

Philip Bobbitt, *Terror and Consent, The Wars for the Twenty-First Century*, New York, Alfred A. Knopf, 2008.

Le traumatisme du 11 septembre 2001 n'a pas épargné les professeurs de droit américains. Nombreux sont ceux qui, frappés par la violence des attaques, ont appelé à la constitution d'un paradigme qui assignerait au droit des fins nouvelles, parmi lesquelles la lutte contre toutes les formes de terreur trouverait une place singulière. Philip Bobbitt n'a pas échappé à ce mouvement. Professeur de droit à Columbia University et ancien conseiller à la sécurité nationale dans les administrations Carter, Bush et Clinton, il avait développé il y a six ans l'idée selon laquelle les liens réciproques entre guerres et ordres constitutionnels permettraient de comprendre de manière dynamique l'évolution de l'État (*The Shield of Achilles*, New York, Alfred A. Knopf, 2002). L'ambition de *Terror and Consent, The Wars for the Twenty-First Century* est de théoriser ce changement de paradigme. Au fil de près de sept cents pages d'une densité rare, l'auteur, polymathe, se fait tour à tour historien, philosophe, juriste, polémologue et théoricien des relations internationales, dans un mélange parfois enivrant quoique toujours très précis. Après avoir développé l'idée de guerre contre la terreur, il conceptualise l'articulation entre droit et stratégie dans l'ordre interne, puis à l'échelle internationale. La pluralité des lectures possibles de l'ouvrage n'est pas le moindre de ses intérêts. Le philosophe du droit y trouvera, à sa guise, de stimulantes réflexions sur les mutations de l'État et de ce que l'auteur nomme l'« ordre constitutionnel », sur l'évolution des libertés fondamentales à l'aune de la lutte antiterrorisme, et sur les fins du droit international, qu'il souhaite rapprocher de l'objectif stratégique de lutte contre la terreur.

Philip Bobbitt expose d'emblée le schéma interprétatif qui lui est cher depuis son précédent ouvrage : l'époque moderne a été celle des « États princiers », le XIX^e siècle celui des États-nations, le XX^e siècle celui de la question nationale, et la guerre froide a emporté dans sa disparition toute une époque constitutionnelle : les démocraties libérales, appelées par l'auteur « États de consentement » (*states of consent*) se sont alors mues en ce qu'il nomme des « États-marchés » (*market states*), où l'adhésion du consommateur a supplanté le consentement du citoyen, et où l'État s'est changé au premier chef en fournisseur de services. Parallèlement à l'« État-marché de consentement », de forme démocratique, il imagine un « État-marché de terreur » (*State of Terror*), rêve caressé par des groupes transnationaux et non gouvernementaux comme Al Qaïda. De ce schéma conceptuel, dont on peut critiquer tant la substance – il n'est pas évident que la nébuleuse fondamentaliste se donne la terreur comme fin, et non pas seulement comme moyen – que la méthode – on ne compte pas les raccourcis diachroniques et synchroniques rendus nécessaires pour les besoins de sa démonstration – Philip Bobbitt tire *in fine* une justification des « guerres contre la terreur » (*wars on terror*). Bruce Ackerman (*Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, Yale University Press, 2006), préconisait une prise en charge spécifique du risque terroriste par la loi (par un « *framework statute* ») pour pallier les faiblesses de la loi américaine de 1976 sur les urgences. Bobbitt imagine l'adoption de lois et d'amendements constitutionnels en quelque sorte « dormants », qui n'existeraient pas dans l'ordre juridique, et ne seraient investis d'une force obligatoire qu'au jour de la déclaration d'un état

Arch. phil. droit 53 (2010)

d'urgence. Selon lui, l'État se garderait ainsi d'une funeste impuissance. Pour justifier ces modifications, l'auteur imagine plusieurs scénarios de catastrophes terroristes face auxquelles la Constitution américaine se trouverait, en l'état actuel, bien dépourvue.

