évoquera dans ce paragraphe) n'agit pas en tant que juridiction à proprement parler, mais son contrôle est en l'espèce plus proche de celui opéré par les juges que de celui auquel procèdent les parlementaires.

L'attitude du Congrès dans la suite de l'arrêt du 29 juin 2006, *Hamdan v. Rumsfeld*²⁷⁰⁶ est très éclairante quant à la volonté d'obstruction du législateur américain. Dans cette affaire, la Cour suprême avait soulevé l'inconstitutionnalité de certaines dispositions du *Military Order* du 13 novembre 2001, dès lors que celui-ci établissait des tribunaux militaires²⁷⁰⁷ en l'absence de loi fédérale, alors même que la création de ces tribunaux par une telle loi est exigée par la Constitution de 1787, qui confère exclusivement au Congrès la compétence de les instituer²⁷⁰⁸. Ce contrôle protecteur, effectué par les juges, va pourtant être mis en brèche par un Congrès déterminé à « *contourn[er] [...] la jurisprudence de la Cour* »²⁷⁰⁹, qui votera, dans la précipitation, le *Military Commissions Act* dès le 17 octobre 2006. Ce texte apportera à ces tribunaux – par la loi fédérale – la conformité qui leur faisait défaut, et fondera en outre « *l'autorité présidentielle à établir des commissions militaires* »²⁷¹⁰. En un même sens, le contrôle français semble amoindri par l'ampleur de la menace terroriste et par cet état d'urgence qu'elle oblige à mettre en œuvre, mais cette fois-ci au travers de la volonté de l'organe exécutif. Le 20 novembre 2015, le Premier ministre se rendait au Sénat pour présenter le projet de loi de prorogation de l'état d'urgence en vue de son adoption en procédure accélérée. Face à diverses questions sur la possible saisine *a priori* du projet de loi²⁷¹¹, le Premier ministre répondait :

« À ce stade, monsieur le président de la commission des lois, je suis extrêmement dubitatif quant à la saisine du Conseil constitutionnel. Je souhaite que les dispositifs que vous allez adopter soient mis en œuvre rapidement »²⁷¹².

²⁷⁰⁶ États-Unis, C.S., 29 juin 2006, 548 U.S., *Hamdan v. Rumsfeld*.

²⁷⁰⁷ États-Unis, *Military Order – Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, 13 novembre 2001, art. 1^{er}, e.

²⁷⁰⁸ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. I, section 8.

²⁷⁰⁹ Wanda MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : le USA PATRIOT Act et autres violations "en règle" de la Constitution », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 67.

²⁷¹⁰ États-Unis, *Military Commissions Act*, 17 octobre 2006, art. 2 (notre traduction).

²⁷¹¹ *JORF*, Sénat, compte rendu intégral, séance du 20 novembre 2015, n° 130, p. 11137. Le sénateur Philippe Bas déclarait à l'attention du Premier ministre : « *J'entends cependant des interrogations et, parfois, la crainte que, saisi par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité à l'occasion de la contestation d'une mesure prise dans le cadre de l'état d'urgence – possibilité de recours qui n'existe que depuis 2008 –, le Conseil constitutionnel n'en vienne, contre toute prévision, à prononcer l'inconstitutionnalité de telle ou telle disposition de la loi de 1955 que nous devons modifier. Je vous dis tout de suite que je ne crois pas à cette éventualité. Toutefois, monsieur le Premier ministre, si vous partagez ces interrogations, il vous est facile de les lever immédiatement. Il vous suffit pour cela d'user du pouvoir que vous donne la Constitution de saisir, dès après le vote, le Conseil constitutionnel, qui ne manquerait pas de vous répondre en temps utile, dans des délais garantissant la prorogation de l'état d'urgence à compter du 26 novembre* ».

²⁷¹² *Id.*, p. 11148.

De nouveau, l'on perçoit combien la dangerosité accrue du terrorisme actuel enjoint de prendre des mesures dont l'efficacité autant que la rapidité de mise en œuvre suggèrent d'évincer un contrôle pourtant nécessaire. Au travers de ce qu'Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues nomment subtilement la « *rhétorique primo-ministérielle du "risque constitutionnel"* »²⁷¹³, l'on discerne très nettement cette volonté de renoncer à tout contrôle de constitutionnalité. Le Premier ministre percevait d'ailleurs le possible défaut de conformité de certaines dispositions en expliquant : « *certaines mesures, y compris parmi celles qui ont été votées hier à l'Assemblée nationale, [...] en particulier [le] recours au bracelet électronique [...], présentent une fragilité constitutionnelle* »²⁷¹⁴. Ainsi, tout en n'ignorant pas « *qu'elles pourraient faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité* »²⁷¹⁵ totalement justifiée, le chef de l'Exécutif préférait ne pas soumettre ces mesures au contrôle de constitutionnalité, dès lors que la gravité de la situation justifiait finalement d'évincer tout contrôle. En effet, pour l'Exécutif, il s'agissait davantage ici de « *donner aux forces de l'ordre, aux forces de sécurité et à la justice tous les moyens de poursuivre ceux qui représentent un danger pour la nation* »²⁷¹⁶ que d'observer un scrupuleux respect des prescriptions constitutionnelles. Par conséquent, le terrorisme actuel semble contraindre à la mise en œuvre de pouvoirs d'exception à la puissance accrue, dont l'efficacité supposée à endiguer les troubles justifie un affaiblissement du contrôle du Conseil constitutionnel, et par conséquent un infléchissement de la protection des libertés.

De tout point de vue, le terrorisme de nouvelle génération semble engendrer un double phénomène. D'une part, sa durée imprègne celle des pouvoirs de crise, tendant à un allongement perpétuel de l'institution d'exception, ou à l'insertion de pouvoirs exceptionnels au sein de lois qui, relevant de la normalité juridique, ont par principe vocation à s'inscrire sur le long terme. D'autre part, la violence expansive de ce terrorisme entraîne un danger accru qui tend à renforcer la légitimité d'une omniprésence exclusive de l'Exécutif. Cela mène à une soumission du juge, ou bien entraîne de la part des organes législatif et exécutif une volonté d'évincer tout contrôle opéré par l'organe juridictionnel ou le Conseil. Par là même, les pouvoirs de crise sont – eu égard au terrorisme actuel – de plus en plus puissants sur le long terme et de moins en moins contrôlés.

²⁷¹³ Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 131.

²⁷¹⁴ *JORF*, Sénat, compte rendu intégral, séance du 20 novembre 2015, n° 130, p. 11148.

²⁷¹⁵ *Ibid.*

²⁷¹⁶ *Ibid.*

§ 2. L’effacement progressif d’un décisionnisme pourtant favorable au rétablissement de l’ordre antérieur

Si l’effacement du critère temporaire et de celui du contrôle juridictionnel, derniers piliers propres à maintenir les pouvoirs d’exception dans leur acception commissariale – c’est-à-dire permettant qu’ils visent le seul rétablissement de l’ordre antérieur – semble dangereusement les mener vers le retour de la décision souveraine, fondatrice d’un ordre nouveau, d’autres éléments appellent au constat de cette même résurgence. En effet, deux facteurs permettent d’attester ce possible retour. D’une part, le terrorisme engendre une radicalité conflictuelle menant à la renaissance d’une opposition vitale comprise comme situation de guerre (A), voyant d’autre part s’affronter non plus de simples opposants, mais bien des amis et des ennemis se battant pour préserver leur existence (B). Or l’on sait, pour l’avoir constaté, combien cette radicalisation²⁷¹⁷, autant que cette caractérisation de l’ennemi²⁷¹⁸, favorisent l’apparition d’une décision souveraine, préjudiciable à la stabilité étatique.

A. Une radicalisation du conflit engendrée par « *le terrorisme de guerre* »²⁷¹⁹

Tout en étant théoriquement compris comme relevant d’un conflit intrinsèquement radicalisé (1), le fait terroriste engendre, très concrètement, un phénomène de guerre (2).

1. Le fait terroriste comme conflit intrinsèquement radicalisé

Si le terrorisme actuel se distingue nettement des situations exceptionnelles ayant antérieurement jalonné l’histoire révolutionnaire anglo-américaine et française, l’on doit néanmoins relever que le risque de résurgence du décisionnisme souverain qu’il engendre n’est pas nouveau. En effet, l’on a pu observer la concrétisation de la conceptualisation machiavélo-schmittienne au sein de l’histoire anglo-américaine et française concernant cet instant d’exacerbation où toute situation d’exception peut muter en opposition vitale. En effet, la *fortuna* machiavélienne, autant que la nécessité schmittienne, traduisent ce moment

²⁷¹⁷ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, B, 1 (lors du premier décisionnisme révolutionnaire), et *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2, A, 2 (pour la période jouxtant directement le premier décisionnisme révolutionnaire).

²⁷¹⁸ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, B, 2 (lors du premier décisionnisme révolutionnaire), et *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2, A, 1 (pour la période jouxtant directement le premier décisionnisme révolutionnaire).

²⁷¹⁹ François HOLLANDE, Discours devant le Parlement réuni en Congrès, 16 novembre 2015.

où le simple conflit idéologique, religieux ou bien encore économique, dérive au point de muer en un danger compris par ses protagonistes comme mettant leur existence en danger, au sens vital du terme. Cette situation extrême s'exprime, chez ces deux auteurs, par le phénomène de guerre²⁷²⁰. L'Angleterre, les États-Unis et la France illustrent par les situations exceptionnelles qu'ils subissent une telle radicalisation du conflit, aboutissant comme le montre Jean-Claude Monod à une compréhension guerrière du fait terroriste²⁷²¹. À ce titre, l'étude du vocabulaire usité dans le contexte de cette menace est particulièrement éclairante. En ce sens, l'on constate par exemple une association entre le terrorisme et la guerre, notamment dans le rapport du comité institué par la loi antiterroriste britannique de 2001. Celui-ci précise en effet les causes pouvant engendrer des pouvoirs de crise, spécifiant un parallélisme entre le terrorisme et des actions qui bien que « *ne relevant pas de la guerre* »²⁷²² en sont proches puisque constituent « *néanmoins des menaces spécifiques pour les ressortissants britanniques* »²⁷²³. D'une manière proche, Wanda Mastor rend compte de la conception américaine de l'antiterrorisme comme d'une « *guerre contre la terreur* »²⁷²⁴. Le président George Walker Bush, dès les premières heures suivant les attaques du 11 septembre 2001, assurait d'ailleurs en ce sens que face aux « *attaques terroristes* »²⁷²⁵, il était nécessaire de faire « *front ensemble pour gagner la guerre contre le terrorisme* »²⁷²⁶. Plus récemment, le président François Hollande affirmait, au lendemain des attentats du 13 novembre 2015, que la France avait été confrontée « *à un acte de guerre [...] commis par une armée terroriste* »²⁷²⁷. Or, précisait-il, « *face à la guerre, le pays doit prendre les décisions appropriées* »²⁷²⁸. Dans ce droit fil, Manuel Valls, alors Premier ministre, déclarait aux sénateurs quelques jours plus tard, pour justifier la mise en œuvre de ces moyens appropriés et la prorogation de l'état d'urgence : « *nous le disons tous, nous*

²⁷²⁰ Nicolas MACHIAVEL, Poésies et proses diverses, *Capitolo de la Fortune*, Gallimard, 1952, p. 82 ; Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, chap. III : « *La guerre, phénomène d'hostilité* », p. 66-75.

²⁷²¹ Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 137-138.

²⁷²² Privy Counsellor Review Committee, *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 Review : Report*, 12 décembre 2003, p. 41.

²⁷²³ *Ibid.*

²⁷²⁴ Wanda MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : le USA PATRIOT Act et autres violations "en règle" de la Constitution », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 69.

²⁷²⁵ George W. BUSH, Discours présidentiel depuis la Maison Blanche, 11 septembre 2001.

²⁷²⁶ *Ibid.*

²⁷²⁷ François HOLLANDE, Déclaration à l'issue du Conseil de défense, 14 novembre 2015.

²⁷²⁸ *Ibid.*

sommes en guerre, et cette guerre va durer longtemps, ce sera un combat de longue haleine, compte tenu de la situation en Syrie, en Irak, en Libye »²⁷²⁹. Au-delà des mots, la radicalité conflictuelle du terrorisme actuel se concrétise au travers de la guerre.

2. La radicalité du terrorisme concrétisée par la guerre

Dans ces trois États, par-delà le discours politique, la mise en œuvre de moyens de lutte contre le terrorisme concrétise ce vocabulaire belliqueux et témoigne de la compréhension guerrière du terrorisme. Dès le 20 septembre 2001, le président américain annonçait la mobilisation de son armée, et dès le 7 octobre, les forces américaines et britanniques bombardaient l’Afghanistan. Le 20 mars 2003 débutait l’invasion de l’Irak, par une coalition menée par les États-Unis, élargissant encore le spectre de la guerre contre l’« Axe du Mal »²⁷³⁰. Le 16 novembre 2015, le président français annonçait une intensification inédite – débutée la veille – des frappes contre le groupe État islamique ainsi que le déploiement du GAN²⁷³¹ en Méditerranée orientale. Ainsi, de tout point de vue, la radicalité intrinsèque du terrorisme renvoie nécessairement au contexte de la guerre, et engage ce que Julien Freund – reprenant les lignes de force de la pensée schmittienne – nomme « *le cas extrême de l’opposition entre ami et ennemi* »²⁷³². Cette dualité entre amis et ennemis, en tant que conséquence de la radicalité évoquée, imprègne à son tour la compréhension actuelle du fait terroriste.

B. La renaissance partielle de l’ennemi identitaire

La radicalité du fait terroriste tend à faire renaître la dualité déjà exposée entre amis et ennemis. Si le droit anglo-américain semble s’être engouffré dans cette périlleuse ambiguïté (1), le droit français semble, pour l’heure, demeurer dans un refus de distinction identitaire (2).

²⁷²⁹ JORF, Sénat, compte rendu intégral, séance du 20 novembre 2015, n° 130, p. 11148.

²⁷³⁰ Wanda MASTOR, « L’état d’exception aux États-Unis : le USA PATRIOT Act et autres violations “en règle” de la Constitution », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 63.

²⁷³¹ Groupe aéronaval.

²⁷³² Julien FREUND, « Les lignes de force de la pensée politique de Carl Schmitt », *Nouvelle École*, n° 44, avril 1987, p. 15.

1. Une discrimination de l'ennemi fondée sur son origine nationale

Dès lors qu'il est compris sous l'angle d'un phénomène de guerre, le terrorisme actuel semble raviver le clivage entre amis et ennemis. En effet, la radicalité conflictuelle qu'il suppose – faisant tourner le « *chagrin [...] à la colère et [la] colère à la détermination* »²⁷³³ – semble ne plus pouvoir tolérer de simples opposants, mais tend plutôt à faire renaître la dangereuse notion d'ennemi identitaire, rattachée à une unité politique exclusive dont les ravages ont déjà été exposés²⁷³⁴. La législation antiterroriste britannique est particulièrement claire en ce sens, puisque le texte de 2001, dans sa version initiale, précise qu'une personne suspectée de terrorisme, et contre laquelle peut être délivré un certificat de détention illimitée, ne peut jamais être un citoyen britannique, mais uniquement un « *terroriste international* »²⁷³⁵. Face à cette stigmatisation de l'ennemi étranger, la Commission spéciale d'appel en matière d'immigration jugeait dès 2002 que « *la loi de 2001 prescrit une différence de traitement entre individus sur la base de leur origine nationale* »²⁷³⁶ dès lors qu'« *aucun citoyen britannique ne peut être détenu selon les termes de cette loi* »²⁷³⁷. Plus encore, le comité institué pour examiner cette même loi recommandera vivement de rompre avec une telle caractérisation de l'ennemi étranger, au profit d'une législation « *traitant de tout type de terrorisme, quel que soit son origine ou la nationalité de son suspect* »²⁷³⁸. De même, les commissions militaires instituées par l'ordonnance du 13 novembre 2001 aux États-Unis illustrent clairement ce lien entre un conflit aigu et l'apparition d'un ennemi identitaire, puisqu'elles s'intéressent à la détention, au traitement, et au jugement de « *certain non-citoyens dans la guerre contre le terrorisme* »²⁷³⁹, et visent spécifiquement à sanctionner « *tout individu qui n'est pas un citoyen des États-Unis* »²⁷⁴⁰. C'est donc très logiquement qu'à la suite des attentats de 2001 sur le sol américain, l'on put voir renaître un nationalisme exacerbé s'afficher sur les murs

²⁷³³ George W. BUSH, Discours présidentiel devant les deux Chambres réunies du Congrès, 20 septembre 2001.

²⁷³⁴ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 1, et en particulier le B, 1, a.

²⁷³⁵ Royaume-Uni, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 14 décembre 2001, partie 4.

²⁷³⁶ Royaume-Uni, Commission spéciale d'appel en matière d'immigration, 30 juillet 2002, *A & Ors v. Secretary of State for the Home Department*, SC/1-7/2002.

²⁷³⁷ *Ibid.*

²⁷³⁸ Privy Counsellor Review Committee, *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 Review : Report*, 12 décembre 2003, p. 9 (notre traduction).

²⁷³⁹ États-Unis, *Military Order – Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, 13 novembre 2001 (notre traduction).

²⁷⁴⁰ *Id.*, art. 2 a.

de nombreuses villes du pays, incitant à « *signaler toute activité suspecte* »²⁷⁴¹, et relayé par un gouvernement irrigué d’une visions manichéenne d’un « *monde divisé en deux camps* »²⁷⁴². Wanda Mastor rappelle en ce sens certaines déclarations du président G.W. Bush nous apparaissant toutes schmittiennes : « *soit vous êtes avec nous, soit vous êtes contre nous* »²⁷⁴³. La distinction entre amis et ennemis, propre à fonder une unité politique exclusive, était encore perceptible lorsqu’il expliquait que l’Amérique, ainsi que ses « *amis et alliés* »²⁷⁴⁴, devaient se joindre pour « *faire justice à [leurs] ennemis* »²⁷⁴⁵. Le droit français semble résister à de telles simplifications.

2. Un droit français résistant au risque de distinction identitaire

Le cadre français semble, sur ce point, se distinguer par une conception moins ambivalente. Le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation du 23 décembre 2015 visait dans son article 2 à rendre possible la déchéance de nationalité à l’encontre d’une « *personne née française qui détient une autre nationalité* »²⁷⁴⁶ lorsqu’elle était « *condamnée pour un crime constituant une atteinte grave à la vie de la Nation* »²⁷⁴⁷. Bien qu’une telle mesure ait choqué – et que le projet de révision n’ait été définitivement adopté – il nous semble qu’elle révèle, au fond, que le droit français procède d’un refus de distinction – en l’occurrence fondée sur la nationalité – bien plus conséquent que dans les conceptions anglaise et américaine. En effet, d’une part, une telle mesure tendait à élargir les dispositions du Code civil en matière de déchéance de nationalité²⁷⁴⁸, permettant de confirmer – dans le cadre précis de la déchéance de nationalité – l’égalité consacrée par le

²⁷⁴¹ Wanda MASTOR, « L’état d’exception aux États-Unis : le USA PATRIOT Act et autres violations “en règle” de la Constitution », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 69.

²⁷⁴² *Ibid.*

²⁷⁴³ *Ibid.*

²⁷⁴⁴ George W. BUSH, Discours présidentiel depuis la Maison Blanche, 11 septembre 2001.

²⁷⁴⁵ George W. BUSH, Discours présidentiel devant les deux Chambres réunies du Congrès, 20 septembre 2001.

²⁷⁴⁶ France, *Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation*, 23 décembre 2015, art. 2.

²⁷⁴⁷ *Ibid.*

²⁷⁴⁸ France, *Code civil*, art. 25 : « L’individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d’État, être déchu de la nationalité française, sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride ».

Conseil constitutionnel²⁷⁴⁹ entre les personnes binationales nées françaises et les binationales ayant acquis cette nationalité. D'autre part, diverses sources tendent à démontrer que cette mesure ne crée pas d'inégalité entre les binationaux nés français et les français ne disposant que de cette seule nationalité. Ainsi, dans son avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, le Conseil d'État souligne que si cette mesure encourt un risque d'inconstitutionnalité, celui-ci « *ne provient pas d'une éventuelle méconnaissance du principe d'égalité* »²⁷⁵⁰, dès lors que les binationaux nés français « *ne sont pas, au regard de cette mesure, dans la même situation que les personnes qui ne détiennent que la nationalité française, car déchoir ces dernières de leur nationalité aurait pour effet de les rendre apatrides* »²⁷⁵¹. Si ce projet de loi constitutionnelle demeure fort critiquable, ainsi que le montrent par exemple Arnaud Haquet²⁷⁵² ou Paul Cassia²⁷⁵³ concernant la déchéance de nationalité en tant que telle²⁷⁵⁴ – si l'on se place dans un cadre de réflexion strictement français –, l'on doit néanmoins souligner que notre droit révèle un égalitarisme plus effectif que dans l'approche anglo-américaine.

À l'exception du droit français, l'on peut ainsi voir se dessiner une claire « *discrimination* »²⁷⁵⁵ entre des « *citoyens* »²⁷⁵⁶ apparaissant comme amis, et des

²⁷⁴⁹ C.C., 16 juillet 1996, n° 96-377, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire* : « *Considérant qu'au regard du droit de la nationalité, les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance sont dans la même situation* ». En l'espèce, le Conseil constitutionnel reconnaît néanmoins que « *le législateur a pu, compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme, prévoir la possibilité, pendant une durée limitée, pour l'autorité administrative de déchoir de la nationalité française ceux qui l'ont acquise, sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité* ».

²⁷⁵⁰ Avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, Conseil d'État, 11 décembre 2015, p. 2.

²⁷⁵¹ *Ibid.*

²⁷⁵² Arnaud HAQUET, « L'état d'urgence et le droit constitutionnel », *Les attentats de Paris : analyses croisées*, Colloque organisé par l'université de Rouen (CUREJ), le 19 janvier 2016, en ligne : [https://webtv.univ-rouen.fr/videos/07-reagir-sylvia-calmes-brunet-arnaud-haquet-jean-philippe-derosier_/].

²⁷⁵³ Paul CASSIA, « Quand la déchéance de nationalité “pour tous” est présentée comme une garantie du principe constitutionnel d'égalité... », *Le blog de Paul Cassia*, 8 février 2016, en ligne : [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/080216/quand-la-decheance-de-nationalite-pour-tous-est-presentee-comme-une-garantie-du-principe-constituti>]. Non sans ironie, l'auteur explique par exemple, s'adressant au Premier ministre : « *Que la lutte contre le terrorisme devienne le vecteur, par la réforme que vous défendez, d'un renforcement du principe d'égalité par le truchement de la “déchéance pour tous” est un paradoxe dont Orwell aurait pu faire ses délices* ».

²⁷⁵⁴ Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 161-163.

²⁷⁵⁵ Elspeth GUILD, « Agamben face aux juges. Souveraineté, exception et antiterrorisme », *Cultures et Conflits*, n° 51, 2003, en ligne : [<https://conflits.revues.org/967>].

²⁷⁵⁶ *Ibid.*

« *étrangers* »²⁷⁵⁷ proches de la figure de l'ennemi identitaire, auxquels des droits différents sont appliqués. Ainsi, le terrorisme actuel, par les effets cumulés de sa radicalité conflictuelle tendant au phénomène de guerre, d'une part, et de sa propension à faire renaître des unités politiques articulées autour de la distinction entre amis et ennemis, d'autre part, semble offrir à la décision souveraine un champ favorable à sa renaissance.

²⁷⁵⁷ *Ibid.*

Conclusion du chapitre 1

Les pouvoirs d'exception, lorsqu'ils s'exercent au sein d'un État dans les conditions prévues par le droit positif, sont-ils nécessairement une garantie en faveur du rétablissement de l'ordre normal antérieur ? Une telle interrogation semble appeler une réponse négative, car malgré une omniprésence juspositiviste au sein de l'État, l'expression actuelle des situations d'exception tend tout à la fois à déborder et à transformer les pouvoirs de crise, rendant ces derniers préjudiciables aux fondements de la continuité républicaine et donc à la restauration effective de l'ordre antérieur à la crise.

En effet, d'une part, l'on a relevé un commun accord autour de la conception temporaire des pouvoirs d'exception, qui ne peuvent être favorables à la restauration totale de l'ordre républicain que s'ils ne portent atteinte que pour une faible durée, aux libertés de certains, sous le contrôle d'un organe de l'État. Ainsi, le fondement de la continuité républicaine, incarné par une garantie la plus permanente et la plus égalitaire possible de libertés, peut être préservé. Or, il apparaît que le terrorisme de nouvelle génération bouleverse une telle conception des pouvoirs de crise. En effet, l'évolution des objectifs et moyens du terrorisme actuel, autant que son organisation fortement décentralisée, tendent à l'inscrire dans une logique de long terme et de violence expansive. Ces deux derniers éléments tendent à déborder la conception commissariale des pouvoirs de crise, voire à modifier ces pouvoirs.

En effet, d'autre part, l'on constate que ces pouvoirs semblent dangereusement se transformer au contact du terrorisme actuel, dès lors que sa menace durable et sa violence accrue entraînent une nécessaire mutation des moyens propres à gérer la crise. D'un côté, l'extension temporelle de la menace terroriste conduit à une prorogation presque indéfinie de l'état d'urgence, et également à l'insertion de pouvoirs exceptionnels au sein de législations relevant des temps normaux. D'un autre côté, l'expansivité de sa violence extrême entraîne la légitimité absolue de pouvoirs de crise de plus en plus puissants – même lorsque ceux-ci s'affranchissent des limites imposées et deviennent plus fortement liberticides –, et par conséquent un affaiblissement de la justification du contrôle opéré par l'organe juridictionnel ou par le Conseil constitutionnel pour la France. Entre l'hypertrophie temporelle de ces pouvoirs et l'atrophie de ce contrôle, les pouvoirs d'exception perdent – après avoir vu s'effacer leur prévisibilité par le droit positif, leur cantonnement à la seule sphère de la situation de crise, la limitation matérielle de leur

champ d'action – les deux derniers piliers qui, jusqu'à présent, les maintenaient dans une acception commissariale compatible avec la continuité républicaine et l'État de droit²⁷⁵⁸. À travers l'effacement de ces cinq piliers²⁷⁵⁹, l'on peut craindre le retour de la décision purement souveraine, dès lors que plus aucun cadre de droit positif ne semble capable de contenir ce décisionnisme. Mais les craintes grandissent encore lorsque l'on observe que le caractère intrinsèquement radicalisé du terrorisme actuel mène à l'envisager comme un phénomène de guerre, propice à la renaissance d'unités politiques articulées autour d'oppositions entre amis et ennemis. En effet l'on sait, pour l'avoir précédemment constaté, que ces deux éléments, le conflit extrême²⁷⁶⁰ et la figure de l'ennemi²⁷⁶¹, favorisent l'expression du décisionnisme souverain.

Or, l'un des traits essentiels de la décision souveraine, libérée des chaînes du droit positif, est de détruire l'ordre chancelant au sein duquel elle s'exprime afin d'en fonder un nouveau. Alors que la décision de commissaire vise à restaurer l'ordre antérieur, la décision souveraine vise en effet toujours sa destruction pour en instaurer un autre²⁷⁶². Si c'est une telle décision que fait naître le terrorisme actuel, il est plus que nécessaire, désormais, de déterminer si ce mouvement de destruction, préalable à une fondation nouvelle, s'est ou se produit, afin de découvrir si les modèles républicains anglo-américain et français demeurent, ou bien si au contraire, l'on a changé de paradigme.

²⁷⁵⁸ Voir l'introduction de ce chapitre.

²⁷⁵⁹ Au risque de se répéter, ces cinq piliers sont : la prévisibilité des pouvoirs exceptionnels par le droit positif, le cantonnement de ces pouvoirs aux situations de crise, l'imposition de limites au champ matériel de ces pouvoirs, le contrôle (parlementaire et juridictionnel) du respect de ces limites, et la restriction maximale du temps d'exercice des pouvoirs d'exception.

²⁷⁶⁰ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, B, 1 (lors du premier décisionnisme révolutionnaire), et *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2, A, 2 (pour la période jouxtant directement le premier décisionnisme révolutionnaire).

²⁷⁶¹ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, B, 2 (lors du premier décisionnisme révolutionnaire), et *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2, A, 1 (pour la période jouxtant directement le premier décisionnisme révolutionnaire).

²⁷⁶² Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 2 (lors du premier décisionnisme révolutionnaire), et *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2, B (pour la période jouxtant directement le premier décisionnisme révolutionnaire).

Chapitre 2 : L'ombre menaçante d'un nouveau paradigme

Il apparaît à ce stade nécessaire de rechercher jusqu'à quel point les droits anglo-américain et français ont puisé dans les présupposés machiavéliens et schmittiens, afin de résoudre les crises auxquelles ils sont confrontés. On sait déjà que la manifestation nouvelle des pouvoirs d'exception dans le réel traduit un infléchissement de la conception commissariale du décisionnisme de crise. En effet, il a été vu dans le chapitre précédent que les caractères du terrorisme de nouvelle génération semblaient faire vaciller les deux dernières composantes des cinq piliers juridiques²⁷⁶³ permettant normalement aux pouvoirs de crise de demeurer favorables au rétablissement du paradigme républicain. Ainsi, l'on peut suggérer une possible transformation de ces pouvoirs, qui semblent alors correspondre en tous points à la manière dont se manifeste la décision souveraine, elle qui par essence est libérée de toute limitation juridique de droit positif.

Or, il est évident que le danger de cette décision souveraine réside en ce qu'elle procède d'un préalable anéantissement de l'ordre frappé de troubles au sein duquel elle agit, afin d'en fonder ensuite un nouveau. Afin de déterminer si ces pouvoirs renvoient réellement à une telle décision, il est donc désormais nécessaire de rechercher s'ils ont effectivement anéanti le paradigme républicain, mais également s'ils ont mené à l'émergence d'un nouvel ordre juridique, c'est-à-dire à l'avènement d'un nouveau paradigme de gouvernement. Sur ce point, une nouvelle ligne de fracture entre Machiavel et Schmitt semble faire voler en éclat leur précédent accord²⁷⁶⁴ quant à la nécessité de n'user, au sein de l'État visant sa préservation, que d'un décisionnisme restaurateur. En effet, alors que le juriste allemand est prêt – face aux crises d'une particulière gravité – à insérer un décisionnisme souverain au sein de l'État, supposant au fond de renier le paradigme républicain au nom d'une sauvegarde de l'existence de l'unité politique, le penseur florentin demeure attaché à l'idée d'un inébranlable paradigme républicain, supposant un clair rejet de ce décisionnisme fondateur. Or – et c'est là la problématique fondamentale de ce chapitre –, il s'agit de rechercher combien les droits anglo-américain et français ont finalement puisé chez ces deux auteurs, afin de répondre à la question de

²⁷⁶³ Ces cinq piliers sont : la prévisibilité des pouvoirs exceptionnels par le droit positif, le cantonnement de ces pouvoirs aux situations de crise, l'imposition de limites au champ matériel de ces pouvoirs, le contrôle (parlementaire et juridictionnel) du respect de ces limites, et la restriction maximale du temps d'exercice des pouvoirs d'exception.

²⁷⁶⁴ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Conclusion.

savoir comment traiter ce terrorisme de nouvelle génération auquel ils sont confrontés. L'observation de leurs choix respectifs demande la plus grande attention, dès lors que ces derniers révèlent la valeur plus ou moins grande que la volonté politique accorde au paradigme républicain. Si le droit américain – selon nous piégé dans le sillon des ambiguïtés schmittiennes – semble s'être déterminé vers la fondation d'un nouveau paradigme, faisant des pouvoirs d'exception un réel mode de gouvernement (Section 1), le droit anglo-français – fidèle à Machiavel en l'espèce –, bien que s'approchant parfois dangereusement du décisionnisme souverain, démontre néanmoins un volontarisme visant à ne faire de la situation exceptionnelle qu'une simple discontinuité au sein d'un paradigme républicain qu'il s'agit résolument de maintenir (Section 2).

Section 1 : *L'exception comme nouveau paradigme de gouvernement*

L'hostilité absolue de Schmitt à l'égard de certains ennemis tranche d'avec l'humanisme machiavélien²⁷⁶⁵, et le conduit à favoriser le recours à la décision souveraine même au sein de l'État fondé visant pourtant sa pérennité. Imprégnée d'une même hostilité, la lutte antiterroriste menée par les États-Unis conduit très clairement à insérer ce décisionnisme au sein du paradigme républicain. Dès lors, l'objectif de cette partie est de rechercher en quoi l'hostilité schmittienne, menant à la déconstruction théorique du paradigme républicain (§ 1), a fait l'objet d'une appropriation concrète par les États-Unis, les menant dangereusement à faire de la lutte contre le terrorisme un pas décisif vers la fondation d'un nouveau paradigme (§ 2).

§ 1. La déconstruction du paradigme républicain

Dans la pensée schmittienne, « *la réalité centrale du politique ne se ramène pas à la seule hostilité* »²⁷⁶⁶, elle renvoie encore à cette « *distinction de l'ami et de l'ennemi* »²⁷⁶⁷. À ces deux égards, sa radicalité le mène à déconstruire, par la décision souveraine, la substance du paradigme républicain et par là même l'État de droit. En effet, d'une part, l'hostilité absolue et permanente qu'il entretient face à certains ennemis le mène à envisager la possibilité, même au sein de l'État fondé, d'un décisionnisme radicalement efficace, mais destructeur (A). D'autre part, cette hostilité semble se traduire par l'acception de l'ennemi comme combattant irrégulier – c'est-à-dire situé en dehors des règles de droit – auquel il sera par conséquent difficile d'appliquer un traitement qui soit conforme aux normes de l'État de droit (B).

A. La permanence d'une hostilité absolue envers certains ennemis

De manière contemporaine, le poids de la pensée schmittienne semble inspirer une compréhension très radicale des pouvoirs à appliquer à l'exception, au point d'y déceler son influence²⁷⁶⁸ substantielle sur les outils politique et juridique élaborés à l'encontre de telles situations. Pourtant, ce positionnement semble paradoxal au regard du choix

²⁷⁶⁵ Cf. *infra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 1, A, 1.

²⁷⁶⁶ Carl SCHMITT, *Théorie du partisan*, Flammarion, 1992, p. 301.

²⁷⁶⁷ *Ibid.*

²⁷⁶⁸ Voir en ce sens : Alain DE BENOIST, *Carl Schmitt actuel : « Guerre juste », terrorisme, état de guerre, « Nomos de la terre »*, Krisis, 2007 ; Scott HORTON, « The return of Carl Schmitt », *Balkinization*, novembre 2005, en ligne : [<https://balkin.blogspot.fr/2005/11/return-of-carl-schmitt.html>].

schmittien préalablement observé de développer, au sein de l'État fondé et qu'il s'agit de maintenir, une décision de commissaire conforme à l'État de droit, exemptée de toute radicalité destructrice. Si au sein de sa république Machiavel demeure fidèle, on le verra, à ce nécessaire compromis conforme à l'État de droit, le juriste allemand s'en écarte étonnamment. Afin d'éclairer cette ambiguë volonté de résurgence de la décision souveraine chez Schmitt – malgré le risque de destruction étatique qu'elle entraîne –, il convient d'abord d'exposer, sans les soutenir, les raisons personnelles de son rejet de la décision de commissaire en certaines situations (1). On pourra alors, ensuite, constater qu'une telle résurgence est envisageable de manière bien plus large – c'est-à-dire au-delà des convictions de l'auteur lui-même – dans un contexte plus actuel (2).

1. L'insertion paradoxale d'une décision souveraine au sein de l'État à l'époque schmittienne

Si l'on a pu constater chez Carl Schmitt la distinction entre une décision souveraine jusnaturaliste purement *instauratrice* de l'État²⁷⁶⁹, et la conceptualisation d'une décision de commissaire « *autorisée par un organe constitué* »²⁷⁷⁰, prévue par le droit positif, et visant ainsi à *restaurer* l'État fondé²⁷⁷¹, l'ambiguïté de l'auteur ne permet pas de maintenir une telle dualité intacte. En effet, il tend à insérer, dans l'État fondé, le décisionnisme souverain, là où Machiavel y renonce puisque plaidant pour un inébranlable paradigme républicain. Certes, l'on peut souligner avec Schmitt que puisqu'en tout état de cause « *le cas d'exception reste accessible à la connaissance juridique* »²⁷⁷², alors l'activité dictatoriale conserve une « *une relation avec l'ordre juridique* »²⁷⁷³, et ce, qu'elle relève du pur décisionnisme souverain ou de la commission²⁷⁷⁴. Mais – on le sait – alors que la dictature souveraine tend à achever cet ordre juridique dont parle Schmitt pour en fonder un autre, la dictature de commissaire cherche elle à préserver ce même ordre afin de pouvoir le restaurer. Cette volonté paradoxale d'insertion d'un décisionnisme souverain au sein de l'État fondé ne semble pouvoir se comprendre qu'en constatant l'écart substantiel entre le

²⁷⁶⁹ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, et Chapitre 2, Section 2.

²⁷⁷⁰ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 150.

²⁷⁷¹ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1 (en général), et Section 2, § 2, B, 1 (en particulier).

²⁷⁷² Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 23.

²⁷⁷³ Giorgio AGAMBEN, *État d'exception – Homo Sacer II*, Seuil, 2003, p. 57.

²⁷⁷⁴ Voir sur ce point : Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 140-143.

Professeur de droit constitutionnel tendant à l'objectivité, et l'idéologue nationaliste²⁷⁷⁵. En effet, à son éloge d'une théorisation de la décision de commissaire propre à maintenir concrètement l'existence de l'ordre constitutionnel de l'État de droit²⁷⁷⁶, s'oppose trop souvent le caractère destructeur « *d'un juriste tourmenté* »²⁷⁷⁷, chez qui « *la rancœur et le ressentiment [...] affleurent* »²⁷⁷⁸, dans certains ouvrages²⁷⁷⁹, « *à chaque page* »²⁷⁸⁰. En effet, la haine obsessionnelle de Schmitt pour l'ennemi, son hostilité inextinguible et permanente à lui, le conduisent irrémédiablement à envisager le recours à la dictature souveraine – car seule capable d'opérer une discrimination effective entre l'ami et l'ennemi – même au sein de l'État visant la pérennité, et pour le maintien duquel il avait pourtant théorisé une dictature de commissaire salvatrice. En ce sens, l'on doit relever qu'il existe, dans la pensée schmittienne, la présence d'un ennemi dont l'antagonisme avec l'ami est tel qu'il entraîne des conflits ne pouvant être résolus qu'au travers d'un décisionnisme radical, bien que ce dernier puisse rompre définitivement l'ordre constitutionnel établi. C'est très explicitement la haine des juifs – qui quoi qu'il advienne « *restent toujours des juifs* »²⁷⁸¹ et demeurent, même « *assimilé[s] [...], le véritable ennemi* »²⁷⁸² selon l'auteur – qui justifie la nécessaire mise en œuvre d'une décision souveraine, le menant à une relativisation, voire à une marginalisation absolue de la volonté de pérennité étatique. François Rigaux relève très justement ce lien entre la nécessité d'une décision souveraine contre l'ennemi absolu, et le risque du renversement de l'ordre républicain, en rappelant que Schmitt mettra ses convictions, mais aussi « *sa culture et son art de l'écriture au service du pouvoir [...] : celui des groupes conservateurs sous la République de Weimar*

²⁷⁷⁵ Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 162. L'auteur évoque « *le ressentiment et le délire nationalistes* » de Schmitt comme des éléments à la base d'une nécessaire insertion – selon le juriste allemand – de la décision souveraine au sein de l'État, afin d'éliminer l'ennemi pour mettre en œuvre une domination de l'unité politique nationale (au sens racial pour Schmitt).

²⁷⁷⁶ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 255-256 (dans l'appendice sur *La dictature du président du Reich d'après l'article 48 de la Constitution de Weimar*) : l'auteur y explique les vertus d'un « *schème général de la réglementation, conforme aux principes de l'État de droit, de l'état d'exception* ».

²⁷⁷⁷ François RIGAUX, « L'histoire du droit international revue par Carl Schmitt », *Journal of the History of International Law*, n° 9, 2007, p. 235.

²⁷⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁷⁹ Voir par exemple : Carl SCHMITT, *Glossarium – Archives des années 1947-1951*, Duncker & Humblot, 1991.

²⁷⁸⁰ François RIGAUX, « L'histoire du droit international revue par Carl Schmitt », *Journal of the History of International Law*, n° 9, 2007, p. 235.

²⁷⁸¹ Carl SCHMITT, *Glossarium – Archives des années 1947-1951*, Duncker & Humblot, 1991, p. 182.

²⁷⁸² *Ibid.*

et celui du dictateur après le renversement du régime républicain »²⁷⁸³. Par là même semble attesté le soutien de Schmitt à la mise en œuvre d'un décisionnisme destructeur du paradigme républicain. Mais bien au-delà du contexte dans lequel elle s'est développée, la radicalité schmittienne semble transposable à la période actuelle.

2. L'applicabilité de la radicalité schmittienne au contexte actuel

Au-delà de l'antisémitisme schmittien, et dans une perspective plus contemporaine, la pensée de l'auteur envisage, dans un cadre plus directement lié à notre sujet, la désignation d'un ennemi et de ses agissements, justifiant eux aussi la mise en œuvre d'une décision souveraine au sein de l'État. Autrement dit, la résurgence d'un décisionnisme souverain, appelée par Schmitt et constatée dans le contexte allemand du milieu du XX^e siècle, pourrait trouver dans les situations de crise de notre XXI^e siècle, des motifs lui permettant de nouveau de s'exprimer. En ce sens, Schmitt s'interrogeait, dès 1963 sur le point de savoir s'il sera possible, à l'avenir, d'« empêcher l'apparition sur un mode analogue et infiniment plus intense »²⁷⁸⁴ qu'à son époque, « de types d'hostilité nouveaux et inattendus, dont la mise en œuvre engendrera des incarnations inattendues d'un partisan nouveau »²⁷⁸⁵. À ce titre, lorsqu'il évoque les antagonismes de l'histoire ne pouvant être résolus qu'au travers de la guerre²⁷⁸⁶, il constate que « dans la lutte millénaire entre le christianisme et l'Islam »²⁷⁸⁷, il apparaissait impossible aux chrétiens de suivre les prescriptions de Matthieu et de Luc, selon lesquelles il est nécessaire d'aimer ses ennemis²⁷⁸⁸. De fait, l'antagonisme absolu entre amis et ennemis justifiait ici de violer la loi religieuse fondamentale, au point de vider de sa substance la recommandation qu'elle contient. En effet, selon Schmitt, « il ne serait venu à l'idée d'aucun chrétien qu'il fallait, par amour pour les Sarrasins ou pour les Turcs, livrer l'Europe à l'Islam au lieu de la

²⁷⁸³ François RIGAUX, « L'histoire du droit international revue par Carl Schmitt », *Journal of the History of International Law*, n° 9, 2007, p. 235.

²⁷⁸⁴ Carl SCHMITT, *Théorie du partisan*, Flammarion, 1992, p. 305.

²⁷⁸⁵ *Ibid.*

²⁷⁸⁶ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, chap. III : « La guerre, phénomène d'hostilité », p. 66-75.

²⁷⁸⁷ *Id.*, p. 67.

²⁷⁸⁸ Nouveau Testament, *Évangile selon Matthieu*, 5, 44 : « Aimez vos ennemis, bénissez ceux qui vous maudissent, faites du bien à ceux qui vous haïssent, et priez pour ceux qui vous maltraitent et qui vous persécutent » ; *Évangile selon Luc*, 6, 27-28 : « Aimez vos ennemis, faites du bien à ceux qui vous haïssent. Souhaitez du bien à ceux qui vous maudissent, priez pour ceux qui vous calomnient ».

défendre »²⁷⁸⁹. Reprenant la théologie schmittienne, mais en la plaçant dans un cadre politique plus actuel, Jean Zaganiaris constate que « *Carl Schmitt voyait dans les guerres historiques entre l'Islam et le monde chrétien* »²⁷⁹⁰ la plus « parfaite illustration de la lutte entre "l'ami" et "l'ennemi" »²⁷⁹¹, confirmant que chez l'auteur allemand, certaines hostilités justifient de renoncer « à un humanisme religieux prônant l'amitié et le respect entre les différentes croyances »²⁷⁹². C'est au regard de la nécessité vitale de lutter « contre les assauts de "l'étranger" [...], de celui qui est différent »²⁷⁹³ afin de protéger « la communauté existante »²⁷⁹⁴, que se trouve justifiée l'insertion d'une décision souveraine au sein du paradigme républicain, au risque d'anéantir la possible survie de ce dernier. Dans le contexte politique actuel, ces assauts peuvent être rattachés au terrorisme. C'est ce que constate Julien Freund en expliquant que l'homicide, en tant que tel, n'a aucune dimension politique, « *sauf s'il s'agit [...] d'un attentat terroriste qui vise à déstabiliser [...] une collectivité* »²⁷⁹⁵. Le terrorisme – que Freund décrit ici dans un sens proche de ce que l'on a qualifié de terrorisme de nouvelle génération²⁷⁹⁶ – revêt une signification proprement politique, car visant l'unité politique dans son entièreté, il remet en cause son existence vitale, et entame alors une relation révélant un certain degré d'hostilité²⁷⁹⁷, contraignant cette communauté à se saisir d'un décisionnisme souverain propre à vaincre l'ennemi pour affirmer ses propres choix d'existence, et fonder ainsi une nouvelle unité politique.

L'ennemi ainsi caractérisé – par une appartenance religieuse à l'Islam, tout aussi infondée que dans l'hypothèse antisémite –, autant que ses agissements – inscrits dans une logique terroriste –, renvoient ici à un tel degré d'hostilité que se trouve justifiée une

²⁷⁸⁹ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 67.

²⁷⁹⁰ Jean ZAGANIARIS, « "Un remède pire que le mal" : Carl Schmitt et les apories des régimes républicains », *Mouvements*, n° 37, janvier-février 2004, p. 78.

²⁷⁹¹ *Ibid.*

²⁷⁹² *Ibid.*

²⁷⁹³ *Ibid.*

²⁷⁹⁴ *Ibid.*

²⁷⁹⁵ Julien FREUND, « Les lignes de force de la pensée politique de Carl Schmitt », *Nouvelle École*, n° 44, avril 1987, p. 15.

²⁷⁹⁶ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2, A, 2.

