

Cet article a été téléchargé sur le site de la revue Ithaque : www.revueithaque.org



Ithaque : Revue de philosophie de l'Université de Montréal

Pour plus de détails sur les dates de parution et comment soumettre un article, veuillez consulter le site de la revue :

<http://www.revueithaque.org>

Pour citer cet article : **Brodeur, L.-F. (2007) « Critique et proposition concernant le *jus in bello interne* », *Ithaque*, 1, p. 189-217.**

URL : <http://www.revueithaque.org/fichiers/Ithaque1/11brodeur.pdf>

Cet article est publié sous licence Creative Commons « Paternité + Pas d'utilisation commerciale + Partage à l'identique » :

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/ca/deed.fr>



Critique et proposition concernant le *jus in bello* interne

Louis-François Brodeur*

Résumé

Le jus in bello interne traite de la problématique du traitement par un État de sa propre population en temps de guerre. Le premier à développer une telle réflexion explicitement, Brian Orend, présente une thèse fondée sur un certains nombre de droit desquels on ne peut déroger. Cette proposition comporte un certains nombre de problème. Le premier est la procédure vague permettant de déterminer les droits de second ordre desquels on ne peut déroger et le second est celui de l'échelle mobile. Afin de pallier à ces deux problèmes, nous proposons une approche comportant un seuil minimal de droits humains et une euristique de décision. Nous croyons qu'une telle approche permet de rendre compte des dilemmes moraux en temps de guerre et incite les dirigeants à prendre des décisions moralement justifiées. De plus, nous croyons que notre proposition ne porte pas flan aux critiques adressées à la thèse de Brian Orend.

Il est fréquent en temps de guerre, parce qu'elles déclenchent souvent des situations exceptionnelles, qu'un État impose à sa propre

*Étudiant à la maîtrise en philosophie à l'Université de Montréal, lfbrodeur@gmail.com. Je tiens à remercier Karine Wurtz pour nos échanges fertiles m'ayant forcé à remettre en question certaines positions concernant les traditions de la guerre juste, Christian Nadeau pour sa rigueur et ses commentaires qui nous poussent toujours plus loin et l'équipe d'*Ithaque* pour ce dossier spécial.

population des mesures exceptionnelles. Ces mesures vont du rationnement de la nourriture à la déclaration de la loi martiale en passant par le couvre-feu, la détention préventive, l'isolation de populations, le bâillonnement de la presse, la suspension des élections ou de certains droits civils. Historiquement, la population a souvent fait les frais de ces politiques extérieures. Il existe pourtant une sorte de pudeur à juger de ces décisions qui touchent les citoyens d'une autre nation, soit au nom du pluralisme axiologique, soit au nom de la souveraineté des États. Mais cette question, celle du traitement de ses propres citoyens en temps de guerre, ne doit pas être écartée sous ces prétextes. La défense du pluralisme axiologique n'est pas une version libérale du relativisme et la souveraineté des États n'est pas absolue.

La question peut être traitée sous divers modes et l'est, entre autres, par les théories de la guerre juste. C'est ce que fait Orend en ouvrant un nouveau champ de questionnement : le *jus in bello* interne¹. La préoccupation à l'origine du développement de cette sous-catégorie de la tradition de la guerre juste est la façon dont un État se comporte à l'égard de sa propre population. En effet, on verrait d'un mauvais œil un État qui n'allouerait pas suffisamment de ressources à la guerre, mettant ainsi en péril la sécurité de ses citoyens tout comme on jugerait sévèrement un État qui, au nom de la guerre, dévouerait l'ensemble des ressources disponibles à celle-ci, laissant son peuple souffrir dans la misère. Pour Orend, la question en est une des théories de la guerre juste car il est question de l'agir des États en temps de guerre. En ce sens, il écrit : « These are issues of justice in wartime, and thus fall under the logical scope of just war theory². ». Mais tous les enjeux de justice en temps de guerre ne sont pas nécessairement liés aux théories de la guerre juste. L'argument visant à faire de ce questionnement une partie des théories de

¹Orend, B., *The morality of war*, Broadview press, 2006, p. 126-38; « War » dans *Stanford Encyclopedia of philosophy* par B. Orend, accessible à <http://plato.stanford.edu/>.

²*Ibid.*, p. 126.

la guerre juste doit être complétée par une proposition s'y intégrant manifestement.