Un deuxième intérêt de l'ouvrage est de poser la question des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste. Partant du principe que le fait terroriste pousse irrémédiablement les démocraties à réduire les libertés publiques, Philip Bobbitt s'interroge sur la légitimité de la torture et des interrogatoires « coercitifs » (privation de sommeil, administration d'un sérum de vérité). Il prend ainsi position au sein d'un débat qui divise la doctrine américaine depuis la décision de la Cour suprême israélienne du 6 septembre 1999 qui tolère la torture dans le cas précis de la « bombe à retardement », exemple classique de dilemme en philosophie morale : si un agent du gouvernement arrête un terroriste qui sait où se trouve une bombe sur le point d'exploser dans un lieu public, jusqu'où peut-il pousser l'interrogatoire ? Entre l'usage d'une torture non fatale sous contrôle judiciaire préconisée par le professeur à Harvard Alan Dershowitz, pourtant libéral, et le refus absolu de ceux qui, à l'image de David Luban, professeur de droit à Georgetown, affirment que le cas d'école, improbable en fait, tend à légitimer un usage qu'il sera par la suite difficile de contrôler, Philip Bobbitt se fraie un chemin original. Au terme de près de cent pages d'analyse, où le récit du calvaire de Jean Moulin se mêle à des réflexions sur les conséquences politiques de la publicité accordée par Al Jazeera aux décapitations filmées par des groupuscules terroristes en Irak, l'auteur ne propose pas seulement des mesures ponctuelles pour renforcer l'arsenal juridique contre le terrorisme, comme la prolongation du délai de garde à vue pour les personnes suspectées de terrorisme ; il affirme qu'à l'interdiction légale absolue de la torture doit s'adjoindre une tolérance *ex post* des tribunaux s'il apparaît qu'un cas précis la justifiait, et que l'obligation morale de l'agent du gouvernement qui l'a pratiquée surplombe alors son obligation juridique – il s'agit en somme d'une adaptation à la question de la distinction weberienne entre éthique de conviction et éthique de responsabilité. L'argument de droit n'est pas ici dissociable de considérations éthiques, et l'auteur révèle clairement son parti pris conséquentialiste et téléologique lorsqu'il affirme soutenir par avance les décisions prises par des responsables politiques qui estimeraient que la torture, voire la mort d'une personne, permet d'éviter celle de plusieurs autres. Loin de l'argument anti-consequentialiste d'un Bernard Williams pour qui l'« impensable », catégorie morale propre, doit ne pouvoir être évoqué dans les conversations que sur le mode de l'horreur, Philip Bobbitt souhaite placer cette question au centre d'un large débat démocratique. La solution qu'il propose est une façon de traduire dans l'ordre juridique l'idée, qu'il ne cite pas, de la « *blind moral alley* », ou dilemme moral parfait, défendue par Thomas Nagel au lendemain de la guerre du Vietnam : les événements nous placent parfois dans des situations où les branches d'une alternative sont également maléfiques. Le droit des libertés fondamentales ne peut pas ignorer de telles questions. Peut-être ne peut-il pas non plus y répondre.

Toujours porté par sa volonté de mieux lutter contre la terreur, Philip Bobbitt défend enfin une réorientation du droit international ; il assigne aux « guerres contre la terreur », dont il justifie l'idée, un objectif triple : contre-

carrer le terrorisme des « États-marchés », empêcher la prolifération des armes de destruction massive dont l'usage ne serait pas simplement dissuasif, et prévenir ou atténuer génocides, nettoyages ethniques, et conséquences néfastes sur les droits de l'homme des catastrophes sociales ou naturelles. L'auteur justifie ainsi cette réorientation : constatant que le monde repose aujourd'hui sur le marché et sur des institutions informelles et consensuelles plutôt que sur les institutions juridiques internationales, il souhaite que le droit s'aligne désormais sur certains objectifs stratégiques. Il défend notamment une nouvelle doctrine d'intervention des États-Unis, qu'il nomme « préventive » (*preclusive*), dont l'opération en Irak serait la première application, souhaitant que le droit international se place à son service. Il propose également une reformulation des Conventions de Genève au profit de sa doctrine, ainsi qu'une douzaine de pistes de réforme du droit international, presque entièrement tournées vers la volonté de freiner la prolifération des armes de destruction massive. Tout cela n'est pas sans susciter des critiques. Afin de mieux opposer le droit et la stratégie – même s'il s'en défend, regrettant même à l'occasion que ce travers ait mené à la création du camp de prisonniers de Guantanamo Bay – il présente du droit international une vision faussement naïve pour mieux ensuite le mettre en cause : ensemble normatif servant les intérêts d'une communauté internationale abstraite, il s'opposerait par nature aux intérêts bien tangibles des États. Il est pourtant possible de faire le même diagnostic que Philip Bobbitt – la communauté internationale doit désormais prendre en charge de concert les objectifs nouveaux de lutte contre toutes les formes de terrorisme – et d'en tirer des conclusions différentes : plutôt que de formuler de la *soft law* et de laisser la place aux pratiques unilatérales, pourquoi ne pas conserver du droit international une vision intersubjective et d'établir des normes internationales nouvelles pour remplir ces objectifs ? Enfin, en remettant en cause l'interdiction faite aux nations d'attaquer unilatéralement d'autres nations, sinon en réponse à une offensive armée actuelle ou imminente, l'auteur feint d'ignorer qu'une guerre, par les souffrances qu'elle inflige, doit rester une solution de dernier recours – conscient d'ailleurs des limites de son argument, il reconnaît au détour d'une remarque la part spéculative des prédictions qui justifieraient une intervention militaire sur la simple suspicion de la présence d'armes de destruction massive, et concède qu'une généralisation de ce principe pourrait mener à une « anarchie internationale ».

L'ouvrage de Philip Bobbitt mérite en définitive d'être lu pour ce qu'il apporte comme pour ce qu'il représente ; par-delà la richesse de sa documentation et la finesse de ses nombreuses analyses, il prend figure de document d'histoire intellectuelle immédiate. Sa lecture permet de mieux comprendre la manière dont certains universitaires américains ont transposé le traumatisme du 11 septembre dans leurs travaux. Elle replace plus que jamais au centre de l'actualité la maxime popularisée par le doyen Carbonnier, en son temps inspiré par Baudelaire, et qui devrait présider à toute modification du droit face au risque terroriste : « ne légiférer qu'en tremblant ».

Julien JEANNENEY

Arch. phil. droit 53 (2010)