²⁷⁹⁷ Renaud BAUMERT, Jean-François KERVÉGAN, « Carl Schmitt, tacticien ou théoricien ? », *La vie des idées*, octobre 2012, p. 3, en ligne : [<http://www.laviedesidees.fr/Carl-Schmitt-entre-tactique-et.html>]. Renaud Baumert rappelle que dans la conception schmittienne, « toute activité humaine pourrait devenir politique, à partir du moment où se manifesterait un certain degré d'hostilité entre des acteurs ».

réaction caractérisée par un décisionnisme souverain qui – émancipé des cinq piliers²⁷⁹⁸ consacrant la conception commissariale – révèle une dangereuse propension à rompre les fondements constitutionnels du paradigme républicain. En effet, l'acceptation de cet ennemi, autant que les moyens mis en œuvre pour s'opposer à ces agissements, semblent aménager un cadre au sein duquel s'opère une déconstruction d'un tel paradigme.

B. Un traitement de l'ennemi irrégulier, difficilement conforme à l'État de droit

Au regard de l'hostilité permanente envers certains ennemis, Schmitt suggère d'employer envers eux un décisionnisme effrayant. En effet, puisque ces derniers apparaissent comme irréguliers au regard des normes étatiques (1), se pose nécessairement la question de savoir s'ils doivent être traités par les règles de droit de cet État, ou bien au contraire en dehors de ces dernières (2).

1. Le partisan comme combattant irrégulier

L'acceptation de l'ennemi terroriste renvoie, si l'on s'en tient aux catégories schmittiennes, à sa notion de partisan. Pour le juriste allemand, le partisan est un combattant se manifestant essentiellement par une forme d'irrégularité vis-à-vis des normes de la guerre. D'abord, alors que le caractère régulier « *se manifeste par l'uniforme du soldat* »²⁷⁹⁹ appartenant à une armée étatique, par le fait que celui-ci possède une arme « *portée ouvertement et de façon ostensible* »²⁸⁰⁰, le partisan échappe à une telle identification. Selon Schmitt toujours, ce partisan ne peut davantage relever de la catégorie des milices ou membres de corps de volontaires, qui bien que n'appartenant pas à une armée étatique sont

²⁷⁹⁸ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 1, Conclusion. Ces cinq piliers sont : la prévisibilité des pouvoirs exceptionnels par le droit positif, le cantonnement de ces pouvoirs aux situations de crise, l'imposition de limites au champ matériel de ces pouvoirs, le contrôle (parlementaire et juridictionnel) du respect de ces limites, et la restriction maximale du temps d'exercice des pouvoirs d'exception.

²⁷⁹⁹ Carl SCHMITT, *Théorie du partisan*, Flammarion, 1992, p. 217.

²⁸⁰⁰ *Id.*, p. 217-218.

néanmoins visés et protégés par les Conventions de Genève²⁸⁰¹. Ensuite, le partisan, à l'inverse du combattant régulier, se distingue par un « engagement politique intensif »²⁸⁰², dès lors qu'il « combat en s'alignant sur une politique »²⁸⁰³. Enfin, l'action de ce « partisan moderne »²⁸⁰⁴ se détourne totalement « de l'hostilité conventionnelle de la guerre domptée et limitée »²⁸⁰⁵ par le droit « pour se transporter sur le plan d'une hostilité différente qui est l'hostilité réelle, dont l'escalade, de terrorisme en contre-terrorisme, va jusqu'à l'extermination »²⁸⁰⁶. Au regard de ces trois éléments, le partisan ne peut être qu'un « combattant irrégulier »²⁸⁰⁷, dès lors qu'il n'entre dans aucune des catégories juridiques définies par le droit. Nécessairement, la question du traitement infligé à un tel ennemi doit se poser, et les réponses schmittiennes, sans être suffisamment claires, ne laissent néanmoins aucun doute sur ses convictions profondes.

2. La question théorique du traitement juridique du partisan

Face à ce partisan, Schmitt soulève logiquement ce :

« problème théorique [...] du traitement juridique de l'irrégulier, du type de droit qui peut correspondre à une figure qui, en un sens, se caractérise

²⁸⁰¹ L'auteur apparaît d'abord proche des règles édictées par la Convention de Genève de 1949 (Voir en ce sens : *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre* (III), 12 août 1949, art. 4. Les combattants n'étant pas membres des forces armées étatiques engagées dans le conflit peuvent néanmoins obtenir le statut de prisonnier de guerre à certaines conditions (avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés, avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance, porter ouvertement les armes, se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre)). Mais il fait en réalité preuve d'une double ironie à l'égard de ladite Convention. D'une part, le fait que ce texte n'autorise pas à agir de manière inhumaine, même à l'encontre des prisonniers – étant combattants irréguliers – qui ne respectent pas les lois de la guerre (voir en ce sens l'article 3 commun aux quatre Conventions), apparaît paradoxal pour l'auteur et fait selon lui perdre en légitimité au texte. D'autre part, ces critères de catégorisation « supposent une démarche contradictoire avec la stratégie même du partisan » (Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 143). En effet, le partisan, puisqu'il vise par principe à ne pas être identifié – raison pour laquelle il ne combat pas dans une armée régulière –, rejette logiquement les critères de signe distinctif, d'arme portée ostensiblement, ou de respect des lois de la guerre. Il ne peut donc fondamentalement pas intégrer les catégories définies par ce texte, sauf à ne plus être un partisan. Au fond, le partisan ne peut s'insérer dans ces critères car il « n'attend de son ennemi ni justice ni grâce » (Carl SCHMITT, *Théorie du partisan*, Flammarion, 1992, p. 213).

²⁸⁰² Carl SCHMITT, *Théorie du partisan*, Flammarion, 1992, p. 218.

²⁸⁰³ *Ibid.* D'ailleurs, c'est justement « le caractère politique de son action qui remet en évidence le sens originel du terme de partisan. Ce terme, en effet, vient de parti et implique le rattachement à un parti ou à un groupe combattant, belligérant ou politiquement actif ».

²⁸⁰⁴ *Id.*, p. 213.

²⁸⁰⁵ *Ibid.*

²⁸⁰⁶ *Ibid.*

²⁸⁰⁷ *Id.*, p. 217.

*par son irrégularité, par son extériorité aux catégories juridiques étatiques classiques »*²⁸⁰⁸.

Schmitt ne répond pas clairement à la manière de traiter le combattant irrégulier. Pourtant, sa critique à l'égard des « *amis de la paix* »²⁸⁰⁹, ayant fait l'erreur de voir dans le « *Règlement de la Haye la fin de toute guerre* »²⁸¹⁰, autant que son « *ironie* [à l'égard du] *processus de "régularisation de l'irrégulier" dans le droit* »²⁸¹¹, permettent de penser le sens qu'il donne au « *déchaînement de la guerre irrégulière* »²⁸¹², comme possible réponse aux assauts du combattant irrégulier. C'est ici précisément que, supposément justifié par cette extériorité aux normes étatiques, s'ouvre un cadre au sein duquel la mise en œuvre de moyens violant la norme fondamentale peut anéantir le paradigme républicain. En effet, dès lors que les agissements irréguliers du partisan ont pour réponse « *des pratiques réduisant les individus à des corps sans droits* »²⁸¹³, l'on doit voir renaître, au sein même de l'État fondé, « *une politique libérée du droit dont on serait bien en peine de fixer les contours* »²⁸¹⁴. C'est au travers de cette insertion – nécessaire chez Schmitt – de la décision souveraine au sein de l'État que s'amorce l'anéantissement des fondements constitutionnels de ce dernier. C'est en ce sens que Mathieu Carpentier relève que « *le terrorisme, en raison de son caractère irrégulier au sens dégagé par Schmitt [...] menace de [...] rendre inconstitutionnelles [...] les mesures d'urgence traditionnelles* »²⁸¹⁵. Si Schmitt demeure, il faut le dire encore, théorique sur ce problème, les États-Unis y apportent pratiquement une réponse, permettant d'illustrer, plus concrètement que dans les mots du juriste allemand, l'abandon du paradigme républicain.

²⁸⁰⁸ Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 138.

²⁸⁰⁹ Carl SCHMITT, *Théorie du partisan*, Flammarion, 1992, p. 299.

²⁸¹⁰ *Ibid.*

²⁸¹¹ Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 149.

²⁸¹² Carl SCHMITT, *Théorie du partisan*, Flammarion, 1992, p. 300.

²⁸¹³ Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 19.

²⁸¹⁴ Jean-Claude MONOD, « La radicalité constituante (Negri, Balibar, Agamben) ou peut-on lire Schmitt de droite à gauche ? », *Mouvements*, n° 37, janvier-février 2004, p. 87.

²⁸¹⁵ Mathieu CARPENTIER, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 20, 2011, p. 86.

§ 2. La fondation américaine d'un nouveau paradigme de gouvernement

Tout comme le suggère Schmitt, les États-Unis mettent en œuvre – pour vaincre l'ennemi et établir une stabilité nouvelle – un décisionnisme souverain qui, expulsant l'ennemi de la sphère normative du paradigme républicain, ne peut conduire à le traiter qu'en dehors des règles que ce paradigme admet (A). Ce décisionnisme, radicalement efficace puisque libéré des entraves du droit, parvient à établir une certaine stabilité au sein de l'État. Or, ce n'est qu'à partir de cette stabilité issue d'un décisionnisme négateur du paradigme républicain que le droit positif nouveau va pouvoir être sécrété et trouver le fondement de sa validité²⁸¹⁶. Dès lors, le nouveau paradigme produit par ce système normatif sera nécessairement éloigné du précédent (B).

A. La confirmation du traitement illégal de l'ennemi illicite

Plus que d'autres, les États-Unis manifestent une réelle perméabilité aux idées schmittiennes dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. La détermination acharnée irriguant leur lutte antiterroriste semble en effet marquée de cette influence, au sens où la volonté de penser la lutte contre l'ennemi dans l'unique but de l'anéantir mène finalement à faire de la nécessité de « *penser la paix [...], une tâche étrangère à [leur] conceptualité* »²⁸¹⁷. Par là même, une telle volonté suggère de recourir à une radicalité supposant d'insérer, au sein de l'État, un décisionnisme souverain, au risque d'ébranler très clairement le paradigme républicain. Une telle irruption peut être observée au travers du statut conféré à l'ennemi, et par les moyens mis en œuvre pour s'opposer à ses agissements. Tout comme le juriste allemand, cet État a conçu l'ennemi comme un partisan irrégulier, nommé combattant illicite (1), et auquel par conséquent ne peuvent être appliquées que des mesures violant le cadre d'une légalité pourtant garante du paradigme républicain (2).

1. Le terroriste comme combattant illicite

La notion de partisan développée par Schmitt semble trouver une résurgence dans la compréhension américaine de l'ennemi terroriste, au sens de son caractère irrégulier.

²⁸¹⁶ Sur cette capacité de la décision à établir une situation normale et stable, comprise comme seul milieu au sein duquel le droit positif nouveau peut exister, et trouver le fondement de sa validité, cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 1.

²⁸¹⁷ Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 16.

Ainsi, dans un article consacré à l'analyse des lignes de force de la *Théorie du partisan* et de leur possible actualité²⁸¹⁸, David Cumin constatait la « *pertinence et l'utilité des concepts schmittiens pour penser [...] la problématique de la guerre irrégulière et du terrorisme* »²⁸¹⁹, précisément dans le cadre du combattant irrégulier. À ce titre, Fabien Marchadier relève que dans le cadre de la guerre américaine contre le terrorisme, engagée à la suite des attentats de 2001, l'ennemi criminel, au-delà même d'être un terroriste, devient un « *combattant illégal* »²⁸²⁰. D'une manière très concrète, au travers de divers mémorandums, l'État américain a appliqué une telle conception de l'ennemi terroriste, en en faisant un combattant illégal. Ces mémorandums peuvent être définis comme des documents internes du gouvernement américain, comme des avis juridiques dont l'objectif était de donner un cadre légal aux actions menées contre le terrorisme. Souvent issus du département de la Défense et de la Justice, ils visent à conseiller la Maison Blanche au travers de diverses recommandations et ont force de loi. Ils ont été déclassifiés à la suite du scandale d'Abu-Ghraïb. Le mémorandum du 9 janvier 2002 – rédigé et signé par John Yoo, procureur général adjoint du bureau du conseiller juridique du département de la Justice et adressé à William Jim Haynes, conseiller juridique général du département de la Défense – est particulièrement éclairant ici, car porte sur l'« *application des traités et des lois aux détenus d'Al-Qaïda et aux Talibans* »²⁸²¹. De façon lapidaire, l'auteur du rapport explique que les Conventions de Genève de 1949 ne peuvent s'appliquer aux membres d'Al-Qaïda ou aux Talibans, faisant automatiquement d'eux des combattants irréguliers au regard du droit, précisément grâce à la classification opérée par Carl Schmitt.

D'abord, ces terroristes ne peuvent prétendre au statut de soldat étatique, car comme le précise John Yoo, ils appartiennent à une « *organisation terroriste composée de membres de plusieurs nations* »²⁸²², et « *n'ayant pas le statut d'État* »²⁸²³. Par conséquent, ils ne peuvent relever d'un État signataire des Conventions de Genève disposant d'une armée,

²⁸¹⁸ Voir notamment sur cette actualité, au-delà de la notion d'ennemi illégal : Alain DE BENOIST, *Carl Schmitt actuel – « Guerre juste », terrorisme, état de guerre, « Nomos de la terre »*, Krisis, 2007 ; Jean-François THIBAUT, « Pertinence et actualité de la pensée internationale de Carl Schmitt », *Études internationales*, vol. 40, n° 1, 2009.

²⁸¹⁹ David CUMIN, « La théorie du partisan de Carl Schmitt », *Stratégie*, 1, n° 93-94-95-96, 2009, p. 36.

²⁸²⁰ Fabien MARCHADIER, « Terrorisme », *Dictionnaire des droits de l'homme*, Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD (dir.) et al., P.U.F., 2008, p. 922.

²⁸²¹ John YOO, *Mémorandum sur l'application des traités et des lois aux détenus d'Al-Qaïda et aux Talibans*, 9 janvier 2002, p. 1 (notre traduction).

²⁸²² *Id.*, p. 11.

²⁸²³ *Ibid.*

empêchant *de facto* l'applicabilité de ces textes²⁸²⁴. Plus encore, et en un même sens, ils ne peuvent relever du statut des milices, des corps de volontaires – visant, dans la troisième Convention de Genève, à protéger les combattants n'ayant pas le statut de soldat de l'armée – puisqu'ils ne portent aucun signe distinctif permettant de les inclure dans ce statut prévu à l'article 4 de la troisième Convention de Genève²⁸²⁵. Ensuite, à l'inverse des combattants réguliers exécutant des ordres, ce groupement agit au nom d'une idéologie politique « *radicale de l'Islam cherchant à attaquer des américains à travers le monde* »²⁸²⁶. Enfin, ces terroristes se détournent sciemment des lois de la guerre, franchissant les limites de ce que Schmitt nomme une « *hostilité conventionnelle* »²⁸²⁷, pour aller vers une « *hostilité réelle* »²⁸²⁸, c'est-à-dire en l'occurrence une action destructrice, en dehors des voies envisagées par la Convention²⁸²⁹. Par ces trois éléments, l'ennemi terroriste ne peut être, comme chez Schmitt, qu'un combattant irrégulier, en ce sens qu'il n'intègre aucune catégorie juridique prévue par les lois de la guerre. La loi sur les commissions militaires du 17 octobre 2006 confirmera d'ailleurs très explicitement l'admission d'une telle notion, en consacrant le statut de « *combattant ennemi illicite* »²⁸³⁰. C'est grâce à cette idée d'une irrégularité de l'ennemi que John Yoo va conclure que ce partisan ne peut bénéficier des garanties conférées par les textes. Pour le dire d'une autre manière, l'impossibilité supposée d'appliquer à ces terroristes la protection des Conventions de Genève va aboutir, on doit désormais l'aborder, à la possibilité de les torturer.

²⁸²⁴ *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre* (III), 12 août 1949. L'article 2 dispose en effet que ladite Convention s'applique entre États signataires, c'est-à-dire « *en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes* ».

²⁸²⁵ L'on retrouve clairement ici la logique schmittienne, qui suggère de faire échapper les terroristes à l'applicabilité de l'article 4 de la Convention de Genève, qui confère une protection, même aux combattants n'étant pas soldats, dès lors qu'ils remplissent les conditions suivantes : avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés, avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance, porter ouvertement les armes, se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre.

²⁸²⁶ John YOO, *Mémoire sur l'application des traités et des lois aux détenus d'Al-Qaïda et aux Talibans*, 9 janvier 2002, p. 11.

²⁸²⁷ Carl SCHMITT, *Théorie du partisan*, Flammarion, 1992, p. 213.

²⁸²⁸ *Ibid.*

²⁸²⁹ John YOO, *Mémoire sur l'application des traités et des lois aux détenus d'Al-Qaïda et aux Talibans*, 9 janvier 2002, p. 12 : John YOO renvoie à l'article 2 de la troisième Convention de 1949 (visant la guerre entre États) et à l'article 3 (visant les conflits ne présentant pas de caractère international), pour spécifier que les actions menées par Al-Qaïda n'entrent pas dans ces catégories.

²⁸³⁰ États-Unis, *Military Commissions Act*, 17 octobre 2006, art. 948, a.

2. La réponse pratique au questionnement du traitement juridique du terroriste

Le caractère irrégulier du combattant, au regard du mémorandum du 9 janvier 2002, implique une double conséquence. D'une part, son absence de rattachement au soldat d'une armée étatique, autant qu'au milicien ou au membre d'un corps de volontaires, l'empêche de bénéficier « *des traitements applicables aux individus relevant du statut de prisonnier de guerre visé par la troisième Convention de 1949* »²⁸³¹. Cette dernière prévoit de larges garanties telles que le principe d'une inaliénabilité des droits²⁸³², le droit à un logement décent²⁸³³, à une alimentation suffisante²⁸³⁴, ou l'accès à l'hygiène et à des soins médicaux²⁸³⁵. Le refus de tels traitements peut être admissible, dès lors que les conditions exigées à l'article 4²⁸³⁶ de la troisième Convention ne sont pas satisfaites. D'autre part, la seconde conséquence de ce caractère irrégulier du combattant conduit John Yoo à envisager l'impossibilité d'appliquer la Convention dans son intégralité, et particulièrement à « *exclure l'application de l'article 3 commun aux Conventions de Genève* »²⁸³⁷. Or, cet article vise précisément à offrir au combattant ne pouvant bénéficier des garanties conférées au prisonnier de guerre – c'est-à-dire à ceux des combattants n'étant ni soldat d'une armée étatique, ni milicien ou membre d'un corps de volontaires clairement identifiables –, ce « *minimum humanitaire* »²⁸³⁸ applicable à tout individu. En vertu de cet article 3, même le combattant irrégulier ne pouvant bénéficier du statut de prisonnier de guerre, ce partisan désigné par Schmitt et ravivé par le gouvernement de George Walker Bush, doit être, en « *toutes circonstances, traité avec humanité* »²⁸³⁹. À cet effet, « *les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle* »²⁸⁴⁰, quelles qu'elles soient, « *sont et demeurent prohibées,*

²⁸³¹ John YOO, *Mémorandum sur l'application des traités et des lois aux détenus d'Al-Qaïda et aux Talibans*, 9 janvier 2002, p. 13.

²⁸³² *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre* (III), 12 août 1949, art. 7.

²⁸³³ *Id.*, art. 25 : « *Les conditions de logement des prisonniers de guerre seront aussi favorables que celles qui sont réservées aux troupes de la Puissance détentrice cantonnées dans la même région* ».

²⁸³⁴ *Id.*, art. 26.

²⁸³⁵ *Id.*, chap. III.

²⁸³⁶ Ainsi que cela a été vu, l'article 4 de la Convention de Genève confère une protection, même aux combattants n'étant pas soldats, dès lors qu'ils remplissent les conditions suivantes : avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés, avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance, porter ouvertement les armes, se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre.

²⁸³⁷ John YOO, *Mémorandum sur l'application des traités et des lois aux détenus d'Al-Qaïda et aux Talibans*, 9 janvier 2002, p. 12.

²⁸³⁸ David CUMIN, « La théorie du partisan de Carl Schmitt », *Stratégique*, vol. 1, n° 93-94-95-96, 2009, p. 58.

²⁸³⁹ *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre* (III), 12 août 1949, art. 3.

²⁸⁴⁰ *Ibid.*

en tout temps et en tout lieu »²⁸⁴¹, y compris à l'égard de l'ennemi illicite que représente le terroriste. C'est cette seconde conséquence, prise en contradiction totale²⁸⁴² avec le texte de 1949, qu'il faut souligner ici, puisqu'elle répond au problème théorique – posé et partiellement répondu par Schmitt²⁸⁴³ – de déterminer les mesures à appliquer à un combattant n'entrant dans aucune catégorie juridique définie par le droit. En l'espèce, John Yoo constate qu'un partisan tel qu'un membre d'Al-Qaïda – du fait de son caractère de combattant irrégulier – ne peut tout simplement pas « voir son traitement militaire régi par les Conventions de Genève »²⁸⁴⁴. Par là même, ce gouvernement américain semble avoir donné une dimension concrète à l'idée schmittienne selon laquelle « le droit établi cesserait de s'appliquer, à celui des partisans ou autres combattants irréguliers de la “guerre contre la terreur” »²⁸⁴⁵, et ce même au sein de l'État de droit. En ce sens précis, Jean-Claude Monod relève justement que plusieurs pratiques consécutives aux 11 septembre 2001 ont clairement démontré cette « volonté de soustraire certaines catégories de personnes à cette intégration au droit opérée par les Conventions [...] de Genève »²⁸⁴⁶. On assisterait au fond à une tentative visant à « rétablir un traitement irrégulier de l'irrégulier radical, à savoir le terroriste »²⁸⁴⁷. Très concrètement, cet acharnement à vaincre l'ennemi, libéré de toute obligation normative de l'État de droit, conduit à l'édification d'un mémorandum visant à fixer les recommandations à suivre pour la conduite des interrogatoires des détenus d'Al-

²⁸⁴¹ *Ibid.*

²⁸⁴² Une telle déduction, opérée par John Yoo, ne résiste à aucune critique. En effet, il explique que le statut de combattant irrégulier, s'il est protégé par l'article 3 commun aux Conventions de Genève – empêchant de lui infliger toute atteinte à la vie et à l'intégrité corporelle – ne peut en l'espèce s'appliquer car en plus du fait que les terroristes ne s'insèrent pas dans son cadre, cet article ne concerne que les combattants irréguliers impliqués dans un conflit non-international, ce qui n'est pas le cas du conflit américain contre Al-Qaïda. Or, il s'agit là d'une déduction simplificatrice : si le texte de 1949 précise l'interdiction des traitements inhumains dans le cadre des conflits non-internationaux, cela ne signifie pas qu'il les autorise, *a contrario*, dans le cadre des conflits internationaux. Pour preuve, l'article 5 de la quatrième Convention de Genève prévoit que toutes les personnes – non protégées pour défaut de signe distinctif ou d'uniforme significatif – n'entrant pas dans une des catégories de la Convention permettant que leur soient appliqués les droits et privilèges de cette dernière, « seront toutefois traitées avec humanité et, en cas de poursuites, ne seront pas privées de leur droit à un procès équitable et régulier tel qu'il est prévu par la présente Convention ».

²⁸⁴³ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 1, B, 2.

²⁸⁴⁴ John YOO, *Mémorandum sur l'application des traités et des lois aux détenus d'Al-Qaïda et aux Talibans*, 9 janvier 2002, p. 11.

²⁸⁴⁵ Jean-François THIBAUT, « Pertinence et actualité de la pensée internationale de Carl Schmitt », *Études internationales*, vol. 40, n° 1, 2009, p. 6.

²⁸⁴⁶ Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 149.

²⁸⁴⁷ *Ibid.*

Qaïda et des Talibans, en date du 1^{er} août 2002²⁸⁴⁸. Il est signé par Jay Scott Bybee, alors supérieur de John Yoo au bureau du conseiller juridique du département de la Justice, et adressé à Alberto Gonzales, alors conseiller juridique à la Maison Blanche. Afin d'échapper à la violation de la Convention contre la torture de 1984²⁸⁴⁹, ratifiée par les États-Unis en 1994, et insérée aux articles 2340 et 2340 A du Code fédéral, ce rapport donne de la torture une acception intrigante. Au regard de ce mémorandum, la définition de la torture donnée par le Code fédéral renvoie à une souffrance extrême. Ainsi, pour qu'une violence commise entre dans le champ de la torture, elle « *doit être équivalente, en intensité, à la douleur accompagnant des blessures physiques graves, comme une défection d'organe, une altération des fonctions corporelles ou même la mort* »²⁸⁵⁰. On ne peut constater ici qu'une interprétation très extensive de l'article 2340 du Code fédéral américain, qui considère la torture caractérisée dès lors que sont infligées « *des douleurs ou des souffrances physiques ou mentales graves* »²⁸⁵¹. De même, une telle définition, par sa largesse, va clairement à l'encontre de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, qui interdit la torture – comprise comme atteinte à la vie et à l'intégrité corporelle – y compris aux combattants irréguliers, ne bénéficiant pas du statut de prisonnier de guerre. Plus encore, la définition donnée par ce mémorandum va à l'encontre de la loi américaine sur les crimes de guerre de 1996, qui condamne pénalement toute violation des Conventions de Genève, en particulier au sujet de la torture, comprise comme crime de guerre²⁸⁵². C'est au regard de la définition de la torture – comprise comme ne « *concernant que les actes les plus extrêmes* »²⁸⁵³ – donnée par ce mémorandum du 1^{er} août 2002 que vont être menés les interrogatoires dans le camp de Guantanamo. Ainsi, le mémorandum du 30 mai

²⁸⁴⁸ Jay Scott BYBEE, *Mémorandum sur les normes de conduite pour les interrogatoires en vertu du Code fédéral*, 1^{er} août 2002.

²⁸⁴⁹ Nations Unies, *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984.

²⁸⁵⁰ Jay Scott BYBEE, *Mémorandum sur les normes de conduite pour les interrogatoires en vertu du Code fédéral*, 1^{er} août 2002, p. 1 (notre traduction).

²⁸⁵¹ États-Unis, *Code fédéral*, art. 2340.

²⁸⁵² *Id.*, art. 2441 (codification de la loi sur les crimes de guerre).

²⁸⁵³ Jay Scott BYBEE, *Mémorandum sur les normes de conduite pour les interrogatoires en vertu du Code fédéral*, 1^{er} août 2002, p. 46.

2005²⁸⁵⁴ établit trois catégories de techniques²⁸⁵⁵ permettant d'obtenir des informations lors des interrogatoires. La dernière catégorie mérite que l'on y porte, plus qu'aux autres, attention. Elle y définit le *waterboarding* comme « *la technique la plus traumatisante des techniques d'interrogatoires renforcés* »²⁸⁵⁶. Cette technique consiste en le fait d'« *allonger un détenu au sol ou sur une structure permettant d'incliner sa tête vers le sol, de lui placer une serviette sur le visage, et d'y faire couler de l'eau afin de simuler l'étouffement* »²⁸⁵⁷. Cette méthode revêt une efficacité imparable, car en « *formant une barrière d'eau par laquelle il est difficile, voire impossible de respirer* »²⁸⁵⁸, elle simule « *la sensation de noyade* »²⁸⁵⁹. Le cynisme des auteurs du mémorandum les mène à considérer qu'il n'y a en ces pratiques aucune torture, dès lors que cette pratique ne peut être comparée à la définition de la torture donnée par le mémorandum du 1^{er} août 2002. En effet, la douleur ressentie ne serait pas comparable à celle « *accompagnant [...] la mort* »²⁸⁶⁰, dès lors qu'il s'agit d'une sensation de noyade, et non pas de la douleur ressentie lors d'une noyade effective. De ce fait, cette pratique échapperait au cadre des textes précédemment cités. Demeure néanmoins prohibés, en vertu de l'article 16 de la Convention contre la torture, les « *autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture* »²⁸⁶¹ telle qu'elle est définie à l'article premier du même texte. De nouveau, les auteurs des mémorandums tentent d'échapper à l'applicabilité de ce texte, en précisant que ce dernier ne prohibe ces « autres actes » que sur « *le territoire [placé] sous*

²⁸⁵⁴ Il est initié par Steven Gill Bradbury, procureur général adjoint au bureau du conseiller juridique du département de la Justice, et adressé à John A. Rizzo, conseiller général adjoint de la C.I.A. .

²⁸⁵⁵ Steven Gill BRADBURY, *Mémorandum à l'attention de John A Rizzo*, 30 mai 2005, p. 12. Il existe trois catégories de techniques, supposant une violence croissante : « *techniques de conditionnement* », il peut s'agir par exemple de la nudité, ou de la substitution alimentaire (remplacer un repas normal par un repas liquide et fade) ; p. 13 : « *techniques coercitives* », cela renvoie notamment aux insultes, aux gifles faciales, aux frappes abdominales ; p. 14 : « *techniques coercitives renforcées* », il s'agit notamment du *waterboarding* (notre traduction).

²⁸⁵⁶ *Id.*, p. 15.

²⁸⁵⁷ *Ibid.*

²⁸⁵⁸ *Ibid.*

²⁸⁵⁹ *Ibid.*

²⁸⁶⁰ Jay Scott BYBEE, *Mémorandum sur les normes de conduite pour les interrogatoires en vertu du Code fédéral*, 1^{er} août 2002, p. 1.

²⁸⁶¹ Nations Unies, *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, art. 16. Elle est ratifiée par les États-Unis le 21 octobre 1994.

[la] *jurisdiction* »²⁸⁶² de l'État partie à la Convention. Ils peuvent ainsi conclure²⁸⁶³ que d'un point de vue strictement technique²⁸⁶⁴ – pour le camp de Guantanamo – et territorial – pour la prison d'Abu-Ghraïb –, les lieux d'interrogatoires ne relèvent pas de la juridiction des États-Unis, permettant de les faire échapper²⁸⁶⁵ à l'intégralité de ladite Convention. Au-delà de ces justifications peu convaincantes, la mise en œuvre de ces programmes ne révèle rien d'autre qu'une volonté absolue d'élimination physique de l'ennemi au travers de moyens violant les bornes juridiques de l'État de droit. Autrement dit, de telles techniques mènent, sans ambiguïté aucune, à la mort, ainsi que l'a prouvé le cas de Manadel Al-Jamadi. Conduit à la prison d'Abu-Ghraïb par la C.I.A. le 5 novembre 2003 pour être interrogé, il décède pendant son interrogatoire mené dans ce lieu que les forces américaines nommaient la « salle de douche ». C'est à partir de ce décisionnisme souverain, négateur des aspirations républicaines, que va s'ériger un nouveau paradigme de gouvernement.

B. La décision souveraine comme source de validité d'un nouvel ordre normatif

L'hostilité développée par Schmitt, faisant de l'ennemi un combattant irrégulier auquel il est impossible d'appliquer les règles relevant de l'État de droit, fait émerger un décisionnisme aboutissant à la fondation d'un nouveau paradigme de gouvernement, opposé au paradigme républicain. En effet, le décisionnisme du juriste allemand, tout en anéantissant l'ordre juridique au sein duquel il s'exprime, produit une relative stabilité, élément nécessaire à la production d'un nouveau droit positif. Ce dernier, puisque tirant sa validité d'une décision souveraine négatrice du paradigme républicain, semble – théoriquement chez Schmitt – aboutir à la création d'un nouveau paradigme, nettement opposé au précédent (1). Ce processus trouve de façon très concrète une résonnance dans le cadre américain. Lui aussi procède du postulat décisionniste selon

²⁸⁶² *Ibid.*

²⁸⁶³ Tout comme dans le cas de la déduction de John Yoo constatant que l'article 3 de la Convention de Genève ne protégeait les combattants irréguliers que dans le cadre des conflits non-internationaux, il faut ici contester farouchement une telle conclusion. En effet, si la Convention contre la torture affirme en son article 16 que les actes autres que la torture ne peuvent être commis par les États sur le territoire placé sous leur juridiction, cela ne signifie aucunement que dans l'hypothèse où l'État agirait en dehors d'un territoire placé sous sa juridiction, de tels actes seraient autorisés.

²⁸⁶⁴ Steven Gill BRADBURY, *Mémoire à l'attention de John A Rizzo*, 30 mai 2005, p. 39 : « le programme d'interrogatoires de la C.I.A. n'est pas conduit sur un territoire souverain des États-Unis, placé sous sa juridiction ». En effet, en vertu d'un traité de 1903, cette enclave est une concession perpétuelle accordée aux États-Unis, mais il maintient néanmoins la propriété à Cuba.

²⁸⁶⁵ *Id.*, p. 39-40.

lequel « *l'ordre normatif* »²⁸⁶⁶ nouveau se fonde sur une décision ne pouvant être enfermée dans une rationalité juspositiviste. En l'espèce, cet ordre normatif nouveau s'éloigne effectivement du paradigme républicain (2).

1. L'intuition théorique d'une obsolescence du paradigme républicain

Au travers du recours à la décision souveraine au sein de l'État frappé par une situation exceptionnelle, Schmitt s'engage, on le sait, dans une déconstruction du paradigme républicain. De fait, par la désignation d'un ennemi dont l'élimination – conçue comme unique voie pour recouvrer une stabilité – ne peut être envisagée par des moyens soumis aux normes de l'État de droit, il valorise un décisionnisme souverain qui – se libérant des cinq piliers²⁸⁶⁷ maintenant les pouvoirs de crise dans le giron républicain – tend à annihiler l'ordre constitutionnel en vigueur. En effet, une des particularités du décisionnisme schmittien est évidemment de s'exprimer, on l'a vu, dans l'irrespect des normes étatiques au sein desquelles il agit, au point de rendre ces normes ineffectives. Ainsi, lorsqu'il tente d'envisager ce que deviendront les antagonismes futurs de l'histoire, Schmitt souligne que si l'ennemi demeurera dans le champ de l'illégalité – du fait de son impossible rattachement à une quelconque catégorie juridique permettant sa protection²⁸⁶⁸ –, la décision, comme manifestation d'une « *hostilité* »²⁸⁶⁹ ne cessera de s'enfoncer dans une même illégalité. Ainsi, tous « *deux seront mis hors la loi* »²⁸⁷⁰. Ces actions illégales répétées doivent nécessairement aboutir à un infléchissement total de la constitution, celle-ci ne valant que parce que toute action étatique s'y conforme autant que possible.

Mais au-delà de cet anéantissement, la décision souveraine – dotée de ce caractère de souveraineté constituante²⁸⁷¹ – suggère la fondation d'un nouvel ordre juridique. Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues résument avec beaucoup de finesse une telle idée,

²⁸⁶⁶ Jean-François KERVÉGAN, *Hegel, Carl Schmitt, le politique entre spéculation et positivité*, P.U.F., 1992, 4^e de couverture.

²⁸⁶⁷ Ces cinq piliers sont : la prévisibilité des pouvoirs exceptionnels par le droit positif, le cantonnement de ces pouvoirs aux situations de crise, l'imposition de limites au champ matériel de ces pouvoirs, le contrôle (parlementaire et juridictionnel) du respect de ces limites, et la restriction maximale du temps d'exercice des pouvoirs d'exception.

²⁸⁶⁸ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 1, B, 1.

²⁸⁶⁹ Carl SCHMITT, *Théorie du partisan*, Flammarion, 1992, p. 304.

²⁸⁷⁰ *Ibid.*

²⁸⁷¹ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 1.

lorsqu'ils soulignent, à propos du juriste allemand, qu'en « *dynamitant littéralement le droit constitutionnel, l'état d'exception fait apparaître la souveraineté en majesté* »²⁸⁷², permettant alors la fondation d'un paradigme nouveau. Or, puisque fondé à partir, et tirant sa validité d'un décisionnisme violant le modèle républicain, ce nouveau paradigme est radicalement opposé au précédent. Ainsi, la spécificité qu'il s'agit véritablement de mettre en relief ici se trouve dans le fait que cette irrégularité du décisionnisme, puisqu'elle parvient néanmoins à instaurer une stabilité relative, devient le fondement sur lequel reposera le droit nouveau. Autrement dit, la violation du paradigme républicain, qu'opère la décision souveraine, apparaît comme le point d'ancrage de l'ordre normatif nouveau. En effet, ce n'est précisément qu'à partir d'une normalité nouvelle, d'une certaine stabilité, que le droit nouveau pourra être inscrit, puisque l'on sait que chez le juriste allemand « *il faut que l'ordre soit établi pour que l'ordre juridique ait un sens* »²⁸⁷³. Cet ordre, cette normalité nouvelle, sont précisément apportés par la décision, et « *celui-là est souverain qui décide définitivement si cette situation normale existe vraiment* »²⁸⁷⁴. Ainsi, l'ordre juridique nouveau dépend entièrement du type de normalité produit par la décision souveraine, au point que « *la validité immanente* »²⁸⁷⁵ de la règle positive trouve sa source dans ce décisionnisme préalable. Or, il apparaît que cette normalité nouvelle, puisque issue de la décision souveraine, est fondamentalement négatrice des valeurs de l'ancien paradigme républicain. En un mot, le droit positif nouveau trouve ici sa validité juridique dans la violation de l'ancien paradigme républicain, puisque la normalité grâce à laquelle il peut trouver à s'appliquer provient d'un décisionnisme souverain destructeur d'un tel paradigme. Cela suggère l'apparition d'un paradigme nouveau, opposé aux aspirations républicaines. Une fois de plus, Schmitt semble peu expressif à propos de ce nouveau modèle, concluant sa *Théorie du partisan* par l'affirmation selon laquelle « *le théoricien ne peut que veiller aux concepts* »²⁸⁷⁶ sans réellement pouvoir tirer de conséquences pratiques de ses assertions. Néanmoins, le droit américain permet de leur apporter une dimension concrète.

²⁸⁷² Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 178.

²⁸⁷³ Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 23.

²⁸⁷⁴ *Ibid.*

²⁸⁷⁵ *Ibid.*

²⁸⁷⁶ Carl SCHMITT, *Théorie du partisan*, Flammarion, 1992, p. 305.

2. L'avènement d'un nouveau paradigme de gouvernement

L'observation de l'action antiterroriste américaine permet de cerner de réels points de contact avec la pensée schmittienne, soulignant par-là toute son actualité. Mais surtout, une telle observation permet de prolonger le schmittisme dans une perspective pratique, donnant à voir les conséquences que peut avoir la concrétisation de ses concepts.

Ainsi, d'une part, les mémorandums américains peuvent être comparés à autant de décisions souveraines. En effet, ceux-ci mènent à une déconstruction du paradigme républicain, parce qu'ils traitent l'ennemi au travers de moyens violant très nettement les limites constitutionnelles imposées aux pouvoirs d'exception afin qu'ils demeurent conformes à l'État de droit. Ces affranchissements répétés entraînent logiquement un affaiblissement de l'effectivité constitutionnelle, et finalement son possible anéantissement. Ainsi, la volonté de placer l'ennemi dans l'irrégularité conduit à le traiter par des moyens illégaux, rappelant l'idée schmittienne selon laquelle tous deux sont finalement en dehors de la loi. Fabien Marchadier illustre parfaitement cette idée en rappelant qu'« *utiliser les mêmes armes que les terroristes pour les combattre [...] reviendrait à admettre que, dans certains cas, le terrorisme se justifie* »²⁸⁷⁷. Dès lors, traiter l'ennemi illicite au travers de moyens illicites – ce qu'a pratiqué le gouvernement américain suite aux attentats de septembre 2001 – mène à dépasser les limites qu'impose la Constitution, au point d'annihiler son autorité, autant que les valeurs républicaines qu'elle contient et vise à préserver.

D'autre part, l'observation de l'action américaine permet de donner une dimension concrète aux présupposés schmittiens. En effet, au-delà de cet infléchissement constitutionnel que provoque la décision souveraine américaine, celle-ci tend, très concrètement, à fonder un nouveau paradigme, là aussi très opposé à celui qu'elle a bouleversé. C'est en ce sens précis que Wanda Mastor constate que les moyens mis en œuvre pour mener la guerre contre la terreur « *ont remis en cause des principes qui faisaient autrefois de ce pays la première démocratie du monde* »²⁸⁷⁸. De même, Jane Mayer, dans *The Dark Side*, souligne de façon récurrente que la guerre contre la terreur a en réalité mené

²⁸⁷⁷ Fabien MARCHADIER, « Terrorisme », *Dictionnaire des droits de l'homme*, Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD (dir.) et al. , P.U.F., 2008, p. 921.

²⁸⁷⁸ Wanda MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : le USA PATRIOT Act et autres violations "en règle" de la Constitution », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 69.

à une guerre contre les idéaux américains²⁸⁷⁹, parmi lesquels se trouve celui de l'État de droit. En effet, si ces modalités d'action ont mis en brèche les garanties constitutionnelles du républicanisme américain, il faut aussi et surtout constater que la stabilité relative que ce décisionnisme a produit, a servi de point d'ancrage à un droit nouveau. Puisque ce dernier tire sa validité d'un décisionnisme qui a finalement « *redéfini des notions inscrites dans des textes de la plus haute valeur juridique* »²⁸⁸⁰, niant ainsi fortement le paradigme républicain, ce droit nouveau tend nécessairement à développer une normativité qui s'oppose à un tel paradigme. Alberto Gonzales, alors conseiller juridique de la Maison Blanche lors des événements de 2001, affirmait d'ailleurs, dans son mémorandum du 25 janvier 2002, que « *le nouveau paradigme* »²⁸⁸¹ que les mémorandums permettaient de fonder, rendait « *obsolètes les strictes limitations imposées* »²⁸⁸² par les textes nationaux comme internationaux. Ainsi le décisionnisme souverain des mémorandums a-t-il infléchi les fondements constitutionnels américains, pour parvenir dans le même temps à une stabilité nouvelle. Mais le droit issu de cette stabilité semble s'insérer dans un paradigme totalement nouveau, imprégné du décisionnisme ayant permis son émergence. Pour le dire autrement, le droit positif qui a pu émerger grâce à la stabilité décisionniste semble produire une normativité éloignée du paradigme républicain, bien qu'elle tente à certains égards de rétablir en son sens originel. À ce titre, l'on peut songer à deux décrets pris par Barack Obama le 22 janvier 2009. Le premier marque clairement une volonté de rompre avec les pratiques de l'administration Bush, en ordonnant « *la fermeture des lieux de détention de Guantanamo aussi vite que possible* »²⁸⁸³. Plus encore, ce décret montre une réelle préférence pour le jugement des détenus par des tribunaux de droit commun²⁸⁸⁴ plutôt que par les commissions militaires créées par l'administration Bush. Il est évident que ces dernières se sont affranchies de la Constitution, notamment en refusant d'appliquer en leur

²⁸⁷⁹ Jane MAYER, *The Dark Side*, Doubleday, 2008.

²⁸⁸⁰ Carolina CERDA-GUZMANN, « La torture par-delà le droit. La lutte contre le terrorisme aux États-Unis », *Vacarme*, n° 72, 2015/3, p. 107.

²⁸⁸¹ Alberto GONZALES, *Mémorandum sur l'application des Conventions de Genève aux prisonniers de guerre dans le cadre du conflit contre Al-Qaïda et les Talibans*, 25 janvier 2002, p. 2 (notre traduction).

²⁸⁸² *Ibid.*

²⁸⁸³ Barack OBAMA, *Décret portant sur l'examen et les dispositions à appliquer aux détenus de Guantanamo, et sur la fermeture du lieu de détention*, n° 13492, 22 janvier 2009, section 3 (notre traduction).

²⁸⁸⁴ *Id.*, section 4, c. 3. : « Conformément à la loi des États-Unis, le cas de personnes détenues à Guantanamo et ne pouvant être, en vertu de ce décret, libérées ou transférées, doit être évalué pour déterminer si le gouvernement fédéral devrait chercher à poursuivre ces personnes pour les infractions qu'elles ont commises, même lorsqu'il est possible de les poursuivre devant un tribunal créé conformément à l'article III de la Constitution des États-Unis ».

sein « *les principes du droit et les règles de preuve généralement reconnus dans le jugement des affaires pénales dans les tribunaux de district des États-Unis* »²⁸⁸⁵. Elles s'en sont encore éloignées en ne se concentrant que sur les personnes n'étant pas des citoyens américains²⁸⁸⁶, ou bien encore en créant le « *combattant ennemi illicite* »²⁸⁸⁷ auquel aucune protection juridique n'est appliquée. Cette préférence pour les tribunaux de droit commun semble donc renvoyer à une volonté de recouvrer le paradigme républicain. Pourtant, d'une façon ambiguë, ces commissions ne semblent pas définitivement abolies. En effet, d'une part, « *rien dans ce décret ne préjuge de l'autorité du secrétaire de la Défense pour déterminer les dispositions à appliquer aux détenus non couverts* »²⁸⁸⁸ par ce texte. D'autre part, ce décret ne prescrit finalement qu'un « *examen prompt et approfondi [...] du processus des commissions militaires en général* »²⁸⁸⁹. Le second décret²⁸⁹⁰ révoque celui pris par le président Bush en 2007²⁸⁹¹, ce dernier ayant écarté l'applicabilité de l'article 3 commun aux Conventions de Genève dans le cadre des interrogatoires menés par la C.I.A. . Ainsi, les techniques telles que le *waterboarding* semblent clairement proscrites, puisque « *tout agent du gouvernement des États-Unis* »²⁸⁹² ne pourra désormais procéder à l'interrogatoire de tout individu qu'en « *se conformant strictement aux mesures prévues par le manuel militaire américain* »²⁸⁹³, interdisant lui-même la simulation de noyade. Mais à la fois, ce décret confie à un groupe de travail spécial la mission « *d'évaluer si les techniques d'interrogatoire prévues par le manuel militaire [...], lorsqu'elles sont employées par des organismes extérieurs à l'armée, sont suffisamment efficaces pour obtenir des renseignements nécessaires à la protection de la Nation* »²⁸⁹⁴. Autrement dit, ce groupe de travail a pour tâche de rechercher s'il est possible de conférer à des organismes

²⁸⁸⁵ États-Unis, *Military Order – Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, 13 novembre 2001, art. 1^{er}, f (notre traduction).

²⁸⁸⁶ *Id.*, art. 2, a.

²⁸⁸⁷ États-Unis, *Military Commissions Act*, 17 octobre 2006, art. 948, a (notre traduction).

²⁸⁸⁸ Barack OBAMA, *Décret portant sur l'examen et les dispositions à appliquer aux détenus de Guantanamo, et sur la fermeture du lieu de détention*, n° 13492, 22 janvier 2009, section 7, a.