Avant Orend, d'autres avaient tenté de réfléchir sur les seuils minimaux de justice acceptable dans un État, mais aucun d'entre eux ne s'est posé la question comme il le fait³. L'initiative d'Orend est importante, mais invite à des commentaires. Nous croyons qu'elle présente un problème majeur : malgré ses vœux de faire une proposition de « non-déroabilité », qui serait en harmonie avec les traditions de la guerre juste, lorsqu'on poursuit la logique de son argumentation à son terme, nous sommes forcés d'adopter une position dite de l'« échelle mobile ». Le principe de l'échelle mobile est l'idée selon laquelle plus une cause est juste, plus elle donne le droit d'employer des moyens qui vont à l'encontre des critères de la guerre juste ou qui sont à tout le moins douteux⁴. Or, cette position dite de l'échelle mobile entraîne deux problèmes distincts. Non seulement cela va-t-il à l'encontre de la proposition d'inviolabilité d'Orend, mais, plus généralement, en intégrant des éléments d'un calcul utilitariste dans la détermination du respect des critères cela leur donne un statut purement conventionnel et leur violation n'est plus un problème proprement moral, ce qui mine la crédibilité des théories de la guerre juste.

La source du problème se trouve dans la détermination des droits de second ordre, c'est-à-dire les droits concrets déduits des droits humains fondamentaux, car ils impliquent nécessairement une certaine adaptation aux contextes. Il est sage de le comprendre, mais cette flexibilité va à l'encontre du principe de « non-déroabilité ». Nous sommes forcé de reconnaître que fonder le *jus in bello* interne sur des principes substantifs, comme le fait Orend, est impossible. Il faut d'une part poser un seuil moral minimal, afin de rester en accord avec la tradition de la guerre juste, et ensuite arriver à une heuristique de décision concernant les dérogations. Il faut rester en accord avec l'esprit des théories de la guerre juste, dans son sens le

³Walzer, M., *Guerres justes et injustes*, Belin, 1999 ; Rawls, J., *Paix et démocratie, Le droit des peuples et la raison publique*, Boréal, 2006.

⁴Walzer, M., *Guerres justes et injustes*, Belin, 1999. p. 313.

plus large, en fournissant des critères moraux de prise de décision aux dirigeants. Il faut donc que la tradition soit restaurée, ou à tout le moins le *jus in bello* interne. Je laisserai ouverte la question de l'appartenance de l'heuristique proposée à la tradition de la guerre juste, mais je crois que c'est dans cette voie que doit se diriger toute réponse à la question du traitement des citoyens par son propre État.

Nous explorerons dans un premier temps la proposition d'Orend sur le *jus in bello* interne et nous verrons qu'elle prête front à l'argument de l'échelle mobile. Afin d'éviter le problème de l'échelle mobile, nous proposerons une heuristique afin de guider les « decision-makers on the appropriateness of their conduct⁵ », ce qui constitue un des buts des théories de la guerre juste. L'enjeu global de cet essai est la capacité des théories de la guerre juste de proposer un *jus in bello* interne. Nous croyons qu'une telle chose est possible mais que la proposition d'Orend n'est pas la bonne. Par contre, si notre proposition ne passe pas le test de l'échelle mobile, de graves réserves peuvent être émises envers la tradition de la guerre juste, car elle ne serait pas à même de fournir une réponse acceptable au problème du traitement des citoyens d'un pays en guerre. Cette seconde possibilité demeurera ouverte à la fin de cet article.

Orend et le *jus in bello* interne, le respect du *jus ad bellum* et du *jus in bello* externe.

Maintenant que nous avons établi la question qui nous intéresse, soit le traitement des citoyens par le gouvernement en temps de guerre, il est temps de s'intéresser à la proposition d'Orend. Celle-ci se divise en deux grands principes. Le premier est le respect des règles externes du *jus ad bellum* et du *jus in bello* et le second de respecter les droits humains de sa population. Nous suivrons dans l'ordre ces deux grands principes et nous en profiterons pour mentionner les propositions d'Orend concernant le *jus ad bellum* et le *jus*

⁵« War » dans *Stanford Encyclopedia of philosophy*, par B. Orend, accessible à <http://plato.stanford.edu/>.

in bello. Nous passons rapidement sur ces catégories car d'une part, elles ne sont pas essentielles à notre exposé et, d'autre part, elles font globalement consensus chez les théoriciens. En effet, notre réflexion portera plus précisément sur le respect des droits humains par son propre gouvernement en temps de guerre.

Lorsqu'un État entre en guerre, il doit respecter six critères afin que sa guerre puisse être considérée juste. Il doit avoir une cause juste, avoir une bonne intention, que l'autorité compétente déclare publiquement l'entrée en guerre, que la guerre soit véritablement le dernier recours, que cette guerre ait une probabilité de succès et que les bénéfices pouvant en être retirés soient proportionnels aux coûts qu'elle engendrera⁶.