²⁸⁸⁹ *Id.*, section 2, g.

²⁸⁹⁰ Barack OBAMA, *Décret portant sur la conformité légale des interrogatoires*, n° 13491, 22 janvier 2009, section 1.

²⁸⁹¹ George W. BUSH, *Décret sur l'interprétation de l'article 3 commun des Conventions de Genève et son applicabilité au programme de détention et d'interrogatoire opéré par la C.I.A.*, n° 13440, 20 juillet 2007.

²⁸⁹² Barack OBAMA, *Décret portant sur la conformité légale des interrogatoires*, n° 13491, 22 janvier 2009, section 3, b (notre traduction).

²⁸⁹³ *Ibid.*

²⁸⁹⁴ *Id.*, section 5, e, i.

tels que la C.I.A., des moyens « *additionnels ou différents* »²⁸⁹⁵ de ceux déjà prescrits par le manuel militaire des États-Unis. On doit nécessairement souligner qu'une telle orientation pourrait inviter à aller au-delà des techniques autorisées par ledit manuel, ouvrant la possibilité d'un retour à des techniques extrêmement coercitives. Peu après, le président Obama a très clairement rejeté la validité des mémorandums²⁸⁹⁶. Mais il a, dans le même temps, prononcé une déclaration de non-condamnation²⁸⁹⁷ – alors que la loi prévoit des sanctions²⁸⁹⁸ – des agents²⁸⁹⁹ ayant pratiqué la torture en vertu des mémorandums l'ayant autorisée, ainsi que des auteurs²⁹⁰⁰ de ces mémorandums, expliquant qu'il était venu « *le temps de la réflexion, et non plus celui du châtime* »²⁹⁰¹. Cette absence de condamnation réelle montre finalement le caractère diffus et durable du décisionnisme souverain, qui aboutit à la production de normes ayant intégré l'idée que si certaines

²⁸⁹⁵ *Ibid.*

²⁸⁹⁶ Barack OBAMA, *Déclaration présidentielle sur la déclassification des mémorandums*, 16 avril 2009 : « *L'un de mes premiers actes en tant que président a été d'interdire ces techniques d'interrogatoire, car elles sapent nos valeurs morales, et ne nous apportent pas davantage de sécurité* » (notre traduction).

²⁸⁹⁷ *Ibid.* Voir encore en ce sens : *Le Monde*, « Torture : les mémos secrets de la C.I.A. rendus publics », 16 avril 2009.

²⁸⁹⁸ La loi sur les crimes de guerre de 1996, insérée à l'art. 2441 du Code fédéral américain, dispose en effet que : « *Quiconque, à l'intérieur ou à l'extérieur des États-Unis, commet un crime de guerre, [sera] condamné à une amende en vertu du présent titre ou emprisonné à vie ou pour une certaine période [...], et sera passible de la peine de mort, si ses actes entraînent le décès de la victime* ». Voir encore sur ce point : Michael John GARCIA, « The War Crimes Act : Current Issues », *Congressional Research Service*, 22 janvier 2009, p. 1 : « *La loi sur les crimes de guerre impose des sanctions pénales contre les personnes commettant certaines infractions en vertu du droit de la guerre, lorsque ces infractions sont commises par ou contre un ressortissant américain, ou par un membre des forces armées américaines. La loi s'applique, que l'infraction se produise à l'intérieur ou à l'extérieur des États-Unis. Les responsables sont passibles d'une peine d'emprisonnement à perpétuité [...] et peuvent être punis de la peine de mort si leur infraction entraîne la mort de la victime* ».

²⁸⁹⁹ Malgré une tendance à la non condamnation, le soldat Sabrina Harman a été condamnée en 2005 à six mois d'emprisonnement et dégradée par la cour martiale du Texas, pour mauvais traitements. De même, Charles Graner – considéré comme meneur des sévices perpétrés à Abou Ghraib – a été condamné à dix ans d'emprisonnement. Mais au-delà des simples soldats, très peu de ceux hautement gradés ont en réalité été condamnés. Si le sergent Ivan Frederick a été condamné à huit ans de prison, et l'ex-commandante de l'unité de police militaire d'Abou Ghraib Janis Karpinski dégradée de général à colonel, les véritables responsables semblent ne pas être inquiétés. Cette partialité peut, notamment, s'expliquer par le fait que le rapport sur le traitement des prisonniers en Irak, diligenté par le Major général Antonio Taguba, n'est pas allé jusqu'à interroger les personnes les plus gradées. Voir sur ce point : *Le Monde*, « Scandale d'Abou Ghraib : la soldate Sabrina Harman a été condamnée à six mois de prison », 18 mai 2005 : « *les enquêtes de l'armée ont blanchi le général Sanchez, le commandant des forces américaines en Irak à l'époque du scandale, et trois autres haut gradés* ».

²⁹⁰⁰ Il faut relever une même absence de condamnation à l'égard des auteurs des mémorandums, en particulier Jay Scott Bybee et John Yoo. Voir en ce sens : LICHTBLAU Eric, SHANE Scott, « Report Faults 2 Authors of Bush Terror Memos », *The New York Times*, 19 février 2010 : « *Après cinq ans de débats internes [...], le ministère de la Justice a conclu dans un rapport publié vendredi, que les juristes qui ont justifié légalement les tactiques brutales d'interrogatoire de l'administration Bush pour les suspects de terrorisme, ont utilisé un raisonnement juridique imparfait, mais ne sont pas coupables de faute professionnelle* » (notre traduction).

²⁹⁰¹ *Ibid.*

« méthodes d'interrogation peuvent violer »²⁹⁰² les lois formant l'assise constitutionnelle du paradigme républicain, « la nécessité ou l'autodéfense pourraient fournir des justifications qui élimineraient toute responsabilité criminelle »²⁹⁰³, et donc toute condamnation. Même à l'issue de la crise, l'inconstitutionnalité des dispositions permettant la torture n'est pas clairement dénoncée, donnant à voir l'impact temporel d'un tel décisionnisme sur la loi fondamentale. Certes, les actes juridiques du président Obama prouvent une réelle volonté de rompre avec « l'état de non-droit [qu'avait aménagé] l'État américain dans sa "guerre contre le terrorisme" »²⁹⁰⁴, et en ce sens ils semblent renouer avec le paradigme républicain. Mais dans le même temps, une forme d'ambiguïté prouve que le droit produit à l'issue d'une stabilité retrouvée par suite d'un décisionnisme souverain, porte la marque de ce dernier. En ce sens, ces normes révèlent aussi, à certains égards, un droit positif concevant « l'état d'exception comme paradigme de gouvernement »²⁹⁰⁵. Au fond, et pour reprendre les mots de Giorgio Agamben, il semble que Schmitt soit parvenu à décrire « en une prophétie pour ainsi dire intéressée, un paradigme [...] qui non seulement est resté actuel, mais a même aujourd'hui atteint son complet développement »²⁹⁰⁶, notamment dans le cadre des États-Unis. D'ailleurs, la prédiction schmittienne, si elle peut être partiellement contredite par le volontarisme de l'administration Obama, retrouve – en théorie pour l'instant – sa pleine vérité depuis peu. En effet, le 22 novembre 2015, Donald Trump déclarait : « Je pense que le waterboarding, c'est de la gnognotte par rapport à ce qu'ils nous font. Je le rétablirai »²⁹⁰⁷. Par là même il marquait sa volonté de l'« absolu retour de l'interrogatoire, et l'interrogatoire musclé »²⁹⁰⁸. Plus récemment encore, dans une interview du 26 janvier 2016, il expliquait que les terroristes, eux, « décapitent les citoyens au Moyen-Orient parce qu'ils sont chrétiens ou musulmans ou quoi que ce soit d'autre »²⁹⁰⁹, mais « nous avons le

²⁹⁰² Jay Scott BYBEE, *Mémoire sur les normes de conduite pour les interrogatoires en vertu du Code fédéral*, 1^{er} août 2002, p. 46.

²⁹⁰³ *Ibid.*

²⁹⁰⁴ Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 97.

²⁹⁰⁵ Giorgio AGAMBEN, *État d'exception – Homo Sacer II*, Seuil, 2003, p. 9.

²⁹⁰⁶ *Id.*, p. 56.

²⁹⁰⁷ Déclaration de Donald Trump dans l'émission *This Week*, diffusée sur A.B.C., 22 novembre 2015.

²⁹⁰⁸ *Ibid.*

²⁹⁰⁹ Interview de Donald Trump pour la chaîne A.B.C., 26 janvier 2016.

waterboarding »²⁹¹⁰. L'effacement du paradigme républicain au profit d'un paradigme de l'exception semble donc à l'heure actuelle tout à fait perceptible.

Procédant d'une volonté machiavélienne de maintien absolu du paradigme républicain, le droit anglo-français semble, en apparence, opposé à cette possible fondation d'un nouveau paradigme.

Section 2 : L'exception comme simple discontinuité républicaine

Contrairement à la menace schmittienne d'un inéluctable changement de paradigme, Machiavel tente de faire du républicanisme un mode de gouvernement inébranlable. Sur ce point, les droits anglais et français semblent plus proches du Florentin que le droit américain. Afin de confirmer une telle filiation, l'objectif de cette partie sera de rechercher ce que ces deux ordres juridiques ont puisé du machiavélisme afin de parvenir à faire face aux crises tout en maintenant résolument le paradigme républicain. On constate alors que comme Machiavel, ils mettent en œuvre des moyens visant à ne faire de la situation de crise qu'une simple discontinuité au sein du paradigme républicain, s'opposant par là même à la conception américaine d'une fondation renouvelée (§ 1). Sur ce point, Anne Giudicelli remarquait justement que « *l'approche sécuritaire européenne* »²⁹¹¹ devait s'envisager dans « *une tout autre mesure [que l'approche] américaine* »²⁹¹². En effet, une parfaite comparaison entre les droits américain, anglais et français apparaît complexe ici, pour deux raisons principales, tout à la fois factuelle et temporelle²⁹¹³. Mais, malgré ce lien réel avec le penseur de Florence, il semble que la finesse de son raisonnement ait sur certains points échappé au droit actuel, qui semble déduire du machiavélisme une nécessaire insertion des pouvoirs de crise au sein de la loi fondamentale. Il faudra alors démontrer le danger d'une telle constitutionnalisation, autant que celui de la conception actuelle de l'institution d'exception en général (§ 2).

²⁹¹⁰ *Ibid.*

²⁹¹¹ Anne GIUDICELLI, *Le risque anti-terroriste*, Seuil, 2007, 4^e de couverture.

²⁹¹² *Ibid.*

²⁹¹³ D'une part, les attentats commis le 7 juillet 2005 à Londres, sans rien enlever à l'effroi qu'ils ont provoqué, demeurent d'une intensité moindre que ceux perpétrés à New York le 11 septembre 2001. Pour cette raison, notamment, la réponse sécuritaire anglaise n'a pas eu la même dimension ni la même force que l'action antiterroriste américaine. D'autre part, les attentats des 7 et 9 janvier 2015, ceux du 13 novembre de la même année, à Paris, ou bien encore celui du 14 juillet 2016 à Nice, semblent trop récents pour que l'on puisse déterminer si l'effet de la réponse sécuritaire qui leur a été donnée peut être comparé aux conséquences qu'a eues le décisionnisme souverain américain après 2001.

§ 1. L'affirmation du caractère indépassable de la légalité républicaine

Si leur conception des pouvoirs de crise est, à certains égards, comparable²⁹¹⁴, une nette ligne de démarcation oppose à ce stade Machiavel et Schmitt, concernant cet impact rémanent des pouvoirs de crise lors du rétablissement de la situation normale, et donc sur le maintien ou l'abandon du paradigme républicain (A). Proches de la conception machiavélienne, les pouvoirs de crise anglo-français tentent de faire du républicanisme un paradigme inébranlable, mais semblent néanmoins parfois alléchés – certes moins qu'aux États-Unis – par la fondation d'un nouveau paradigme sécuritaire (B).

A. L'impossible hystérésis²⁹¹⁵ des pouvoirs de crise machiavéliens

La différence entre Machiavel et Schmitt tient ici au fait que le premier ne refuse pas toute humanité à l'ennemi, alors que le second ne lui en reconnaît plus aucune à partir d'un certain degré d'hostilité, s'arrogeant ainsi le droit de porter atteinte à sa dignité sans limite. Si le juriste allemand est donc prêt, au travers de la décision souveraine, à renoncer à l'ordre étatique à cause d'une hostilité absolue envers certains ennemis, l'humanisme machiavélien promeut – au-delà du cadre de la situation normale – un nécessaire accommodement avec l'ennemi, même au cœur de la situation exceptionnelle (1). Par voie de conséquence, mais aussi pour une autre raison, il renonce ainsi au choix schmittien d'une décision souveraine, elle qui justement vise à évincer les pires ennemis. Il exclut donc l'insertion, au sein du paradigme républicain, d'une décision tout à la fois destructive de ce dernier, et fondatrice d'un ordre nouveau (2).

1. Un nécessaire humanisme avec l'ennemi, au cœur même de la situation exceptionnelle

Il a été constaté chez Machiavel la volonté absolue de préserver le paradigme républicain dès lors qu'il est fondé. Or, puisque la décision souveraine est une menace pour la pérennité d'un tel modèle, il ne l'envisage que dans le processus de fondation de

²⁹¹⁴ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Conclusion. En effet, il a été observé qu'au sein de l'État fondé visant sa pérennité, le choix du recours à la décision souveraine apparaissait d'abord contradictoire, puisque destructeur de l'ordre étatique. Ainsi, l'on a pu voir que les deux auteurs développaient des pouvoirs de crise assez semblables – les pouvoirs constitutionnels d'exception pour Nicolas Machiavel, et la dictature de commissaire pour Carl Schmitt – en ce qu'ils visaient à régir la crise tout en assurant la continuité étatique.

²⁹¹⁵ L'hystérésis peut ici renvoyer à l'idée d'un système qui conserve les propriétés subies par une cause extérieure, alors même qu'une telle cause a disparu. Cela signifie chez Machiavel que les pouvoirs de crise, lorsqu'ils ont achevé leur exercice, n'ont plus d'effet sur l'ordre étatique.

l'État²⁹¹⁶, qui peut néanmoins s'effectuer en plusieurs étapes²⁹¹⁷. Ainsi, dès lors qu'est obtenue, au travers du bien commun, cette stabilité républicaine se voulant définitive, il s'agira d'y demeurer malgré les crises, et ce au travers de l'unique recours à des pouvoirs de crise déduits du droit positif²⁹¹⁸. Par-delà ces éléments déjà développés, il est nécessaire de cerner que si Machiavel et Schmitt ont pu théoriser des pouvoirs exceptionnels semblables, visant la survie de l'État malgré les crises, une distinction fondamentale entre eux permet de comprendre pourquoi le second en vient à insérer un décisionnisme souverain fondateur au sein d'un État ne pouvant pourtant survivre qu'au travers de la décision de commissaire, quand le premier n'envisage la situation de crise que comme une simple discontinuité républicaine. En effet, la spécificité machiavélienne repose sur l'idée que le pardon des offenses, mis en œuvre – on l'a vu – lors de l'avènement de la stabilité républicaine²⁹¹⁹, et visant à la préserver, doit être maintenu – et c'est un point fondamental – même lorsque disparaît cette stabilité, c'est-à-dire lorsque se présentent des situations d'exception au sein de l'État. Autrement dit, la situation de crise, chez Machiavel, parvient à n'être qu'un état intermédiaire entre deux situations normales du paradigme républicain, car refusant de voir en l'ennemi la source des instabilités, il renonce à cette décision souveraine fondatrice qui, tout en étant le seul moyen d'éradiquer efficacement l'ennemi, devient source d'une normalité nouvelle, dont on a justement vu avec Schmitt²⁹²⁰ qu'elle produisait un droit nécessairement opposé au paradigme républicain. C'est en ce sens que Bernard Quesnay, se référant à Julien Freund, constate que la lucidité machiavélienne empêche certes de croire en la disparition de « *la violence, [de] la méchanceté de l'homme* »²⁹²¹ et en particulier en la fin de « *la division sociale* »²⁹²². Mais cette lucidité, particulièrement lors de situations exceptionnelles, exige, dans le même temps, de renoncer à une hostilité absolue en faisant preuve d'« *une vigilance qui appelle à construire des remparts solides, un régime et des lois qui évitent les débordements* »²⁹²³ afin de maintenir une paix relative, au sein de, et après cette crise. Or, Julien Freund

²⁹¹⁶ Cf. *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 1.

²⁹¹⁷ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2, B.

²⁹¹⁸ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitres 1 et 2.

²⁹¹⁹ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 1, A.

²⁹²⁰ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, B, 1.

²⁹²¹ Bernard QUESNAY, « La grande leçon de politique de Julien Freund », *Éléments*, n° 111, 2004, en ligne : [<http://blogelements.typepad.fr/blog/2016/05/la-grande-le%C3%A7on-de-politique-de-julien-freund.html>].

²⁹²² *Ibid.*

²⁹²³ *Ibid.*

souligne justement qu'en telle circonstance, « *la paix n'est [...] pas l'abolition de l'ennemi, mais un accommodement avec lui* »²⁹²⁴. C'est ici que se constate la réelle distinction d'avec la pensée schmittienne. En effet, la nécessité de « *penser la paix* »²⁹²⁵ – au sein du paradigme républicain, comme moyen de le préserver en cas de crise – est une idée fondamentalement « *étrangère à la conceptualité schmittienne* »²⁹²⁶ puisqu'elle suppose de laisser vivre l'ennemi, et donc de ne pas éradiquer la source des troubles selon lui. Au contraire, pour le Florentin, cette nécessité de « *préserver la paix sans laquelle la vie commune est impossible* »²⁹²⁷ apparaît comme ce rempart le plus solide permettant de protéger l'État lorsqu'il est frappé d'une crise, car renvoie à cet accommodement excluant un décisionnisme destructeur. Ainsi, alors que chez Schmitt « *la paix qui exclut l'ennemi s'appelle guerre* »²⁹²⁸, chez Machiavel, cet accommodement permet de maintenir la paix intérieure. Cela renvoie à cette notion machiavélienne comprise comme « *nouvelle attitude civique* »²⁹²⁹, développée selon Thierry Ménissier dans *Les Discours*, et suivant laquelle la stabilité du républicanisme machiavélien, sans jamais supposer de « *pactiser avec l'ennemi* »²⁹³⁰, reposerait néanmoins « *sur une prise de parole effective avec l'adversaire* »²⁹³¹. Il ne s'agit aucunement de faire preuve ici de laxisme, mais de prendre acte de ce que l'ennemi ne doit pas être traité en dehors des règles humanistes bordant le paradigme républicain. Un tel positionnement a un impact sur le caractère constituant ou non des pouvoirs de crise.

²⁹²⁴ Julien FREUND, *Le Nouvel Âge. Éléments pour la théorie de la démocratie et de la paix*, Marcel Rivière, 1970, p. 219.

²⁹²⁵ Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 16.

²⁹²⁶ *Ibid.*

²⁹²⁷ Bernard QUESNAY, « La grande leçon de politique de Julien Freund », *Éléments*, n° 111, 2004, en ligne : [<http://blogelements.typepad.fr/blog/2016/05/la-grande-le%C3%A7on-de-politique-de-julien-freund.html>].

²⁹²⁸ Julien FREUND, *Le Nouvel Âge. Éléments pour la théorie de la démocratie et de la paix*, Marcel Rivière, 1970, p. 219.

²⁹²⁹ Thierry Ménissier, « Le Discours sur les choses de Florence de Machiavel : logique et pragmatique de l'action politique », *Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, p. 22.

²⁹³⁰ *Ibid.*

²⁹³¹ *Ibid.*

2. L'absence de caractère constituant des pouvoirs de crise

Chez Machiavel, les conséquences d'un tel accommodement avec l'ennemi, mais également un autre élément, traduisent encore une opposition fondamentale avec Schmitt, invitant à constater le refus de donner aux pouvoirs de crise un caractère constituant.

Par l'observation des convictions du juriste allemand, l'on a constaté que l'hostilité permanente et insatiable envers certains ennemis l'obligeait à insérer, au sein de l'État frappé de troubles, la dictature souveraine – seule capable d'opérer par sa radicalité une discrimination concrète entre l'ami et l'ennemi – alors même que cet État ne semble pouvoir se maintenir que grâce à une dictature de commissaire. Par ce choix, Schmitt déconstruisait le paradigme républicain puisqu'il y insérait un pouvoir constituant, la décision souveraine, qui a pour caractère premier d'anéantir l'ordre juridique dans lequel elle s'exprime, puis d'établir une normalité grâce à laquelle un droit positif nouveau – marqué de ce décisionnisme négateur du paradigme républicain – pourra être instauré. La démarche machiavélienne est tout autre au sein du paradigme républicain, puisque par un nécessaire accommodement avec l'ennemi même en cas de crise, il n'est plus nécessaire de recourir à ce moyen radical d'élimination de l'ennemi absolu, c'est-à-dire à un décisionnisme situé en dehors du champ normatif de l'État de droit. Certes ce décisionnisme souverain est efficace dans l'éradication de l'ennemi, mais il a pour caractéristique d'être un pouvoir « *“déconstituant” et “reconstituant”* »²⁹³² d'un nouveau paradigme. Par là même se manifeste sa volonté de maintenir le paradigme républicain en toute circonstance, face à tout ennemi. Mais au-delà de cette divergence, et de manière plus profonde, un autre élément permet d'expliquer l'impossible emploi d'un décisionnisme de caractère constituant chez Machiavel. Si l'on sait déjà qu'au sein de l'État fondé, l'auteur valorise des pouvoirs constitutionnels d'exception, comparables au compromis qu'opère la dictature de commissaire, il demeure nécessaire d'expliquer pourquoi de tels pouvoirs, au-delà des diverses limites leur étant imposées, ne peuvent dériver, au sein de l'État, en décision souveraine constituante. Alors que chez Schmitt il suffit « *que l'ordre existant soit considéré comme un obstacle au libre exercice du pouvoir constituant* »²⁹³³ de l'unité politique pour faire un « *nouvel appel* »²⁹³⁴ à ce pouvoir constituant originaire, chez

²⁹³² Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, P.U.F., 1994, p. 224.

²⁹³³ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 150.

²⁹³⁴ *Ibid.*

Machiavel, un tel mouvement est impossible parce que les pouvoirs de crise ne peuvent opérer ce retour au fondement de la validité de la loi, mais seulement « *réaffirmer l'autorité de la loi* »²⁹³⁵ positive existante. La raison de cette absence de caractère constituant des pouvoirs de crise chez Machiavel, au sein de l'État républicain, peut s'expliquer au travers du phénomène de rupture juspositiviste développée par l'auteur. Sur ce point²⁹³⁶, l'on a constaté que l'obtention d'une stabilité républicaine suggérait, chez le Florentin, de substituer à un décisionnisme jusnaturaliste détenu par le peuple, des outils juspositivistes détenus par l'État, qui acquiert alors, selon Ernst Cassirer, une autonomie de fonctionnement vis-à-vis des passions du peuple²⁹³⁷. Autrement dit, dès qu'est obtenue cette stabilité du paradigme républicain, la décision souveraine constituante est remplacée par une décision de commissaire lorsque le besoin de pouvoirs d'exception se fait ressentir. C'est à ce prix que la novation machiavélique semble pouvoir entamer le commencement d'un républicanisme durable²⁹³⁸. Or, une telle rupture – où l'État semble effectivement remplacer le peuple dans la sphère d'exercice du pouvoir – n'engage néanmoins pas, chez Machiavel, le transfert du pouvoir constituant du peuple au profit de l'État, précisément parce que la forme étatique dont il s'agit ici est le modèle républicain. Sur ce point, Antonio Negri²⁹³⁹ démontre clairement qu'entre *Le Prince* et *Les Discours*, s'opère « *une mutation progressive dans le dispositif de Machiavel* »²⁹⁴⁰, consistant – justement dans ce second ouvrage spécifiquement rattaché aux républiques – à « *fai[re] du peuple le seul véritable "pouvoir constituant"* »²⁹⁴¹. En un même sens, Thierry Ménissier souligne que « *l'interprétation républicaniste* »²⁹⁴² de la pensée machiavélique, chez Negri, se trouve « *radicalisée au profit du "pouvoir constituant" du peuple* »²⁹⁴³. Ainsi – en dehors du moment fondateur de l'État, et sauf à envisager un radical changement de volonté politique du peuple se manifestant par une décision fondatrice d'un nouveau

²⁹³⁵ Thomas BERNS, « L'originaire de la loi chez Machiavel », *L'enjeu Machiavel*, Gérald SFEZ, Michel SENNELART (dir.), P.U.F., 2001, p. 134.

²⁹³⁶ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, A, 1.

²⁹³⁷ Ernst CASSIRER, *Le mythe de l'État*, Gallimard, 1993, p. 194.

²⁹³⁸ Pierre-François MOREAU, « Althusser et Machiavel : la consistance de l'État », *L'enjeu Machiavel*, Gérald SFEZ, Michel SENNELART (dir.), P.U.F., 2001, p. 143.

²⁹³⁹ Antonio NEGRI, *Le pouvoir constituant : essai sur les alternatives de la modernité*, P.U.F., 1997.

²⁹⁴⁰ Emmanuel BARROT, « Le spectre de Machiavel (III) », *Révolution permanente*, 2016, en ligne : [<http://www.revolutionpermanente.fr/Le-spectre-de-Machiavel-III>].

²⁹⁴¹ *Ibid.*

²⁹⁴² Thierry MÉNISSIER, « Dix années d'actualité bibliographique de Machiavel (1997-2007) », *Cahiers philosophiques*, n° 113, 2008, p. 120.

²⁹⁴³ *Ibid.*

paradigme – les pouvoirs de crise auxquels recourt ce républicanisme cherchant uniquement à se préserver, ne peuvent être détenus que par l’État. Ils ne peuvent donc, dans le cadre du paradigme républicain, être constituants au sens de la décision souveraine fondatrice, dès lors que les pouvoirs étatiques – seuls capables d’agir en cas de crise – ne détiennent pas cette compétence, dont seul le peuple peut être titulaire. Il faut encore noter que les organes agissant au sein de la crise peuvent d’autant moins se saisir du pouvoir constituant que, essentiellement restreints à l’Exécutif, ils sont sans lien avec les pouvoirs de délibération des représentants du peuple²⁹⁴⁴. Dans un axe totalement opposé à celui de Schmitt, il semble donc ici que les pouvoirs de crise, dépourvus de caractère constituant, ne peuvent détruire l’ordre juridique au sein duquel ils s’expriment, et, surtout, établir une normalité nouvelle qui deviendrait le point d’ancrage, le fondement de validité d’un droit positif nouveau et contraire au paradigme républicain. Sur ce point, le droit anglo-français tente d’approcher la conception machiavélienne, s’éloignant ainsi du droit américain, placé lui sur un axe schmittien.

B. La difficile concrétisation de l’ambition machiavélienne

Si les pouvoirs de crise anglo-français relèvent davantage de la conception du secrétaire florentin que de celle du juriste allemand, ils entretiennent néanmoins une forme d’ambiguïté. En effet, si les juridictions anglaises rejettent tout décisionnisme souverain pouvant mener à la fondation d’une normativité nouvelle opposée au paradigme républicain, l’on y observe malgré tout une volonté politique tentée par le nouveau paradigme américain (1). Le droit français semble procéder d’une même ambivalence, dès lors que l’équivocité de la volonté politique mène les juridictions à réaffirmer la prévalence du paradigme républicain, tout en figeant parfois temporairement son applicabilité (2).

1. Un droit anglais tentant de résister à l’appel du nouveau paradigme américain

Pour s’assurer que le droit anglais demeure proche de Machiavel et se distingue réellement du droit américain, il s’agit d’abord, comme dans le cadre de ce dernier droit,

²⁹⁴⁴ Jean-Claude MONOD, *Penser l’ennemi, affronter l’exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 81 : « La dictature représente [...], selon Machiavel, une “levée” de la distinction entre délibération et exécution : le même homme, ou la même instance, délibère et exécute, il n’est pas tenu de consulter et de laisser délibérer d’autres instances [en particulier celles représentant le peuple] avant d’arrêter sa décision – et Machiavel estime que cette disposition est bien adaptée à des situations d’urgence ».

d'examiner si l'usage des pouvoirs de crise a ou non détruit le paradigme républicain, puis de rechercher la possible émergence d'un nouveau paradigme.

Le droit anglais, au travers de ce qui semble être le choix d'un maintien du paradigme républicain, est proche des conceptions machiavéliennes. Cela ne signifie aucunement que les mesures telles que les certificats de détention illimitée²⁹⁴⁵ prévus par la législation antiterroriste de 2001²⁹⁴⁶ soient conformes à l'essence du républicanisme anglais. Cela renvoie plutôt à l'idée que de telles mesures, si elles ont pu avoir certains traits du décisionnisme souverain en s'émancipant des cinq piliers juridiques²⁹⁴⁷ permettant de demeurer dans le giron républicain, n'ont néanmoins pas embrassé la radicalité schmittienne au point de briser les fondements de la structure juridique en vigueur pour établir un nouvel ordre normatif, imprégné d'un décisionnisme négateur des valeurs républicaines. Ainsi, contrairement à la perception américaine des pouvoirs d'exception, le droit anglais, dès lors qu'il est parvenu à la stabilité de son paradigme républicain, semble avoir exclu, comme Machiavel, le recours étatique à un décisionnisme pleinement souverain, précisément en cas de crise. Sur ce point d'ailleurs, Denis Baranger constate, au même titre que Jean-Louis De Lolme²⁹⁴⁸ que « *l'histoire d'Angleterre antérieure à 1689 est un catalogue de mutations machiavéliennes* »²⁹⁴⁹. En effet, avant la Glorieuse Révolution de 1688-89, l'État n'avait pas trouvé sa stabilité républicaine, et il a justement été démontré²⁹⁵⁰ que celle-ci est progressivement advenue à partir de cette fin du XVII^e siècle, au travers du *Bill of Rights*. Avant cette date, l'Angleterre semble déterminée par diverses aspirations révolutionnaires, sans jamais parvenir à une stabilité républicaine, et l'on y constate de très nombreux recours à de pures décisions souveraines, proches de celles

²⁹⁴⁵ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, B, 2.

²⁹⁴⁶ Royaume-Uni, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 14 décembre 2001, voir l'effet combiné des articles 21 et 23.

²⁹⁴⁷ Ces cinq piliers sont : la prévisibilité des pouvoirs exceptionnels par le droit positif, le cantonnement de ces pouvoirs aux situations de crise, l'imposition de limites au champ matériel de ces pouvoirs, le contrôle (parlementaire et juridictionnel) du respect de ces limites, et la restriction maximale du temps d'exercice des pouvoirs d'exception.

²⁹⁴⁸ Jean-Louis DE LOLME, *Constitution de l'Angleterre ou état du gouvernement anglais comparé avec la forme républicaine et avec les autres monarchies de l'Europe*, Dalloz, 2008.

²⁹⁴⁹ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 127-128.

²⁹⁵⁰ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, B, 2, ainsi que toute la Section 2.

décrites par Machiavel²⁹⁵¹ lors de ces étapes où l'État tente de se fonder et d'acquérir une stabilité. Il suffit, pour illustrer cela, de rappeler la première guerre civile anglaise qui débute en août 1642, et se conclut provisoirement le 14 juin 1645. Malgré une large victoire des parlementaires, le conflit ne s'éteint pas, et dès 1648 s'entame la deuxième guerre civile de la première révolution anglaise. Plus encore, malgré l'élimination radicale de l'ennemi institutionnel par décapitation, le 30 janvier 1649, l'abolition de l'Office royal et de la Chambre des lords, les 17²⁹⁵² et 19²⁹⁵³ mars de la même année, malgré enfin la proclamation officielle²⁹⁵⁴ de la République anglaise le 19 mai 1649, un tel modèle sera rapidement supplanté par le Protectorat cromwellien, instauré le 16 décembre 1653, et dont la Constitution²⁹⁵⁵ montrera une opposition réelle avec les aspirations républicaines. Cette période mouvante est emplie du surgissement de décisions souveraines. En revanche, le constitutionnalisme débuté en 1689 s'oppose à cette période de mutations incessantes, et peut se décrire comme « *un état stationnaire* »²⁹⁵⁶ parvenu à la stabilisation du paradigme républicain. Or, parallèlement à l'obtention de cette stabilité, le recours au décisionnisme souverain semble exclu. Sur ce point, Denis Baranger relève encore, cette fois à propos de la fondation républicaine de 1689, que « *cette “grande dépense d'énergie” [...] requise pour doter la société d'une constitution* »²⁹⁵⁷, apparaît finalement comme « *un événement historique singulier, renfermé en lui-même [...] et qui n'est pas érigé en possibilité renouvelable* »²⁹⁵⁸. Comme chez Machiavel, la décision purement souveraine semble être exclue du paradigme républicain, de sorte que les pouvoirs d'exception, s'ils portent parfois la marque de cette dernière, ne vont pas – contrairement au cadre américain – jusqu'à anéantir l'ordre juridique pour fonder une normalité nouvelle qui serait le creuset d'un droit

²⁹⁵¹ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 127-128 : « *il faut raconter les mutations de l'Angleterre de la même manière que Machiavel a narré celles de Florence* ». Sur la narration de ces mutations diverses, dont l'histoire anglaise est finalement proche, voir : Nicolas MACHIAVEL, *Discours sur les choses de Florence après la mort de Laurent de Médicis le Jeune, Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.*, n° 39, avril 2005, p. 6-11.

²⁹⁵² Samuel RAWSON GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, Oxford University Press, 1906, p. 384-387 : *The Act abolishing the office of King*.

²⁹⁵³ *Id.*, p. 387-388 : *The Act abolishing the House of Lords*.

²⁹⁵⁴ *Id.*, p. 388 : *An Act declaring England to be a Commonwealth*.

²⁹⁵⁵ Voir sur ce texte : Renan LE MESTRE, « Les constitutions de l'Interrègne en Angleterre (I) : l'*Instrument of Government* (1653) », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, en ligne : [<http://juspoliticum.com/Les-constitutions-de-l-interregne.html>].

²⁹⁵⁶ Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 127-128.

²⁹⁵⁷ *Id.*, p. 132.

²⁹⁵⁸ *Ibid.*

positif opposé au paradigme républicain. Afin de s'assurer que ce positionnement anglais demeure encore aujourd'hui, et pour faire jaillir de nouveau des points d'opposition vis-à-vis du positionnement américain, l'on peut s'intéresser à la torture, précédemment évoquée dans l'observation des mesures prises par l'administration de G.W. Bush. En mars 2005, *The Independent* retranscrivait les mots de Jack Straw, alors secrétaire aux Affaires étrangères, qui affirmait : « *si la torture est totalement inacceptable, notre pays ne peut pas ignorer les renseignements obtenus par ce biais par les Américains, en particulier si la vie de 3000 personnes est en jeu* »²⁹⁵⁹. On ne peut que souligner l'ambiguïté d'un tel positionnement politique, dont la volonté semble autant attachée au paradigme républicain qu'à la nécessité d'en sortir pour des raisons de sécurité. Peu après, la cour d'appel de la Chambre des lords, saisie dans le cadre d'une affaire de preuves obtenues sous la torture dans un pays tiers, réaffirma l'« *irrecevabilité de toute preuve obtenue par la torture* »²⁹⁶⁰, et donc l'« *illégalité* »²⁹⁶¹ d'une telle pratique. Par là même, les Lords rappelaient dans leur avis l'irrégularité d'une telle mesure vis-à-vis de la « *common law, de la Convention européenne des droits de l'homme, et du droit international public* »²⁹⁶² expliquant clairement qu'en vertu de l'illégalité de la torture, il était impossible de fonder des règles de droit nouvelles à partir d'une telle pratique. Ce positionnement contraste très nettement avec les avis juridiques donnés par le procureur général adjoint du bureau du conseiller juridique du département de la Justice et les conseillers juridiques de la Maison Blanche, selon lesquels l'admission d'une légalité de la torture (tout en affirmant qu'il ne s'agissait que de techniques d'interrogatoire) permettait de rendre obsolètes les limites érigées par le droit national et international²⁹⁶³. Pouvait alors être créé un nouvel ordre juridique au travers des mémorandums, définissant et donnant validité légale à plusieurs catégories de tortures devant être mises en œuvre pour obtenir des preuves naturellement recevables²⁹⁶⁴. Alors que le pouvoir juridictionnel anglais proscribit la possibilité de fonder un droit nouveau contraire au paradigme républicain, le pouvoir juridictionnel américain le promeut

²⁹⁵⁹ Collin BROWN, « Straw : Britain cannot ignore evidence obtained by torture », *The Independent*, 11 mars 2005.

²⁹⁶⁰ Royaume-Uni, cour d'appel, 8 décembre 2005, UKHL 71, *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (2004) A and others (Appellants) (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (Conjoined Appeals)* (notre traduction).

²⁹⁶¹ *Ibid.*

²⁹⁶² *Ibid.*

²⁹⁶³ Alberto GONZALES, *Mémorandum sur l'application des Conventions de Genève aux prisonniers de guerre dans le cadre du conflit contre Al-Qaïda et les Talibans*, 25 janvier 2002, p. 2 (notre traduction).

²⁹⁶⁴ Steven Gill BRADBURY, *Mémorandum à l'attention de John A Rizzo*, 30 mai 2005, p. 12-15.

clairement. Ainsi, dans le cadre de situations exceptionnelles, si les pouvoirs de crise anglais ont pu – notamment au travers des détentions illimitées – avoir les traits d’un décisionnisme souverain violant le paradigme républicain, ils n’ont néanmoins pas brisé ce paradigme. Surtout, ils n’ont pas érigé un ordre normatif nouveau qui, rendu possible par un décisionnisme négateur des valeurs républicaines, en aurait porté la marque et aurait introduit, comme aux États-Unis, un nouveau paradigme opposé au précédent. Si le droit français semble lui aussi tenter de concrétiser l’ambition machiavélienne d’un inébranlable paradigme républicain, il demeure confronté aux mêmes ambivalences que le droit anglais.

2. Un droit républicain sujet à ellipses en France

Si l’on manque nécessairement de recul temporel concernant les conséquences du recours aux pouvoirs de crise français face au terrorisme de nouvelle génération, l’on peut néanmoins tenter de s’interroger, de manière prospective, sur les mêmes points que ceux abordés dans le droit anglo-américain. Ainsi, d’abord, l’on ne doit pas rechercher si l’usage des pouvoirs de crise a ou non détruit le paradigme républicain – il est trop tôt pour affirmer l’un ou bien l’autre –, mais plutôt si la volonté politique qui les détermine pourrait détruire un tel paradigme. Puis, il faudra rechercher la possible émergence, ou non, d’un nouvel ordre juridique, d’un nouveau paradigme négateur des valeurs républicaines.

Il est donc nécessaire dans un premier temps de rechercher si, comme le remarque Karine Roudier, « *le terrorisme représente pour les États une menace grave* »²⁹⁶⁵ qui serait finalement susceptible, au travers des mesures qu’il engendre, de « *venir rompre les bases sur lesquelles ils sont construits* »²⁹⁶⁶. Sur ce point, il faut constater que le droit français, fidèle en cela au républicanisme de Machiavel, rejette la possibilité schmittienne de rompre le socle constitutionnel à chaque fois que l’ordre existant apparaît comme un obstacle au libre exercice du pouvoir constituant²⁹⁶⁷. À ce titre, l’impraticable révision de notre loi fondamentale « *lorsqu’il est porté atteinte à l’intégrité du territoire* »²⁹⁶⁸, autant que l’impossible modification de « *la forme républicaine du Gouvernement* »²⁹⁶⁹, renvoient à

²⁹⁶⁵ Karine ROUDIER, « Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37, 2012, p. 149-150.

²⁹⁶⁶ *Id.*, p. 150.

²⁹⁶⁷ Carl SCHMITT, *La Dictature*, Seuil, 2000, p. 150.

²⁹⁶⁸ France, *Constitution de la V^e République*, 4 octobre 1958, art. 89, al. 4.

²⁹⁶⁹ *Id.*, al. 5.

ce refus de conférer aux pouvoirs de crise une dimension souveraine qui, au cœur de l'exception, pourrait ébranler le paradigme républicain. De même, les conditions de fond et de forme²⁹⁷⁰ auxquelles doit se soumettre le pouvoir constituant dérivé pour la moindre modification constitutionnelle, semblent attester cette « *volonté du pouvoir constituant originaire de garantir une certaine pérennité au pacte constitutionnel* »²⁹⁷¹. La volonté politique actuelle, par son ambivalence, semble cependant aller à l'encontre d'une telle conception. Le président de la République rappelait en ce sens le 26 juillet 2016 – jour de l'assassinat du Père Jacques Hamel à Saint-Étienne-du-Rouvray – que les pouvoirs de crise devaient, au cœur de l'exception, respecter scrupuleusement les valeurs fondamentales d'un tel pacte. S'il rappelait la nécessité de « *mener cette guerre par tous les moyens* »²⁹⁷² encore fallait-il que ces derniers agissent « *dans le respect du droit* »²⁹⁷³ et de la Constitution, car par cela seul il est possible d'affirmer que « *nous sommes une démocratie* »²⁹⁷⁴. Pourtant, il avait dans le même temps déclaré, s'adressant au Parlement réuni en Congrès, qu'en plus des mesures les plus fortes de la loi du 3 avril 1955²⁹⁷⁵, il était nécessaire d'« *aller au-delà de l'urgence* »²⁹⁷⁶. De façon tout aussi énigmatique, il expliquait : « *après l'état d'urgence, nous devons être pleinement dans un état de droit pour lutter contre le terrorisme* »²⁹⁷⁷. De telles déclarations, par une ambivalence proche de celle observée dans le droit anglais, ne permettent pas de déterminer clairement si ce pacte constitutionnel – cette « *règle commune [unissant] tous les citoyens* »²⁹⁷⁸ et admise comme l'indispensable creuset du paradigme républicain – pourrait être effectivement ébranlé par cette volonté politique irriguant les pouvoirs de crise, au point de l'anéantir totalement.

Ainsi faut-il aborder le second temps de la réflexion, et rechercher si cette volonté politique, dont on ne sait si elle recouvre un décisionnisme souverain destructeur, a été le support de l'émergence d'un nouveau paradigme, possiblement négateur des valeurs

²⁹⁷⁰ *Id.*, al. 2 et 3.

²⁹⁷¹ Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 148.

²⁹⁷² François HOLLANDE, Déclaration à la suite de l'attentat perpétré à Saint-Étienne-du-Rouvray, 26 juillet 2016.

²⁹⁷³ *Ibid.*

²⁹⁷⁴ *Ibid.*

²⁹⁷⁵ Il s'agit de l'assignation à résidence et des perquisitions administratives.

²⁹⁷⁶ François HOLLANDE, Discours devant le Parlement réuni en Congrès, 16 novembre 2015.

²⁹⁷⁷ *Ibid.*

²⁹⁷⁸ *Ibid.*

républicaines. Sur ce point, les éléments de réponse demeurent ambigus. En effet, l'on a précédemment constaté²⁹⁷⁹, au travers des décisions du Conseil constitutionnel, la dénonciation claire de certaines atteintes à la loi fondamentale, auxquelles ont pu se livrer les pouvoirs issus de la loi du 3 avril 1955 depuis novembre 2015. À ce titre, le principe du contrôle opéré par ce Conseil suppose qu'une mesure frappée d'inconstitutionnalité ne peut intégrer ou demeurer dans l'ordre juridique français. Il pourrait donc sembler ici que la mise en œuvre des pouvoirs d'exception n'est pas comparable à un pur décisionnisme souverain engendrant la production d'un droit nouveau qui serait opposé aux aspirations du paradigme républicain, puisque celles des mesures allant à l'encontre de ce paradigme ont été frappées d'inconstitutionnalité, les rendant inapplicables. De telles certitudes, sans être anéanties, peuvent néanmoins être nuancées. En effet, si l'on s'attache à la décision rendue le 2 décembre 2016²⁹⁸⁰ par les Sages de la rue de Montpensier, l'on constate qu'elle frappe d'inconstitutionnalité une phrase de l'alinéa 8 du I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, dans sa rédaction résultant du 21 juillet 2016. Cette disposition était contraire au droit au respect de la vie privée garanti par la Constitution, en ce qu'elle ne prévoyait pas clairement une durée maximale de conservation de certaines données saisies lors d'une perquisition administrative. En effet, la plupart des données devaient être détruites à l'expiration d'un délai maximal de trois mois, « *à l'exception de celles qui caractérisent la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée* »²⁹⁸¹. S'engageait alors une possible conservation illimitée dans le temps de ces données personnelles, au-delà de la durée de l'état d'urgence²⁹⁸². Ainsi, le législateur n'avait pas prévu, concernant la conservation desdites données, « *de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public* »²⁹⁸³. Le Conseil constitutionnel rappelait ainsi la nécessaire prévalence du paradigme républicain. Quelques jours après cette décision d'inconstitutionnalité du 2 décembre 2016, l'état d'urgence était

²⁹⁷⁹ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 2.

²⁹⁸⁰ C.C., 2 décembre 2016, n° 2016-600, M. Raïme A. [*Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III*], QPC.

²⁹⁸¹ France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955 (dans sa rédaction résultant de la loi du 21 juillet 2016), art. 11, I, al. 8.

²⁹⁸² C.C., 2 décembre 2016, n° 2016-600, M. Raïme A. [*Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III*], QPC, § 16 : « *En revanche, lorsque les données copiées caractérisent une menace sans conduire à la constatation d'une infraction, le législateur n'a prévu aucun délai, après la fin de l'état d'urgence, à l'issue duquel ces données sont détruites* ».

²⁹⁸³ *Ibid.*

prorogé par la loi du 19 décembre 2016. La lecture de l'alinéa 8 du I de son article 11 est parfaitement déroutante, dès lors qu'elle reprend, mot pour mot, la disposition frappée quelques jours plus tôt d'inconstitutionnalité. L'entrée en vigueur de cette inconstitutionnalité a en effet été reportée au 1^{er} mars 2017. Certes, l'on peut se réfugier derrière l'idée selon laquelle le Conseil constitutionnel a considéré qu'une abrogation immédiate « *entraînerait des conséquences manifestement excessives* »²⁹⁸⁴. Mais, dans le même temps, l'on doit constater qu'entre la décision du 2 décembre 2016 et le 1^{er} mars 2017, le droit a produit une norme considérée légale, alors même qu'elle violait la loi fondamentale. En ce sens, il apparaît qu'au moins temporairement, la volonté politique déterminant les pouvoirs d'exception a porté la marque du pur décisionnisme souverain. En effet, une telle volonté a tout à la fois violé la Constitution et donc annihilé son paradigme, puis produit une normativité qui était néanmoins valide, conférant une légalité à des mesures – telles la conservation de données qui auraient dû être détruites – parfaitement inconstitutionnelles. Tout semble démontrer que, même subrepticement, l'on a pu se situer dans un paradigme nouveau. En effet, si l'on avait été pleinement, durant ces quelques mois, sous l'empire de la Constitution de 1958 et de son paradigme républicain, ces mesures de conservation de données n'auraient pu, même pour quelques mois, demeurer légales. Le fait que de telles mesures aient pu produire leurs effets tend à démontrer que l'on a pu s'approcher d'un nouveau paradigme de gouvernement, où précisément ce n'est plus la loi fondamentale qui détermine la validité d'une norme lui étant inférieure, mais bien la volonté politique – négatrice du paradigme républicain – contenue dans les pouvoirs d'exception. C'est en effet bien de cette volonté que ces règles tirent leur validité juridique, puisque dans son commentaire de la décision du 2 décembre 2016, le Conseil constitutionnel précise qu'une abrogation immédiate – tout en étant parfaitement conforme aux prescriptions constitutionnelles – aurait néanmoins empêché les titulaires des pouvoirs de crise de conserver plus longuement les données caractérisant une menace, que celles sans lien avec cette menace²⁹⁸⁵. Ainsi, les pouvoirs de crise, s'ils avaient en l'espèce été soumis aux prescriptions constitutionnelles du paradigme républicain – et non à la volonté politique –, auraient été empêchés de poursuivre, de cette manière, leur objectif de sauvegarde de la sécurité et de l'ordre public. À ce titre, il semble donc que de telles mesures ont tiré leur validité juridique en le fait que l'on a été, même furtivement, dans un

²⁹⁸⁴ *Id.*, § 24.

²⁹⁸⁵ Documents du Conseil constitutionnel, *Commentaire – Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016 : M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]*, p. 10.

cadre nouveau, où le constitutionnalisme républicain – en l’occurrence protecteur de la vie privée – a laissé sa place aux pouvoirs de crise en tant que paradigme – sécuritaire – de gouvernement. S’il demeure malgré tout une réelle volonté d’affirmer un paradigme républicain inébranlable²⁹⁸⁶ en rejetant le recours à une décision destructive et fondatrice d’un ordre nouveau, il faut relever l’existence d’ellipses, issues de ce que le Conseil constitutionnel semble finalement approuver certaines atteintes aux fondements républicains de la Constitution, dès lors que, volontairement, il ne les sanctionne pas immédiatement. C’est en ce sens qu’il apparaît que la volonté politique peut produire une décision souveraine engendrant une normativité nouvelle, donnant elle-même validité à des mesures radicalement opposées au paradigme républicain et à sa loi fondamentale.

La volonté de se conformer rigoureusement au machiavélisme, supposant de ne jamais déroger au paradigme républicain, apparaît donc peu évidente à réaliser. Cela est d’autant plus vrai – il faut désormais le voir – à propos de la constitutionnalisation des pouvoirs de crise, que le Florentin a théorisée avec une subtilité qui semble échapper au droit actuel.

§ 2. Le risque de l’institution d’exception au-delà d’une constitutionnalisation des pouvoirs de crise

Par-delà l’opposition entre Machiavel et Schmitt relative au maintien absolu du paradigme républicain ou à son abandon nécessaire, l’on doit relever un autre point de désaccord. Alors que le premier tend à insérer le déclenchement de l’institution d’exception au sein de la loi fondamentale, considérant que toute république visant sa pérennité doit avoir au sein de sa « *constitution une pareille institution* »²⁹⁸⁷, le second a « *parfaitement démontré l’incapacité du droit constitutionnel à anticiper l’état d’exception* »²⁹⁸⁸ et surtout « *à l’accueillir en son sein* »²⁹⁸⁹. Or, aucune de ces modalités – telle qu’appliquée dans le réel – n’apparaît satisfaisante lorsqu’il s’agit de maintenir le paradigme républicain. Si l’on a démontré que le positionnement schmittien va clairement à l’encontre d’une telle volonté

²⁹⁸⁶ France, *Loi prorogeant l’application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l’état d’urgence*, 19 décembre 2016. Si cette loi maintient en son sein la disposition inconstitutionnelle, elle prévoit néanmoins de se conformer à la déclaration d’inconstitutionnalité dès lors que sera publiée la décision précitée du Conseil constitutionnel du 2 décembre 2016 (soit le 1^{er} mars 2017).

²⁹⁸⁷ Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 457.

²⁹⁸⁸ Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L’état d’urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 177-178.

²⁹⁸⁹ *Id.*, p. 178. Voir encore : Carl SCHMITT, *Théologie politique I*, Gallimard, 1988, p. 16.

de maintien, l'on verra que celui de Machiavel, dès lors qu'il a faussement été interprété – menant à constitutionnaliser, au-delà du déclenchement de l'institution d'exception, les pouvoirs de crise eux-mêmes – semble inapte à préserver un tel paradigme, voire dangereux (A). Au-delà même d'une telle constitutionnalisation, c'est l'institution d'exception actuelle dans sa globalité qui, confrontée au terrorisme de nouvelle génération, semble porteuse d'un réel péril (B).

A. L'interprétation erronée du constitutionnalisme machiavélien de crise

La constitutionnalisation des pouvoirs de crise, dans la conception machiavélienne, est conçue comme l'une des plus grandes réussites d'un modèle étatique visant à durer. En effet, dès lors que ces pouvoirs voient leur exercice soumis aux règles – en l'espèce – du paradigme républicain, celui-ci contrôle ceux-là de sorte qu'il ne sera jamais débordé par eux. Dans un même sens, mais bien plus récemment, l'on a pu lire que « *l'inscription de l'état d'urgence dans la Constitution ne ferait que renforcer l'état de droit et la démocratie* »²⁹⁹⁰, suggérant ainsi qu'une telle constitutionnalisation, comme chez Machiavel, permettrait finalement d'affermir encore le paradigme républicain et de garantir son maintien. Une telle approche, poussée à son paroxysme dans le droit anglo-américain et français – et traduisant finalement une mauvaise interprétation des prescriptions machiavéliennes – nous semble au contraire dangereuse. En effet, elle pourrait entraîner l'effet inverse à celui recherché en devenant une réelle décision souveraine, et, précisément comme chez Schmitt, détruire le paradigme républicain pour en fonder un autre. À la vérité, une telle constitutionnalisation apparaît d'une part opposée à l'esprit du constitutionnalisme républicain (1). D'autre part, elle pourrait priver le paradigme républicain d'un de ses moyens les plus efficaces de garantie des libertés (2).

1. La renonciation à l'esprit du constitutionnalisme républicain

Tout comme chez Machiavel²⁹⁹¹, l'on a pu constater dans les ordres juridiques des trois États observés²⁹⁹², que la loi fondamentale apparaît comme le moyen de

²⁹⁹⁰ Jean-Philippe DEROSIER, « Un régime d'exception qui renforce l'État de droit et la démocratie », *Le Monde*, 2 février 2016.

²⁹⁹¹ Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, A, 1.

²⁹⁹² Cf. *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, B, 2 : l'on a pu constater que c'est au travers du droit positif, incarné par la loi fondamentale, que devient possible, en plus de leur reconnaissance, une garantie effective et durable des libertés.

reconnaissance et surtout de garantie effective et durable des libertés formant le socle du paradigme républicain. Il a ainsi été vu que le *Bill of Rights* de 1689 était très clairement compris par ses rédacteurs comme « *le seul moyen d'obtenir complète reconnaissance et garantie [de la] liberté des sujets* »²⁹⁹³. De même, la Constitution de 1787, tout en reconnaissant des libertés aux individus²⁹⁹⁴, vise à garantir ces dernières au travers du texte constitutionnel lui-même. Ainsi, c'est par exemple grâce au IV^e amendement que les citoyens sont « *garantis* »²⁹⁹⁵ dans leur personne, leur domicile, et globalement dans leurs libertés individuelles. Dans un même ordre d'idées, le constitutionnalisme français reconnaît des libertés fondamentales²⁹⁹⁶ autant qu'il les garantit, précisant qu'il n'y « *a point de Constitution* »²⁹⁹⁷ là où « *la garantie des Droits n'est pas assurée* »²⁹⁹⁸, précisément par une loi fondamentale. Dans ces trois ordres juridiques, la reconnaissance ainsi que la garantie effective et égalitaire de libertés, par une constitution, forme le support nécessaire d'un paradigme républicain durable, car cette conception constitutionnelle renvoie à la mise en œuvre concrète de l'esprit républicain. Demeurant cohérent avec un tel paradigme, Machiavel précise que si c'est au sein de la constitution qu'est contenue la modalité de déclenchement de l'institution d'exception, seule la loi peut concrètement mettre en œuvre les pouvoirs de crise et procéder à des restrictions de libertés. À ce titre, jamais une mesure procédant de la constitution ne pourra porter atteinte aux libertés, puisque la conviction profonde de cette norme suprême est de les protéger et de les garantir. Il précise donc que si le déclenchement de l'état d'exception se situe dans la Constitution²⁹⁹⁹, en revanche, « *une république n'est [...] jamais parfaite si [précisément] les lois n'ont pas pourvu à tout, tenu le remède tout prêt, et [surtout] donné le moyen de l'employer* »³⁰⁰⁰. En ce sens, il a été vu dans le droit anglo-américain et français que le déclenchement de l'institution d'exception peut être prévu par la constitution³⁰⁰¹, celle-ci se bornant – plus ou moins précisément – à définir les conditions de déclenchement d'un

²⁹⁹³ Angleterre, *Déclaration des droits*, 16 décembre 1689, préambule.

²⁹⁹⁴ Voir en ce sens : États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, notamment I^{er} et V^e amendements.

²⁹⁹⁵ *Id.*, IV^e amendement.

²⁹⁹⁶ France, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 août 1789.

²⁹⁹⁷ *Id.*, art. 16.

²⁹⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹⁹ Nicolas MACHIAVEL, *Œuvres politiques, Les Discours*, Livre I, Gallimard, 1952, p. 457.

³⁰⁰⁰ *Id.*, p. 458.

³⁰⁰¹ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B, 2.

état d'exception en cas de péril et à ouvrir un cadre juridique habilitant certaines autorités à déroger à ce que prévoient certaines dispositions normatives en temps normal. En revanche, la mise en œuvre concrète des mesures d'exception, notamment les restrictions de libertés, est le plus souvent confiée à des normes de valeur législative³⁰⁰². Ainsi, le texte de 1689 prévoit le recours à l'institution d'exception, mais c'est – dans le cadre du terrorisme de nouvelle génération – la législation débutée en 2001³⁰⁰³ qui prévoit explicitement des atteintes aux libertés. De même, la Constitution de 1787 prévoit un cadre exceptionnel mais « *ne fait pas [clairement] mention [à] d'éventuelles limitations aux droits fondamentaux que nécessiterait l'adoption de mesures exceptionnelles* »³⁰⁰⁴, et c'est bien davantage la loi qui a mis en œuvre une claire restriction de libertés³⁰⁰⁵. Enfin, dans le droit français, le déclenchement de l'état de siège est prévu par la Constitution, mais c'est au travers de la loi que sont mises en œuvre les mesures concrètes dérogeant au droit applicable en temps normal³⁰⁰⁶. De plus, les pouvoirs rattachés au terrorisme actuel procèdent du texte de 1955. En ce sens, c'est encore la loi qui met en œuvre les restrictions de libertés. Une telle approche demeure conforme au principe d'un paradigme républicain selon lequel la loi fondamentale n'est comprise que comme moyen de reconnaissance et de garantie effective et durable des libertés, et non pas de restriction de celles-ci.

Or – et c'est là un point crucial –, s'échappant des prescriptions machiavéliennes, l'on voit actuellement apparaître une tendance qui, au-delà du seul déclenchement de l'état d'exception, vise à insérer dans la constitution la mise en œuvre concrète des restrictions de libertés que suppose cette institution. Ainsi Jean-Claude Paye relève-t-il dans son analyse de l'antiterrorisme anglais cette opposition entre des juridictions attachées au contrôle des pouvoirs de crise, et un gouvernement qui, agissant comme si la Constitution prévoyait le déclenchement de l'état d'exception et à la fois la mise en œuvre concrète de ses mesures restrictives, voudrait « *installer une suspension [...] incontrôlable des libertés*

³⁰⁰² Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, B, 2.

³⁰⁰³ Voir par exemple en ce sens : Royaume-Uni, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 14 décembre 2001, art. 21 et 23.

³⁰⁰⁴ Wanda MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : le *USA PATRIOT Act* et autres violations "en règle" de la Constitution », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 64. Le texte de 1787, en effet, ne renvoie que plus ou moins clairement à la possible suspension de l'ordonnance d'*habeas corpus* (art. I, section 9, al. 2).

³⁰⁰⁵ États-Unis, *Military Order – Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, 13 novembre 2001, art. 1^{er}, f.

³⁰⁰⁶ France, *Code de la défense*, art. L. 2121-7.

constitutionnelles »³⁰⁰⁷. D'une manière semblable, l'on relève que le propos général du mémorandum³⁰⁰⁸ de John Yoo, de 2002, se résume à l'idée que puisque la Constitution prévoit, lors du déclenchement de l'état de crise, que le président « *sera commandant en chef de l'armée* »³⁰⁰⁹, alors celui-ci « *ne peut être constitutionnellement empêché d'ordonner de pratiquer la torture en temps de guerre* »³⁰¹⁰. Par là même, le mémorandum semble suggérer qu'au-delà du déclenchement de l'institution d'exception, la possibilité de mise en œuvre des atteintes aux libertés procède de la Constitution elle-même, comme si ces atteintes avaient finalement fait l'objet d'une constitutionnalisation. Poussant l'idée à son paroxysme, David Cole constate avec justesse que « *suivant ce raisonnement [de John Yoo], le président aurait droit, par la Constitution, de recourir au génocide s'il le souhaitait* »³⁰¹¹. De même, le projet français de constitutionnalisation de l'état d'urgence démontre une telle volonté. Là encore, une telle hypothèse pourrait mener à constitutionnaliser, au-delà du déclenchement de l'état d'urgence, la mise en œuvre concrète des pouvoirs de crise liberticides. Certes, le projet de loi constitutionnelle prévoit que « *la loi fixe les mesures de police administrative que les autorités civiles peuvent prendre* »³⁰¹². Mais un tel procédé ne garantit absolument rien³⁰¹³, et l'on peut même « *soupçonner que l'objectif de ce renvoi au législateur est de l'autoriser à prendre des mesures dérogatoires au droit commun et qui seraient en quelque sorte "couvertes" juridiquement par une telle habilitation constitutionnelle* »³⁰¹⁴. En tout état de cause, la volonté politique à la source d'un tel projet contredit toute garantie juridique supposant de ne prévoir de mesures restrictives de libertés qu'au travers de la loi. De fait, cette volonté renvoie clairement à un renforcement de prérogatives qui semblent insérées dans la loi fondamentale. C'est du moins ce que l'on peut déduire des mots du Premier ministre

³⁰⁰⁷ Jean-Claude PAYE, « Le modèle anglais », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 73.

³⁰⁰⁸ John YOO, *Mémorandum sur l'application des traités et des lois aux détenus d'Al-Qaïda et aux Talibans*, 9 janvier 2002.

³⁰⁰⁹ États-Unis, *Constitution des États-Unis*, 17 septembre 1787, art. II, section 2, al. 1.

³⁰¹⁰ David COLE, « What Bush wants to hear », *The New York review of Books*, n° 18, novembre 2005, en ligne : [<http://www.nybooks.com/articles/2005/11/17/what-bush-wants-to-hear/>].

³⁰¹¹ *Ibid.*

³⁰¹² France, *Projet de loi constitutionnelle de protection de la nation*, 23 décembre 2015, art. 1^{er}, al. 2.

³⁰¹³ Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 165 : « *De plus, la technique du renvoi au législateur n'est en rien protectrice, puisque la Constitution habilite ce dernier à user de son pouvoir de manière discrétionnaire, c'est-à-dire sans qu'il soit encadré par des dispositions matérielles contraignantes. Ici encore, on cherche désespérément l'encadrement promis* ».

³⁰¹⁴ *Ibid.*

déclarant, en novembre 2015 : « *si nous ne procédions pas à une révision constitutionnelle afin de faire figurer l'état d'urgence dans la Constitution [...], nous ne pourrions pas aller plus loin en la matière* »³⁰¹⁵. Plus encore, l'exposé des motifs de la loi semble ne laisser aucun doute en expliquant que « *cette constitutionnalisation de l'état d'urgence est nécessaire pour compléter les moyens d'action des forces de sécurité* »³⁰¹⁶. D'ailleurs, cette révision vise clairement à donner un « *fondement [constitutionnel] nécessaire pour moderniser ce régime dans des conditions telles que les forces de police et de gendarmerie puissent mettre en œuvre [...] les moyens propres à lutter contre les menaces* »³⁰¹⁷. Toutes ces mesures de constitutionnalisation pourraient, presque mécaniquement, annihiler l'esprit républicain. En effet, c'est grâce à cette reconnaissance et à cette garantie de libertés, c'est-à-dire au travers d'une conception positive, par action, qu'un tel paradigme perdure. Par opposition, « *l'idée même d'inscrire dans la Constitution un régime général de restriction de libertés [...] paraît contradictoire* »³⁰¹⁸, dès lors qu'au sein de l'esprit même du paradigme républicain « *la Constitution est davantage destinée à garantir les libertés fondamentales qu'à les réduire ou à en restreindre le champ d'application* »³⁰¹⁹. En réalité, un processus qui supposerait une telle constitutionnalisation des pouvoirs d'exception et qui se voudrait à la fois garant de la continuité de l'esprit républicain semble aboutir à une contradiction. En effet, alors que l'esprit républicain repose sur une reconnaissance et une garantie effective des libertés comme moyen de faire durer un tel paradigme, l'insertion des pouvoirs de crise au sein de la loi fondamentale, mettant en danger cette même garantie de libertés par diverses suspensions, pourrait aboutir – par syllogisme – à annihiler l'existence de ce paradigme. Finalement, une telle insertion pourrait rompre le paradigme républicain, pour en fonder un autre, confirmant l'idée de Cécile Guérin-Bargues et Olivier Beaud selon laquelle « *on révisé la Constitution pour faire de la politique d'une autre manière* »³⁰²⁰. En un même sens, Jean-Claude Monod relève, discutant l'indistinction faite par Agamben entre l'état d'exception et la norme applicable en situation normale, que

³⁰¹⁵ JORF, Sénat, compte rendu intégral, séance du 20 novembre 2015, n° 130, p. 11148 (intervention de Manuel Valls).

³⁰¹⁶ France, *Projet de loi constitutionnelle de protection de la nation*, 23 décembre 2015, exposé des motifs.

³⁰¹⁷ *Ibid.*

³⁰¹⁸ JORF, Assemblée nationale, compte rendu intégral, séance du 8 février 2016, n° 15, p. 1069 (intervention de Jean-Frédéric Poisson).

³⁰¹⁹ *Ibid.*

³⁰²⁰ Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 175.

« l'inscription de l'état d'exception dans la Constitution »³⁰²¹ tend dangereusement à la fondation d'un nouveau paradigme de gouvernement, où « ce qui se présente comme exception a [...] tendance à s'imposer peu à peu comme norme »³⁰²². Au-delà de cette mise en brèche de l'esprit du paradigme républicain, la constitutionnalisation des pouvoirs d'exception révèle un autre danger en ce qu'elle annihile l'un des plus efficaces mécanismes constitutionnels de garantie des libertés.

2. L'éventuelle éradication du contrôle de constitutionnalité³⁰²³

Si la constitutionnalisation des mesures restrictives de libertés tend à ébranler l'esprit du paradigme républicain, il faut noter qu'elle a également pour conséquence de

³⁰²¹ Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 15.

³⁰²² *Ibid.*

³⁰²³ Pour des raisons déjà évoquées (cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 1, B, 2, b, voir en particulier le titre du b), l'on ne peut ici intégrer l'hypothèse d'un contrôle de constitutionnalité au Royaume-Uni. En effet, malgré le *Constitutional Reform Act* du 24 mars 2005 introduisant la Cour suprême du Royaume-Uni, celle-ci ne dispose d'aucun pouvoir d'annuler une disposition qui serait contraire aux normes constitutionnelles anglaises. Elle demeure en réalité soumise à la souveraineté parlementaire et à la loi. On ne peut donc pas évoquer ici le risque d'éradication du contrôle de constitutionnalité anglais. Mais si l'on s'intéresse au contrôle de conventionnalité, l'on peut craindre – comme pour la disparition du contrôle de constitutionnalité dans le droit américano-français – son réel anéantissement, dans l'hypothèse où les mesures concrètes de mise en œuvre des pouvoirs de crise intégreraient la sphère constitutionnelle. On ne peut certes pas parler au Royaume-Uni d'un complet contrôle de conventionnalité. Depuis que le Royaume-Uni a inséré dans son droit la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, au travers du *Human Rights Act* de 1998 entré en vigueur le 2 octobre 2000, le juge peut déclarer qu'une loi est inconventionnelle en émettant une déclaration d'incompatibilité. Une telle déclaration n'est pas contraignante, mais révèle un impact incitatif assez efficace. En effet, l'on a vu (cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 1) que ce rôle du juge avait influencé l'abandon de la législation antiterroriste de 2001 violant clairement la Convention de 1950 (Royaume-Uni, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 14 décembre 2001), et favorisé l'adoption d'une loi plus respectueuse du droit conventionnel (Royaume-Uni, *Prevention of Terrorism Act*, 11 mars 2005). Or, dans l'hypothèse où les pouvoirs de crise, au-delà de leur déclenchement, verraient leur mise en œuvre concrète – restreignant les libertés – insérée dans la Constitution anglaise, ce « quasi-contrôle » de conventionnalité, dont les effets favorables à la garantie des droits ne sont pas négligeables, n'aurait plus aucun impact sur ces pouvoirs, au regard de la prévalence de la Constitution anglaise sur le droit conventionnel. En effet, dans le cadre de ce contrôle, il n'y a qu'à l'égard des normes de valeur législative, et non constitutionnelle, que le juge peut émettre des déclarations d'incompatibilité conventionnelle (Voir sur ce point : Bernard STIRN, Duncan FAIRGRIEVE, Mattias GUYOMAR, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Odile Jacob, 2006, p. 255). Or, la résurgence de la notion de convention constitutionnelle (sur le développement de cette notion, voir : Albert Venn DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Liberty Fund, 1982, p. 277-315 ; Denis BARANGER, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008, p. 176-185), comprise comme une marge de pouvoir politique accordée aux gouvernants, qu'ils exercent différemment en fonction des circonstances, tend à insérer, au sein de la Constitution, cette mise en œuvre des pouvoirs de crise. Dans le même sens, l'on a constaté la tendance de l'Exécutif anglais à considérer que les possibles suspensions de libertés, mises en œuvre par les pouvoirs de crise, relevaient d'un pouvoir accordé par la Constitution (cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 1). Ainsi, ces restrictions de libertés pourraient passer de la sphère législative à la sphère constitutionnelle, les faisant échapper à ce « quasi-contrôle » – néanmoins protecteur – de conventionnalité.

priver un tel paradigme d'un de ses moyens les plus efficaces de garantie des libertés. Une telle insertion constitutionnelle tend ainsi à affaiblir encore le paradigme républicain, en annihilant le contrôle de constitutionnalité. De nouveau d'une manière assez mécanique, l'insertion au sein de la constitution de mesures mettant concrètement en œuvre les pouvoirs de crise, semble compromettre le contrôle de ces derniers. En effet, une norme violant la constitution ne peut être frappée d'inconstitutionnalité que si elle relève d'une valeur inférieure à la norme vis-à-vis de laquelle elle est contrôlée. Dans l'hypothèse où une mesure d'exception, tout en s'opposant aux libertés que protège la constitution, intégrerait néanmoins cette norme, il serait alors nécessaire de trouver un équilibre entre l'exigence de liberté, et celle de sécurité. Sans pouvoir l'affirmer, l'on peut envisager qu'au regard du poids de la menace terroriste, autant que de la légitimité accrue des pouvoirs de crise, la prévalence de la volonté sécuritaire ne ferait que peu de doutes. Si l'on observe la propension américaine à vouloir constitutionnaliser la mise en œuvre des pouvoirs de crise, l'impossibilité du contrôle de la conformité de ces pouvoirs vis-à-vis de la Constitution apparaît de manière éclatante. David Cole a ainsi souligné qu'en vertu du raisonnement assez binaire de John Yoo, si l'on considère que la Constitution, en plus du déclenchement de l'institution d'exception, confère au président le pouvoir de mettre en œuvre des mesures restrictives de libertés qu'elle contient (selon Yoo), alors « *aucune norme ne peut restreindre les actions qu'il est susceptible d'engager* »³⁰²⁴ dès lors que de telles actions proviennent de la norme suprême de l'État. Ces mesures affectant les libertés fondamentales ne sont donc plus contrôlées à l'aune de leur conformité à la Constitution américaine, mais elles deviennent, au contraire, partie de ce socle constitutionnel vis-à-vis duquel les normes inférieures sont contrôlées. C'est exactement en ce sens que Jay Scott Bybee conclut son mémorandum du 1^{er} août 2002, précisant que dans les circonstances de la guerre actuelle contre Al-Qaïda et ses alliés, « *l'application de l'article 2340A [qui insère dans le Code fédéral la Convention contre la torture de 1984] aux interrogatoires menés en vertu des pouvoirs de commandant en chef du président, peut être inconstitutionnelle* »³⁰²⁵. Une telle hypothèse de constitutionnalisation des pouvoirs de crise, puisqu'elle mènerait finalement à l'effondrement du contrôle de constitutionnalité de ces pouvoirs, serait bien

³⁰²⁴ David COLE, « What Bush wants to hear », *The New York review of Books*, n° 18, novembre 2005, en ligne : [<http://www.nybooks.com/articles/2005/11/17/what-bush-wants-to-hear/>] (notre traduction).

³⁰²⁵ Jay Scott BYBEE, *Mémorandum sur les normes de conduite pour les interrogatoires en vertu du Code fédéral*, 1^{er} août 2002, p. 46.

plus radicale et dommageable que l'affaiblissement déjà observé, notamment provoqué par un Congrès déterminé à contourner la jurisprudence de la Cour suprême³⁰²⁶.

Le droit français pourrait aboutir à cette même mise en brèche du paradigme républicain, non pas issue d'un simple affaiblissement du contrôle de constitutionnalité comme c'est déjà le cas actuellement³⁰²⁷, mais plutôt d'un anéantissement total d'un tel contrôle. On a pu lire en ce sens que la constitutionnalisation de l'état d'urgence, davantage que de réaffirmer l'État de droit en encadrant les pouvoirs de crise, pourrait viser à « *renforcer ces pouvoirs, en leur donnant une base constitutionnelle qui les mette à l'abri d'une éventuelle censure du Conseil constitutionnel* »³⁰²⁸. Cette dernière éventualité d'une censure est en revanche parfaitement envisageable si la mise en œuvre de ces pouvoirs ne relève que de la simple loi. Confirmant ce risque, Cécile Guérin-Bargues et Olivier Beaud soulignent que le projet de révision constitutionnelle consiste finalement « *en une révision préventive, destinée à contourner une déclaration d'inconstitutionnalité* »³⁰²⁹. En effet, dans l'exposé des motifs de cette loi de révision, sont proposées plusieurs mesures administratives qui, si elles bénéficiaient d'un socle constitutionnel, seraient « *susceptibles d'accroître l'efficacité du dispositif mis en place pour faire face au péril* »³⁰³⁰, tout en échappant au risque d'inconstitutionnalité. Parmi elles, est citée la mise en œuvre du « *contrôle d'identité sans nécessité de justifier de circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public* »³⁰³¹. Or, le Conseil constitutionnel avait émis, dans une décision de 1993, une réserve d'interprétation supposant que si la loi peut prévoir que le contrôle de l'identité d'une personne ne soit pas lié à son comportement, l'autorité procédant au contrôle doit néanmoins justifier « *des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle* »³⁰³². Ce n'est qu'à cette condition que ledit contrôle peut être conforme à la Constitution. En expliquant que cette

³⁰²⁶ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 1, B, 2.

³⁰²⁷ *Ibid.*

³⁰²⁸ Collectif « Refuser un état d'exception permanent », *Le Monde*, 22 déc. 2015, p. 19.

³⁰²⁹ Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 160.

³⁰³⁰ France, *Projet de loi constitutionnelle de protection de la nation*, 23 décembre 2015, exposé des motifs.

³⁰³¹ *Ibid.*

³⁰³² C.C., 5 août 1993, n° 93-323, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité* : « *s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle ; que ce n'est que sous cette réserve d'interprétation que le législateur peut être regardé comme n'ayant pas privé de garanties légales l'existence de libertés constitutionnellement garanties* ».

mesure permettrait d'accroître significativement le processus de lutte contre le terrorisme, mais en précisant que la réserve d'interprétation de 1993 fige sa mise en œuvre par la loi, l'exposé des motifs vise à s'émanciper d'un tel contrôle, précisément en insérant cette mesure au sein de la Constitution. Il en va de même lorsque l'Exécutif, auditionné par la commission des lois de l'Assemblée nationale, précise que la constitutionnalisation de l'état d'urgence – et surtout les mesures restrictives de libertés qu'il permet – est justifiée par le fait que « *certaines mesures n'ont pu être inscrites dans la loi du 20 novembre [2015] en raison de contraintes jurisprudentielles* »³⁰³³. Parmi ces mesures, le Premier ministre évoquait les perquisitions administratives, au sein desquelles plusieurs saisies menant à des copies de données ont pourtant été déclarées inconstitutionnelles par les Sages de la rue de Montpensier dans leur décision du 19 février 2016³⁰³⁴, montrant ainsi une réelle volonté de dénonciation des atteintes portées par la loi, aux libertés – en l'espèce le droit au respect de la vie privée – que garantit la Constitution³⁰³⁵. Là encore, ces « *cas de saisies déclarées inconstitutionnelles par le Conseil constitutionnel [...] cesseraient de l'être si l'état d'urgence était constitutionnalisé* »³⁰³⁶, car alors de telles saisies ne relèveraient plus de la norme législative, contrôlable par le Conseil, mais de la Constitution elle-même. Dès lors, les pouvoirs d'exception pourraient, en l'espèce, renverser le droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 2 de la Déclaration de 1789, ayant pourtant justifié l'inconstitutionnalité soulevée dans la décision du 19 février 2016. Ainsi, plutôt que de protéger le paradigme républicain, garant des libertés, cette révision pourrait « *contredi[re] l'objectif de renforcement de l'État de droit qui est la principale litanie de ce projet de loi constitutionnelle* »³⁰³⁷, car en évinçant le contrôle de constitutionnalité, elle anéantirait un précieux moyen de préservation de ce paradigme.

³⁰³³ Documents de l'Assemblée nationale, commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Examen du projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation* (n° 3381), n° 43, 27 janvier 2016, p. 21 (intervention de Manuel Valls). Pour être tout à fait précis, il faut souligner qu'il ne s'agit pas de dire que de telles mesures n'ont pas pu être inscrites dans la loi du 20 novembre 2015, mais plutôt qu'elles n'ont pu y être maintenues. En effet, la loi du 20 novembre 2015 n'est frappée d'inconstitutionnalité – concernant les saisies et les copies de données – que par la décision du Conseil constitutionnel du 19 février 2016.

³⁰³⁴ C.C., 19 février 2016, n° 2016-536, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*, QPC.

³⁰³⁵ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 2.

³⁰³⁶ Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 162.

³⁰³⁷ *Ibid.*

L'on constate ainsi qu'une telle constitutionnalisation des pouvoirs de crise, traduisant une mauvaise interprétation des prescriptions machiavéliennes, pourrait, plutôt que d'affermir le paradigme républicain et d'assurer son maintien, l'anéantir totalement. Une telle insertion constitutionnelle apparaîtrait donc dangereuse en ce que – telle qu'elle est envisagée par le droit américano-français – elle ne renverrait finalement à rien d'autre qu'à la conception schmittienne selon laquelle la mise en œuvre des pouvoirs de crise relève d'un décisionnisme souverain proprement constituant. Scott Horton³⁰³⁸ pour le droit américain, et Jean-Claude Monod³⁰³⁹ pour le droit français, ont à ce sujet clairement montré la tendance schmittienne d'une telle constitutionnalisation. En effet, dans ces deux États, les pouvoirs de crise liberticides, puisque insérés dans la loi fondamentale, pourraient nier l'esprit républicain supposant la garantie des libertés. Plus encore, ils seraient délivrés de tout contrôle de conformité à ses valeurs. De ce fait, le paradigme républicain serait mis en brèche. Relevant de la substance même de la plus haute norme étatique, ces pouvoirs seraient potentiellement porteurs d'une charge normative capable de fonder un nouvel ordre juridique, où les libertés républicaines ne seraient plus protégées, menant finalement à un nouveau paradigme de gouvernement. Par-delà une telle constitutionnalisation des pouvoirs de crise, c'est la compréhension actuelle de l'institution d'exception en général, confrontée au terrorisme de nouvelle génération, qui semble révéler un danger réel pour le paradigme républicain.

B. La possible inefficacité de l'institution d'exception face au terrorisme de nouvelle génération

La mise en œuvre actuelle de l'institution d'exception, comme cadre juridique global applicable sur le long terme au terrorisme de nouvelle génération, semble ne plus être compatible avec la menace qu'elle cherche à affronter. Cette incompatibilité, préjudiciable au paradigme républicain, provient autant de l'institution d'exception elle-même, dont la présence n'est plus justifiée (1) que de la menace terroriste actuelle, ne relevant plus pleinement d'une situation d'exception (2).

³⁰³⁸ Scott HORTON, « The return of Carl Schmitt », *Balkinization*, novembre 2005, en ligne : [<https://balkin.blogspot.fr/2005/11/return-of-carl-schmitt.html>] : « les arguments et déclarations de Yoo traduisent l'influence substantielle d'un penseur : Carl Schmitt ».

³⁰³⁹ Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 73-107 : l'auteur évoque, notamment dans le cadre français, les « approches schmitto-marxiennes de l'actualité » (p.101).

1. La non justification du recours à une institution d'exception de long terme

Que l'on s'en remette au droit anglo-américain ou français, la conviction profonde qui irrigue une telle institution est la croyance en l'idée que le trouble qui la fait naître est nécessairement temporaire. C'est parce que l'état d'exception se fonde sur une telle croyance que les pouvoirs qu'il met en œuvre sont originellement prévus pour n'être efficaces que s'ils s'exercent sur une courte durée³⁰⁴⁰. Il a été vu que la notion d'efficacité, dans ce cadre républicain, se définissait comme la volonté d'agir effectivement – c'est-à-dire de façon performante – contre l'exception, tout en préservant, pour la recouvrer au plus vite, la normalité étatique. Il est ainsi possible de porter atteinte, si nécessaire, à certaines libertés, par le déverrouillage de contraintes qui pourraient ralentir l'action des pouvoirs de crise. Mais à la fois, cette efficacité suppose d'encadrer ces pouvoirs, autant dans les matières concernées que dans la durée de leur action, pour ne pas ébranler l'ordre dans lequel ils agissent. Le caractère temporaire et limité de telles atteintes les rend donc admissibles au cœur du paradigme républicain. Mais au-delà d'une certaine durée, l'institution d'exception entraîne un effet inverse en ce sens qu'elle affecte durablement le socle de libertés nécessaire à la continuité républicaine, pouvant alors – l'on n'a cessé de le voir – entraîner la fondation d'un nouvel ordre, opposé à celui qu'elle devait préserver. Outre cette idée d'efficacité entravée par un exercice de long terme, il faut surtout constater ici que l'institution d'exception, encore une fois au regard de sa conviction profonde, ne peut tout simplement pas trouver de justification légitime à s'appliquer en dehors d'une courte période. En effet, elle ne peut être justifiée sur le long terme, sauf à ne plus correspondre à la définition de ce que doit être un cadre juridique d'exception. C'est en ce sens que Bernard Manin souligne que « *la cessation effective du régime d'exception après un temps bref* »³⁰⁴¹, au-delà même de permettre son efficacité, apparaît également comme une « *condition fondamentale de sa légitimité* »³⁰⁴². C'est en ce sens encore que Guillaume Tusseau, s'attachant à l'argumentation d'Oren Gross, relève que « *l'invocation de l'urgence a vocation à s'auto-abolir* »³⁰⁴³, dès lors que « *l'état d'urgence est précisément*

³⁰⁴⁰ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1, B, 2.

³⁰⁴¹ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 22.

³⁰⁴² *Ibid.*

³⁰⁴³ Guillaume TUSSEAU, « La notion d'urgence dans l'argumentation constitutionnelle. Analyse théorique et comparative à partir du concept de norme d'habilitation. II – Ontologie de l'urgence », *Teoria politica. Nuova serie*, annales II, 2012, p. 367.

*instauré pour se mettre sur la voie de l'extinction »*³⁰⁴⁴. Une telle institution ne peut donc être légitime sur le long terme, car n'est « matriciellement » pas conçue pour régir une menace dont on peine à définir l'étendue temporelle, tout en sachant néanmoins qu'elle pourrait être durable. Autrement dit, au regard de « *sa structure constitutive [...] le paradigme de l'exception est fondamentalement inapproprié pour affronter la menace terroriste actuelle »*³⁰⁴⁵, dès lors que celle-ci relève d'un temps long.

2. Une menace terroriste ayant perdu son caractère d'exception

L'on doit relever que la perspective de long terme – clairement soulignée par divers spécialistes de l'institution d'exception³⁰⁴⁶ – dans laquelle s'inscrit le phénomène terroriste actuel, tend à ôter à cette menace son caractère exceptionnel. En effet, ce terrorisme de nouvelle génération, par sa durée, semble ne plus relever de la notion de situation d'exception – inattendue et ponctuelle –, mais plutôt d'un phénomène répétitif proche de l'idée de vagues ou de cycles prévisibles, tels que décrits par Rapoport³⁰⁴⁷, et durant « *à peu près le temps d'une génération »*³⁰⁴⁸. Mireille Delmas Marty souligne d'ailleurs l'erreur consistant à continuer d'envisager la menace terroriste comme phénomène d'exception, expliquant qu'« *en incluant les actes terroristes dans la liste des circonstances exceptionnelles, on introduit un doute car il est difficile d'imaginer un moment où cesserait toute menace de terrorisme »*³⁰⁴⁹. De même, François Saint-Bonnet relève que « *le terrorisme djihadiste n'est pas un phénomène passager »*³⁰⁵⁰. Par là même, il peut sembler illogique d'envisager d'appliquer une institution d'exception à un phénomène qui ne relève plus entièrement de l'exceptionnel. Ainsi, à double titre, l'institution d'exception telle

³⁰⁴⁴ *Ibid.*

³⁰⁴⁵ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 27.

³⁰⁴⁶ Philip B. HEYMANN, *Terrorism, Freedom and Security. Winning without War*, The M.I.T. Press, 2003, p. XII. Expliquant la difficulté à concevoir le terrorisme actuel de manière temporaire, l'auteur rappelle : « *Nous ne pouvons pas espérer en finir avec un phénomène qui peut être provoqué par n'importe quel petit groupe dans un monde de sept milliards d'hommes* ». Voir encore : Livre blanc du gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme, *La France face au terrorisme*, la documentation française, 2006, p. 11 : « *Ancrée dans une génération encore jeune, la menace présentée par le terrorisme mondial devrait être durable* ».

³⁰⁴⁷ David Charles RAPOPORT, « The four waves of modern terrorism », *Terrorism – Critical Concepts in Political Science*, 2006, en ligne : [<https://www.routledge.com/Terrorism-Critical-Concepts-in-Political-Science/Rapoport-Rapoport/p/book/9780415316507>].

³⁰⁴⁸ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 25.

³⁰⁴⁹ Mireille DELMAS-MARTY, « Liberté et sûreté dans un monde dangereux ». Cours au Collège de France : *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, 2008, p. 612.

³⁰⁵⁰ François SAINT-BONNET, « L'idéologie djihadiste et la modernité », *La vie des idées*, 10 mars 2015, p. 1, en ligne : [<http://www.laviedesidees.fr/L-ideologie-djihadiste-et-la-modernite.html>].

qu'elle est actuellement conçue semble ne plus être apte à régir le terrorisme de nouvelle génération : d'une part elle s'étend temporellement, perdant alors sa nature d'institution d'exception, et n'étant donc plus justifiée, et d'autre part, la situation qu'elle vise à endiguer ne relève plus pleinement d'un phénomène d'exception. Persévérer dans une telle voie révèle finalement une certaine étroitesse des autorités politiques quant aux modalités de gestion de crise, et interroge légitimement sur l'utilité du maintien de l'institution d'exception – comme elle est actuellement conçue – en telle circonstance. Cette interrogation est d'autant plus justifiée que plusieurs alternatives peuvent être envisagées.

Conclusion du chapitre 2

Entre Schmitt proposant de s'affranchir de la légalité positive de l'État pour faire face à certains périls, et Machiavel préconisant au contraire de continuer à y être soumis, les trois États observés ici semblent en apparence avoir choisi des voies opposées. Peut-on déduire de ces divergences que les États-Unis se seraient échoués sur l'écueil schmittien supposant paradoxalement de s'émanciper radicalement du paradigme républicain au nom de sa propre sauvegarde, alors qu'à l'inverse, l'Angleterre et la France auraient cerné la supériorité théorique de Machiavel, parvenant ainsi à faire face au terrorisme actuel sans renier leur républicanisme ? Plus profondément, la mise en œuvre concrète des présupposés des deux auteurs permet-elle de montrer les limites conceptuelles de Schmitt quant à la préservation du paradigme républicain, tout en révélant le caractère visionnaire de Machiavel quant au maintien de ce même paradigme face aux défis de l'histoire ?

Malgré les apparences, les choix opérés par ces États empêchent une réponse binaire et évidente. D'une part, le droit américain, par sa proximité avec la radicalité schmittienne, semble d'abord se distinguer des deux autres ordres juridiques, et faire de l'exception un nouveau paradigme de gouvernement. Ainsi, l'hostilité permanente et absolue du penseur allemand envers certains ennemis semble applicable à la lutte antiterroriste américaine. Plus encore, le droit américain semble même apporter des réponses aux interrogations théoriques schmittiennes quant au traitement applicable à l'ennemi illégal. Par là même, le droit américain prolonge la nécessité schmittienne d'insérer, même au sein du paradigme républicain visant à se préserver, un décisionnisme souverain qui détruit ce paradigme pour en fonder un nouveau : celui de l'exception comme mode de gouvernement. Pourtant, dans le même temps, la présidence de Barack Obama a démontré à certains égards – notamment en redonnant aux Conventions de Genève leur plénitude normative³⁰⁵¹ – une volonté de rompre avec une lutte antiterroriste violant l'État de droit, prouvant ainsi un attachement réel au paradigme républicain. D'autre part, le droit anglo-français semble demeurer fidèle au machiavélisme, et ne faire de l'exception qu'une simple discontinuité républicaine. Plutôt qu'une inextinguible hostilité envers certains ennemis, le Florentin prône un

³⁰⁵¹ Barack OBAMA, *Décret portant sur la conformité légale des interrogatoires*, n° 13491, 22 janvier 2009, section 1. Ce décret révoque celui pris par le président George W. Bush, qui avait en 2007 écarté l'applicabilité de l'article 3 commun aux Conventions de Genève dans le cadre des interrogatoires menés par la C.I.A. . Voir en ce sens : George W. BUSH, *Décret sur l'interprétation de l'article 3 commun des Conventions de Genève et son applicabilité au programme de détention et d'interrogatoire opéré par la C.I.A.*, n° 13440, 20 juillet 2007.

nécessaire accommodement avec ces derniers, supposant alors de renoncer, au sein du paradigme républicain frappé de troubles, à un décisionnisme souverain, qui justement sert à éliminer radicalement l'ennemi frappé d'hostilité absolue. Par là même, Machiavel renonce à une décision dotée d'un caractère constituant. Il semble que le droit anglo-français tente d'accomplir – non sans difficultés – cette ambitieuse préservation du paradigme républicain en toute circonstance, et qu'à la fois il s'en éloigne.

Mais au-delà des apparentes dissemblances entre ces ordres juridiques, se dessine en réalité une convergence vers un même point. Ainsi, les droits américain, anglais et français traduisent, d'une semblable manière, cette difficulté à demeurer effectivement dans le paradigme républicain, tant la manifestation actuelle des situations d'exception invite à accroître la force des pouvoirs de crise, notamment en leur donnant une assise constitutionnelle. Or, une telle constitutionnalisation renonce à l'esprit républicain, autant qu'elle annihile tout contrôle des pouvoirs de crise vis-à-vis de la norme fondamentale. À ce titre, cette constitutionnalisation permet aux pouvoirs d'exception d'ébranler le paradigme républicain, puis – les plaçant au sommet de la hiérarchie normative – les dote d'une prééminence propre à fonder un nouveau paradigme. Au fond, une telle constitutionnalisation renvoie à cette capacité à la fois destructrice et fondatrice de la décision souveraine. Si les États-Unis, l'Angleterre et la France n'ont pas été frappés par le terrorisme dans les mêmes mesures ni aux mêmes moments, les menant à envisager des pouvoirs de crise apparemment divergents, tout semble néanmoins démontrer une filiation possible avec la décision souveraine schmittienne, dès lors que l'on semble quitter la dictature constitutionnelle pour se diriger vers une dictature constituante, porteuse de valeurs opposées au paradigme républicain. Au-delà de cette tendance à la constitutionnalisation des pouvoirs de crise, c'est l'institution d'exception confrontée à la menace actuelle qui semble être un danger pour le paradigme républicain.

Conclusion du titre 2

L'effacement de la conception commissariale des pouvoirs de crise, seule garantie de la pérennité républicaine, ne fait-il pas place à un décisionnisme souverain, fondateur d'un nouveau paradigme ? Sans pouvoir donner une réponse définitive, divers éléments démontrent un réel affaiblissement du paradigme républicain.