Pour ce qui est des actions d'un État en guerre, on se référera à la catégorie du *jus in bello* afin d'y trouver conseil. Orend nous dit qu'un État en guerre doit respecter huit critères : discrimination et immunité des non-combattants ; quarantaine bienveillante des prisonniers de guerre, attention portée aux civils ; doctrine du double effet ; proportionnalité ; aucun usage de moyen qui seraient *mala in se* ; pas d'action guidée par la vengeance ; respect de tous les traités concernant le *jus in bello*⁷.

Le premier versant du *jus in bello* interne a pour fonction de réaffirmer que l'État a une obligation morale de respecter ces normes non seulement à l'égard de la communauté internationale, mais aussi envers sa propre population, car, après tout, c'est en leur nom et pour défendre leurs droits que l'État part en guerre⁸.

Le *jus in bello* interne et le respect des droits humains

Le second volet de la proposition d'Orend s'interroge sur le respect des droits humains en temps de guerre. Il est vrai qu'une partie de cette question est traitée par le *jus in bello*, mais elle ne s'applique

⁶Orend, B., *The morality of war*, Broadview press, 2006. p.136-7.

⁷*Ibid.*

⁸*Ibid.*, p.127.

qu'aux civils et militaires du pays ennemi. On laisse donc vacant tout le champ du respect des droits humains des civils et militaires du pays allant en guerre. Il est pourtant courant que les populations des États en guerre subissent les conséquences de celle-ci⁹. C'est pourquoi Orend se questionne sur le traitement qu'un pays en guerre inflige à sa propre population. Il s'intéresse au cas précis des citoyens et des militaires. Il défend une position absolutiste en soutenant que certains droits humains sont inviolables.

Je présenterai d'abord la proposition générale d'Orend. Je proposerai ensuite une critique qui soulignera les imprécisions et les impossibilités de sa proposition. Finalement, je soutiendrai une thèse qui saura répondre aux impossibilités et imprécisions de la thèse d'Orend. Ce sera une thèse flexible, en accord avec le droit de la guerre et d'une application générale. Cette proposition aurait l'avantage, parce que de nature procédurale, de ne pas porter flan aux imprécisions et au problème de l'échelle mobile que nous trouvons dans la thèse d'Orend.

Au fondement de cette réflexion se trouve le rôle du gouvernement, qui est de protéger et de promouvoir au mieux de ses capacités le bien-être de ses citoyens. C'est ainsi qu'il devrait veiller, en tout premier lieu, à la réalisation des droits humains. La réflexion est donc la suivante : si en temps de crise, les gouvernements tentent de réduire les droits humains des populations, alors il faut encadrer leurs demandes en dressant une liste de droits qui seraient inviolables sans égards aux circonstances. Il existerait donc deux catégories de droits humains : la première qui n'est pas essentielle et qui peut être limitée ou abrogée en situation d'urgence et la seconde absolument inviolable.

Mais, il existe aussi une tendance, à laquelle s'identifie Orend, qui s'éloigne de la possibilité de déroger à certains droits humains en temps de crise. Ce mouvement, que nous pouvons qualifier d'absolutiste¹⁰, argumente que la nature même des droits humains pré-

⁹*Ibid.*, p.130.

¹⁰Walzer, M., *Guerres justes et injustes*, Belin, 1999. p. 317

vient leur abrogation. En effet, quel genre de droits humains peut-on mettre de côté lorsqu'il devient difficile de les remplir ? Comment peut-on distinguer entre des droits humains fondamentaux et ceux qui sont accessoires ? Peut-on vraiment nommer droit humain ce qu'on pourrait retirer en temps de crise ? Selon Orend, la réponse est non¹¹. Cela ne veut pas pour autant dire que l'on doit empêcher l'État de faire son travail en situation d'urgence. Il faut éviter de tomber dans l'inflation des droits humains et les désigner avec parcimonie. Ainsi, Orend limitera à cinq les droits humains fondamentaux desquels on ne peut déroger même en temps de crise extrême. Avant d'aller plus loin, voyons comment Orend justifie l'existence des droits humains et leur contenu.