En effet, d'une part, l'on a vu que la manifestation actuelle des situations d'exception tendait à bouleverser l'acception commissariale des pouvoirs de crise, seule capable de régir la situation de péril tout en préservant le paradigme républicain. De fait, le terrorisme de nouvelle génération, par son extension temporelle et sa violence accrue, oblige les pouvoirs de crise à s'inscrire dans une temporalité nouvelle, et à accroître leur capacité liberticide. Or, tant en théorie – avec Machiavel et Schmitt – qu'en pratique – à travers le droit anglo-américain et français –, l'on a constaté que ces pouvoirs n'étaient favorables à la pérennité républicaine que s'ils demeuraient temporaires et ne pouvaient restreindre que certaines libertés, sous contrôle. En effet, c'est parce que de tels pouvoirs ne portent atteinte que pour un court moment au fondement de la continuité républicaine – compris comme une garantie la plus permanente et la plus égalitaire possible de libertés au plus grand nombre – qu'ils peuvent être favorables au rétablissement du paradigme républicain à l'issue des troubles, et donc à son maintien par-delà les crises. Or, le terrorisme de nouvelle génération, par le caractère expansif de ses objectifs et moyens, autant que par son organisation décentralisée, s'inscrit dans un temps long et dans une logique de violence amplifiée, qui tout à la fois débordent et transforment la conception commissariale des pouvoirs de crise. En effet, alors que l'étendue de la menace terroriste favorise l'insertion de pouvoirs exceptionnels dans la législation applicable aux situations normales – dans le droit anglo-américain, et récemment français –, ou la prorogation presque permanente de l'état d'urgence – dans le droit français spécifiquement –, la violence accrue d'un tel péril tend à légitimer un pouvoir exécutif exacerbé, enlevant toute justification au contrôle juridictionnel. La transformation des pouvoirs de crise est ici tout à fait visible, puisque au-delà de l'effacement de leur prévisibilité par le droit positif, de leur cantonnement à la seule sphère de la crise, de la limitation matérielle de leur champ d'action, ces pouvoirs se voient désormais amputés des deux derniers piliers – la brièveté temporelle et le contrôle juridictionnel de leurs limites d'action – permettant de les maintenir dans une acception commissariale, c'est-à-dire compatible avec cette continuité

républicaine de l'État de droit. C'est en ce sens que l'on peut parler d'un réel effacement de cette conception des pouvoirs de crise, au profit d'une autre.

D'autre part, l'on constate qu'un tel effacement ne vaut que pour la nature commissariale des pouvoirs de crise, et non pas pour ces pouvoirs eux-mêmes. En effet, ces derniers ne disparaissent pas, mais sont plutôt transformés, devenant un réel décisionnisme souverain, libéré de tout cadre de droit positif. Or, l'on sait que le décisionnisme souverain, au-delà d'une préalable destruction de l'ordre au sein duquel il se manifeste, est doté d'un pouvoir créateur, capable de fonder un ordre nouveau. À ce titre, l'on pense d'abord percevoir une claire ligne de démarcation. En effet, le droit américain, proche de l'hostilité absolue entretenue par Schmitt envers certains ennemis, semble s'être orienté vers une volonté de faire de l'exception un nouveau paradigme de gouvernement – c'est-à-dire vers cette volonté de faire de l'état d'exception un État d'exception –, se déterminant ainsi vers une préalable déconstruction du paradigme républicain. De fait, la caractérisation d'un ennemi illicite – proche de la figure schmittienne du partisan –, autant que son traitement, sont autant d'indices renvoyant à un décisionnisme souverain opposé aux conceptions républicaines. Le droit anglo-français, en apparence proche de Machiavel, tente en revanche de ne faire de l'exception qu'une simple discontinuité au sein du paradigme républicain, et non un mode nouveau de gouvernement. En évitant d'aboutir à une hostilité absolue avec l'ennemi, le droit anglo-français renonce en effet à recourir, au sein de l'ordre républicain, à un décisionnisme souverain, qui bien que seul capable d'anéantir efficacement cet ennemi, apparaît néanmoins destructeur et fondateur. Pourtant, ces différences ne sont qu'apparentes, et les droits anglais et français démontrent finalement une difficulté réelle à demeurer dans le paradigme républicain lorsqu'ils sont frappés de plein fouet par le terrorisme de nouvelle génération. Tous manifestent une volonté de renforcement des pouvoirs de crise, négligeant le compromis commissarial au profit d'une radicalité souveraine. Le choix d'un tel affermissement se traduit notamment par une tendance à la constitutionnalisation de ces pouvoirs. Ce mouvement accentue encore le rejet du paradigme républicain au profit de la création d'un ordre nouveau, dès lors qu'une assise constitutionnelle de ces pouvoirs, tout en renonçant à l'esprit républicain et en empêchant tout contrôle de conformité à la norme fondamentale, semble doter les pouvoirs de crise d'une suprématie propre à fonder, ainsi que le montre

Jean-Claude Monod, un nouvel ordre³⁰⁵² radicalement opposé au républicanisme machiavélien. Plus largement encore qu'une telle constitutionnalisation des pouvoirs de crise, l'institution d'exception semble, dans sa généralité, devenir un danger pour le paradigme républicain.

³⁰⁵² Jean-Claude MONOD, « La radicalité constituante (Negri, Balibar, Agamben) ou peut-on lire Schmitt de droite à gauche ? », *Mouvements*, n° 37, janvier-février 2004, p. 80. Selon l'auteur, « *l'État d'exception et le pouvoir constituant marquent un mode d'être du politique qui échappe au droit parce qu'ils peuvent en fonder ou en suspendre l'exercice, une (ré)ouverture de la "créativité" politique dans l'indétermination absolue de son pouvoir de décision, l'instauration ou la restauration d'un pouvoir constituant qui ne se "fige" pas encore dans un système de normes* ».

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Le paradigme républicain peut-il faire face à la multiplication et à l'intensification des situations exceptionnelles, sans se renier lui-même au point de s'autodétruire ? Les droits anglo-américain et français cherchent aujourd'hui à répondre à cette interrogation, en tentant d'opérer une synthèse entre le juspositivisme de Machiavel et le décisionnisme souverain de Schmitt.

D'un côté, les pouvoirs de crise peuvent apparaître favorables au maintien de l'idéal républicain. On voit en ce sens se dégager une commune adhésion autour de la nécessité de recourir aux pouvoirs de crise au sein de l'État frappé de troubles, afin d'assurer son rétablissement. Mais, puisqu'ils agissent dans un État visant sa pérennité républicaine, ils doivent être suffisamment encadrés par le droit positif afin de ne plus être destructeurs et fondateurs – comme c'est le cas de la décision souveraine –, mais bien plutôt restaurateurs. En ce sens, la conception machiavélienne des pouvoirs constitutionnels d'exception, autant que l'idée schmittienne de dictature de commissaire, permettent d'envisager des pouvoirs de crise qui tout à la fois cherchent à endiguer efficacement la situation exceptionnelle, et visent à préserver le paradigme républicain. Pour ce faire, ils entourent ces pouvoirs des cinq piliers juridiques que sont la prévisibilité des pouvoirs de crise par le droit positif, leur assignation à la seule sphère de l'exception, l'imposition de limites au champ matériel de ces pouvoirs, le contrôle parlementaire et juridictionnel du respect de ces limites, et le temps d'exercice restreint de ces pouvoirs. Par cela, de tels pouvoirs peuvent agir plus efficacement que ceux relevant des situations normales, puisqu'ils peuvent par exemple suspendre des libertés auxquelles il est habituellement impossible de déroger. Mais dans le même temps, ils demeurent suffisamment contrôlés afin de ne pas mettre en péril la survie de l'État, au travers par exemple de leur limitation temporelle. Au-delà de la théorie machiavélo-schmittienne, l'observation de la pratique révèle ici un intérêt véritable, puisque le droit anglo-américain et français démontre combien l'aboutissement à un tel compromis peut être délicat. En effet, dans le réel, l'on constate la propension des pouvoirs de crise à s'affranchir des limites juridiques leur étant imposées – par exemple en suspendant dans les faits bien plus de libertés que celles pouvant légalement en faire l'objet –, et ce malgré une volonté de demeurer dans le paradigme républicain. C'est pour cette raison qu'un contrôle des pouvoirs de crise apparaît nécessaire. À ce titre, le droit anglo-américain et français, tout en s'inspirant du droit public romain et des propositions

de Machiavel et Schmitt, tente de les préciser. Cela est particulièrement visible au travers de l'élaboration, par ces trois droits, d'un contrôle parlementaire et juridictionnel. Si le premier manque d'audace, le second révèle une témérité propre à maintenir ces pouvoirs dans le champ républicain, les contraignant au compromis commissarial. Par là même, les pouvoirs de crise semblent à la fois lutter efficacement contre les périls, et préserver l'État, en évitant de le vider de sa substance. Ainsi ces pouvoirs apparaissent effectivement favorables à la préservation de l'État de droit, dès lors qu'ils tentent d'assurer au mieux, et en tout temps, ce principe jusnaturaliste – nécessaire à la pérennité républicaine – consistant à limiter autant que possible les atteintes aux libertés, afin de rétablir au plus vite une normativité qui garantisse au plus grand nombre une jouissance égale de libertés.

D'un autre côté pourtant, ces mêmes pouvoirs d'exception se révèlent à la fois être une réelle menace à la préservation de ce paradigme républicain. En effet, au contact des situations exceptionnelles actuelles, l'on observe un net affaissement de l'acception commissariale des pouvoirs de crise, au profit de ce qui semble être un retour du pur décisionnisme souverain³⁰⁵³. Un tel mouvement est dangereux car, que l'on s'en remette à Machiavel et Schmitt, ou à la pensée anglo-américaine et française, l'on relève en un même sens que seule l'acception commissariale peut être favorable à la pérennité républicaine. De fait, de tels pouvoirs durent peu, ne portent atteinte qu'à certaines libertés limitativement énumérées, et sont contrôlés dans leur action. Or, le terrorisme de nouvelle génération, par ses caractéristiques, tend à inscrire sa menace dans un temps long³⁰⁵⁴, autant que dans une violence amplifiée, contraignant ainsi les pouvoirs de crise à s'y adapter. En ce sens, l'on observe une transformation des pouvoirs de crise, qui s'affranchissent des deux derniers piliers – leur faible durée et le contrôle des limites matérielles de leur action – qui les maintenaient alors dans l'acception commissariale. En effet, alors que la menace terroriste de long terme oblige les pouvoirs de crise à s'étendre toujours plus dans le temps, sa violence accrue tend à justifier le renforcement de ces pouvoirs, évinçant la validité et la légitimité du contrôle juridictionnel des limites imposées à ces derniers. Amputés de ces deux éléments de faible durée et de contrôle du respect des limites leur étant imposées, les pouvoirs d'exception quittent la sphère commissariale pour s'approcher de la pure décision

³⁰⁵³ Or, l'on sait que ce dernier, plutôt que de préserver l'ordre au sein duquel il agit pour le restaurer à l'issue de la crise, vise davantage à l'anéantir pour en fonder un nouveau.

³⁰⁵⁴ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 22 : « les périls majeurs ne présentent pas dans la réalité une fin abrupte et nette »

souveraine, qui par principe est totalement libérée des chaînes du droit positif. Par là même, ils deviennent préjudiciables à la continuité républicaine, tant l'on sait combien ce décisionnisme souverain procède d'une préalable destruction de l'ordre au sein duquel il agit, afin d'en fonder ensuite un nouveau. L'hypothèse d'une telle transformation des pouvoirs de crise, au regard des conséquences qu'elle peut engendrer sur le paradigme républicain, enjoint de rechercher dans le réel la possible manifestation d'un tel décisionnisme. À cet égard, le droit américain rejoint la nécessité schmittienne de recourir à ce type de décision même au cœur de l'État fondé, malgré le risque de destruction qu'elle comporte. Ainsi voit-on se reproduire, au travers des mémorandums de l'administration de G.W. Bush, la perpétuation d'une absoluité telle de l'hostilité avec l'ennemi, qu'il devient impossible de l'intégrer aux catégories juridiques prévues par l'État de droit. Par conséquent, le traitement appliqué à cet ennemi illicite ne peut procéder des normes issues d'un tel État, et l'on constate alors clairement le recours à un décisionnisme libéré des règles de droit du paradigme républicain et radicalement opposé à ce dernier. En ce sens, le décisionnisme américain ébranle les fondements constitutionnels garants des libertés républicaines, pour fonder un ordre nouveau, dont la validité juridique s'appuie sur ce décisionnisme négateur du paradigme républicain. On peut à cet égard souligner l'émergence d'un autre paradigme, supposant de faire des pouvoirs d'exception un mode nouveau de gouvernement. En apparence plus proche de Machiavel, le droit anglo-français rejette l'incursion du décisionnisme souverain au cœur de l'État, puisque l'idée d'accommodement avec l'ennemi rend inutile le recours à ce décisionnisme radical, seul capable de trancher une hostilité absolue en l'espèce inexistante. Malgré leurs tentatives de ne faire de l'exception qu'une simple discontinuité au sein d'un inébranlable paradigme républicain, les droits anglais et français montrent, à certains égards, un parallélisme vis-à-vis du positionnement américain. Le terrorisme de nouvelle génération semble en effet contraindre ces États à convoquer, au sein de leur paradigme républicain, un décisionnisme de plus en plus radical, éloigné du compromis commissarial. Un tel renforcement est perceptible à travers la volonté croissante de constitutionnaliser les pouvoirs de crise. Cette tendance semble clairement s'inscrire dans la double caractéristique du décisionnisme souverain dès lors que, d'une part, l'insertion des pouvoirs de crise dans la loi fondamentale entraîne un rejet de l'esprit républicain, et un impossible contrôle des mesures d'exception violant cette loi, supposant sa déconstruction progressive et par voie de conséquence celle du paradigme républicain s'y rattachant. D'autre part, cette constitutionnalisation semble conférer aux pouvoirs de crise une supériorité normative capable de fonder un nouvel ordre,

nécessairement opposé au paradigme républicain. Plus encore, c'est l'architecture juridique globale de l'institution d'exception telle qu'elle est aujourd'hui conçue, qui appliquée aux crises actuelles semble menacer l'édifice républicain.

CONCLUSION GÉNÉRALE

S'il convient de reconnaître dans un premier temps que Machiavel et Schmitt permettent de comprendre, sous un jour nouveau, la manière dont le paradigme républicain peut être fondé et préservé au travers des situations exceptionnelles (I), il semble néanmoins nécessaire dans un second temps de prendre conscience de leurs limites conceptuelles, afin de proposer des outils capables de résoudre les problématiques les plus actuelles, auxquelles ils n'apportent pas de solutions suffisantes (II).

I- L'incontestable éclairage machiavélo-schmittien quant à la fondation et à la préservation du paradigme républicain à l'aune de situations exceptionnelles

La confrontation des concepts développés par Machiavel et Schmitt permet-elle d'éclairer la manière dont le paradigme républicain peut être fondé puis maintenu, au gré des situations exceptionnelles ?

Il semble nécessaire de reconnaître à ce stade tout l'intérêt que recouvre la pensée machiavélo-schmittienne pour ce sujet. En effet, c'est bien grâce à leurs points d'accord autant qu'à leurs antagonismes qu'il est possible de démontrer qu'au sein des situations de crise, les pouvoirs exceptionnels sont tout à la fois nécessaires à la fondation de l'ordre républicain, mais peuvent également être la cause de sa ruine plutôt que de sa pérennité.

Ainsi, dans un premier temps, l'on a pu constater que les moyens à employer lors de la fondation d'un ordre nouveau mettaient en lumière des convergences autant que des oppositions entre ces auteurs. Or – malgré d'incontestables anachronismes – une telle friction semble nourrir le contexte révolutionnaire anglo-américain et français, caractéristique d'une situation exceptionnelle. En effet, l'angle théorique permet ici de comprendre qu'en pratique, un tel soulèvement provient essentiellement d'une loi positive créant et favorisant des inégalités dans la jouissance des libertés individuelle et politique au sein du corps social. Une telle situation engage alors une remise en cause de la structure étatique et juridique, au profit d'un retour à un état de nature, ce dernier étant pourvoyeur d'égalité. C'est dans cet état naturel qu'une unité politique suffisamment unie va trouver – en la décision souveraine capable d'affirmer radicalement un droit à l'existence – la capacité d'éradiquer l'ordre ancien, autant que le pouvoir constituant de fonder un ordre totalement nouveau. Sur ce point, l'on trouve un accord absolu autour de

cette idée selon laquelle la fondation d'un ordre juridique nouveau ne peut s'opérer, à l'aune d'une situation exceptionnelle, qu'au travers d'un décisionnisme souverain n'étant pas déduit d'un juspositivisme préalable. Mais cette cohésion s'effondre très vite, car à la suite de cette fondation, Carl Schmitt plaide pour une insertion de la décision souveraine au sein de l'État nouveau, alors que Machiavel y renonce, voyant dans le seul droit positif le moyen de la stabilité républicaine. À la suite directe de son premier décisionnisme révolutionnaire – c'est-à-dire dès 1649 et 1777 pour le cadre anglo-américain, dans la fin du XVIII^e et dans les débuts du XIX^e siècle pour la France – le constitutionnalisme de ces trois États s'oriente d'abord vers le schmittisme, semblant voir en la décision souveraine l'unique moyen d'affirmation et de garantie égalitaire des libertés, au mépris d'un juspositivisme réellement prescriptif. Mais le retour d'inégalités flagrantes, de troubles chroniques, autant que la succession de régimes, recréeront un exceptionnalisme ne pouvant être résolu que par un nouveau recours à la décision souveraine. Se manifesterà alors un second décisionnisme révolutionnaire. Une telle instabilité prouvera que le décisionnisme souverain ne peut en réalité perpétuer que lui-même, mais jamais la stabilité républicaine. Cette situation invitera à chercher la stabilité étatique dans le machiavélisme. À cet égard, ces trois États évolueront – nécessairement de façon progressive – vers ce que l'on a nommé la rupture juspositiviste, reprenant les mécanismes du penseur de Florence afin d'ériger un républicanisme bien plus stable. Un tel changement est perceptible dès 1689 et 1787 pour le républicanisme anglo-américain, et à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle pour la France. Parvenant à un égalitarisme plus conséquent que dans le décisionnisme schmittien, le droit positif permet la stabilisation de l'édifice républicain, arrivant même à résoudre par ses dispositions les conflits se jouant au sein du corps social. Finalement, le recours à la décision souveraine semble totalement abandonné pour une double raison : d'une part, l'égalie jouissance de libertés individuelles assurée par le juspositivisme efface les inégalités favorables à l'émergence de factions antagonistes, ayant précédemment mené à des situations exceptionnelles nécessitant une solution radicale. D'autre part, le droit positif – en garantissant une participation politique égale au sein du corps social – apparaît capable de surmonter les conflits pouvant malgré tout se jouer au sein de l'ordre qu'il régit.

Cette conception de la stabilité républicaine par le droit positif semble, au moins théoriquement, avoir influencé le paradigme du républicanisme actuel. Par-là, l'on entend que de manière contemporaine, la conception schmittienne semble abandonnée au profit

d'une approche machiavélienne. Cependant, une telle acception interroge, car l'actualité la plus récente démontre le surgissement de situations exceptionnelles nouvelles, d'une violence inédite, qu'un État uniquement cerné par le droit positif semble ne pas toujours parvenir à endiguer.

À cet égard, dans un second temps, le jeu des accords et des antagonismes reprend plus intensément encore entre Machiavel et Schmitt concernant les moyens permettant de maintenir l'État face à ces crises, prouvant que l'abandon des assertions du juriste allemand n'est peut-être pas si évident qu'il y paraît. Là aussi, leur confrontation peut nourrir le choix des moyens que vont employer les droits anglo-américain et français pour lutter contre cette menace. De toute part, le recours aux pouvoirs exceptionnels apparaît comme une impérieuse nécessité. Mais si ces derniers doivent être suffisamment intenses pour éradiquer la situation de crise, il faut à la fois qu'ils ne puissent, par une action trop radicale, mettre en péril l'édifice républicain déjà menacé. Pour le dire d'une autre manière, le recours à un pur décisionnisme souverain semble *a priori* exclu car malgré sa radicale efficacité, sa propension – à la fois – destructrice et fondatrice est incompatible avec la volonté de pérennité dont procède l'ordre républicain frappé d'exception. Il ne s'agit en effet plus ici d'instaurer un ordre nouveau en cas de péril, mais bien de le restaurer en telle circonstance. Les auteurs italien et allemand s'accordent alors sur un compromis, qualifié de pouvoirs constitutionnels d'exception chez le premier, et de dictature de commissaire chez le second. Tous deux développent ainsi une institution d'exception qui, tout en reconnaissant des pouvoirs forts et efficaces à l'Exécutif, l'entoure de limites propres à empêcher l'arbitraire pour garantir la survie du paradigme républicain. En s'appuyant sur ces auteurs, tout en complétant leurs assertions, le droit anglo-américain et français a pu dégager cinq piliers juridiques permettant également, ainsi que l'explique François Saint-Bonnet, de « *réagir convenablement à une crise sans pour autant que l'ombre de l'abus de pouvoirs ne se profile trop rapidement* »³⁰⁵⁵. Autrement dit, ces piliers tentent d'assurer l'efficacité des compétences d'exception tout en évitant l'arbitraire. Il s'agit de la prévisibilité des pouvoirs de crise par le droit positif, de leur assignation à la seule situation d'exception, de l'imposition de limites au champ matériel de ces pouvoirs, du contrôle parlementaire et juridictionnel du respect de ces limites, et du caractère temporellement restreint de ces pouvoirs. Une telle synthèse semble allier l'efficacité d'action à la garantie des valeurs libérales du paradigme républicain. Par exemple, le droit

³⁰⁵⁵ François SAINT-BONNET, *L'exception dans tous ses états*, Parenthèses, 2007, p. 149-150.

confère aux pouvoirs de crise la capacité de restreindre l'exercice de certaines libertés auxquelles il ne peut habituellement être dérogé, mais à la fois, il les soumet théoriquement à des contrôles renforcés vis-à-vis des temps normaux. Cette compréhension des pouvoirs d'exception semble parfaitement compatible avec le paradigme républicain, et c'est en ce sens que l'on a pu affirmer que de telles compétences pouvaient être un véritable *moyen de rétablissement de la situation normale antérieure à la crise*. L'observation du droit anglo-américain et français est particulièrement intéressante dans cette perspective, car elle permet de comprendre qu'un tel compromis, dans la réalité du droit positif, est extrêmement complexe à réaliser. En effet, cet examen concret permet de cerner la tendance qu'ont les pouvoirs de crise à s'affranchir progressivement des cinq piliers juridiques leur étant imposés. À la source de ce dévoiement, l'on trouve les situations exceptionnelles actuelles – abordées au travers du terrorisme de nouvelle génération – qui tendent à infléchir le cadre juspositiviste entourant les pouvoirs de crise. Si l'on a pu observer l'érosion de la prévisibilité juridique des pouvoirs de crise, de leur assignation à la seule sphère exceptionnelle, et de l'imposition de limites à leur champ matériel d'action, ce terrorisme semble ébranler les deux derniers piliers qui, jusqu'à présent, maintenaient les pouvoirs exceptionnels dans une compatibilité vis-à-vis du paradigme républicain. En effet, alors que sa violence accrue permet de justifier le renforcement de ces pouvoirs, et surtout d'annihiler toute validité au contrôle des limites leur étant imposées, le caractère durable de la menace terroriste suppose d'étendre le temps d'exercice de ces pouvoirs. C'est précisément ce dépassement du cadre juspositiviste qui invite à voir en ces pouvoirs de crise une forme de retour à la décision souveraine, puisque comme elle, ils sont libérés des chaînes du droit positif. Cette possible résurgence de la décision souveraine au sein du paradigme républicain démontre alors que les pouvoirs de crise peuvent, cette fois, représenter une réelle *menace au rétablissement de la situation normale antérieure à la crise*. On sait en effet que le propre de la décision souveraine est d'éradiquer l'ordre au sein duquel elle agit, afin d'en fonder un autre. C'est sur ce point que renaît un clivage entre Machiavel et Schmitt, car si le premier demeure attaché, même face aux graves crises, à ce compromis qu'incarnent les pouvoirs constitutionnels d'exception, le second l'abandonne. Emportant dans son sillon l'approche américaine des pouvoirs de crise, le juriste allemand – donnant sans ambiguïté sa préférence à la radicalité souveraine en certaines circonstances comparables au terrorisme actuel – fait le choix de la seule efficacité d'action au mépris de la préservation des libertés, et donc de l'élément fondamental du paradigme républicain. La lecture des mémorandums de l'administration de G.W. Bush, précisément

entre 2002 et 2005, suffit à démontrer une adhésion au schmittisme. En faisant renaître le concept d'hostilité absolue face à un « *combattant ennemi illicite* »³⁰⁵⁶ assimilable au partisan schmittien, en refusant de lui appliquer les règles protectrices de l'État de droit, et en le traitant en dehors des bornes fixées par ce dernier, les pouvoirs de crise américains procèdent en effet à une éradication de l'ennemi, tout à fait comparable à la radicalité du décisionnisme souverain, finalement introduit au sein de l'État fondé. À ce titre, l'on a constaté une mise en brèche des fondements constitutionnels du paradigme républicain – semblable à la destruction de l'ordre au sein duquel agit le décisionnisme souverain de Schmitt –, autant que l'émergence d'un nouvel ordre sécuritaire – comparable à la fondation nouvelle qu'entraîne ce même décisionnisme schmittien. Puisque cet ordre nouveau voit sa validité juridique s'appuyer sur ce décisionnisme liberticide, il semble ne plus incarner le paradigme républicain qu'il remplace. Semblant d'abord fidèles au machiavélisme, les pouvoirs anglo-français s'opposent à cette insertion du décisionnisme souverain au sein de l'État, car l'accommodement avec l'ennemi rejette la nécessité d'un décisionnisme radical. Mais malgré l'attachement de ces États au paradigme républicain, le terrorisme actuel semble les soumettre – comme dans le cadre américain – à la tentation de la radicalité souveraine au mépris du compromis commissarial, protecteur des libertés. Ainsi, une tendance commune à la constitutionnalisation des pouvoirs de crise semble démontrer un rapprochement avec les deux caractéristiques – destructrice et fondatrice – du décisionnisme souverain. En effet, d'une part, l'insertion de ces pouvoirs dans la loi fondamentale contredit et déconstruit l'esprit républicain, car cette loi peut restreindre les libertés, alors que ce républicanisme voit plutôt en la constitution un moyen de leur garantie. Plus encore, un tel mouvement semble empêcher tout contrôle de constitutionnalité de ces pouvoirs liberticides, confirmant cet affaissement progressif du paradigme républicain. D'autre part, puisque cette constitutionnalisation confère une supériorité normative absolue à ces pouvoirs, l'on peut craindre qu'ils acquièrent la possibilité d'influer sur la fondation d'un nouvel ordre, d'un nouveau paradigme. Plus globalement, c'est l'institution d'exception en général qui, telle qu'elle est actuellement entendue, semble être une menace pour la continuité du paradigme républicain. Alors, théoriquement, la pensée juspositiviste de Machiavel semble de nouveau l'emporter sur l'idée de décision souveraine de Schmitt, car la première favorise le rétablissement de la situation normale malgré les crises, permettant la continuité du paradigme républicain, alors

³⁰⁵⁶ États-Unis, *Military Commissions Act*, 17 octobre 2006, art. 948, a.

que la seconde suggère sa destruction au profit d'un ordre nouveau qui lui semble opposé. Cependant, les assertions machiavéliennes semblent valoir bien davantage au point de vue abstrait que concret, dès lors que les faits démontrent une tendance clairement schmittienne. À cet égard, il semble que l'on s'achemine vers les limites de ces deux auteurs. En effet, d'un côté, si les mécanismes machiavéliens semblent les plus aptes à atteindre notre but, qui est d'aboutir à des moyens de préservation du paradigme républicain malgré les crises, leur réalisation pratique semble illusoire tant les faits démontrent la complexité de leur mise en œuvre. D'un autre côté, la radicalité des mécanismes schmittiens semble pouvoir aisément s'accomplir dans le réel et être efficace, mais il faut alors prendre conscience qu'ils ne servent pas l'objectif de préservation dudit paradigme.

Au fond, la résolution de ce problème suggère – après que l'on se soit inspiré de l'incontestable éclairage qu'apportent Machiavel et Schmitt – de dépasser les concepts développés par ces deux auteurs, afin d'envisager des mécanismes capables de préserver le paradigme républicain, tout en étant efficaces dans leur lutte contre les menaces actuelles.

II- Le nécessaire dépassement du legs machiavélo-schmittien

La radicalité du décisionnisme schmittien ne peut être employée s'il est question de préserver le paradigme républicain face aux crises actuelles. Le compromis machiavélien, que son auteur préconise de maintenir même face aux pires situations, semble plus adapté, mais sa mise en œuvre concrète apparaît illusoire. Plus encore, l'observation des lois anglo-américaines et françaises permet de déduire que leur compréhension – de long terme – de l'institution d'exception les mène à employer les pouvoirs de crise dans une perspective opposée à leur nature véritable, entraînant une « injustification » du recours à une telle institution. Face à ce constat, deux dynamiques semblent s'affronter. D'un côté, si l'on s'en tient à certains fins théoriciens de la situation d'exception, l'on pourrait être tenté d'abandonner le recours aux pouvoirs de crise face aux menaces actuelles, afin d'effectivement demeurer dans le paradigme républicain. On devrait alors porter attention à la recommandation de Bernard Manin selon laquelle « *les démocraties auraient tort de recourir à des institutions d'exception pour affronter le terrorisme contemporain* »³⁰⁵⁷. En effet, dès lors que l'institution d'exception ne peut s'y adapter sans compromettre l'ordre républicain, et que la menace terroriste nouvelle ne relève plus pleinement d'une situation

³⁰⁵⁷ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 1.

d'exception, il est nécessaire de comprendre avec Jean-Claude Monod que « *l'option de l'état d'exception sécuritaire n'a rien d'automatique* »³⁰⁵⁸ face à une telle menace. D'un autre côté, nombre de praticiens du droit demeurent au contraire convaincus du nécessaire maintien d'une institution d'exception, afin de pouvoir agir avec efficacité contre ce même terrorisme. C'est en ce sens que Philippe Bas, président de la commission des lois du Sénat, considère – précisément à propos de la menace actuelle – que doit « *toujours demeurer possible un recours à des pouvoirs exceptionnels, pour que l'État puisse faire face aux crises qu'il doit affronter et surmonter* »³⁰⁵⁹. En réalité ces deux perspectives ne s'opposent pas, et tendent même à converger. En effet, Bernard Manin ne suggère pas un renoncement à l'institution d'exception, mais invite à considérer que sa tendance de long terme doit être proscrite si l'on veut sauvegarder le paradigme républicain³⁰⁶⁰. De même, Philippe Bas n'entend pas favoriser les pouvoirs de crise à tout prix, mais précise plutôt que ceux-ci ne peuvent être légitimes et efficaces que dans une « *perspective de court terme* »³⁰⁶¹. C'est en ce sens qu'il affirmait d'ailleurs, dès novembre 2015 :

« *Plutôt que de créer un arsenal permanent de pouvoirs étendus entravant l'exercice des libertés publiques, je préfère de beaucoup des dérogations temporaires au droit commun, pendant un temps limité, pour mieux revenir ensuite au socle de notre tradition républicaine protectrice des libertés publiques* »³⁰⁶².

À travers ces considérations tout à la fois théoriques et pratiques, il semble possible de formuler quelques propositions, relevant (A) ou non (B) du domaine juridique, et qui, lorsqu'elles sont associées, offrent une synthèse des exigences précédemment citées, c'est-

³⁰⁵⁸ Jean-Claude MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La Découverte (format numérique), 2016, p. 154.

³⁰⁵⁹ Propos issus d'un échange avec M. le sénateur Philippe Bas, organisé le 20 juin 2017 au Sénat.

³⁰⁶⁰ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 22. Tout en expliquant que de son point de vue, l'institution d'exception n'est légitime et efficace que sur une courte période, l'auteur rappelle l'adhésion générale des théoriciens à cette idée. Il note ainsi : « *pour les divers théoriciens étudiés plus haut, la cessation effective du régime d'exception après un temps bref était une condition fondamentale de sa légitimité (ou de son acceptabilité du point de vue normatif). Pour les républicains anciens, la brièveté formait une protection contre les dangers inhérents au pouvoir solitaire. Les libéraux du XVIII^e siècle jugeaient que la perte temporaire de la liberté était un coût acceptable de sa préservation durable* ».

³⁰⁶¹ Propos issus d'un échange avec M. le sénateur Philippe Bas, organisé le 20 juin 2017 au Sénat.

³⁰⁶² Philippe BAS, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*, n° 177, 19 novembre 2015, p. 60.

à-dire permettent à l'État d'endiguer efficacement les menaces actuelles, sans renier à la fois son paradigme républicain.

A. La mise en œuvre de nouveaux outils juridiques

Si la conception machiavélienne, prise dans son entièreté, s'avère difficilement réalisable, rien n'empêche néanmoins de s'approprier, au sein de ses réflexions, certains outils juridiques dont la concrétisation paraît envisageable et utile dans le réel (1). Cependant, l'on ne peut se satisfaire d'eux seuls, et il apparaît alors nécessaire de formuler des mécanismes juridiques plus personnels (2).

1. La fixation nette d'un dualisme normatif de l'état d'exception

Il semble judicieux de reprendre certains éléments proposés par Machiavel. Parmi eux, il faut relever l'idée d'insérer très clairement dans la *constitution* le seul processus de *déclenchement* de l'état d'exception, tout en conservant dans une *loi* d'exception les dispositions concrètes d'urgence qui en découlent, c'est-à-dire les mesures *portant atteinte aux libertés*. Ce dualisme normatif doit être retenu car il revêt divers intérêts.

Premièrement, une telle solution permettrait d'en finir avec cette tendance à la constitutionnalisation des pouvoirs de crise affectant les libertés, préjudiciable au paradigme républicain à terme. C'est en effet parce que le droit manque de clarté sur ce point que les autorités titulaires des pouvoirs d'exception peuvent jouer sur des ambiguïtés leur permettant d'agir comme si ces mesures restrictives de liberté – associées au déclenchement de l'état d'exception – relevaient d'une assise constitutionnelle. Bien que l'on ait constaté que le droit tentait d'opérer cette distinction³⁰⁶³ entre le processus de déclenchement et les mesures affectant concrètement les libertés, l'on doit néanmoins constater qu'en réalité « *le système constitutionnel américain, inspiré du droit anglais, ne prévoit pas explicitement d'état d'exception* »³⁰⁶⁴. Cette absence de clarté tend alors à créer un amalgame supposant que les pouvoirs de crise liberticides procèdent de la loi fondamentale. La Constitution française, en revanche, prévoit nettement le déclenchement

³⁰⁶³ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 1.

³⁰⁶⁴ Mireille DELMAS-MARTY, « Liberté et sûreté dans un monde dangereux ». Cours au Collège de France : *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, 2008, p. 612. Voir encore : Wanda MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : le USA PATRIOT Act et autres violations "en règle" de la Constitution », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, p. 64 : « *La Constitution des États-Unis [...] ne prévoit pas l'application d'un quelconque régime d'exception* ».

d'un état de danger national³⁰⁶⁵, ainsi qu'un état de siège³⁰⁶⁶ en « *cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée* »³⁰⁶⁷. Mais rien dans cette loi fondamentale ne renvoie clairement à la nature de la menace actuelle³⁰⁶⁸, et la volonté politique de constitutionnaliser les pouvoirs d'urgence³⁰⁶⁹ peut justement provenir d'une absence de clarté sur ce point.

Secondement, et par voie de conséquence, ce procédé favoriserait une meilleure préservation du paradigme républicain. D'une part, cette constitutionnalisation du processus de déclenchement de l'institution d'exception permettrait – à l'inverse de l'état actuel du droit – de clairement définir ou redéfinir, au sein de la plus haute norme, les situations dans lesquelles ce cadre dérogatoire peut être mis en œuvre. On peut alors imaginer qu'une telle insertion réduirait le recours trop fréquent à l'institution d'exception, qui dans le contexte sécuritaire actuel, et même depuis un certain moment, tend à être systématisé³⁰⁷⁰, c'est-à-dire mis en œuvre de façon préventive voire prédictive, donc même

³⁰⁶⁵ France, *Constitution de la V^e République*, 4 octobre 1958, art. 16.

³⁰⁶⁶ *Id.*, art. 36.

³⁰⁶⁷ France, *Code de la défense*, art. L. 2121-1.

³⁰⁶⁸ Karine ROUDIER, « Le droit constitutionnel et la légalité de l'infraction de terrorisme », *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, CAVINO M., LOSANO M-G., TRIPODINA C. (dir.), Giappichelli Editore, 2009, p. 121 : « *De même, les régimes d'exception prévus par la Constitution française à l'article 16 et à l'article 36 ne peuvent être employés pour la lutte contre le terrorisme. Le terrorisme présente un danger certain pour les institutions de la République, l'indépendance de la Nation et l'intégrité de son territoire. Toutefois, l'article 16 ne peut pas servir de fondement à une réponse efficace aux actes terroristes car il répond à une situation exceptionnelle et ponctuelle. Or, depuis 2001, la menace terroriste est diffuse, variable dans son intensité et surtout permanente au niveau mondial. L'état de siège prévu par l'article 36 de la Constitution française correspond lui aussi à un régime de circonstances exceptionnelles en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée. La déclaration d'état de siège confère de larges pouvoirs à l'autorité militaire qui peut exercer tous les pouvoirs de police qu'elle décide. Les hypothèses qui conditionnent la déclaration d'état de siège ne répondent pas aux caractéristiques du phénomène terroriste puisque les attaques terroristes ne constituent pas des périls résultant d'une guerre et encore moins des insurrections à main armée* ».

³⁰⁶⁹ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 1.

³⁰⁷⁰ L'on peut en ce sens lire les riches et nombreuses contributions de Paul Cassia, notamment sur son blog. Voir en ligne : [https://www.mediapart.fr/search?search_word=cassia&page=6]. Voir également : Jérôme HOURDEAUX, « État d'urgence : péril sur la démocratie », *Le blog de Club Droits, Justice et Sécurités*, 16 décembre 2016, en ligne : [<https://www.mediapart.fr/journal/france/161216/etat-d-urgence-peril-sur-lademocratie>]. Voir encore : Dominique ROUSSEAU, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Revue Projet*, n° 291, 2006, notamment p. 26 : « *La France vient donc de vivre deux mois sous le régime de l'état d'urgence. Pour "traiter" quel type de problème ? Des violences urbaines ! Le Président de la République, le gouvernement et le Parlement ont ainsi ouvert la voie à une banalisation dangereuse. De droit d'exception pour "gérer" des conflits armés – Algérie en 1955, Nouvelle-Calédonie en 1985 –, l'état d'urgence apparaît désormais comme le droit commun de la gestion des conflits sociaux durs* » (l'auteur souligne).

lorsque les conditions de son déclenchement ne sont pas ou plus totalement remplies³⁰⁷¹. D'autre part, la renonciation franche à la constitutionnalisation des moyens concrets de l'urgence, c'est-à-dire la conservation des mesures restrictives de libertés au sein de la seule loi, offre un triple avantage. D'abord, elle préserve l'esprit républicain dont la conviction profonde vise à faire de la loi fondamentale un outil de protection des libertés et non un moyen de leur restriction. Ensuite, un tel choix maintient la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité, assurant que les pouvoirs de crise se conforment aux valeurs de cet esprit républicain, contenues dans la loi fondamentale. Ces deux éléments, on l'a vu³⁰⁷², ne peuvent qu'être favorables au paradigme républicain. Enfin, la dimension législative, bien moins figée que la norme constitutionnelle, ouvre la possibilité d'une adaptation des mesures, autant qu'une facilité d'abrogation, en fonction des événements. Cette forme de dualité normative tranchée est donc souhaitable puisqu'elle permet d'insérer le déclenchement de l'institution d'exception, autant que ses moyens d'action, dans une perspective de préservation du paradigme républicain. Cependant, cette solution s'attache bien davantage à la protection de ce paradigme qu'à l'efficacité des pouvoirs luttant contre les troubles. Or, puisqu'il s'agit ici de formuler une synthèse alliant ces deux éléments, il apparaît nécessaire de proposer, non pas à la place mais de façon additionnelle, d'autres moyens.

³⁰⁷¹ Sans avoir ici la prétention d'ériger une échelle de gravité des événements, l'on relèvera néanmoins que la mise en œuvre de l'état d'urgence en 1985 en Nouvelle-Calédonie, causée par la virulence du mouvement indépendantiste, autant que celui déclenché en 2005 sur le territoire métropolitain suite aux soulèvements dans certaines banlieues, ne sont peut-être pas aussi justifiés que celui mis en œuvre à la suite des attentats de novembre 2015. De même, si le déclenchement de l'état d'urgence se justifiait pleinement à la suite de ces événements, certaines prorogations et pouvoirs mis en œuvre apparaissent moins justifiés au gré du temps. Voir en ce sens : Georges FENECH, Sébastien PIETRASANTA, *Rapport au nom de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015* (Tome 1), n° 3922, 5 juillet 2016, p. 262 : « *alors que la crainte de répliques d'attentats existait, que les auteurs de ces attaques meurtrières n'étaient pas tous neutralisés, un temps de mobilisation et de sécurisation exceptionnelles s'imposait. L'état d'urgence, au soir du 13 novembre, se justifiait pleinement* ». Mais à l'inverse, voir : Paul CASSIA, « État d'urgence : vers un acte 6 », *Le blog de Paul Cassia*, 1^{er} juin 2017, en ligne : [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/010617/etat-d-urgence-vers-un-acte-6>]. L'auteur explique que dans le cadre toujours présent, mais moins imminent de menace, « *l'état d'urgence a été détourné de sa finalité [...], au nom de la menace terroriste, pour empêcher [...] des manifestations, en particulier contre la "Cop 21" ou la "loi Travail"* ».

³⁰⁷² Cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 1 (à propos de l'esprit républicain procédant d'un constitutionnalisme protecteur et non réducteur de libertés), et 2 (concernant l'intérêt du contrôle de constitutionnalité au sein du paradigme républicain).

2. L'imposition d'une durée maximale des pouvoirs d'exception

Pour parvenir à cette synthèse entre efficacité et préservation du paradigme républicain, il convient de proposer, de manière complémentaire, des solutions plus personnelles. On se focalisera principalement sur le droit français, dès lors que le contexte récent invite impérieusement à formuler des solutions rapidement opérationnelles. Il s'agit ici d'imposer un temps maximal de mise en œuvre de l'état d'exception déclenché par le pouvoir exécutif. On pourrait envisager, comme c'est actuellement le cas, qu'au-delà de douze jours, seule la loi puisse le proroger. Mais plutôt que de laisser aux parlementaires le choix de « *fixe[r] sa durée définitive* »³⁰⁷³, il s'agirait d'imposer une durée maximale de trois mois, renouvelable une seule fois. L'insertion de cette durée dans notre Constitution empêcherait qu'une loi ordinaire puisse y contrevenir. Bien évidemment, l'on y joindrait la possibilité d'y mettre fin avant l'expiration de ce délai – par décret en Conseil des ministres – ainsi que la loi a déjà su le faire³⁰⁷⁴. On aboutirait alors à un état d'exception – déclenché et prorogé par les organes étatiques – d'une durée maximale de six mois consécutifs. Au-delà de ce temps, les théoriciens, les membres de la société civile ou bien encore le Défenseur des droits, autant que les magistrats et le législateur, semblent s'accorder sur une forme d'inefficacité de cette institution à lutter contre la menace terroriste, voire un possible danger. C'est en ce sens que François Saint-Bonnet rappelle le regard laudatif porté par des penseurs tels que Cicéron sur une dictature romaine ne pouvant en principe « *pas excéder six mois* »³⁰⁷⁵. Par ailleurs, Paul Cassia doute que la sixième prorogation de l'état d'urgence puisse « *assurer[r] effectivement la sécurité des français* »³⁰⁷⁶. Plus encore, la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, dans son avis du 6 juillet 2017, notait que dans le cadre de l'état d'urgence actuel, « *l'arsenal mis à la disposition des autorités administratives s'est révélé inefficace sur le long terme* »³⁰⁷⁷. Jacques Toubon, dans son avis du 25 janvier 2016, constatait la nécessité

³⁰⁷³ France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955, art. 3.

³⁰⁷⁴ Voir la loi du 18 novembre 2005 prorogeant l'état d'urgence (art. 3), suivie du décret n° 2006-2, mettant fin à l'application de cette loi le 3 janvier 2006.

³⁰⁷⁵ François SAINT-BONNET, *L'exception dans tous ses états*, Parenthèses, 2007, p. 149.

³⁰⁷⁶ Paul CASSIA, « Efficacité de l'état d'urgence : les “fake news” du ministre de l'Intérieur », *Le blog de Paul Cassia*, 12 juillet 2017, en ligne : [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/120717/efficacite-de-l-etat-d-urgence-les-fake-news-du-ministre-de-l-interieur>].

³⁰⁷⁷ *Avis sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, 6 juillet 2017, p. 10.

« d'encadrer davantage l'état d'urgence »³⁰⁷⁸, notamment en lui imposant « des limites [...] temporelles »³⁰⁷⁹, expliquant qu'une durée trop longue pourrait davantage se caractériser par des atteintes répétées aux libertés que par une efficacité réelle. Sous l'angle de la pratique, un même constat s'impose. Le Conseil d'État rappelait ainsi, dans son avis consultatif du 8 décembre 2016 portant sur la prorogation de l'état d'urgence et la modification de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, que « les renouvellements de l'état d'urgence ne sauraient se succéder indéfiniment et [qu'il] doit demeurer temporaire »³⁰⁸⁰, dès lors que « les menaces durables ou permanentes doivent être traitées, dans le cadre de l'État de droit, par les instruments permanents de la lutte contre le terrorisme »³⁰⁸¹. En un même sens, Jean-Claude Marin expliquait, dans son discours lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 14 janvier 2016, que « l'état d'urgence est un dispositif utile propre à faire face, temporairement et seulement ponctuellement, à un danger majeur pour notre pays »³⁰⁸². Le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale en date du 6 décembre 2016, portant sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence, est à ce même égard très clair. Reconnaisant l'« inutilité [des mesures d'exception de l'état d'urgence] à long terme »³⁰⁸³, il constate qu'après une année, il s'agit de rejeter les arguments qui « font de l'addition des découvertes faites lors des perquisitions la justification de l'application de ce régime d'exception afin de lutter contre le terrorisme »³⁰⁸⁴. De tout point de vue, cette durée maximale se justifie donc totalement, dès lors que la vocation des mesures d'exception « relève d'une logique réactive et exceptionnelle, dont l'éventuelle efficacité est conditionnée par leur effet de surprise, nécessairement dénaturé »³⁰⁸⁵ si elles s'inscrivent dans le long terme. Il apparaît alors qu'une durée excessive de cette institution tend à infléchir son efficacité, pour dans le même

³⁰⁷⁸ Jacques TOUBON, *Avis du Défenseur des droits*, n° 16-03, 25 janvier 2016, p. 12.

³⁰⁷⁹ *Ibid.*

³⁰⁸⁰ *Avis sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et modifiant son article 6*, Conseil d'État, 8 décembre 2016, p. 3.

³⁰⁸¹ *Ibid.*

³⁰⁸² Jean-Claude MARIN, *Discours lors de l'audience solennelle de rentrée 2016 de la Cour de cassation*, 14 janvier 2016.

³⁰⁸³ *Avis sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, 6 juillet 2017, p. 4.

³⁰⁸⁴ Dominique RAIMBOURG, Jean-Frédéric POISSON, *Rapport d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence*, n° 4281, 6 décembre 2016, p. 116.

³⁰⁸⁵ *Avis sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, 6 juillet 2017, p. 11.

temps affaiblir les garanties de l'État de droit³⁰⁸⁶. C'est donc de nouveau dans un but d'efficacité, autant que de préservation du paradigme républicain, que l'imposition de cette durée maximale se justifie pleinement.

Une telle proposition encourt nécessairement des objections. Parmi elle se trouve l'idée qu'une durée maximale est inutile, dès lors que les autorités habilitées pourraient l'enclencher de nouveau à l'issue de son extinction après six mois consécutifs, voire dangereuse, car elle supposerait que l'état d'exception s'éteigne quand bien même la menace demeurerait présente, ou ne serait pas totalement éradiquée. Mais deux arguments permettent de prouver que l'imposition de cette durée maximale n'est ni inutile, ni dangereuse, bien au contraire³⁰⁸⁷.

D'une part, arguer de l'inutilité de cette durée maximale reviendrait à nier l'objectif fondamental de l'institution d'exception. Ce dernier suppose de mettre fin à un trouble le plus rapidement possible grâce à des outils d'action puissants et réactifs³⁰⁸⁸ autant que rassurants³⁰⁸⁹, certes, mais dans le but de recouvrer au plus vite une situation stable, permettant de restaurer l'ordre juridique normal. C'est en ce sens que si l'état d'urgence permet à l'Exécutif de prendre des « *mesures exceptionnelles [...] dans de telles circonstances* »³⁰⁹⁰ afin d'éradiquer un trouble et de défendre la population, ces mesures sont à la fois conditionnées par l'obligation faite à ce même organe, « *de mettre tout en*

³⁰⁸⁶ Jean-Claude MARIN, *Discours lors de l'audience solennelle de rentrée 2016 de la Cour de cassation*, 14 janvier 2016 : « *L'inquiétude naîtrait si, à la lumière de l'activisme des services dans le cadre de l'état d'urgence, on en venait à imaginer d'en faire, certes en l'amodiant, un régime de droit commun, l'estimant bien plus efficace que la lourde machine judiciaire. Il y aurait là, bien évidemment, un risque considérable pour l'État de droit* ». Nous soulignons.

³⁰⁸⁷ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, 2001, p. 166 : « *passé le besoin pressant, la Dictature devient tyrannique ou vaine* ».

³⁰⁸⁸ Jean-Claude MARIN, *Discours lors de l'audience solennelle de rentrée 2016 de la Cour de cassation*, 14 janvier 2016. Le procureur général de la Cour de cassation rappelle qu'il s'agit essentiellement de « *mesures exceptionnelles d'investigations et de limitation du droit d'aller et venir que la justice n'aurait pas nécessairement autorisées, faute d'éléments laissant présumer l'existence même d'une infraction* ».

³⁰⁸⁹ Dominique RAIMBOURG, Jean-Frédéric POISSON, *Rapport sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence* (auditions), n° 3784, 25 mai 2016, p. 45. Lors de son audition, Loïc Garnier, chef de l'Unité de coordination de la lutte antiterroriste, précisait que l'état d'urgence « *constitue un signe rassurant à l'égard de la population française* ». De même, Olivier de Mazières, préfet chargé de l'état-major opérationnel de la prévention du terrorisme au ministère de l'Intérieur, expliquait qu'au-delà de l'efficacité des pouvoirs d'exception jouxtant les attentats de novembre 2015, « *le millier d'opérations effectuées la première semaine suivant les attentats a permis à l'État d'envoyer un message de fermeté pour rassurer la population* » (p. 92).

³⁰⁹⁰ Philippe BAS, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*, n° 177, 19 novembre 2015, p. 23.

œuvre pour revenir, dans les meilleurs délais, à une légalité ordinaire »³⁰⁹¹. Ainsi, de multiples prorogations apparaissent comme un non-sens absolu : alors que l'objectif ultime de l'état d'exception est de recouvrer au plus vite l'applicabilité de la légalité ordinaire, sa prorogation suggère au contraire de perpétuer sur le long terme un régime de légalité dérogatoire au droit commun. Cette critique à l'égard d'une durée maximale de l'état d'exception est donc infondée, dès lors qu'en suggérant la possibilité de multiples renouvellements de ce régime dérogatoire à l'issue de son extinction, elle fait perdre aux pouvoirs exceptionnels leur vocation profonde. Cette tendance à la prorogation durable prouve au fond une incompréhension de l'institution d'exception. En effet, il faut le redire, cette dernière n'est qu'un moyen de réaction ponctuel visant à endiguer un trouble présent pour restaurer au plus vite la normalité, et non un moyen de prévention des crises à venir, ce processus devant être par principe ancré dans le long terme. À ce titre, si la présence d'un trouble peut se comparer à une maladie, « *l'état d'urgence n'est pas une mesure de prévention mais une thérapie* »³⁰⁹² visant à soigner le corps affecté d'un mal, afin de lui permettre de recouvrer la santé. Mais il ne vise pas à prévenir ce même corps d'une infection future en lui administrant quotidiennement un antidote radical qui finirait nécessairement par perdre son efficacité. Or, il semble que la loi d'avril 1955 elle-même, par le caractère préventif³⁰⁹³ qu'elle semble vouloir incarner, contrevienne à la conception initiale de l'institution d'exception. Tant que l'état d'exception sera envisagé comme moyen de prévention d'une menace, il sera complexe d'admettre la nécessité d'une durée courte et maximale.

D'autre part, revendiquer le danger d'une durée maximale des pouvoirs de crise prouverait une déconsidération à l'égard de l'importance que doit avoir la loi ordinaire dans la lutte contre les menaces actuelles. En effet, l'emploi de normes de droit commun – si elles sont suffisamment efficaces – peut parfaitement justifier et renforcer le choix d'une durée maximale de l'état d'exception, car alors l'extinction de cette période exceptionnelle ne signifierait pas l'abandon de la lutte contre ces menaces et ne représenterait alors pas un

³⁰⁹¹ *Ibid.*

³⁰⁹² Jacques TOUBON, *Avis du Défenseur des droits*, n° 16-03, 25 janvier 2016, p. 12. L'auteur cite ici le président du Conseil national des barreaux, Pascal Eydoux.

³⁰⁹³ France, *Loi relative à l'état d'urgence*, 3 avril 1955. L'article 5 de cette loi donne par exemple aux préfets des moyens d'action « *dans le but de prévenir des troubles à la sécurité et à l'ordre publics* ». De même, son article 6-1 confère aux services spécialisés de renseignement des outils servant à « *la prévention des actions tendant au maintien ou à la reconstitution des associations ou groupements dissous en application du présent article* ».

danger. Au contraire, ces lois doivent permettre, après qu'il ait été mis fin aux pouvoirs de crise, d'endiguer la menace terroriste, précisément dans une perspective préventive. La valorisation du rôle de la loi relevant des temps normaux est donc d'une importance décisive ici, car son efficacité parvient à rendre vaine la prorogation indéfinie de l'état d'exception, et dans le même temps permet aux pouvoirs de crise de retrouver leur nature proprement réactive et ponctuelle, dès lors que le travail préventif de long terme ne relève plus d'un régime dérogatoire. C'est très exactement en ce sens que le Défenseur des droits constate que « *l'objectif poursuivi par le régime de l'état d'urgence, à savoir "la prévention d'un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public", et plus précisément la prévention d'actes terroristes* »³⁰⁹⁴, aurait plus certainement été atteint « *en restant dans le régime de droit commun* »³⁰⁹⁵. Plus encore, cet emploi du régime ordinaire possède l'avantage d'être plus respectueux du principe républicain de garantie des libertés³⁰⁹⁶ que ne peut l'être un régime dérogatoire. À cet égard, Jean-Claude Marin relève le danger d'une inscription des pouvoirs de crise sur le long terme, soulignant qu'elle représenterait « *un risque considérable pour l'État de droit* »³⁰⁹⁷. À l'inverse, le régime de droit commun est plus protecteur, car « *les nombreuses normes imposées, par le législateur, aux magistrats, notamment dans leur activité pénale, ont, pour leur immense majorité, l'objectif d'assurer une procédure équitable et contradictoire, une égalité des armes et une protection efficace des libertés individuelles* »³⁰⁹⁸. Il s'agit donc de renforcer la qualité de l'arsenal législatif relevant des temps normaux, afin d'en faire un outil préventif capable d'assurer – en complément du recours aux pouvoirs d'exception – une lutte efficace et durable contre la menace actuelle. Sans prétendre ici à l'exhaustivité, l'on relève que le droit français a su démontrer, à certains égards, une telle volonté. Ce renforcement se déploie principalement sous trois formes, que sont la spécialisation, l'anticipation et l'adaptation au phénomène terroriste actuel. D'abord, l'on constate une spécialisation progressive concernant l'instruction et le jugement des actes terroristes. Ainsi, la loi du 9

³⁰⁹⁴ Jacques TOUBON, *Avis du Défenseur des droits*, n° 16-03, 25 janvier 2016, p. 3. Nous soulignons.

³⁰⁹⁵ *Ibid.*

³⁰⁹⁶ Bernard MANIN, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, p. 28 : « *Pour être soutenable sur le long terme, voire un avenir indéfini, l'action contre le terrorisme doit être conforme dès son début aux principes et aux valeurs constitutionnelles des pays attaqués* ».

³⁰⁹⁷ Jean-Claude MARIN, *Discours lors de l'audience solennelle de rentrée 2016 de la Cour de cassation*, 14 janvier 2016.

³⁰⁹⁸ *Ibid.*

septembre 1986 élargit la compétence de la cour d'assises spéciale³⁰⁹⁹ – dont le nom ne signifie pas pour autant qu'elle échappe au droit commun³¹⁰⁰ – au jugement de crimes et délits connexes, commis en matière terroriste. Désormais visée à l'article 706-25 du Code de procédure pénale, elle procède d'une composition spécifique³¹⁰¹, nécessairement plus adaptée au jugement des actes terroristes – et surtout à leur prévention³¹⁰² – que ne peut l'être la cour d'assises « normale ». Ensuite, le droit tente d'accroître sa capacité d'anticipation en matière terroriste. C'est par exemple en ce sens que la loi du 22 juillet 1996 insère au Code pénal, parmi les agissements constituant un acte de terrorisme, « *le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation* »³¹⁰³ dudit acte. Le même code réprime fermement la provocation directe à des actes terroristes, ainsi que leur apologie publique³¹⁰⁴. Plus encore, la loi du 21 juillet 2016 fait passer de vingt à trente ans de réclusion criminelle, et de 350 000 à 450 000 euros d'amende le fait pour un groupement ou une entente de prendre part à la préparation d'actes terroristes³¹⁰⁵. Sur un autre plan, mais dans un but identique, la loi du 21 décembre 2012 modifie la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse en faisant passer de trois mois à un an³¹⁰⁶ le délai de prescription de poursuite pour les provocations directes aux actes terroristes ou leur apologie, par voie de presse. Plus généralement, la loi du 13 novembre 2014 vise le « *renforcement des moyens de prévention et d'investigations* »³¹⁰⁷ en matière terroriste. Enfin, la loi évolue et démontre une capacité d'adaptation face au phénomène terroriste. Ainsi, cette même loi de novembre 2014 insère

³⁰⁹⁹ Elle est initialement créée par la loi 21 juillet 1982 (qui vise à instruire et juger les infractions en matière militaire et de sûreté de l'État par un organe judiciaire spécifique) en remplacement de la Cour de sûreté de l'État.

³¹⁰⁰ Voir en ce sens : Michel MERCIER, *Rapport relatif à la composition de la cour d'assises de l'article 698-6 du Code de procédure pénale*, n° 252, 21 décembre 2016, p. 5 : dès lors que « *certaines crimes, dont les crimes terroristes* » sont « *jugés par une cour d'assises spécialement composée de magistrats professionnels, sans jurés* », alors « *la procédure pénale [est] dérogatoire en matière terroriste* ». Cependant, « *ce droit [est] néanmoins appliqué par des magistrats de droit commun et non par une juridiction d'exception* » (ibid.).

³¹⁰¹ France, *Code de procédure pénale*, art. 698-6.

³¹⁰² France, *Code pénal*, art. 421-1 et art. 421-2-1 à 421-2-6. Ces articles démontrent que la cour d'assises spéciale juge également, et surtout, les tentatives de préparation d'actes terroristes.

³¹⁰³ *Id.*, art. 421-2-1.

³¹⁰⁴ *Id.*, art. 421-2-5, al. 1 : « *Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende* ».

³¹⁰⁵ *Id.*, art. 421-6, al. 1. Les types d'actes concernés sont visés aux articles 421-1 et 421-2 du même code.

³¹⁰⁶ France, *Loi sur la liberté de la presse*, 29 juillet 1881, art. 65-3 (tel que modifié par la loi du 21 décembre 2012). On notera néanmoins que la loi du 13 novembre 2014 supprime l'apologie de terrorisme de la loi de 1881, pour l'insérer au Code pénal (art. 421-2-5), modifiant alors la procédure qui s'y rattache.

³¹⁰⁷ France, *Loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, 13 novembre 2014, chap. V.

dans la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, une disposition permettant de bloquer les sites internet diffusant un contenu incitant à la commission d'actes terroristes ou en faisant l'apologie³¹⁰⁸. De plus, elle porte à « *sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende* »³¹⁰⁹ la provocation directe à la commission d'actes terroristes, ou leur apologie publique, effectuées par « *un service de communication au public en ligne* »³¹¹⁰. Certes, des progrès peuvent encore être opérés – c'est d'ailleurs régulièrement le cas³¹¹¹ – et il ne s'agit aucunement de se satisfaire ici de toutes les dispositions actuelles de la loi ordinaire³¹¹². Mais par ces trois aspects de spécialisation, d'anticipation, et d'adaptation face au phénomène terroriste, la loi ordinaire démontre une réelle capacité d'efficacité. À ce titre, une forme de complémentarité apparaît : alors que l'institution d'exception doit – précisément au sein de la situation exceptionnelle – incarner l'action réactive et ponctuelle jouxtant la commission d'un acte terroriste, la loi ordinaire doit de façon complémentaire – au cœur de la situation normale – incarner ce rôle préventif de long terme. En réalité, c'est seulement l'acte terroriste en tant que tel, autant que la gestion de ses conséquences directes, qui renvoient pleinement à la situation exceptionnelle. On ne peut malheureusement plus, à l'heure actuelle, considérer que la prévention de la menace terroriste en relève³¹¹³, sauf à se considérer dans l'exception permanente. De nouveau, la critique consistant à voir un danger dans cette durée maximale des pouvoirs de crise semble sans fondement. De fait, la mise

³¹⁰⁸ France, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, 21 juin 2004, art. 6-1, al. 1.

³¹⁰⁹ France, *Code pénal*, art. 421-2-5, al. 2.

³¹¹⁰ *Ibid.*

³¹¹¹ Afin de faire face à l'accroissement des affaires criminelles auxquelles est confrontée la cour d'assises spéciale, le Sénat a proposé de faire passer de six à quatre le nombre d'assesseurs professionnels siégeant en première instance, et de huit à six leur nombre en appel. Une telle modification permet, ainsi que le rapporte Michel Mercier « *d'audier un plus grand nombre d'affaires terroristes et d'améliorer le fonctionnement du tribunal de grande instance de Paris, qui serait substantiellement moins mobilisé pour composer les cours d'assises* » (Michel MERCIER, *Rapport relatif à la composition de la cour d'assises de l'article 698-6 du Code de procédure pénale*, n° 252, 21 décembre 2016, p. 5). Cette proposition est reprise par la loi du 28 février 2017 relative à la sécurité publique, qui par son article 16 modifie l'alinéa 1^{er} de l'article 698-6 du Code de procédure pénale en ce sens.

³¹¹² L'on songe par exemple à la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement, dont plusieurs dispositions ont été frappées d'inconstitutionnalité. Voir en ce sens : C.C., 23 juillet 2015, n° 2015-713, *Loi relative au renseignement*. Le Conseil a par exemple considéré que la modification de l'article L. 821-6 du Code de la sécurité intérieure établissait une procédure portant « *une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances* ». En effet, elle permettait une technique de recueil de renseignements par dérogation à la « *délivrance préalable d'une autorisation par le Premier ministre ou par l'un de ses collaborateurs directs* », et à « *la délivrance d'un avis préalable de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement* ». En outre, elle ne prévoyait pas que « *le Premier ministre et le ministre concerné [soient] informés au préalable de la mise en œuvre d'une technique dans ce cadre* ».

³¹¹³ Cf. *supra* Seconde partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 2.

en œuvre d'une loi ordinaire efficace permet d'abord de poursuivre, après l'extinction des pouvoirs de crise, une lutte durable contre la menace présente, rendant vaine la logique de prorogations répétitives de l'institution d'exception. Ensuite, son caractère préventif tend à redonner aux pouvoirs de crise leur vocation première, et donc à renforcer leur efficacité originelle. Enfin, le régime de droit commun offre une garantie plus effective des libertés, signe caractéristique de l'État de droit.

Là encore, tout semble démontrer que l'imposition d'une durée maximale de l'institution d'exception – couplée au dualisme normatif emprunté à Machiavel – permettrait d'allier l'efficacité des pouvoirs de crise à la préservation du paradigme républicain. Malgré ce nécessaire recours au droit, il semble néanmoins indispensable d'envisager d'autres pistes de réflexion.

B. La revalorisation de l'enseignement du paradigme républicain

La formulation d'outils juridiques nouveaux permettra d'accroître l'efficacité de la lutte contre la menace terroriste tout en préservant le paradigme républicain, et c'est à ce titre qu'ils apparaissent nécessaires. Cependant, l'on doit s'interroger sur le fait de savoir s'ils sont suffisants. En effet, au stade ultime de cette réflexion, et sans jamais nier le besoin impérieux de la loi dans le cadre de la réponse à apporter au terrorisme, une approche plus large que celle bornée par les limites du droit semble indispensable, dès lors qu'il faut bien reconnaître, avec François Saint-Bonnet, que « *la réponse au djihadisme ne peut pas être seulement dans la répression* »³¹¹⁴.

Au-delà d'une prévention de la menace terroriste par la loi ordinaire, et de l'éradication de ses manifestations violentes par des normes extraordinaires, il semble que le combat contre ce phénomène puisse être mis en œuvre sur un autre plan, qui paradoxalement ne suppose pas la lutte. C'est dans cette volonté d'agir autrement que Christine Lazerges – consciente d'être qualifiée d'intellectuelle « *hors-sol* »³¹¹⁵ au regard de ses positions – explique que « *faire infiniment plus contre le terrorisme* »³¹¹⁶ suggère impérativement de faire « *infiniment plus dans l'apprentissage de la citoyenneté, dans*

³¹¹⁴ François SAINT-BONNET, « L'idéologie djihadiste et la modernité », *La vie des idées*, 10 mars 2015, p. 1, en ligne : [<http://www.laviedesidees.fr/L-ideologie-djihadiste-et-la-modernite.html>].

³¹¹⁵ Flore THOMASSET, « Attentats, le difficile équilibre entre sécurité et liberté », *La Croix*, 19 juillet 2016.

³¹¹⁶ *Ibid.*

l'accompagnement social, dans la prise en charge des plus fragiles »³¹¹⁷. En vérité, ses assertions semblent tout à fait pragmatiques, et ne relèvent pas d'un idéalisme intellectuel dès lors qu'elles sont le complément d'une lutte menée au travers d'outils juridiques. De même, François Saint-Bonnet rappelle l'importance du rapprochement entre « *“citoyenneté“, “vie en société“ et “valeurs républicaines“* »³¹¹⁸, auquel tente de procéder le législateur au travers des stages de citoyenneté³¹¹⁹. Il apparaît au fond que l'apprentissage ou plutôt le réapprentissage de la citoyenneté peut être l'une des clefs permettant, en amont, d'enseigner à chacun l'égalitarisme dont doit procéder notre paradigme républicain. C'est peut-être d'abord par l'éducation que peuvent être transmises les valeurs de ce dernier, autant que rejetées les idéologies radicales et sectaires. Si l'on a observé que le droit pouvait essentiellement traiter les conséquences de la menace terroriste, en réagissant promptement contre ses assauts, et en tentant de les prévenir, c'est très certainement l'éducation, de façon complémentaire, qui peut dans une certaine mesure parvenir à identifier et annihiler ses causes. Il est probable que notre conception républicaine tout à la fois composite et unie, si elle recouvre pleinement sa vocation égalitaire, soit le moyen privilégié de résoudre des antagonismes qui, sans elle, semblent irrémédiablement appelés à dériver en oppositions vitales entre amis et ennemis, que sans cesse le droit devra régir, s'il le peut.

³¹¹⁷ *Ibid.*

³¹¹⁸ François SAINT-BONNET, « L'idéologie djihadiste et la modernité », *La vie des idées*, 10 mars 2015, p. 9, en ligne : [<http://www.laviedesidees.fr/L-ideologie-djihadiste-et-la-modernite.html>].

³¹¹⁹ France, *Code pénal*, art. 131-5-1 : « *Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut, à la place de l'emprisonnement, prescrire que le condamné devra accomplir un stage de citoyenneté, tendant à l'apprentissage des valeurs de la République et des devoirs du citoyen* ».

BIBLIOGRAPHIE³¹²⁰

Bibliographie thématique

I- De Machiavel et autour de sa pensée :

A. De Machiavel :

1. Ouvrages :

– *Discours sur la première décade de Tite-Live*, édition électronique, 2011, 310 pages, à partir de l'édition de la Bibliothèque Berger-Levrault (Paris), 1980, 372 pages, collection Stratégies.

– *Œuvres complètes*, Paris : Gallimard, 1952, 1639 pages, collection Bibliothèque de la Pléiade.

2. Article :

– « Discours sur les choses de Florence après la mort de Laurent de Médicis le Jeune », *Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F.* (Centre de recherches politiques de Science Po), avril 2005, n° 39, p. 6-11.

B. Autour de la pensée machiavélienne :

1. Ouvrages :

ALTHUSSER Louis,

– *Écrits philosophiques et politiques*, Tome 2, textes réunis et présentés par François Matheron, Paris : Stock I.M.E.C., 1995, 605 pages.

– *Politique et Histoire de Machiavel à Marx*, Paris : Seuil, 2006, 393 pages, collection Traces écrites, dirigée par Dominique Séglaud.

³¹²⁰ Le présent travail a nécessité de recourir à la fois à des sources spécifiquement attachées à Machiavel, à Schmitt, au droit anglais, américain et français, mais également à des sources transversales, qui abordent les sujets principaux de cette thèse sans uniquement les rattacher à un auteur ou à un autre, à un droit ou à un autre, mais qui sont plutôt transversales. C'est à ce titre que se justifie le choix d'une bibliographie divisée en sources thématiques, d'une part, puis transversales, d'autre part.

– *Solitude de Machiavel*, édition préparée et commentée par Yves Sintomer, Paris : P.U.F., 1998, 324 pages, collection Actuel Marx Confrontation, dirigée par Jacques Bidet, Jacques Texier et André Tossel.

ARENDT Hannah, *La crise de la culture*, Paris : Gallimard, 1972 (pour la traduction française), 380 pages, collection Folio/Essais.

AUDIER Serge,

– *Machiavel, conflit et liberté*, Paris : éditions de l'E.H.E.S.S., Librairie philosophique J. Vrin, 2005, 311 pages, collection Contextes.

– *Tocqueville retrouvé – Genèse et enjeux du renouveau tocquevillien français*, Paris : éditions de l'E.H.E.S.S., Librairie philosophique J. Vrin, 2004, 315 pages, collection Contextes.

BARON Hans, *The Crisis of the Early Italian Renaissance*, réédition, Princeton : Princeton University Press, 1966, 700 pages.

BENOIST Charles, *Le machiavélisme. Après Machiavel*, Paris : Hachette Livre B.N.F., 2016, 420 pages, collection Sciences sociales.

BERNS Thomas, *Violence de la loi à la renaissance – L'originare du politique chez Machiavel et Montaigne*, Paris : Kimé, 2000, 453 pages.

BORIAUD Jean-Yves, *Machiavel*, Paris : Perrin, 2015, 350 pages.

CHEVALLIER Jean-Jacques, GAUDEMET Yves, *Les grandes œuvres politiques – De Machiavel à nos jours*, 4^e édition, Paris : Armand Collin, 2005, 336 pages, collection U.

COLLIN Denis, *Comprendre Machiavel*, Paris : Max Milo, 2015, 123 pages, collection Comprendre/essai graphique.

CUGNO Agnès, *Apprendre à philosopher avec Machiavel*, Paris : Ellipses, 2009, 224 pages.

DUPOUEY Patrick, *Machiavel – Le Prince*, Paris : Nathan, 1982, 192 pages, collection Les intégrales de Philo, dirigée par Denis Huisman.

FICHTE Johann Gottlieb, *Machiavel et autres écrits philosophiques et politiques de 1806-1807*, Paris : Payot, 1981, 216 pages, collection Critique De La Politique.

GAILLE-NIKODIMOV Marie, *Machiavel*, Paris : Tallandier, 2005, 287 pages.

LEFORT Claude,

– *Écrire : à l'épreuve du politique*, Paris : Calmann-Lévy, 1992, 398 pages, collection Liberté de l'esprit.

– *Le travail de l'œuvre Machiavel*, Paris : Gallimard, 1972 et 1986, 780 pages, collection TEL.

LUCHAIRE Julien, *Les démocraties italiennes*, Paris : Flammarion, 1922, 320 pages, collection Bibliothèque de philosophie scientifique.

NEGRI Antonio, *Le pouvoir constituant : essai sur les alternatives de la modernité*, Paris : P.U.F., 1997, 447 pages, collection Pratiques théoriques.

PETTIT Philip, *Républicanisme : une théorie de la liberté et du gouvernement*, Paris : Gallimard, 2004 (pour la traduction française), 444 pages, collection NRF Essais.

POCOCK J.G.A., *Le moment machiavélien*, Paris : P.U.F., 1997, 586 pages, collection Léviathan, dirigée par Stéphane Rials.

RENAUDET Augustin, *Machiavel. Étude d'histoire des doctrines politiques*, 8^e édition, Paris : Gallimard, 1942, 320 pages.

SFEZ Géraud, *Machiavel, le prince sans qualités*, Paris : Kimé, 1998, 361 pages.

SKINNER Quentin,

– *Les fondements de la pensée politique moderne*, traduit de l'anglais par GROSSMAN J. et POUILLOUX J.Y., Paris : Albin Michel, 2001, 923 pages.

– *Machiavel*, traduit de l'anglais et postface de PLON Michel, Paris : Seuil, 1989 et 2001 (pour la traduction française et la postface), 166 pages.

SPINOZA Baruch, *Traité politique*, Paris : Librairie générale française, Livre de poche, 2002, 313 pages, collection Classiques de la Philosophie, dirigée par Jean-François Balaudé.

STRAUSS Léo, *Pensées sur Machiavel*, Paris : Payot et rivages, 2007, 369 pages, collection Critique de la politique, dirigée par Miguel Abensour.

VIROLI Maurizio, *Républicanisme*, Latresne : Le bord de l'eau, 2011, 237 pages, collection Les Voies du politique, dirigée par Serge Audier et Philippe Chanial.

VON MURALT Leonhard, *Machiavellis, Staatsgedanke (La conception de l'État chez Machiavel)*, Bâle : Schwabe, 1945, 228 pages.

2. Articles :

BARROT Emmanuel, « Le spectre de Machiavel (III) », *Révolution permanente*, 2016, en ligne : [<http://www.revolutionpermanente.fr/Le-spectre-de-Machiavel-III>].

DUVERNOY Jean-François, « Machiavel (1469-1527) », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-runn.fr/encyclopedie/machiavel/>].

HAUPT Georges, « Bolchevisme », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalisedu.com.ezproxy.normandieuniv.fr/encyclopedie/bolchevisme>].

MÉNISSIER Thierry,

– « Dix années d'actualité bibliographique de Machiavel (1997-2007) », *Cahiers philosophiques*, 2008, n° 113, p. 115-121.

– « Le Discours sur les choses de Florence de Machiavel : logique et pragmatique de l'action politique », *Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F. (Centre de recherches politiques de Science Po)*, avril 2005, n° 39, p. 12-22.

PUIGELIER Catherine, « Machiavel. L'homme et la reconnaissance », *La reconnaissance*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 81-108.

ROMAN Sébastien, « Serge Audier, Machiavel, conflit et liberté », *Astérion*, 2009, n° 6, en ligne : [<https://asterion.revues.org/1561#quotation>].

SENEILLART Michel, « Républicanisme, bien commun et liberté individuelle : le modèle machiavélien selon Quentin Skinner », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 1995, n° 193, p. 27-64.

VIROLI Maurizio, « Républicanisme, libéralisme et communautarisme », *Klesis*, 2001, n° 18, p.1-9.

3. Colloques :

FOURNEL Jean-Louis, « Machiavel, ou les vertus du cynisme », conférence du 7 février 2015, *Cycle Politique de la pensée*, en ligne : [<https://www.franceculture.fr/emissions/le-pouvoir-imaginaire/machiavel-ou-les-vertus-du-cynisme>].

GAILLE-NIKODIMOV Marie et MÉNISSIER Thierry (dir.), *Lectures de Machiavel*, Paris : Ellipses, 2006, 365 pages, collection Lectures de..., dirigée par Jean-Pierre Zarader.

SFEZ Géraud et SENELLART Michel (dir.), *L'enjeu Machiavel*, Paris : P.U.F., 2001, 254 pages, collection Librairie du Collège International de Philosophie.

4. Thèse :

ROMAN Sébastien, *Conflit civil et imaginaire social – Une approche néomachiavélienne de la démocratie par l'espace public dissensuel*, Thèse pour le doctorat de philosophie, École Normale Supérieure de Lyon, 2011, 588 pages.

II- De Schmitt et autour de sa pensée :

A. De Schmitt :

1. Ouvrages :

– *Du politique « Légalité et légitimité » et autres essais*, Puiseaux : Pardès, 1990 (pour la préface d'Alain de Benoist et la traduction française), 257 pages, collection Révolution conservatrice.

– *Glossarium – Archives des années 1947-1951*, Berlin : Duncker & Humblot, 1991, 364 pages.

– *La Dictature*, Paris : Seuil, 2000 (pour la traduction française), 329 pages, collection l'Ordre philosophique, dirigée par Alain Badiou et Barbara Cassin.

– *La notion de politique*, suivi de *Théorie du partisan*, Paris : Flammarion, 1992, 323 pages, collection Liberté de l'esprit, créée par Raymond Aron.

– *La valeur de l'État et la signification de l'individu*, Genève : Librairie Droz, 2003, 152 pages, collection Les classiques de la pensée politique.

– *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, Paris : Seuil, 2002, 246 pages, collection L'ordre philosophique, dirigée par Alain Badiou et Barbara Cassin.

– *Le Nomos de la Terre*, Paris : P.U.F., 2001, 368 pages, collection Quadrige Grands textes.

– *Les trois types de pensée juridique*, Paris : P.U.F., 1995, 115 pages, collection Droit, éthique, société, dirigée par François Terré et Marie-Anne Frison-Roche.

– *Machiavel Clausewitz – Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Paris, Krisis, 2007, 261 pages.

– *Parlementarisme et démocratie*, Paris : Seuil, 1985 pour l'édition française, 214 pages.

– *Théologie politique I*, Paris : Gallimard, 1988, 75 pages, collection Bibliothèque des sciences humaines.

– *Théologie politique II*, Paris : Gallimard, 1988, 105 pages, collection Bibliothèque des sciences humaines.

– *Théorie de la Constitution*, Paris, P.U.F., 1993, 576 pages, collection Léviathan, dirigée par Stéphane Rials.

2. Articles :

– « L'État comme mécanisme chez Hobbes et Descartes », *Temps modernes*, 1991(paru pour la première fois en 1937), n° 664, p. 1-14.

– « L'idée de raison d'État selon Friedrich Meinecke », *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, 1926, n° 56, p. 226-234.

– « Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag le 13 juillet 1934 », *Cités*, 2003, n° 14, traduit par Mira Köller et Dominique Séglaard, p. 165-171.

B. Autour de la pensée schmittienne :

1. Ouvrages :

BAUME Sandrine, *Carl Schmitt, penseur de l'État*, Paris : Presses de Sciences Po, 2008, 320 pages, collection Académique.

BERNARDI Bruno, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?* Paris : Librairie philosophique J. Vrin, 2003, 128 pages, collection Chemins philosophiques, dirigée par Roger Pouivet.

BÜHLER Jacques, *Le droit d'exception de l'État – Études des droits publics allemand et suisse de 1871 à nos jours*, Genève : Droz, 1995, 271 pages, collection Comparativa, n° 54.

CHAPOUTOT Johann, *La loi du sang – Penser et agir en nazi*, Paris : Gallimard, 2014, 567 pages, collection Bibliothèque des histoires.

DE BENOIST Alain, *Carl Schmitt actuel : « Guerre juste », terrorisme, état de guerre, « Nomos de la terre »*, Paris : Krisis, 2007, 162 pages.

FREUND Julien,

– *L'essence du politique*, réimpression de la 3^e édition de 1986, Paris : Dalloz, 2003, 870 pages, collection Bibliothèque Dalloz.

– *Le Nouvel Âge, Éléments pour la théorie de la démocratie et de la paix*, Paris : Marcel Rivière, 1970, 251 pages, collection Études sur le Devenir social.

– *Sociologie du conflit*, Paris : P.U.F., 1983, 380 pages.

KERVÉGAN Jean-François,

– *Hegel, Carl Schmitt, le politique entre spéculation et positivité*, Paris : P.U.F., 1992, 343 pages, collection Léviathan, dirigée par Stéphane Rials.

– *Que faire de Carl Schmitt ?* Paris : Gallimard, 2011, 320 pages, collection Tel.

MEIER Heinrich, *Carl Schmitt, Léo Strauss et la notion de politique. Un dialogue entre absents*, Paris : Julliard, 1990, 178 pages.

MONOD Jean-Claude, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, nouvelle édition – format numérique, Paris : La Découverte, 2016, 164 pages, collection La Découverte Poche/ Sciences humaines et sociales, n° 448.

MUHLMANN Géraldine, PISIER Évelyne, CHÂTELET François, *et al.*, *Histoire des idées politiques*, 2^e édition, Paris : Quadrige/P.U.F., 2012, 818 pages, collection Quadrige Manuels.

OAKESHOTT Michael, *Rationalism in politics and other essays*, 2^e édition révisée, Indianapolis : Liberty Fund, 1991, 582 pages.

ROSSITER Clinton Lawrence, *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*, nouvelle édition, Piscataway : Transaction Publishers, 2002 (réimpression en 2009), 330 pages.

ZARKA Yves-Charles (dir.), *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Paris : P.U.F., 2009, 200 pages, collection Débats philosophiques.

2. Articles :

BAUMERT Renaud, KERVÉGAN Jean-François, « Carl Schmitt, tacticien ou théoricien ? », *La vie des idées*, octobre 2012, p. 1-12, en ligne : [http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20121026_schmitt.pdf].

BEAUD Olivier,

– « La critique de l'État de droit chez Carl Schmitt », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 1993, n° 24, p. 109-125.

– « Lectures croisées de Hobbes : Carl Schmitt entre Leo Strauss et Michel Villey », *Droits*, 2003, n° 38, p. 159- 182.

BRUNET Pierre, « Constitution », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/constitution/>]

CUMIN David, « La théorie du partisan de Carl Schmitt », *Stratégique*, 2009, vol. 1, n° 93-94-95-96, p. 31-71.

FREUND Julien,

– « Ébauche d'une autobiographie intellectuelle », *Revue européenne des sciences sociales (Cahiers Vilfredo Pareto)*, 1981, Tome 19, n° 54-55, p. 7- 47.

– « Les lignes de force de la pensée politique de Carl Schmitt », *Nouvelle École*, avril 1987, n° 44, p. 11-27.

GUILD Elspeth, « Agamben face aux juges. Souveraineté, exception et antiterrorisme », *Cultures et Conflits*, 2003, n° 51, p. 127-156.

GUILHOT Nicolas, « Carl Schmitt, le droit, le pouvoir – Entretien avec Toni Negri », *Mouvements*, 2005, n° 37, p. 89-92.

HERRERA Carlos-Miguel, « Décisionnisme », ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Quadrigue/Lamy-P.U.F., 2007 (2e tirage), p. 347-350.

KERVÉGAN Jean-François, « L'État selon Carl Schmitt », *La vie des idées*, 2008, en ligne : [<http://www.laviedesidees.fr/L-Etat-selon-Carl-Schmitt.html>].

LOCHAK Danièle, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », *Les Usages sociaux du droit*, Paris : P.U.F., 1989, p. 252-285.

MELKEVIK Bjarne, « L'abîme et "l'exception" : Schmitt, Agamben et le Schmittisme », *Mirandum*, 2009, n° 5, p. 5-22.

MILLARD Éric, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, 1995, vol. 30/31, p. 381-412.

MONOD Jean-Claude, « La radicalité constituante (Negri, Balibar, Agamben) ou peut-on lire Schmitt de droite à gauche ? », *Mouvements*, janvier-février 2004, n° 37, p. 80-92.

PROTIÈRE Guillaume, « Situation exceptionnelle et théorie générale de l'État », *L'exception en droit*, 2008, p. 1-15, en ligne : [<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00590635>].

QUESNAY Bernard, « La grande leçon de politique de Julien Freund », *Éléments*, 2004, n° 111, en ligne : [<http://blogelements.typepad.fr/blog/2016/05/la-grande-le%C3%A7on-de-politique-de-julien-freund.html>].

RIGAUX François, « L'histoire du droit international revue par Carl Schmitt », *Journal of the History of International Law*, 2007, n° 9, p. 233-262.

RÜTHERS Bernd, « “Un sauveur face à l'antéchrist” ? Carl Schmitt, théologien politique », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2002/2, n° 50, p. 377-384.

SCHLEGEL Jean-Louis, « Schmitt Carl (1888-1985) », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-run.fr/encyclopedie/carl-schmitt/>].

STRAUSS Léo, « Remarques sur la notion de politique de Carl Schmitt », SCHMITT Carl, *Parlementarisme et démocratie*, Paris : Seuil, 1985 pour l'édition française, p. 187-214.

THIBAUT Jean-François, « Pertinence et actualité de la pensée internationale de Carl Schmitt », *Études internationales*, 2009, vol. 40, n° 1, p. 5-15.

TUCHSCHERER Emmanuel, « Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec du décisionnisme politique », *Astérion*, juillet 2004, n° 2, p. 275-294.

TUSSEAU Guillaume,

– « La notion d'urgence dans l'argumentation constitutionnelle. Analyse théorique et comparative à partir du concept de norme d'habilitation. I – Phénoménologie de l'urgence », *Teoria politica. Nuova serie*, 2011, annales I, p. 425-442.

– « La notion d'urgence dans l'argumentation constitutionnelle. Analyse théorique et comparative à partir du concept de norme d'habilitation. II – Ontologie de l'urgence », *Teoria politica. Nuova serie*, 2012, annales II, p. 347-370.

ZAGANIARIS Jean, « “Un remède pire que le mal” : Carl Schmitt et les apories des régimes républicains », *Mouvements*, janvier-février 2004, n° 37, p. 72-79.

3. Colloques :

BEAUD Olivier et PASQUINO Pasquale (dir.), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt. Der Weimarer Streit um den Hüter der Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit. Kelsen gegen Schmitt*, Paris : éditions Panthéon-Assas, 2007, 212 pages.

GRANGÉ Ninon (dir.), *Nomos droit et conflit dans les relations internationales*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2013, 127 pages, collection l'Univers des normes.

HERRERA Carlos-Miguel (dir.), *Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris : l'Harmattan, 1995, 311 pages.

4. Thèses :

GOUPY Marie, *L'essor de la théorie juridico-politique sur l'état d'exception dans l'entre-deux guerres en France et en Allemagne : une genèse de l'état d'exception comme enjeu pour la démocratie*, Thèse pour le doctorat de philosophie, École Normale Supérieure de Lyon, 2011, 451 pages.

MOCK Melody, *Le coup d'État moderne, formation ajuridique d'un nouvel ordre juridique*, Thèse pour le doctorat de droit – mention histoire du droit –, université Panthéon-Assas, 2012, 657 pages.

III- Royaume-Uni :

A. Situation exceptionnelle, période révolutionnaire et histoire constitutionnelle :

1. Ouvrages :

ABBOTT Wilbur Cortez, *The writings and speeches of Oliver Cromwell*, Vol. 2 : The Commonwealth 1649-1653, Oxford : Clarendon Press, 1988, 806 pages.

ALFIERI Vittorio, *De la tyrannie*, Paris : Allia, 1992, 182 pages.

BLACKSTONE William, *Commentaries on the Laws of England 1765-1769*, Vol. 1, Chicago : University of Chicago Press, 1979, 6 vol., 496 pages.

BURKE Edmund, *Réflexions sur la Révolution de France*, nouvelle édition, revue et corrigée, Paris : A. Égron, 1823, 465 pages. On s'est également référé, du fait de sa richesse, à cette édition récente : Paris : Hachette Littératures, 1989 (pour la traduction, la présentation et les notes), 2004, 816 pages, collection Pluriel Histoire, dirigée par Joël Roman, n° 25.

CARLYLE Thomas, *The letters and speeches of Oliver Cromwell*, Tome 1, London : Methuen, 1904, 523 pages.

CHASSAIGNE Philippe, *Histoire de l'Angleterre des origines à nos jours*, édition mise à jour, Paris : Flammarion, 2008, 608 pages, collection Champs histoire, n° 833.

CLARENDON Edward Hyde, *Histoire de la rébellion et des guerres civiles d'Angleterre*, Vol. 6, La Haye : Meyndert Uytwerf, 1704-1709, 740 pages.

COTTRET Bernard,

– *Cromwell*, Paris: Fayard, 1992, 548 pages.

– *Histoire d'Angleterre : XVI^e XVII^e siècle*, Paris : P.U.F., 2003, 339 pages, collection nouvelle Clio.

– *Histoire de l'Angleterre : de Guillaume Le Conquérant à nos jours*, Paris : Tallandier, 2011, 611 pages, collection Texto, dirigée par Jean-Claude Zylberstein.

– *Histoire de la réforme protestante – Luther, Calvin, Wesley – XVI^e - XVIII^e siècle*, nouvelle édition, Paris : Perrin, 2010, 614 pages, collection Tempus, n° 325.

– *La Glorieuse Révolution d'Angleterre, 1688*, édition revue et augmentée, Paris : Gallimard, 2013, 381 pages, collection Folio Histoire, n° 219.

– *La Révolution anglaise 1603-1660 – Une rébellion britannique*, Paris : Perrin, 2015, 606 pages.

DAVIES Godfrey, *The Early Stuarts 1603-1660*, 2^e édition, Oxford : Oxford University Press, 1959 (réimprimé en 2000), 482 pages.

DE KREY Gary S., *Restoration and Revolution in Britain. A Political History of the Era of Charles II and the Glorious Revolution*, New York : Palgrave Macmillan, 2007, 359 pages, collection British studies series.

DE LOLME Jean-Louis, *Constitution de l'Angleterre ou état du gouvernement anglais comparé avec la forme républicaine et avec les autres monarchies de l'Europe*, Paris : Dalloz, 2008, 332 pages, collection Bibliothèque Dalloz.

DICEY Albert Venn, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 8^e édition (réimpression), Indianapolis : Liberty Fund, 1982, 435 pages.

DUCHEIN Michel, *50 ans qui ébranlèrent l'Angleterre – Les deux révolutions du XVII^e siècle*, Paris : Fayard, 2010, 499 pages.

FRISELL John Fraiser, *Vue générale de la Constitution de l'Angleterre, depuis son origine jusqu'à nos jours*, 3^e édition augmentée, Paris : Le Normant, 1835, 204 pages.

FRISON Danièle, *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, nouvelle édition refondue et mise à jour, Paris : Ellipses, 2005, 201 pages, collection Les essentiels de la civilisation anglo-saxonne, dirigée par Danièle Frison.

GENET Jean-Philippe, *La genèse de l'État moderne – Culture et société politique en Angleterre*, Paris : P.U.F., 2003, 401 pages, collection Le nœud gordien, dirigée par Lucien Bély, Claude Gauvard et Jean-François Sirinelli.

GOUGH John Wiedhofft, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, Paris : P.U.F., 1992, 250 pages, collection Léviathan, dirigée par Stéphane Rials.

GRIMAL Henri,

– *De l'Empire britannique au Commonwealth*, Paris : A. Colin, 1999, 416 pages, collection U.

– *Le Commonwealth*, 5^e édition, Paris : P.U.F., 1995, 127 pages, collection Que sais-je ?, n° 334.

NICOLLE P.H., *Procès et meurtre de Charles I^{er}, Roi d'Angleterre*, (traduit de l'anglais), Paris : P.H. Nicolle, à la librairie Stéréotype, 1816, 444 pages.

RAWSON GARDINER Samuel,

– *History of England, from the Accession of James I to the Outbreak of the Civil War – 1603-1642*, Vol. 8 (1635-1639), new edition, London : Longmans, Green, and Co., 1884, 10 vol., 392 pages.

– *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 – 1660*, 3^e édition révisée, Oxford : Clarendon Press, 1906, 476 pages.

SIDNEY Algernon,

– *Discours sur le gouvernement*, nouvelle édition (conforme à celle de 1702), traduction de P. A. Samson, Tome 3, Paris : Josse et Langlois, 1793, 401 pages.

– *Discourses concerning government*, revised edition, Indianapolis : Liberty Fund, 1996, 606 pages, collection Liberty Fund studies in political theory.

VAN RUYMBEKE Bertrand, BORM Jan, *Réforme et révolutions : hommage à Bernard Cottret*, Paris : Les éditions de Paris/ M. Chaleil, 2012, 251 pages, collection Essais et documents.

WORMUTH Francis Dunham, *The Royal Prerogative 1603-1649 : a Study in English Political and Constitutional Ideas*, Ithaca : Cornell University Press, 1939, 124 pages.

2. Articles :

ANTOINE Aurélien, « Chronologie raisonnée de l'histoire constitutionnelle de l'Angleterre, de la Grande-Bretagne, puis du Royaume-Uni », *Jus Politicum*, 2015, n° 14, en ligne : [<http://juspoliticum.com/Chronologie-raisonnee-de-l.html>].

CRAWFORD Clarence C., « The Suspension of the habeas corpus Act and the Revolution of 1689 », *The English Historical Review*, 1915, vol. 30, n° 120, p. 613-630.

DI BARTOLOMEO Daniele, « La république anglaise du Thermidor au premier anniversaire de Brumaire (1794-1800) », *La Révolution française*, 2013, n° 5, en ligne : [<http://lrf.revues.org/1060>].

DUPUY Bernard, « Anglicanisme », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-run.fr/encyclopedie/anglicanisme/>].

GREENE David et JOANNON Pierre, « Irlande », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-run.fr/encyclopedie/irlande/>].

GUILLEY Thibault, « Les conceptions de l'empire dans l'histoire britannique (XVI^e - XVIII^e siècle) : entre unité et union », *Jus Politicum*, 2015, n° 14, en ligne : [<http://juspoliticum.com/Les-conceptions-de-l-empire-dans-l.html>].

LE MESTRE Renan,

– « Les constitutions de l'Interrègne en Angleterre (I) : l'Instrument of Government (1653) », *Jus Politicum*, 2010, n° 5, Mutation ou crépuscules des libertés publiques ? en ligne : [<http://juspoliticum.com/Les-constitutions-de-l-interregne.html>].

– « Les constitutions de l'Interrègne en Angleterre (II) : l'Humble Petition and Advice (1657) », *Jus Politicum*, 2010, n° 5, en ligne : [<http://juspoliticum.com/Les-constitutions-de-l-interregne,323.html>].

MARX Roland,

– « Grande Charte », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-runn.fr/encyclopedie/grande-charte-1215/>].

– « Strafford Thomas Wentworth Comte de (1593-1641) », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-runn.fr/encyclopedie/thomas-strafford/>].

MASTOR Wanda, « Grande Charte, en bref », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-runn.fr/encyclopedie/grande-charte-en-bref/>].

VOGLER Bernard, « Réforme », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-runn.fr/encyclopedie/reforme/>].

WOOLRYCH Austin Herbert, « The Good Old Cause and the Fall of the Protectorate », *The Cambridge Historical Journal*, 1957, vol. 13, n° 2, p. 133-161.

3. Mémoire :

LE QUÉAU Morgane, *L'opposition de la Chambre des communes à Jacques I^{er} roi d'Angleterre (1603-1625)*, Mémoire d'Histoire du droit, université de Rennes I, 2012, 103 pages.

B. Situation exceptionnelle, période contemporaine et droit constitutionnel :

1. Ouvrages :

BARANGER Denis, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : P.U.F., 2008, 315 pages, collection Léviathan, dirigée par Stéphane Rials.

DYZENHAUS David, *The Constitution of Law : Legality in a Time of Emergency*, Cambridge : Cambridge University Press, 2006, 268 pages.

PIERRÉ-CAPS François, *Documents d'études, Les institutions du Royaume-Uni*, Paris : La Documentation française, 2012, 40 pages, collection Documents d'études, droit constitutionnel et institutions politiques.

TILLET Édouard, *La Constitution anglaise, un modèle politique*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, 626 pages, collection Histoire des idées politiques, n° 18.

WORMUTH Francis Dunham, *The Origins of Modern Constitutionalism*, New-York : Harper and Brothers, 1949, 243 pages.

2. Articles :

ANTOINE Aurélien, « Les enjeux de la création d'une Cour suprême au Royaume-Uni et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Revue internationale de droit comparé*, 2008, vol. 60, n° 2, p. 283-291.

DEPARIS Olivier, « La Cour suprême au Royaume-Uni et la question de constitutionnalité », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n° 32, en ligne : [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-32/la-cour-supreme-au-royaume-uni-et-la-question-de-constitutionnalite-par-olivier-deparis.99061.html>].

DUFFY Aurélie, « Le Human Rights Act 1998 à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », *L'Europe des libertés*, janvier 2007, en ligne : [http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=262&id_rubrique=30].

KISS Alexandre-Charles, VÉGLÉRIS Phédon, « L'affaire grecque devant le Conseil de l'Europe et la Commission européenne des droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, 1971, vol. 17, p. 889-931.

PAYE Jean-Claude, « Le modèle anglais », *C.R.D.F.*, 2007, n° 6, p. 71-80.

STEVENS Anne, « Le Conseil constitutionnel vu d'outre-Manche : une énigme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, n° 25, en ligne : [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-25/le-conseil-constitutionnel-vu-d-outre-manche-une-enigme-sup1-sup.51708.html>].

3. Rapports :

BAS Philippe, *Note sur le régime de l'état d'urgence*, Division de Législation comparée de la Direction de l'Initiative parlementaire et des délégations (Sénat), mars 2016, 69 pages.

House of Commons, *Taming the prerogative : Strengthening ministerial accountability to parliament*, HC422, 4th Report 2003-2004, 59 pages.

Privy Counsellor Review Committee, *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 Review : Report*, 12 décembre 2003, 121 pages.

4. Article de journal :

BROWN Collin, « Straw : Britain cannot ignore evidence obtained by torture », *The Independent*, 11 mars 2005.

C. Conceptions juridiques, philosophiques et politiques :

1. Ouvrages :

AUSTIN John, *The Province of Jurisprudence Determined*, édition révisée, Cambridge : Cambridge University Press, 1995, 344 pages.

COTTRET Bernard, MARTINET Marie-Madeleine, *Partis et factions dans l'Angleterre du premier XVIII^e siècle*, 2^e édition mise à jour, Paris : Presses Universitaires de Paris-Sorbonne, 1991, 179 pages, collection Rule Britannia, n° 1.

DUCROCQ Myriam Isabelle, *Aux sources de la démocratie anglaise : de Thomas Hobbes à John Locke*, Villeneuve d'Ascq : Presses universitaires du Septentrion, 2012, 289 pages, collection Domaines anglophones, n° 1357.

FINK Zera Silver, *The Classical Republicans : An Essay on the Recovery of a Pattern of Thought in Seventeenth-Century England*, 2^e édition, Eugene : Wipf and Stock, 2011, 229 pages.

GUNN John Alexander Wilson, *Politics and the Public Interest in the Seventeenth Century*, Abingdon : Routledge, 2009, 384 pages.

HARRINGTON James, *Océana*, Paris : Belin, 1995, 476 pages, collection Littérature et Politique.

HOBBS Thomas,

– *Le Citoyen*, édition électronique Les échos du Maquis, 2013, à partir de l'édition de 1647, traduit par S. de Sorbière (1649), 245 pages.

– *Léviathan*, Paris : Librairie philosophique J. Vrin/ Dalloz, 2004, 559 pages, collection Bibliothèque des textes philosophiques, fondée par Henri Gouhier et dirigée par Jean-François Courtine, n° 6/2. Si on s'est essentiellement référé à cette édition, les apports contenus dans une édition antérieure ont également été utiles. Voir en ce sens : Paris : Sirey, 1971, 3^e tirage 1983, 780 pages, collection Philosophie politique, dirigée par Raymond Polin, n° 2.

LESSAY Franck,

– *Le débat Locke-Filmer*, Paris : P.U.F., 1998, 399 pages, collection Léviathan, dirigée par Stéphane Rials.

– *Souveraineté et légitimité chez Thomas Hobbes*, Paris : P.U.F., 1988, 291 pages, collection Léviathan, dirigée par Stéphane Rials.

LOCKE John,

– *Le second traité du gouvernement – Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, Paris : P.U.F., 1994, 302 pages, collection Épiméthée essais philosophiques, fondée par Jean Hyppolite et dirigée par Jean-Luc Marion.

– *Traité du gouvernement civil – Du gouvernement civil, de sa véritable origine, de son étendue et de sa fin*, édition électronique de 2002, à partir de la traduction de David Mazel (1795), issue de la 5^e édition de Londres (1725), 144 pages, collection Les classiques des sciences sociales, dirigée par Jean-Marie Tremblay. Si cet ouvrage est le même que le précédent, la qualité de sa traduction a justifié son utilisation, alors que le premier possède des notes de lecture enrichissantes, rendant son emploi tout aussi légitime.

– *Two Treatises on Government*, Cambridge : Cambridge University Press (Peter Laslett), 1960, 520 pages.

LUTAUD Olivier, *Les Niveleurs, Cromwell et la République*, Paris : Julliard, 1967, 287 pages, collection Archives.

MACPHERSON Crawford Brough, *La théorie politique de l'individualisme possessif*, Paris : Gallimard, 2004, 606 pages, collection Folio essais, n° 446.

NEDHAM Marchamont, *De la souveraineté du peuple, et de l'excellence d'un État libre*, Paris : Comité des travaux historiques et scientifiques, 2010, 238 pages, collections de documents inédits sur l'histoire de France, série 8, n° 53.

SPITZ Jean-Fabien, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, Paris : P.U.F., 2001, 335 pages, collection Fondements de la politique, série Essais, dirigée par Yves Charles Zarka.

ZARKA Yves Charles, BERNHARDT Jean (dir.), *Thomas Hobbes – Philosophie première, théorie de la science et politique*, Paris : P.U.F., 1990, 418 pages, collection Léviathan, dirigée par Stéphane Rials.

2. Articles :

DUCROCQ Myriam-Isabelle, « James Harrington (1611-1677), critique dissident de la doctrine common law », *Cercles*, 2012, n° 24, p. 4-14.

MARX Roland, « Whigs », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/whigs/>].

PARMENTIER Marc, « Hobbes et le libéralisme », *Cahiers philosophiques*, 2008, n° 116, p. 87-104.

POLIN Raymond, « Économie et politique au XVII^e siècle : l' "Oceana" de James Harrington », *Revue française de science politique*, 1952, 2^e année, n° 1, p. 24-41.

D. Textes officiels :

Il faut ici distinguer entre l'Angleterre, le Royaume-Uni, et la Grande-Bretagne. Le Traité pour l'union de l'Angleterre et de l'Écosse, du 1^{er} mai 1707, instaure le Royaume-Uni de Grande-Bretagne. L'Acte d'union entre la Grande-Bretagne et l'Irlande, du 2 juillet 1800 (l'union est effective à partir du 1^{er} janvier 1801), crée le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande. Depuis le Traité anglo-irlandais du 6 décembre 1921, on parle du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. S'agissant des textes précédant 1707, l'on emploiera le terme Angleterre. À partir de cette date, l'on usera du terme Royaume-Uni.

Angleterre,

Grande Charte des libertés, 1215.

Loi d'habeas corpus, 27 mai 1679.

Déclaration des droits, 16 décembre 1689.

Royaume-Uni,

Traité pour l'Union de l'Angleterre et de l'Écosse, 1^{er} mai 1707.

Data Protection Act, 16 juillet 1998.

Human Rights Act, 9 novembre 1998 (entré en vigueur le 2 octobre 2000).

Terrorism Act, 20 juillet 2000.

Anti-terrorism, Crime and Security Act, 14 décembre 2001.

Civil Contingencies Act, 18 novembre 2004.

Prevention of Terrorism Act, 11 mars 2005.

Constitutional Reform Act, 24 mars 2005.

Counter-Terrorism and Security Act, 12 février 2015.

E. Jurisprudence :

Commission spéciale d'appel en matière d'immigration, 30 juillet 2002, *A & Ors v. Secretary of State for the Home Department*, SC/1-7/2002.

Cour d'appel, 25 octobre 2002, *A, X, and Y and others v. Secretary of State for the Home Department*, EWCA Civ 1502.

Cour suprême, 16 décembre 2004, UKHL 56, *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*.

Cour d'appel, 8 décembre 2005, UKHL 71, *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* (2004) *A and others (Appellants) (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (Conjoined Appeals)*.

IV- États-Unis :

A. Situation exceptionnelle, période révolutionnaire et histoire constitutionnelle :

1. Ouvrages :

BAILLYN Bernard, *Les origines idéologiques de la révolution américaine*, Paris : Belin, 2010 (pour la traduction française), 382 pages, collection Littérature et politique, dirigée par Claude Lefort.

BEARD Charles Austin, *Une relecture économique de la Constitution des États-Unis*, Paris : Economica, 1988, 298 pages, collection Droit public positif, dirigée par Louis Favoreu.

BOORSTIN Daniel, *Histoires des Américains : l'aventure coloniale, naissance d'une nation, l'expérience démocratique*, édition révisée et mise à jour, Paris : Robert Laffont, 1991, 1603 pages, collection Bouquins, dirigée par Guy Schoeller.

COTTRET Bernard,

– *La révolution américaine. La quête du bonheur : 1763-1787*, Paris : Perrin, 2003, 525 pages, collection Pour l'histoire.

– *Naissance de l'Amérique du Nord : les actes fondateurs 1606-1776*, nouvelle édition, Paris : Perrin, 2010, 614 pages, collection Tempus, n° 325.

FARRAND Max, *The Records of the Federal Convention of 1787*, édition révisée, Tome 1, New Haven : Yale University Press, 1966, 638 pages.

KASPI André, *Les Américains. Naissance et essor des États-Unis 1607-1945*, Tome 1, Paris : Points, 2014, 464 pages.

LACOUR-GAYET Robert, *Histoire des États-Unis – Des origines jusqu'à la fin de la guerre civile*, Tome 1, Paris : Fayard, 1976, 469 pages, collection Les Grandes études historiques – Histoire des États-Unis, n° 1.

LACROIX Jean-Michel, *Histoire des États-Unis*, 5^e édition mise à jour, Paris : P.U.F., 2013, 648 pages, collection Quadrige Manuels.

MAYHEW Jonathan, *A Discourse Concerning Unlimited Submission and Non-Resistance to the Higher Powers*, Boston : D. Fowle, 1750, 55 pages.

RÉMOND René, *Histoire des États-Unis*, 2^e édition, Paris : P.U.F., 2013, 144 pages, collection Quadrige.

2. Articles :

ARÉNILLA Louis, « Histoire des Américains », *Cahiers internationaux de sociologie*, janvier – juin 1982, vol. 72, 29^e année, p. 184-186.

COUBERTIN Pierre de, « Notes d'après le cours d'Émile Boutmy sur la Constitution des États-Unis », *Jurisdoctoria*, 2015, n° 12, p. 196-216.

HOWARD Dick, « La modernité de la révolution américaine », *Revue française de science politique*, 1988, 38^e année, n° 2, p. 218-231.

B. Situation exceptionnelle, période contemporaine et droit constitutionnel :

1. Ouvrages :

BRANAA Jean-Éric, *La Constitution américaine et les institutions*, 2^e édition, Paris : Ellipses, 2006, 176 pages, collection Les Essentiels de la civilisation anglo-saxonne dirigée par Danièle Frison.

BURGESS Françoise, *Les institutions américaines*, 7^e édition (corrigée) Paris : P.U.F., 1999, 127 pages, collection Que sais-je ?

CARTER Graydon, *Ce que nous avons perdu*, Paris : Bernard Grasset, 2004, 377 pages.

DEYSINE Anne, *Documents d'études : Les institutions des États-Unis*, Paris : La Documentation française, 2014, 71 pages, collection Documents d'études, dirigée par André Vibert-Vichet, n° 1. 01.

FUMAROLI Sébastien, *Tempête sous un crâne – L'Amérique en guerre – 2003-2006*, Paris : De Fallois, 2007, 310 pages.

HEYMANN Philip B., KAYYEM Juliette N., *Protecting Liberty in an Age of Terror*, Cambridge : M.I.T. Press, 2005, 160 pages.

HEYMANN Philip B., *Terrorism, Freedom and Security. Winning without War*, Cambridge : M.I.T. Press, 2003, 228 pages, collection Belfer Center Studies in International Security.

LAGAYETTE Pierre, BENSOUSSAN Nicole, *Civilisation américaine : documents constitutionnels*, Paris : Ellipses, 1995, 271 pages.

LAVENUE Jean-Jacques, *Dictionnaire de la vie politique et du droit constitutionnel américains*, Paris : L'Harmattan, 1995, 313 pages, collection Logiques juridiques, dirigée par Gérard Marcou.

LEFEBVRE Maxime, *La politique étrangère américaine*, 2^e édition mise à jour, Paris : P.U.F., 2008, 127 pages, collection Que sais-je ?

MAYER Jane, *The Dark Side*, new edition, New-York : Doubleday, 2008, 392 pages.

SCHLESINGER Arthur Meier Jr., *The Imperial Presidency*, édition réimprimée, Boston/ New-York : Mariner Book, 2004, 624 pages.

TOINET Marie France, *La Cour suprême : les grands arrêts*, Nancy : Presses Universitaires de Nancy, 1989, 223 pages, collection Histoire thématique des États-Unis.

TUNC André, *Le droit des États-Unis*, Paris : P.U.F., 1989, 128 pages, collection Que sais-je ?

ZOLLER Elizabeth,

– *Le droit des États-Unis*, Paris : P.U.F., 2001, 127 pages, collection Que sais-je ?, n° 1159.

– *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris : Dalloz, 2010, 922 pages, collection Grands arrêts.

2. Articles :

ACKERMAN Bruce, « The emergency Constitution », *Yale Law Journal*, 2004, n° 113, p. 1029-1091.

CERDA-GUZMANN Carolina, « La torture par-delà le droit. La lutte contre le terrorisme aux États-Unis », *Vacarme*, 2015/3, n° 72, p. 102-111.

COLE David, « What Bush wants to hear », *The New York review of Books*, novembre 2005, vol. 52, n° 18, en ligne : [\[http://www.nybooks.com/articles/2005/11/17/what-bush-wants-to-hear/\]](http://www.nybooks.com/articles/2005/11/17/what-bush-wants-to-hear/).

FEREJOHN John, PASQUINO Pasquale, « The law of the exception : a typology of emergency powers », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, vol. 2, n° 2, p. 210-239.

HORTON Scott, « The return of Carl Schmitt », *Balkinization*, novembre 2005, en ligne : [<https://balkin.blogspot.fr/2005/11/return-of-carl-schmitt.html>].

LÉCHENET Annie, « De la nécessité d'une Déclaration des Droits à l'adoption du premier amendement : quelques enjeux du débat entre Jefferson et Madison », *The Tocqueville review*, 2003, vol. 24, n° 1, p. 17-32.

MANIN Bernard, « The emergency paradigm and the new terrorism – What if the end of terrorism was not in sight ? », BAUME Sandrine, FONTANA Biancamaria (dir.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Paris : Michel Houdiard, 2008, p. 136-171, collection Colloques.

MASTOR Wanda, « L'état d'exception aux États-Unis : le *USA PATRIOT Act* et autres violations "en règle" de la Constitution », *C.R.D.F.*, 2007, n° 6, p. 61-70.

RAPOPORT David Charles, « The four waves of modern terrorism », *Terrorism – Critical Concepts in Political Science*, 2006, en ligne : [<https://www.routledge.com/Terrorism-Critical-Concepts-in-Political-Science/Rapoport-Rapoport/p/book/9780415316507>].

SCOFFONI Guy, ANNOUSSAMY David, « Droit constitutionnel étranger, L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte (janvier-décembre 2004) : États-Unis, Inde », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005, vol. 3, n° 63, p. 639-665.

3. Rapports :

CARRÈRE Jean-Louis *et al.*, *Évolutions stratégiques des États-Unis : quelles conséquences pour la France et pour l'Europe ?*, rapport d'information du Sénat n° 708, 9 juillet 2014, 207 pages.

GARCIA Michael John, *The War Crimes Act : Current Issues*, Congressional Research Service, 22 janvier 2009, 11 pages.

LAMBERT ABDELGAWAD Élisabeth (dir.), *Juridictions militaires et tribunaux d'exception en mutation : perspectives comparées et internationales*, UMR de droit comparé, université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, CNRS, 2007, 209 pages.

RAGSDALE Bruce A., *Ex parte Merryman and Debates on Civil Liberties During the Civil War*, Federal Judicial Center/ Federal Judicial History Office, 2007, 54 pages.

4. Mémoires³¹²¹ :

YOO John, *Mémoire sur l'application des traités et des lois aux détenus d'Al-Qaïda et aux Talibans*, 9 janvier 2002, 42 pages.

GONZALES Alberto, *Mémoire sur l'application des Conventions de Genève aux prisonniers de guerre dans le cadre du conflit contre Al-Qaïda et les Talibans*, 25 janvier 2002, 4 pages.

BYBEE Jay Scott, *Mémoire sur les normes de conduite pour les interrogatoires en vertu du Code fédéral*, 1^{er} août 2002, 50 pages.

BRADBURY Steven Gill, *Mémoire à l'attention de John A Rizzo*, 30 mai 2005, 40 pages.

5. Articles de journaux :

« Il faut renouer avec le politique », propos de Dick Howard recueillis par Marc-Olivier Bherer, *Le Monde*, 4 novembre 2013.

« Scandale d'Abou Ghraib : la soldate Sabrina Harman a été condamnée à six mois de prison », *Le Monde*, 18 mai 2005.

« Torture : les mémos secrets de la C.I.A. rendus publics », *Le Monde*, 16 avril 2009.

LICHTBLAU Eric, SHANE Scott « Report Faults 2 Authors of Bush Terror Memos », *The New York Times*, 19 février 2010.

³¹²¹ Au regard des diverses procédures mises en œuvre par ces mémoires au fur et à mesure de l'évolution de la lutte américaine contre le terrorisme, il nous a ici semblé plus judicieux d'opérer un classement chronologique, plutôt qu'alphabétique.

C. Conceptions juridiques, philosophiques et politiques :

1. Ouvrages :

ACKERMAN Bruce, *Au nom du peuple : les fondements de la démocratie américaine*, traduit par Jean-Fabien Spitz, Paris : Calmann-Lévy, 1998, 434 pages, collection Liberté de l'esprit.

BOUVET Laurent, CHOPIN Thierry, *Le Fédéraliste : la démocratie apprivoisée*, Paris : Michalon, 1997, 121 pages, collection Le bien commun, dirigée par Antoine Garapon et Laurence Engel.

BROWN Bernard Edward, *L'État et la politique aux États-Unis*, Paris : P.U.F., 1994, 478 pages, collection Thémis Science politique, dirigée par Maurice Duverger.

FRANKLIN Benjamin, *Mémoires*, 2^e édition, Tome 2, Cambridge : Harvard College Library, 1918, 284 pages.

HABERMAS Jürgen, *Théorie et pratique*, Paris : Payot et rivages, 2006, 520 pages, collection Critique de la politique Payot.

HAMILTON Alexander, JAY John, MADISON James, *Le Fédéraliste*, traduction de Gaston Jèze, nouvelle édition, Paris : Economica, 1988, 788 pages, collection Études juridiques comparatives, dirigée par André Tunc.

HOWARD Dick,

– *Aux origines de la pensée politique américaine*, Paris : Buchet-Chastel, 2004, 412 pages, collection Les Essais.

– *Naissance de la pensée politique américaine*, Paris : Ramsay, 1987, 335 pages, collection Rebours, dirigée par Guillaume Malaurie.

JEFFERSON Thomas, *The Papers of Thomas Jefferson*, Tome 12, Princeton : Boyd, Julian *et al.* , Princeton University Press, 1955, 752 pages.

LACORNE Denis, *L'invention de la République américaine*, Paris : Hachette Littérature, 2008, 351 pages, collection Pluriel Histoire, fondée par Georges Liébert et dirigée par Joël Roman.

LACORNE Denis, VAÏSSE Justin (dir.), *La présidence impériale – De Franklin D. Roosevelt à George W. Bush*, Paris : Odile Jacob, 2007, 224 pages.

LASSALE Jean-Pierre, *La Démocratie américaine. Anatomie d'un marché politique*, Paris : Armand Collin, 1991, 374 pages, collection U. Sciences politiques.

LEFEBVRE Maxime, *Le jeu du droit et de la puissance : précis de relations internationales*, 3^e édition enrichie et actualisée, Paris : P.U.F., 2007, 632 pages, collection Major.

MARIENSTRAS Élise, *Les mythes fondateurs de la nation américaine : essai sur le discours idéologique des États-Unis à l'époque de l'indépendance*, Paris : Complexe, 1992, 373 pages, collection Historiques, n° 78.

MORRIS Richard Brandon, « *Nous, Peuple des États-Unis* » : *Hamilton, Madison, Jay et la Constitution*, traduction de Nina Godneff, Paris : Economica, 1987, 313 pages.

PAINE Thomas,

– *Droits de l'Homme*, traduit par François Soulès, Paris : F. Buisson, 1791, 227 pages.

– *Le sens commun*, traduction de F. Lathenas, édition électronique de 2009, à partir de l'édition R. Vatar, à Rennes, de 1793, 63 pages, collection Les classiques des sciences sociales, dirigée par Jean-Marie Tremblay.

– *Rights of Man*, London : Penguin Books, 1985, 281 pages, collection Penguin Classics.

SUMNER William Graham, *Alexander Hamilton*, New York : Dodd, Mead and Company, 1890, 281 pages, collection Makers of America.

TOINET Marie France, *La présidence américaine*, Paris : Montchrestien, 1991, 160 pages, collection Clefs / Politique.

TOINET Marie-France (dir.), *L'État en Amérique*, Paris : Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1989, 341 pages.

TURNER Frederick Jackson, *La frontière dans l'histoire des États-Unis*, 1^{ère} édition française, Paris : P.U.F., 1963, 328 pages.

2. Articles :

FOUCRIER Annick, « L'invention de la République américaine, le modèle américain », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1993, vol. 48, n° 2, p. 314-316.

JUILLARD Patrick, « Vers un new-deal en matière constitutionnelle aux États-Unis », *Pouvoirs*, 1979, n° 9, p. 183-188.

LETONTURIER Éric, « De la démocratie en Amérique, livre d'Alexis de Tocqueville », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.unr-run.fr/encyclopedie/de-la-democratie-en-amerique/>].

MORGAN Edmund Sears, « Colonial Ideas of Parliamentary Power 1764-1766 », *The William and Mary Quarterly*, juillet 1948, vol. 5, n° 3, p. 311-341.

RAYNAUD Philippe, « La démocratie saisie par le droit », *Le débat*, mai 1995, n° 87, p. 80-98.

SAADANI Khalil, « La Frontière et la conception de l'histoire des États-Unis », p. 45-55 (référence manquante).

VEDEL Georges, « L'invention de la République, le modèle américain », *Revue française de science politique*, 1992, vol. 42, n° 1, p. 128-130.

D. Textes officiels :

Code fédéral.

Loi sur les pouvoirs de guerre, 7 novembre 1973.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 21 octobre 1994.

Loi sur les crimes de guerre, 24 juillet 1996.

Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks, n° 7463, 14 septembre 2001.

Résolution conjointe du Congrès, 14 septembre 2001.

USA PATRIOT Act, 26 octobre 2001.

Military Order – Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 13 novembre 2001.

PATRIOT Act improvement and Reauthorization Act, 9 mars 2006.

Military Commissions Act, 17 octobre 2006.

Décret sur l'interprétation de l'article 3 commun des Conventions de Genève et son applicabilité au programme de détention et d'interrogatoire opéré par la C.I.A., n° 13440, 20 juillet 2007.

Décret portant sur l'examen et les dispositions à appliquer aux détenus de Guantanamo, et sur la fermeture du lieu de détention, n° 13492, 22 janvier 2009.

Décret portant sur la conformité légale des interrogatoires, n° 13491, 22 janvier 2009.

E. Jurisprudence :

C.S. (Cour suprême), 24 février 1803, n° 5 U.S. 137, *Marbury v. Madison*.

Circuit court for the district of Maryland (cour d'appel), 1^{er} juin 1861 (opinion du Chief Justice Taney), 17 Federal Cases 144, *Ex parte Merryman*.

C.S., 1866, 71 U.S. 2, *Ex parte Milligan*.

C.S., 29 juin 2006, 548 U.S., *Hamdan v. Rumsfeld*.

Eastern district of Michigan southern division, 17 août 2006 (opinion du juge Anna Diggs Taylor), 06 CV 10204, *ACLU v. NSA*.

F. Discours et déclarations :

BUSH George W.,

– Discours présidentiel depuis la Maison Blanche, 11 septembre 2001.

– Discours présidentiel devant les deux Chambres réunies en Congrès, 20 septembre 2001.

OBAMA Barack, Déclaration présidentielle sur la déclassification des mémorandums, 16 avril 2009.

V- France :

A. Situation exceptionnelle, période révolutionnaire et histoire constitutionnelle :

1. Ouvrages :

AMSLER Frédéric, SCHOLL Sarah (dir.), *L'apprentissage du pluralisme religieux : Le cas genevois au XIX^e siècle*, Genève : Labor et Fides, 2013, 283 pages, collection Histoire et société, n° 58.

Archives parlementaires, *Cahiers des états généraux*, Tome 1, Paris : Librairie administrative de Paul Dupont, 1868, 795 pages.

BADINTER Élisabeth, *Les « Remontrances » de Malesherbes : 1771-1775*, Paris : Flammarion, 2008, 285 pages, collection Texto.

BOURDON Jean, *La Constitution de l'An VIII*, Rodez : Carrère, 1942, 125 pages.

BOUTIER Jean, *Campagnes en émois : révoltes et Révolution en Bas-Limousin, 1789-1800*, Treignac : Les Monédières, 1989, 353 pages.

DARNTON Robert, *Édition et sédition, L'univers de la littérature clandestine au XVIII^e siècle*, Paris : Gallimard, 1991, 288 pages, collection NRF Essais.

FLAMMERMONT Jules, *La réforme judiciaire du Chancelier Maupeou*, Paris : Alphonse Picard, 1880, 51 pages.

FURET François, *La Révolution française*, Paris : Gallimard, 2007, 1055 pages, collection Quarto.

FURET François, OZOUF Mona, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Tome 4, Paris : Flammarion, 2017, 544 pages, collection Champs histoire.

RÆDERER Pierre-Louis, *L'esprit de la Révolution de 1789*, Paris : Imprimerie de Lachevardière, 1831, 233 pages.

SIEYÈS Emmanuel Joseph,

– *Essais sur les privilèges et autres textes*, Paris : Dalloz, 2007, 150 pages, collection Bibliothèque Dalloz.

– *Qu'est-ce que le Tiers état*, Paris : Boucher, 2002, 85 pages.

TROPER Michel, *Terminer la Révolution, La Constitution de 1795*, Paris : Fayard, 2006, 792 pages, collection Histoire des constitutions de la France.

WAHNICH Sophie, *La Révolution française – Un événement de la raison sensible*, Paris : Hachette, 2012, 304 pages.

2. Articles :

BERTOZZO Matthieu,

– « Le décret d’Allarde des 2 et 17 mars 1791 ou la matérialisation des idées libérales de la Révolution française », *Revue générale du droit*, 2015, en ligne : [<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/03/09/le-decret-dallarde-des-2-et-17-mars-1791-ou-la-materialisation-des-idees-liberales-de-la-revolution-francaise/>].

– « Ventôse An II, quand “République” rimait avec “sanglant” », *Revue générale du droit*, 2015, en ligne : [<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/02/27/ventose-an-ii-quand-republique-rimait-avec-sanglant/>].

BIDOUZE Frédéric, « Pour une autre histoire des parlements au XVIII^e siècle : discours et représentations, une culture française du politique », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2011/1, n° 15, p. 118-136.

COUTHON Georges, « Loi de Prairial », *Le Mercure universel*, 1794, Tome 40, p. 360-364.

DE DIESBACH Ghislain, « Loi des suspects (1793) », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/loi-des-suspects/>].

DÉRENS Jean, « La Terreur », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/la-terreur/>].

Dictionnaire encyclopédique Larousse,

– « Ancien Régime », *Encyclopédie Larousse*, en ligne : [http://www.larousse.fr/encyclopedia/divers/Ancien_R%C3%A9gime/105343].

– « Révolte du papier timbré », *Encyclopédie Larousse*, en ligne : [http://www.larousse.fr/encyclopedia/divers/r%C3%A9volte_du_papier_timbr%C3%A9/180595].

DURAND Yves, « États généraux, France », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/etats-generaux-france/>].

FIGEAC Michel, « Les magistrats en révolte en 1789 ou la fin du rêve politique de la monarchie des juges », *Histoire, économie et société*, 2006, vol. 25, n° 3, p. 385-400.

LE CHAPELIER Isaac, « Discours du 29 septembre 1791 », *Les cahiers du C.E.V.I.P.O.F. (Centre de recherches politiques de Science Po)*, avril 2005, n° 39, p. 23-27.

LEVINGER Matthew, « La rhétorique protestataire du Parlement de Rouen (1753-1763) », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1990, n° 3, p. 589-613.

MARTIN Jean-Clément, « Guerres de Vendée », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/guerres-de-vendee/>].

MARTIN Jean-Clément, THIVOLET Marc, « Révolution française », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/revolution-francaise/>].

MENICHETTI Johan, « L'écriture de la Constitution de l'An VIII : quelques réflexions sur l'échec d'un mécanisme révolutionnaire », *Napoleonica. La Revue*, 2013, n° 18, p. 68-83.

NITSCH Nicolas, « Constitution française de 1791 », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/constitution-francaise-de-1791/>].

SPITZ Jean-Fabien, « Rousseau et la tradition révolutionnaire française : une énigme pour les républicains », *Les études philosophiques*, 2007, n° 83, p. 445-461.

TEYSSIER Éric, « La vente des biens nationaux et la question agraire, aspects législatifs et politiques, 1789-1795 », *Rives nord-méditerranéennes*, 2000, n° 5, p. 45-62.

THIESSE Anne-Marie, « La France : unité et diversité », *Hommes & Libertés*, 2010, n° 152, p. 40-41.

TULARD Jean,

– « Contre-révolution », *Encyclopædia Universalis*, en ligne :
[<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/contre-revolution/>].

– « Nuit du 4 août 1789 », *Encyclopædia Universalis*, en ligne :
[<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/nuit-du-quatre-aout-1789/>].

VENAYRE Sylvain, « France (Histoire et institutions) - Le temps des révolutions », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/france-histoire-et-institutions-le-temps-des-revolutions/>].

B. Situation exceptionnelle, période contemporaine et droit constitutionnel :

1. Ouvrages :

NIZARD Lucien, *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative*, Paris : L.G.D.J., 1962, 295 pages.

PARDINI Jean-Jacques, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie en France*, Paris : PUAM–Economica, 2001, 442 pages, collection Droit public positif.

2. Articles :

BEAUD Olivier, « État », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/etat/>].

BEAUD Olivier, GUÉRIN-BARGUES Cécile, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, janvier 2016, n° 15, 179 pages.

BIGAUT Christian, « Les suspensions de la Constitution : les régimes dérogatoires aux dispositions constitutionnelles – les suspensions provisoires de la Constitution », *La revue administrative*, 2002, 55^e année, n° 325, p. 47-54.

BOTTINI Fabien, « La promulgation des lois parlementaires », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, n° 76, p. 761-784.

CASSIA Paul,

– « Efficacité de l'état d'urgence : les "fake news" du ministre de l'Intérieur », *Le blog de Paul Cassia*, 12 juillet 2017, en ligne : [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/120717/efficacite-de-l-etat-d-urgence-les-fake-news-du-ministre-de-l-interieur>].

– « Emmanuel Macron et l'état d'urgence : stop ou encore ? », *Le blog de Paul Cassia*, 8 mai 2017, en ligne : [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/080517/emmanuel-macron-et-l-etat-d-urgence-stop-ou-encore>].

– « État d'urgence : vers un acte 6 », *Le blog de Paul Cassia*, 1^{er} juin 2017, en ligne : [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/010617/etat-d-urgence-vers-un-acte-6>].

– « Quand la déchéance de nationalité "pour tous" est présentée comme une garantie du principe constitutionnel d'égalité... », *Le blog de Paul Cassia*, 8 février 2016, en ligne : [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/080216/quand-la-decheance-de-nationalite-pour-tous-est-presentee-comme-une-garantie-du-principe-constituti>].

– « Vers une 7^e prorogation de l'état d'urgence ? », *Le blog de Paul Cassia*, 20 juillet 2017, en ligne : [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/200717/vers-une-7eme-prorogation-de-l-etat-d-urgence>].

DELMAS-MARTY Mireille, « Liberté et sûreté dans un monde dangereux », *Cours au Collège de France : Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, 2008, p. 603-627.

DRAGO Roland, « L'état d'urgence et les libertés publiques », *R.D.P.*, 1955, p. 670-695.

FONTAINE Lauréline, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? », *C.R.D.F.*, 2007, n° 6, p. 39-60.

GICQUEL Jean, « La reparlementarisation : une perspective d'évolution », *Pouvoirs*, 2008, n° 126, p. 47-60.

HAQUET Arnaud, « L'état d'urgence et le droit constitutionnel », *Les attentats de Paris : analyses croisées*, Colloque organisé par l'université de Rouen (CUREJ), le 19 janvier 2016, en ligne : [https://webtv.univ-rouen.fr/videos/07-reagir-sylvia-calmes-brunet-arnaud-haquet-jean-philippe-derosier_/].

HOURDEAUX Jérôme, « État d'urgence : péril sur la démocratie », *Le blog de Club Droits, Justice et Sécurités*, 16 décembre 2016, en ligne : [<https://www.mediapart.fr/journal/france/161216/etat-d-urgence-peril-sur-lademocratie>].

LEBRETON Gilles, « Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence », *C.R.D.F.*, 2007, n° 6, p. 81-92.

LECLERCQ Pierre Robert, « Putsch des Généraux (1961) », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/putsch-des-generaux/>].

MANIN Bernard, « Le paradigme de l'exception », *La vie des idées*, 15 décembre 2015, en ligne : [<http://www.laviedesidees.fr/Guerre-terrorisme-et-droit-d-exception.html>].

ROUDIER Karine,

– « Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 37, p. 147-154.

– « Le droit constitutionnel et la légalité de l'infraction de terrorisme », CAVINO M., LOSANO M-G., TRIPODINA C., *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Turin : Giappichelli Editore, 2009, p. 117-138.

ROUSSEAU Dominique,

– « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Revue Projet*, 2006, n° 291, p. 19-26.

– « Une résurrection : la notion de constitution », *R.D.P.*, 1990 (référence manquante).

THÉNAULT Sylvie, « L'état d'urgence (1955-2005), De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi », *Le Mouvement Social*, 2007, n° 218, p. 63-78.

3. Colloque :

BONINCHI Marc (dir.), *Pouvoir et société en temps de crise*, Lyon : Perspectives Juridiques, 2003, 371 pages, collection Colloques.

La V^e République en débat, Colloque organisé par Sciences Po, la Documentation française et la revue Pouvoirs, le 27 septembre 2008, pour le cinquantième anniversaire de la Constitution de 1958, en ligne : [<http://www.laviedesidees.fr/La-Ve-republique-en-debat.html>].

4. Thèse :

CHOPPLET Antoine, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, Thèse pour le doctorat de droit public, université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, 635 pages.

5. Rapports, avis, comptes rendus et commentaires :

Avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, Conseil d'État, 11 décembre 2015, 6 pages.

Avis sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et modifiant son article 6, Conseil d'État, 8 décembre 2016, 3 pages.

Avis sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, 6 juillet 2017, 12 pages.

BARTOLONE Claude, WINOCK Michel (co-présidents), *Refaire la démocratie*, Groupe de travail sur l'avenir des institutions, rapport n° 3100, 2 octobre 2015, 960 pages.

BAS Philippe,

– *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, de protection de la Nation*, commission des lois du Sénat, rapport n° 447, 9 mars 2016, 268 pages.

– *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*, commission des lois du Sénat, rapport n° 177, 19 novembre 2015, 91 pages.

Documents de l'Assemblée nationale, commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Examen du projet de loi*

constitutionnelle de protection de la Nation (n° 3381), compte rendu n° 43, 27 janvier 2016, 41 pages.

Documents du Conseil constitutionnel,

– Commentaire, Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016 : *Ligue des droits de l'homme* [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence], 24 pages.

– Commentaire, Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016 : *M. Raïme A.* [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III], 12 pages.

FENECH Georges, PIETRASANTA Sébastien, *Rapport au nom de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015* (Tome 1), commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme, rapport n° 3922, 5 juillet 2016, 434 pages.

Journal officiel de la République française,

– Assemblée nationale, compte rendu intégral, séance du 8 février 2016, n° 15, p. 1063-1100.

– Sénat, compte rendu intégral, séance du 20 novembre 2015, n° 130, p. 11130-11205.

Livre blanc du gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme, *La France face au terrorisme*, La documentation française, 2006, 141 pages.

MERCIER Michel,

– *Rapport relatif à la composition de la cour d'assises de l'article 698-6 du Code de procédure pénale*, commission des lois du Sénat, rapport n° 252, 21 décembre 2016, 31 pages.

– *Rapport sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence* (procédure accélérée), commission des lois du Sénat, rapport n° 368, 3 février 2016, 146 pages.

RAIMBOURG Dominique, POISSON Jean-Frédéric,

– *Rapport d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence*, commission des lois de l'Assemblée nationale, rapport n° 4281, 6 décembre 2016, 244 pages.

– *Rapport sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence* (auditions), commission des lois de l'Assemblée nationale, rapport n° 3784, 25 mai 2016, 201 pages.

Sécurité juridique et complexité du droit, Conseil d'État, rapport public, La documentation française, 2006, 412 pages.

TOUBON Jacques, *Avis du Défenseur des droits*, n° 16-03, 25 janvier 2016, 12 pages.

URVOAS Jean-Jacques, *Projet de loi (n° 3225), après engagement de la procédure accélérée, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*, commission des lois de l'Assemblée nationale, rapport n° 3237, 19 novembre 2015, 99 pages.

6. Articles de journaux :

« Refuser un état d'exception permanent », *Le Monde*, 22 déc. 2015.

DEROSIER Jean-Philippe, « Un régime d'exception qui renforce l'État de droit et la démocratie », *Le Monde*, 2 février 2016.

DUVERGER Maurice, « Ce que prévoit la Constitution », *Le Monde*, 18 octobre 1984.

JACQUIN Jean-Baptiste,

– « Antiterrorisme : le gouvernement veut mettre l'état d'urgence dans le droit commun », *Le Monde*, 8 juin 2017.

– « Ce que des juristes reprochent au projet de loi de sortie de l'état d'urgence », *Le Monde*, 18 juillet 2017.

SIZAIRE Vincent, « Quand parler de terrorisme ? », *Le Monde diplomatique*, août 2016, p. 8-9.

THÉRON Julien, « Funeste rivalité entre Al-Qaïda et l'Organisation de l'État islamique », *Le Monde diplomatique*, février 2015, p. 18-19.

THOMASSET Flore, « Attentats, le difficile équilibre entre sécurité et liberté », *La Croix*, 19 juillet 2016.

C. Conceptions juridiques, philosophiques et politiques :

1. Ouvrages :

BODIN Jean, *Les six livres de la République*, édition électronique, Paris : Librairie générale française, 1993, 340 pages, collection Classiques de la philosophie, n° 4619.

BORGETTO Michel, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris : L.G.D.J., 1993, 690 pages, collection Thèses – Bibliothèque de droit public.

DE ROND D'ALEMBERT Jean, *Œuvres complètes*, Tome 1, Paris : A. Belin, 1821, 576 pages.

HAURIOU Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Tome 1, Paris : Recueil Sirey, 1929, 743 pages.

MACHELON Jean-Pierre, *La République contre les libertés ? Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, Paris : Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1976, 461 pages, collection Académique.

MONTESQUIEU Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède,

– *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, Paris : Folio, 2008, 416 pages, collection Folio Classiques.

– *De l'esprit des lois*, Paris : Gallimard, 1995, 560 pages.

ROUSSEAU Jean-Jacques,

– *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, édition électronique complétée – université du Québec à Chicoutimi, 2002, 87 pages.

– *Du contrat social*, Paris : Flammarion, 2001, 256 pages.

– *Émile ou de l'éducation*, Livres I, II et III, édition électronique complétée – université du Québec à Chicoutimi, 2002, 162 pages.

– *Émile ou de l'éducation*, Livres IV, édition électronique complétée – université du Québec à Chicoutimi, 2002, 129 pages.

STIRN Bernard, FAIRGRIEVE Duncan, GUYOMAR Mattias, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Paris : Odile Jacob, 2006, 304 pages.

THIESSE Anne-Marie, *Ils apprenaient la France. L'exaltation des régions dans le discours patriotique*, Paris : Maison des Sciences de l'Homme, 1997, 130 pages, collection Ethnologie de la France.

2. Articles :

BURDEAU Georges, « Légalité », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/legalite/>].

CHANTEUR Janine, « La loi naturelle et la souveraineté chez Jean Bodin », *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*, 1991, n° 147, p. 283-294.

GABORIAUX Chloé, « Fonder la République sur les “nouvelles couches sociales” (Gambetta) : description du monde social et préférences institutionnelles dans la France des années 1870 », *Histoire@Politique*, 2015, n° 25, p. 12-23.

POUTHIER Tristan, « Le droit naturel des "Eclectiques" et la doctrine des libertés sous la Monarchie de Juillet », *Jus Politicum*, 2010, n° 5, en ligne : [<http://juspoliticum.com/article/Le-droit-naturel-des-Eclectiques-et-la-doctrine-des-libertes-sous-la-Monarchie-de-Juillet-287.html>].

PRÉLOT Pierre-Henry, « Le suffrage universel dans la république – Les débats parlementaires 1871-1875 », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2013, n° 38, p. 305-328.

TERRÉ François, « Sur le phénomène de violence », *Archives de philosophie du droit*, 1999, n° 43, p. 243-252.

TIMBAL Pierre-Clément, « Nation – L'idée de nation », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedia/nation-l-idee-de-nation/>].

VERPEAUX Michel, « L'unité et la diversité dans la République », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n° 42, en ligne : [<http://www.conseil->

constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-42/l-unite-et-la-diversite-dans-la-republique.139977.html].

D. Textes officiels :

1. Constitutions et textes à valeur constitutionnelle :

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 26 août 1789.

Constitution, 3 septembre 1791.

Constitution de l'An I, 24 juin 1793.

Constitution du 5 Fructidor An III, 22 août 1795.

Constitution du 22 frimaire An VIII, 13 décembre 1799.

Charte constitutionnelle, 4 juin 1814.

Charte constitutionnelle, 14 août 1830.

Constitution de la Seconde République, 4 novembre 1848.

Constitution de la V^e République, 4 octobre 1958.

2. Codes :

Code paysan, 2 juillet 1675.

Code de la défense.

Code pénal.

Code de la sécurité intérieure.

Code de procédure pénale.

Code civil.

Code de justice administrative.

3. Lois :

Loi prescrivant l'enfermement des suspects, avec arrestation de jour comme de nuit,
12 août 1793.

Loi interprétative de la Loi des 27 février et 14 août 1793, concernant les Indemnités à accorder aux Citoyens qui auront éprouvé des pertes par l'invasion de l'Ennemi, 26 novembre 1793.

Loi concernant le Tribunal révolutionnaire, 10 juin 1794.

Loi sur l'état de siège, 9 août 1849.

Loi relative à l'état de siège, 3 avril 1878.

Loi sur la liberté de la presse, 29 juillet 1881.

Loi relative à la création des syndicats professionnels, 21 mars 1884.

Loi portant révision partielle des lois constitutionnelles, 14 août 1884.

Loi relative au contrat d'association, 1^{er} juillet 1901.

Loi relative à l'état d'urgence, 3 avril 1955.

Loi relative à la prolongation de l'état d'urgence en Algérie, 7 août 1955.

Loi déclarant l'état d'urgence sur le territoire métropolitain pour trois mois, 17 mai 1958.

Loi constitutionnelle portant révision de l'article 61 de la constitution, 29 octobre 1974.

Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, 25 janvier 1985.

Loi relative à la lutte contre le terrorisme, 9 septembre 1986.

Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, 22 juillet 1996.

Loi relative au référé devant les juridictions administratives, 30 juin 2000.

Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, 9 mars 2004.

Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 21 juin 2004.

Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, 18 novembre 2005.

Loi modifiant diverses dispositions relatives à la défense, 12 décembre 2005.

Loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République, 23 juillet 2008.

Loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, 21 décembre 2012.

Loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 13 novembre 2014.

Loi relative au renseignement, 24 juillet 2015.

Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, 20 novembre 2015.

Projet de loi constitutionnelle de protection de la nation, 23 décembre 2015.

Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, 10 février 2016 (adoption par l'Assemblée nationale).

Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 19 février 2016.

Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 20 mai 2016.

Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, 21 juillet 2016.

Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 19 décembre 2016.

Loi relative à la sécurité publique, 28 février 2017.

Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 11 juillet 2017.

Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, 18 juillet 2017 (adoption par le Sénat en première lecture).

Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, 3 octobre 2017 (adoption par l'Assemblée nationale en première lecture).

4. Ordonnances et décrets :

Décret relatif à l'abolition des privilèges, 5-11 août 1789.

Décret des biens du clergé mis à la disposition de la Nation, 2 novembre 1789.

Décret concernant les biens et usages et la police rurale, 28 septembre-6 octobre 1791.

Décret abolissant la royauté, 21 septembre 1792.

Décret concernant la punition de ceux qui sont ou seront prévenus d'avoir pris part à des Révoltes ou Émeutes contre-révolutionnaires qui ont eu ou auraient lieu à l'époque du Recrutement, 19 mars 1793.

Décret relatif aux mesures à prendre contre les Rebelles de la Vendée, 1^{er} août 1793.

Décret qui ordonne l'arrestation des gens suspects, 17 septembre 1793.

Décret qui met vingt millions à la disposition du ministre de l'Intérieur, pour être répartis aux citoyens qui ont éprouvé des pertes par l'invasion de l'ennemi et aux patriotes réfugiés, 4 mars 1794.

Décret n° 55-1147 relatif à l'extension à tout le territoire algérien de l'état d'urgence, 28 août 1955.

Ordonnance n° 58-1270 portant loi organique relative au statut de la magistrature, 22 décembre 1958.

Ordonnance n° 2004-1374 relative à la partie législative du Code de la défense, 20 décembre 2004.

Décret n° 2006-2 mettant fin à l'application de la loi n° 2005-1425 du 18 novembre 2005, 3 janvier 2006.

Décret n° 2015-1475 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, 14 novembre 2015.

5. Autres textes :

Doléances du Bailliage d'Évreux, mars 1789.

Décision portant application de l'article 16, 23 avril 1961.

E. Jurisprudence :

1. Décisions du Conseil constitutionnel :

C.C., 6 novembre 1962, n° 62-20, *Loi relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962.*

C.C., 16 juillet 1971, n° 71-44, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.*

C.C., 12 janvier 1977, n° 76-75, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales.*

C.C., 28 mai 1983, n° 83-156, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse.*

C.C., 25 janvier 1985, n° 85-187, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances.*

C.C., 16 janvier 1986, n° 85-200, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité.*

C.C., 5 août 1993, n° 93-323, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité.*

C.C., 16 juillet 1996, n° 96-377, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.*

C.C., 13 mars 2003, n° 2003-467, *Loi pour la sécurité intérieure.*

C.C. 13 janvier 2005, n° 2004-509, *Loi de programmation pour la cohésion sociale.*

C.C., 23 juillet 2015, n° 2015-713, *Loi relative au renseignement.*

C.C., 22 décembre 2015, n° 2015-527, QPC, *M. Cédric D.* [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence].

C.C., 19 février 2016, n° 2016-536, QPC, *Ligue des droits de l'homme* [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence].

C.C., 23 septembre 2016, n° 2016-567/568, QPC, *M. Georges F. et autre* [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II].

C.C., 2 décembre 2016, n° 2016-600, QPC, *M. Raïme A.* [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III].

2. Arrêts, ordonnances et conclusions :

C.É. Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres.*

C.É., ord. de référé liberté n° 287777, 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres.*

C.É. Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert.*

Conclusions de Marie-Hélène Mitjavile, C.É. Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert.*

C.É., ord. de référé liberté n° 396220, 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres.*

F. Discours et déclarations :

HOLLANDE François,

– Déclaration à l'issue du Conseil de défense, 14 novembre 2015.

– Discours devant le Parlement réuni en Congrès, 16 novembre 2015.

– Déclaration à la suite de l'attentat perpétré à Saint-Étienne-du-Rouvray, 26 juillet 2016.

Déclaration de la Représentation Permanente de la France au secrétaire général du Conseil de l'Europe, 24 novembre 2015.

MARIN Jean-Claude, Discours lors de l'audience solennelle de rentrée 2016 de la Cour de cassation, 14 janvier 2016.

Bibliographie transversale

I- Sur la notion de situation exceptionnelle :

A. Ouvrages :

AGAMBEN Giorgio,

– *Homo Sacer I – Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris : Seuil, 1997 (pour la traduction française), 213 pages, collection L'ordre philosophique, dirigée par Alain Badiou et Barbara Cassin.

– *Homo Sacer II, 1 – État d'exception*, Paris : Seuil, 2003 (pour la traduction française), 151 pages, collection L'ordre philosophique, dirigée par Alain Badiou et Barbara Cassin.

ARENDT Hannah, *Essai sur la révolution*, Paris : Gallimard, 1967 (pour la traduction française), 475 pages, collection Tel.

BERMAN Harold J., *Droit et Révolution*, traduction française par Raoul Audouin, Aix-en-Provence : Librairie de l'université d'Aix-en-Provence, 2002, 684 pages.

BONNET Stéphane, *Droit et raison d'État*, Paris : Classiques Garnier, 2012, 397 pages, collection Les anciens et les modernes – Études de philosophie, dirigée par Chantal Jaquet et Pierre-Marie Morel, n° 10.

GARAPON Antoine, ROSENFELD Michel, *Démocraties sous stress – Les défis du terrorisme global*, Paris : P.U.F., 2016, 217 pages.

GIUDICELLI Anne, *Le risque anti-terroriste*, Paris : Seuil, 2007, 134 pages, collection Non conforme.

RAFLIK Jenny, *Terrorisme et mondialisation. Approches historiques*, Paris : Gallimard, 2016, 416 pages, collection Bibliothèque des Sciences Humaines.

SAINT-BONNET François, *L'état d'exception*, Paris : P.U.F., 2001, 393 pages, collection Léviathan, dirigée par Stéphane Rials.

B. Articles :

CARPENTIER Mathieu, « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2011, n° 20, p. 75-93.

RENOUX Thierry Serge, « Juger le terrorisme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 14, en ligne : [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-14/juger-le-terrorisme-sup1-sup.52024.html>].

SAINT-BONNET François,

– « Droit et Évidente nécessité : l'autonomie de l'état d'exception », *Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 2000, n° 30, p. 29-43.

– « État d'exception, droit et politique », *L'exception dans tous ses états*, Marseille : Parenthèses, 2007, collection Savoirs à l'œuvre, dirigée par Spyros Théodorou, p. 149-161.

– « Exception, nécessité, urgence », ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007 (2^e tirage), p. 673-678.

– « L'idéologie djihadiste et la modernité », *La vie des Idées*, 10 mars 2015, p. 1-9, en ligne : [<http://www.laviedesidees.fr/L-ideologie-djihadiste-et-la-modernite.html>].

C. Colloques :

FATIN-ROUGE STÉFANINI Marthe, VIDAL-NAQUET Ariane (dir.), *La norme et ses exceptions – Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles : Bruylant, 2014, 299 pages, collection À la croisée des droits, n° 9.

LAZZERI Christian et REYNIE Dominique (dir.), *Le pouvoir de la raison d'État*, Paris : P.U.F., 1992, 264 pages, collection Recherches politiques, dirigée par Xavier Browaeys, Olivier Duhamel, Jean-Luc Parodi et al. .

ZARKA Yves Charles (dir.), *Raison et déraison d'État. Théoriciens et théories de la raison d'État aux XVI^e et XVII^e siècles*, Paris : P.U.F., 1994, 436 pages, collection Fondements de la politique, dirigée par Yves Charles Zarka.

D. Rapport :

Rapport 12 YB, Commission européenne des droits de l'Homme, 5 novembre 1969, en ligne : [<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?c=fr&p=home>].

II- Sur les notions d'État et de souveraineté :

A. Ouvrages :

BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris : P.U.F., 1994, 512 pages, collection Léviathan, dirigée par Stéphane Rials.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, *Le droit, L'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Paris : L.G.D.J., 2000, 318 pages, collection La pensée juridique.

CASSIRER Ernst, *Le mythe de l'État*, Paris : Gallimard, 1993 (pour la traduction française), 402 pages, collection Bibliothèque de philosophie, fondée et dirigée par Jean-Paul Sartre et Maurice Merleau Ponty.

HAQUET Arnaud, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Paris : P.U.F., 2004, 333 pages, collection Les grandes thèses du droit français, dirigée par Christian Philip.

MENDEL Gérard, *Une histoire de l'autorité – Permanences et variations*, Paris : La Découverte et Syros, 2002, 283 pages.

MOREAU DE BELLAING Louis, *La légitimation du pouvoir – L'un sans l'autre*, Paris : l'Harmattan, 2005, 252 pages.

PASSERIN D'ENTRÈVES Alexandre, *The notion of the state*, Oxford : Oxford University Press/ Clarendon Press, 1969, 233 pages.

REVAULT D'ALLONNES Myriam, *Le pouvoir des commencements – Essai sur l'autorité*, Paris : Seuil, 2006, 266 pages, collection La couleur des idées.

WEBER Max, *Le savant et le politique – Une nouvelle traduction*, Paris : La Découverte, 2003, 210 pages, collection La Découverte Poche / Sciences humaines et sociales, n°158.

B. Colloques :

BOTTINI Fabien (dir.), *L'État interventionniste – Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, Paris : L'Harmattan, 2012, 194 pages.

FOYER Jean, LEBRETON Gilles, PUIGELIER Catherine (dir.), *L'autorité*, Paris : P.U.F., 2008, 328 pages, collection Cahiers des sciences morales et politiques.

C. Rapport :

DELEBARRE Michel, *Projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral*, commission spéciale sur la délimitation des régions, rapport n° 658, 26 juin 2014, 180 pages.

III- Conceptions juridiques, philosophiques et politiques :

A. Ouvrages :

ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, 3^e édition mise à jour, Paris : P.U.F., 2012, 398 pages, collection Thémis.

AUDIER Serge, *Les théories de la république*, nouvelle édition, Paris : La Découverte, 2015, 125 pages, collection Repère – Science politique, n° 399.

BATIFFOL Henry, *La philosophie du droit*, 8^e édition revue et corrigée, Paris : P.U.F., 1989, 127 pages, collection Que sais-je ?

BOBBIO Norberto,

– *De la structure à la fonction*, Paris : Dalloz, 2012, 186 pages, collection Rivages du droit, dirigée par Pascale Gonod.

– *Essais de théorie du droit*, Paris : L.G.D.J., 1998, 287 pages, collection La pensée juridique, dirigée par Jacques Lenoble et Michel Troper.

BOUTMY Émile, *Études de droit constitutionnel, France – Angleterre – États-Unis*, Paris : E. Plon, Nourrit et Cie, 1885, 272 pages.

BURLAMAQUI Jean-Jacques, *Principes du droit naturel*, suivi de *Droit naturel et humanité chez Burlamaqui*, par Jean-Paul Coujou, nouvelle édition revue et corrigée, Paris : Dalloz, 2007, 491 pages, collection Bibliothèque Dalloz.

COHEN-TANUGI Laurent, *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, 3^e édition, Paris : P.U.F., 2016, 288 pages, collection Quadrige.

DE PUFENDORF Samuel, *Le droit de la nature et des gens*, Tome 1, Caen : Presses universitaires de Caen, 1987, 613 pages, collection Bibliothèque de philosophie politique et juridique – Textes et documents.

GROTIUS Hugues,

– *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome 1, Caen : Presses universitaires de Caen, 1984, 518 pages, collection Bibliothèque de philosophie politique et juridique.

– *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome 2, Caen : Presses universitaires de Caen, 1984, 482 pages, collection Bibliothèque de philosophie politique et juridique.

GURVITCH Georges, *Éléments de sociologie juridique*, réédition, Paris : Dalloz, 2012, 267 pages.

HALPÉRIN Jean-Louis, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, nouvelle édition, Paris : Flammarion, 2006, 382 pages.

HAURIOU Maurice, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen : centre de philosophie politique et juridique, 1986, 191 pages, collection Bibliothèque de philosophie politique et juridique - Textes et Documents.

HAZARD Paul, *La crise de la conscience européenne, 1680-1715*, Paris : Le livre de poche, 1994, 444 pages, collection Références.

HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *La Constitution de l'Allemagne*, Paris : Champ Libre, 1974, 221 pages.

KELSEN Hans,

– *Théorie générale des normes*, Paris : P.U.F., 1996, 604 pages, collection Léviathan, dirigée par Stéphane Rials.

– *Théorie générale du droit et de l'État*, suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris : L.G.D.J. / Bruxelles : Bruylant, 1997, 517 pages, collection La pensée juridique.

– *Théorie pure du droit*, Paris : L.G.D.J., 1999, 367 pages, collection La pensée juridique.

LAURENT Pierre, *Pufendorf et la loi naturelle*, Paris : J. Vrin, 1982, 262 pages, collection Bibliothèque d'histoire de la philosophie.

TOCQUEVILLE Alexis De,

– *Œuvres complètes – De la démocratie en Amérique*, nouvelle édition, Tome 1, Vol. 1, Paris : Gallimard, 1992, 520 pages.

– *Œuvres complètes – Mélanges*, Tome 16, Paris : Gallimard, 1989, 712 pages.

VILLEY Michel,

– *Le droit et les droits de l'homme*, 2^e édition, Paris, P.U.F., 1990, 169 pages, collection Questions, dirigée par Blandine Barret-Kriegel.

– *Philosophie du droit*, réédition présentée par François Terré, Paris : Dalloz, 2001, 339 pages, collection Bibliothèque Dalloz.

B. Articles :

AMSELEK Paul, « L'héritage jusnaturaliste du positivisme juridique », *Filosofia del Derecho y Problemas de Filosofia Social*, 1981, vol. 10, p. 55-67.

BOTTINI Fabien, C'est grave docteur ? À propos du caractère "schizophrénique" de la notion de dignité humaine, *Pensar*, 2013, vol. 18, p. 98-121.

KELSEN Hans, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *Revue du Droit public et de la science politique*, 1926, n° 4, p. 561-646.

C. Colloques :

COMMAILLE Jacques, DUMOULIN Laurence, ROBERT Cécile (dir.), *La juridicisation du politique – Leçons scientifiques*, Paris : L.G.D.J. – E.J.A., 2000, 254 pages, collection Droit et Société, dirigée par André-Jean Arnaud, n° 7.

JUDE Jean-Michel (dir.), *La clémence et le droit*, Paris : Economica, 2011, 178 pages, collection Études juridiques, dirigée par Nicolas Molfessis.

MAZEAUD Pierre, PUIGELIER Catherine (dir.), *Le peuple et l'idée de norme*, Paris : éditions Panthéon-Assas, 2012, 234 pages, collection Colloques.

PUIGELIER Catherine, TERRÉ François (dir.), *La vengeance*, Paris : éditions Panthéon-Assas, 2011, 317 pages, collection Colloques.

IV- Sur la République et la dictature romaines :

A. Ouvrages :

GIOVANNINI Adalberto, *Les institutions de la République romaine des origines à la mort d'Auguste*, Bâle : Schwabe Verlag, 2015, 245 pages.

MOMMSEN Théodore,

– *Le droit public romain*, Tome 3, Paris : De Boccard, 1984, 387 pages.

– *Le droit public romain*, Tome 4, Paris : De Boccard, 1984, 477 pages.

TITE-LIVE,

– *Histoire romaine*, Tome 1, Paris : Firmin Didot frères, fils et Cie, 1869, 925 pages, collection des Auteurs latins.

– *Les origines de Rome*, Paris : Gallimard, 2007, édition présentée et annotée par Dominique Briquel, traduction de Gérard Walter, revue par D. Briquel, 422 pages, collection Folio Classique.

B. Articles :

FELTON Marie-Claude, « La Constitution mixte de la République romaine », *Hirundo, The McGill Journal of Classical Studies*, 2001, vol 1, p. 84-87.

LAPRAY Xavier, Sylla et sa postérité, *Encyclopædia Universalis*, en ligne : [<http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/sylla-et-sa-posterite-reperes-chronologiques/>].

MAGDELAIN André, « Provocatio ad populum », *Publications de l'École française de Rome*, 1990, vol. 133, n° 1, p. 567-588.

NICOLET Claude, « Dictateurs romains, *strategoi autokratores* et généraux carthaginois », *Dictatures, Actes de la Table ronde réunie à Paris les 27 et 28 février 1984*, Paris : De Boccard, 1988, p. 27-47.

V- Manuels et dictionnaires juridiques :

ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Quadrige/Lamy-P.U.F., 2007 (2^e tirage), 1649 pages.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUÉNAUD Jean-Pierre (dir.) *et al.* , *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris : P.U.F., 2008, 1024 pages, collection Quadrige Dicos Poche.

ARDANT Philippe, MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 22^e édition, Paris : Lextenso/ L.G.D.J., 2010, 620 pages.

AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, *Introduction au droit*, 13^e édition, Paris : Dalloz, 2010, 366 pages.

AVRIL Pierre, GICQUEL Jean, *Lexique de droit constitutionnel*, 5^e édition, Paris : P.U.F., 2016, 128 pages, collection Que sais-je ? Droit-politique, n° 3655.

BARTHELEMY Joseph, DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris : éditions Panthéon-Assas, 2004, 955 pages, collection Les introuvables.

BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, 5^e édition, Paris : Dalloz, 2012, 399 pages, collection Méthodes du droit, dirigée par Philippe Jestaz.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome 1, Paris : Recueil Sirey, 1920, 837 pages.

CHAGNOLLAUD DE SABOURET Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, Tome 1 : Théorie générale – Les régimes étrangers, 8^e édition, Paris : Dalloz-Sirey, 2015, 386 pages, collection Cours Dalloz.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e édition, Paris : Quadrige/P.U.F., 2007, 986 pages.

ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7^e édition (revue par Henry Nézard), Tome 2, Paris : Sirey, 1921, 677 pages.

GICQUEL Jean et Jean-Éric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 30^e édition, Paris : L.G.D.J., 2016, 914 pages, collection Domat droit public.

GUINCHARD Serge, MONTAGNIER Gabriel (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 15^e édition, Paris : Dalloz, 2005, 662 pages.

HAQUET Arnaud, *La loi et le règlement*, Paris : L.G.D.J., 2007, 204 pages, collection Systèmes.

HEYMANN-DOAT Arlette, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 7^e édition, Paris : L.G.D.J., 2002, 318 pages, collection Systèmes – Droit.

LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droit de l'Homme*, 7^e édition, Paris : Dalloz, 2005, 551 pages.

PACTET Pierre, MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, 24^e édition, Paris : Dalloz, 2005, 639 pages, collection U.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, *Droits constitutionnels étrangers*, Paris : P.U.F., 2010, 251 pages, collection Licence Droit.

RAYNAUD Philippe, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de Philosophie politique*, Paris : P.U.F., 1996, 776 pages, collection Grands dictionnaires.

RIALS Stéphane, BOUDON Julien, *Textes constitutionnels étrangers*, 14^e édition mise à jour, Paris : P.U.F., 2012, 127 pages, collection Que sais-je ?, n° 2060.

VI- Textes officiels :

Conventions de Genève, 12 août 1949.

Conseil de l'Europe, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950.

Nations Unies, *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984.

VII- Autres :

A. Ouvrages :

GAUCHET Marcel, *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Paris : Gallimard, 2005, 457 pages, collection Folio essais, n° 466.

GIRARD René, *Le Bouc émissaire*, Paris : Grasset, 1982, 298 pages.

LACROUX Jean-Pierre, *Orthographe et Typographie françaises, Dictionnaire raisonné*, 2^e édition, Paris : La Maison du dictionnaire, 2010, 370 pages, collection HC DICT.

B. Article :

LORAUX Nicole, « Éloge de l'anachronisme en histoire », *Espaces Temps*, 2005, vol. 87, n° 1, p. 127-139.

INDEX

A

Ami/ennemi (distinction) ...94–95, 220–29, 482–86
Anachronisme.....36–38
Ancienne Constitution 195, 196, 243
Ancienne prudence.....243

C

Combattant illicite
définition 489–91
traitement du 492–96

D

Décision de commissaire..... *Voir*
Dictature de commissaire
Décision souveraine..... *Voir* **Dictature**
souveraine
Dictature de commissaire ..18–20, 334–35
Dictature souveraine ..16–18, 137, 482–84
Droit à l'existence.....101–6

E

État
chez Machiavel 11–12
chez Schmitt.....12–13
en droit constitutionnel 9–11
État de crise

situation d'exception et révolution .14–15
situation d'exception et terrorisme de nouvelle génération.....15–16
État de nature.....73–81

F

Fortuna.....88–90, 94, 97, 153, 323, 469

H

Humanisme civique 20–21, 50
Humanisme classique 49

P

Partisan..... *Voir* **Combattant illicite**
Pouvoirs constitutionnels d'exception
.....352–54, 387, 508, 539, 545

R

Républicanisme
conception anglo-américaine ...293–99
conception française 299–303
conception machiavélienne.....20–24, 290–92
conception schmittienne 24–26
néo-républicanisme.....22, 290
Rupture juspositiviste
chez Machiavel 246–48
dans le droit anglo-américain et français.....252–57

T

Terrorisme d'ancienne génération448–
49

Terrorisme de nouvelle génération
.....449–54

Torture 502–3, 9–11, 522, 525

U

Unité

exclusive 143–46, 472–73

inclusive 148–50, 266, 276

politique 121–27

républicaine.....264–66

V

Virtù.....84, 96–98, 102, 146, 154, 323

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
I- L'interaction entre le vocabulaire machiavélo-schmittien et la pensée juridique anglaise, américaine et française	5
A. Une vie consacrée à l'engagement intellectuel	6
1. Des théoriciens prêts à l'action pour leur État.....	6
2. La disgrâce comme moment d'une réflexion majeure	8
B. La notion d'État entre continuité et rupture	9
1. La diversité d'approches de l'État en droit constitutionnel	9
2. La conception machiavélo-schmittienne de l'État.....	11
C. Le dualisme de la situation exceptionnelle	13
1. Situation exceptionnelle et révolution.....	14
2. Situation exceptionnelle et terrorisme de nouvelle génération.....	15
D. La diversité des pouvoirs propres à régir les situations exceptionnelles	16
1. Dictature souveraine et fondation étatique	16
2. Dictature de commissaire et préservation étatique	18
E. Le caractère polymorphe du paradigme républicain	20
1. L'opposition machiavélo-schmittienne autour du modèle républicain.....	20
2. L'impossible classification du républicanisme anglo-américain et français	27
II- L'emploi d'une démarche scientifique spécifique.....	28
A. La transversalité des matières mobilisées	29
B. La méthode de confrontation pratique	31
C. La démarche comparative critique	34
D. Le choix d'un anachronisme diachronique	36
E. Intérêts et enjeux du sujet.....	40

PREMIÈRE PARTIE : LA SITUATION EXCEPTIONNELLE COMME FONDEMENT NÉCESSAIRE D'UN ORDRE NOUVEAU 43

Titre 1 :	L'instauration d'une situation normale par un retour au droit naturel 45
Chapitre 1 :	L'entrée en rivalité de deux ordres juridiques 47
Section 1 :	Le rejet du juspositivisme..... 48
§ 1.	La corruption de la loi comme source de sa contestation
A.	Une réflexion nouvelle sur la stabilité étatique..... 48
1.	L'indissociabilité entre les libertés individuelles et la liberté politique
2.	Les libertés républicaines dans le contexte anglo-américain et français
B.	L'instabilité de l'État favorisée par l'inégalité de la loi positive
1.	La corruption de la loi chez Machiavel et Schmitt..... 56

2.	Le contexte prérévolutionnaire à l'épreuve de la partialité de la loi.....	60
a.	L'insoutenable atteinte aux libertés individuelles.....	60
b.	Une accapuration du pouvoir politique visant un but commun	62
§ 2.	La situation exceptionnelle comme retour à un état de nature	67
A.	L'incompatibilité entre le droit positif et la situation exceptionnelle.....	67
1.	Une nécessaire mise en échec de la « <i>norme normale</i> ».....	68
2.	L'inapplicabilité intrinsèque du droit positif à l'exception	69
B.	L'hypothèse d'un retour à l'état de nature	73
1.	La situation exceptionnelle comme état de conflit	73
2.	La nécessité de rupture avec l'exception	77
Section 2 :	L'applicabilité du jusnaturalisme.....	81
§ 1.	La violation des principes de la loi naturelle.....	82
A.	L'identification d'une loi de préservation.....	82
1.	La conception jusnaturaliste de la loi	82
2.	La reconnaissance unanime d'une loi de nature	83
B.	L'usurpation de la <i>salus populi suprema lex</i>	88
1.	La radicalisation du conflit.....	88
2.	La naissance de l'ennemi	94
§ 2.	La restauration des principes de la loi naturelle	96
A.	La raison comme principe d'action.....	96
1.	La <i>virtù</i> machiavélo-schmittienne	96
2.	La raison active dans le contexte anglo-américain et français.....	98
B.	L'adoption de mesures propres à défendre un droit à l'existence	101
1.	L'affirmation d'un droit naturel à l'existence	101
2.	Un droit de préservation fondé sur une règle transitoire	102
Conclusion du chapitre 1.....		107
Chapitre 2 :	L'éradication de l'ordre ancien au profit d'une fondation nouvelle	109
Section 1 :	L'affirmation d'un nouveau souverain	110
§ 1.	La contestation du titulaire normal de la souveraineté en droit positif	110
A.	Le rejet du souverain légal.....	110
1.	La perte d'emprise du souverain	110
2.	Un roi privé du fondement de son autorité	111
B.	La formulation unanime d'un <i>Quis judicabit</i>	116
1.	L'interrogation machiavélo-schmittienne.....	116
2.	Le questionnement révolutionnaire	117
§ 2.	L'identification d'un peuple souverain d'après la loi naturelle.....	118
A.	Le critère de détermination du souverain de crise.....	118
1.	Les artisans d'une unité politique.....	119
2.	La recherche d'une cohésion nationale	123
B.	La liberté naturelle comme fondement de souveraineté de la nation	127

1. L'affirmation d'une autodétermination de l'unité politique	128
2. L'apparition d'une souveraineté naturellement nationale	129
Section 2 : L'exercice d'une nouvelle souveraineté	135
§ 1. L'anéantissement des ennemis du peuple	136
A. L'inévitable élimination de l'ennemi institutionnel	136
1. La dissolution de tout lien avec l'ordre juridique ancien	136
2. La nécessaire exécution du monarque liberticide	139
B. L'impraticable élimination de l'ennemi identitaire	143
1. L'instrumentalisation de la loi naturelle au profit d'une unité politique exclusive	143
2. La réalisation de la loi naturelle par une unité politique inclusive	148
§ 2. La fondation d'un nouvel ordre	150
A. La finalité constituante de la décision	151
1. Un décisionnisme normatif	151
2. L'édification d'un nouveau juspositivisme	155
B. Les incertitudes pesant sur la nature du nouveau régime	160
1. Le relativisme machiavélo-schmittien	160
2. Le républicanisme optimiste des révolutionnaires	165
Conclusion du chapitre 2	169
Conclusion du titre 1	171
Titre 2 : L'obtention de la stabilité républicaine au moyen du droit positif	173
Chapitre 1 : Le spectre de l'instabilité républicaine	175
Section 1 : Le refus initial de garantie des libertés justifié par une croyance en l'éthique politique de l'homme bon	176
§ 1. Un accord de principe quant à l'affirmation constitutionnelle de libertés	176
A. La reconnaissance de libertés individuelles	176
1. L'absence d'obstacles à la poursuite de fins individuelles	176
2. La proclamation des libertés individuelles	178
B. La reconnaissance de libertés politiques	181
1. La nécessaire participation citoyenne	181
2. L'impérative représentation de la nation	183
§ 2. Un désaccord manifeste quant à la garantie constitutionnelle des libertés	185
A. L'étonnante suffisance de l'homme bon	186
1. Une divergence quant à l'appréhension de la nature humaine	186
2. Une loi fondamentale aux compétences variables	187
B. La faiblesse prescriptive de la loi positive	191
1. La supériorité des libertés naturelles sur la loi positive	191
2. La préexistence des libertés naturelles	194
Section 2 : Les conséquences de l'absence de mécanismes de garantie des libertés	198
§ 1. La captation des libertés par une unité politique dominante	198

A.	Un universalisme par défaut	198
1.	Un universalisme subordonné au libéralisme anglo-américain	199
2.	Les germes de l'individualisme possessif français	201
B.	L'instrumentalisation inégalitaire de la loi.....	203
1.	L'inégalité dans la jouissance des libertés individuelles	203
a.	La persistance des discriminations à l'encontre du droit de propriété	203
b.	L'iniquité de la concurrence commerciale.....	206
c.	L'effacement de l'universalisme révolutionnaire	210
2.	La représentation parcellaire du peuple au Parlement	212
a.	L'échec démocratique du Commonwealth républicain.....	212
b.	L'unique représentation de la bourgeoisie confédérale	215
c.	Le gouvernement des classes possédantes françaises	218
§ 2.	L'impossible stabilité des institutions	220
A.	La perpétuation de la situation exceptionnelle	220
1.	La résurgence d'entités antagonistes	220
2.	La réapparition d'un conflit aigu entre amis et ennemis	223
B.	La fondation étatique renouvelée par la décision souveraine.....	229
1.	La persistance d'une empreinte machiavélo-schmittienne	230
2.	Le nécessaire recours au décisionnisme souverain.....	231
	Conclusion du chapitre 1.....	237
Chapitre 2 :	Le prix d'une stabilité républicaine	239
Section 1 :	Les aménagements théoriques au jusnaturalisme	240
§ 1.	L'admission d'une nature humaine problématique	240
A.	Un consensus machiavélo-schmittien marqué de réalisme	240
1.	Une méfiance légitime face à l'homme mauvais.....	240
2.	Le dynamisme de l'homme dangereux.....	242
B.	Vers un pragmatisme anglo-américain et français	243
§ 2.	La complémentarité du juspositivisme.....	245
A.	L'affrontement machiavélo-schmittien cristallisé autour de l'autonomie juspositiviste	246
1.	La rupture juspositiviste	246
2.	La continuité décisionniste	248
B.	Le revirement anglo-américain	251
1.	Le renoncement aux risques du décisionnisme schmittien	251
2.	L'adhésion au constitutionnalisme machiavélien	252
Section 2 :	Les conditions pratiques d'un républicanisme apaisé	257
§ 1.	La promotion de l'égalité via la loi positive	257
A.	Le préalable pardon des offenses	257
1.	Entre oubli et rancune, une indulgence à géométrie variable	257
2.	L'abandon de l'unité politique exclusive	260

B. L'aboutissement à une unité républicaine	264
1. Un pluralisme aux objectifs opposés	265
2. L'édification d'une union composite	269
§ 2. L'appropriation du conflit par la loi	277
A. Une conflictualité favorable aux libertés	278
1. Des antagonismes individuels corsetés dans la loi	278
2. L'implication citoyenne comme saisissement législatif des rivalités	283
B. L'avènement du bien commun	286
1. L'apparente complémentarité entre participation politique et fins individuelles	286
2. Une opposition réelle dans l'acceptation du bien commun	290
a. La préférence d'une participation politique	290
b. L'exclusion des citoyens aux affaires publiques au profit de la satisfaction des libertés individuelles	293
c. L'impossible compromis néo-républicain	299
Conclusion du chapitre 2	305
Conclusion du titre 2	309
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	311

SECONDE PARTIE : LA SITUATION EXCEPTIONNELLE COMME DÉFI AU MAINTIEN DE L'ORDRE FONDÉ 315

Titre 1 : Les pouvoirs d'exception comme moyen de rétablissement de la situation normale antérieure 317

Chapitre 1 : La recherche d'un instrument juridique apte à restaurer l'État en cas de péril 319

Section 1 : L'indispensable mais périlleux recours aux pouvoirs d'exception	320
§ 1. La mise en œuvre théorique de pouvoirs non limités par le droit	320
A. Le jaillissement de l'exception au sein du cadre juspositiviste	320
1. La crainte de la finitude républicaine chez Machiavel et Schmitt	320
2. L'omniprésence d'une menace d'effondrement dans les conceptions anglo- américaine et française	322
B. L'essentiel recours aux pouvoirs d'exception	323
1. L'impossible secours des pouvoirs ordinaires	323
2. L'exercice d'une prérogative sans bornes juridiques	324
§ 2. La nécessaire prévisibilité juridique de pouvoirs cantonnés aux situations de crise	327
A. Un pur décisionnisme préjudiciable au rétablissement de la situation normale ..	327
1. Le rejet de la décision souveraine	327
2. Un remède pire que le mal	329

B.	L'indispensable positivisation des pouvoirs de crise	331
1.	Une institution d'exception créée par la constitution	332
2.	L'inscription des pouvoirs exceptionnels dans le droit positif	336
Section 2 :	L'élaboration d'une limitation propre à garantir le rétablissement de la situation normale	341
§ 1.	Les insuffisances manifestes d'une possible filiation avec la dictature romaine ..	343
A.	Un pouvoir échappant en réalité au cadre normatif	343
1.	L'illusion d'une dictature constitutionnalisée	343
2.	L'inefficacité d'une anticipation juridique de la dictature.....	344
B.	Une dictature affranchie de la seule situation exceptionnelle	347
1.	Une interprétation extensive de la notion d'exception	347
2.	L'impossible maintien de l'ordre juridique normal	349
§ 2.	L'adjonction d'une limitation matérielle aux pouvoirs d'exception	351
A.	L'impossible concession à l'encontre des libertés républicaines	352
1.	La préservation inconditionnelle du bien commun	352
2.	L'héritage libéral comme garde à la liberté	354
B.	L'indispensable restriction de certaines libertés conditionnée par une exigence d'efficacité	357
1.	Un encadrement juridique des atteintes aux libertés	358
2.	Une énumération <i>a priori</i> précise des droits suspendus	360
Conclusion du chapitre 1.....		367
Chapitre 2 :	L'indispensable contrôle du respect des limites juridiques imposées aux pouvoirs exceptionnels	369
Section 1 :	L'insuffisance des limites au champ matériel des pouvoirs d'exception	370
§ 1.	Une atteinte accrue aux libertés au sein de l'État de droit	370
A.	L'inutilité de la limite matérielle imposée aux pouvoirs exceptionnels	370
1.	La présence d'une dérogation limitée à certaines libertés, comprise avec largesse.....	371
2.	L'absence de dérogation interprétée comme possibilité de porter atteinte à toute liberté.....	373
B.	Le possible effritement de la dictature de commissaire	377
1.	Le recul de l'État de droit.....	378
2.	La progression de l'État de police	379
§ 2.	L'identification des sources d'un contrôle de la dictature.....	382
A.	Un contrôle « <i>minimal</i> » dans le républicanisme romain.....	383
1.	L'inadéquation du contrôle <i>ex ante</i>	383
2.	La faiblesse juridique du contrôle <i>ex post</i>	384
B.	Un contrôle approximatif chez Machiavel et Schmitt.....	385
1.	Le maintien des organes étatiques ordinaires	385
2.	L'hypothèse d'un recours juridictionnel.....	389

Section 2 : Le secours d'un contrôle des pouvoirs exceptionnels favorable aux libertés	391
§ 1. Des pouvoirs exceptionnels cernés par un double contrôle	392
A. Les dangers de la déclaration de l'état d'exception	392
1. Une concentration de pouvoirs en faveur de l'Exécutif	392
2. Une possible alternative à l'omniprésence de l'Exécutif	394
B. La rassurante existence d'organes de contrôle	396
1. Un organe législatif indispensable au maintien des pouvoirs exceptionnels	396
2. Un organe juridictionnel attentif aux effets des pouvoirs d'exception	399
a. Le contrôle de légalité anglo-français	400
b. Le contrôle de constitutionnalité restreint au droit américano-français	406
§ 2. L'action des pouvoirs de crise contrôlée avec une efficacité variable	409
A. Une timidité parlementaire préjudiciable aux libertés	409
1. Un contrôle exceptionnellement accompli dans sa plénitude	409
2. Une effrayante soumission à l'Exécutif	411
B. Une audace juridictionnelle favorable aux libertés	417
1. La contestation des violations du droit conventionnel	418
2. La dénonciation des atteintes à la Constitution	421
Conclusion du chapitre 2	427
Conclusion du titre 1	429

Titre 2 : Les pouvoirs d'exception comme menace au rétablissement de la situation

normale antérieure 431

Chapitre 1 : L'effacement de l'acception commissariale des pouvoirs d'exception 433

Section 1 : Les pouvoirs de crise débordés par la situation exceptionnelle 435

§ 1. Le caractère temporaire des pouvoirs exceptionnels comme condition de pérennité républicaine 435

A. L'admission commune d'un agissement provisoire..... 435

1. La valorisation d'une brièveté d'action 435

2. Une restriction de libertés circonscrite dans le temps 437

B. La préservation de l'essence républicaine..... 440

1. La sauvegarde d'un jusnaturalisme indispensable à l'État 441

2. Une moindre atteinte aux fondements de la continuité républicaine 443

§ 2. L'inscription du terrorisme actuel dans une perspective de long terme et de violence expansive 447

A. L'évolution des objectifs et moyens du terrorisme 448

1. L'ambition ciblée du terrorisme d'ancienne génération 448

2. L'ambition élargie du terrorisme de nouvelle génération..... 449

B. Un terrorisme à l'organisation décentralisée..... 452

1. Le développement d'une autonomie d'action 452

2. La préférence d'une mission à accomplir..... 453

Section 2 : Les pouvoirs de crise transformés par la situation exceptionnelle..... 454

§ 1. L'impact d'une menace durable et d'une violence accrue sur les pouvoirs d'exception	455
A. L'hypertrophie temporelle des pouvoirs de crise.....	455
1. L'indéfinie prorogation de l'état d'urgence.....	455
2. L'insertion de l'exceptionnel au sein de la législation normale	459
B. L'atrophie progressive du contrôle juridictionnel	464
1. La soumission juridictionnelle face à la légitimité accrue de l'organe exécutif	465
2. Le contrôle juridictionnel affaibli par les organes législatif et exécutif	466
§ 2. L'effacement progressif d'un décisionnisme pourtant favorable au rétablissement de l'ordre antérieur	469
A. Une radicalisation du conflit engendrée par « <i>le terrorisme de guerre</i> ».....	469
1. Le fait terroriste comme conflit intrinsèquement radicalisé	469
2. La radicalité du terrorisme concrétisée par la guerre.....	471
B. La renaissance partielle de l'ennemi identitaire	471
1. Une discrimination de l'ennemi fondée sur son origine nationale	472
2. Un droit français résistant au risque de distinction identitaire.....	473
Conclusion du chapitre 1.....	477
Chapitre 2 : L'ombre menaçante d'un nouveau paradigme	479
Section 1 : L'exception comme nouveau paradigme de gouvernement.....	481
§ 1. La déconstruction du paradigme républicain	481
A. La permanence d'une hostilité absolue envers certains ennemis	481
1. L'insertion paradoxale d'une décision souveraine au sein de l'État à l'époque schmittienne	482
2. L'applicabilité de la radicalité schmittienne au contexte actuel	484
B. Un traitement de l'ennemi irrégulier, difficilement conforme à l'État de droit ..	486
1. Le partisan comme combattant irrégulier	486
2. La question théorique du traitement juridique du partisan	487
§ 2. La fondation américaine d'un nouveau paradigme de gouvernement.....	489
A. La confirmation du traitement illégal de l'ennemi illicite.....	489
1. Le terroriste comme combattant illicite.....	489
2. La réponse pratique au questionnement du traitement juridique du terroriste ..	492
B. La décision souveraine comme source de validité d'un nouvel ordre normatif ..	496
1. L'intuition théorique d'une obsolescence du paradigme républicain	497
2. L'avènement d'un nouveau paradigme de gouvernement	499
Section 2 : L'exception comme simple discontinuité républicaine.....	504
§ 1. L'affirmation du caractère indépassable de la légalité républicaine	505
A. L'impossible hystérésis des pouvoirs de crise machiavéliens.....	505
1. Un nécessaire humanisme avec l'ennemi, au cœur même de la situation exceptionnelle	505

2. L'absence de caractère constituant des pouvoirs de crise	508
B. La difficile concrétisation de l'ambition machiavélienne	510
1. Un droit anglais tentant de résister à l'appel du nouveau paradigme américain	510
2. Un droit républicain sujet à ellipses en France.....	514
§ 2. Le risque de l'institution d'exception au-delà d'une constitutionnalisation des pouvoirs de crise	518
A. L'interprétation erronée du constitutionnalisme machiavélien de crise.....	519
1. La renonciation à l'esprit du constitutionnalisme républicain.....	519
2. L'éventuelle éradication du contrôle de constitutionnalité.....	524
B. La possible inefficacité de l'institution d'exception face au terrorisme de nouvelle génération	528
1. La non justification du recours à une institution d'exception de long terme..	529
2. Une menace terroriste ayant perdu son caractère d'exception	530
Conclusion du chapitre 2	533
Conclusion du titre 2	535
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	539
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	543
I- L'incontestable éclairage machiavélo-schmittien quant à la fondation et à la préservation du paradigme républicain à l'aune de situations exceptionnelles	543
II- Le nécessaire dépassement du legs machiavélo-schmittien.....	548
A. La mise en œuvre de nouveaux outils juridiques.....	550
1. La fixation nette d'un dualisme normatif de l'état d'exception	550
2. L'imposition d'une durée maximale des pouvoirs d'exception	553
B. La revalorisation de l'enseignement du paradigme républicain.....	560
BIBLIOGRAPHIE	563
Bibliographie thématique	563
Bibliographie transversale	609
INDEX	619
TABLE DES MATIÈRES	621

Résumé :

La lecture croisée de Machiavel et Schmitt ne permet pas seulement de déchiffrer certains événements passés, elle éclaire encore la compréhension des phénomènes les plus récents. En effet, la conceptualisation que chacun de ces deux auteurs offre de la notion de situation exceptionnelle – comprise comme un trouble mettant en péril la préservation de l'État, et face auquel le droit positif peine à s'appliquer – démontre des points d'accord autant que de divergence, mais dont précisément la confrontation tend à faire émerger des lignes de force. Or, d'une part, ces dernières semblent permettre d'envisager le mouvement révolutionnaire anglo-américain et français des XVII^e et XVIII^e siècles sous l'angle d'une situation exceptionnelle. D'autre part, et d'une manière plus contemporaine, elles permettent encore de rendre compte de l'exceptionnalité du phénomène terroriste affectant actuellement ces mêmes États. L'intérêt d'une telle mise en perspective est double. D'un côté, la confrontation de la théorie machiavélo-schmittienne aux événements concrets démontre – malgré un indépassable anachronisme – leur incontestable influence sur le droit des situations de crise. Mais d'un autre côté, et dans le même temps, l'observation de la pratique révèle les insuffisances de Machiavel et Schmitt quant à leur appréhension du phénomène exceptionnel, en particulier à propos des moyens à mettre en œuvre pour l'endiguer. Face à ce constat, il sera nécessaire de tenir compte de la pertinence des présupposés de ces deux auteurs, autant que de les critiquer, afin de pouvoir finalement s'en émanciper pour proposer des outils juridiques aptes à régir le phénomène exceptionnel actuel.

Mots-clefs :

MACHIAVEL – SCHMITT – DROIT ANGLAIS – DROIT AMÉRICAIN – DROIT FRANÇAIS – FONDATION ET PRÉSERVATION DE L'ÉTAT – SITUATION EXCEPTIONNELLE – RÉVOLUTION – TERRORISME DE NOUVELLE GÉNÉRATION – POUVOIRS EXCEPTIONNELS – DICTATURE SOUVERAINE – DICTATURE DE COMMISSAIRE – DROIT CONSTITUTIONNEL DE CRISE – RÉPUBLICANISME.