C'est dans *Human rights : concept and context* qu'il proposera une argumentation sur l'existence des droits de l'Homme. Sans entrer dans les détails, car cela nous détournerait de notre projet qui vise à comprendre le fondement du *jus in bello* interne et non pas celui des droits humains, sa stratégie est de dériver du principe « il ne faut pas faire de tort à autrui » l'existence et le contenu des droits humains. Il est raisonnable, afin de ne pas heurter autrui, de faire ce qui est possible, et qui n'implique pas un coût trop élevé, afin de respecter une conception mince de la vie bonne. Ce respect minimal des conditions de possibilité d'une vie bonne, qui implique une certaine aide active en plus de la non interférence, est le respect des droits humains. En effet, si on ne respecte pas les droits humains, on causerait du tort à autrui. Or, causer des torts à autrui sans justification est universellement immoral. C'est pourquoi il faut respecter les droits humains de chacun : « the reason each of us has to respect the human rights of others – in addition to demanding respect for our own- is that failure to show such respect is to cause them grievous harm¹². »

Il existe cinq droits fondamentaux : droit à la sécurité personnelle, à la subsistance matérielle, à la liberté personnelle, à une égalité élémentaire et à la reconnaissance sociale. On arrive aux cinq

¹¹*Ibid.*, p.129.

¹²Orend, B., *Human right : concept and context*, Broadview Press, 2002. p. 94-7.

droits fondamentaux en réfléchissant sur quatre points différents. Après avoir accepté comme point de départ l'axiome « Chacun a droit de vivre une vie minimalement bonne », (1) on se questionne sur ce que veut dire et ce qu'implique une vie minimalement bonne. (2) Il faut ensuite réfléchir sur l'identité de celui qui mènera cette vie minimalement bonne. (3) Le troisième sujet de réflexion est le contexte dans lequel se meut l'être humain possédant des droits. (4) Finalement, il faut s'interroger sur les coûts reliés au respect des besoins que nous considérons vitaux pour toutes personnes désirant mener une vie minimalement bonne. Le résultat sera « a list of abstract objects which is thin, minimal, affordable and universally enjoyable- yet still vital, valued and substantive¹³ ».

Par contre, ces droits sont éminemment vagues, ce sont des droits de premier ordre et c'est à partir d'eux que nous pouvons déduire les droits de second ordre, c'est-à-dire les conditions de réalisation concrètes des droits de premier ordre. Afin de trancher, nous suggère Orend, il faut revenir aux quatre étapes et se poser les mêmes questions en ayant comme principe de base les cinq droits fondamentaux. On s'interrogerait ainsi sur ce qu'implique conceptuellement, par exemple, la liberté personnelle, sur ce qu'elle veut dire pour l'ayant droit, sur le contexte dans lequel elle se réalise et sur les coûts qui y sont liés.

Orend affirme que, malgré un espace de discussion très large, les droits de second ordre seront toujours limités par les cinq droits fondamentaux, par des considérations de coût et par la qualité de l'argumentation menant des cinq fondamentaux aux droits de deuxième ordre¹⁴. En plus de cela, nous avons des limites sur les raisons pouvant être invoquées pour justifier l'abrogation temporaire de droits de second ordre : on ne peut opposer un droit de premier ordre à un autre, en tant qu'ils sont des droits naturels. De plus, le devoir premier des gouvernements est de respecter et promouvoir les droits humains de sa population car « why should citizen care if they still

¹³*Ibid.*, p. 119.

¹⁴*Ibid.*, p.123.

have their lives if such lives are not minimally good anyway – if they are not worth living¹⁵ ? » Nous savons aussi que c'est au gouvernement de justifier toute abrogation des droits humains en temps de crise¹⁶. Finalement, nous avons le principe d'inviolabilité des droits humains et celui d'adaptation des droits de second ordre selon les personnes et les contextes¹⁷.

Le débat concernant les droits de second ordre doit se faire, car ce sont eux qui assurent concrètement les droits humains et c'est leur abrogation qui est en jeu en temps de guerre. En effet, avoir droit à la liberté ne veut rien dire, ce n'est qu'en comprenant que ce droit implique la liberté de conscience, de parole et de la presse, par exemple, que l'on commence à comprendre ce qu'elle signifie et son importance. De plus, c'est au niveau des droits de second ordre que se trouve l'imprécision qui pourrait fournir à ceux qui le désiraient suffisamment de marge de manoeuvre pour limiter les droits en temps de crise. Il faut plus que des paroles et des engagements vagues pour concrétiser les droits humains.

Quelques imprécisions de la proposition d'Orend : le vague de la procédure

Nous croyons que la proposition présente deux problèmes particuliers soulevant des questions fondamentales concernant l'approche privilégiée par Orend. Nous verrons dans un premier temps les imprécisions que nous trouvons dans sa thèse. Nous croyons que le problème d'imprécision à la base de l'approche d'Orend n'est pas qu'ac-

¹⁵Orend, B., *The morality of war*, Broadview press, 2006. p.130.

¹⁶« The general answer is that governments must be committed to respecting each and every bona fide human rights claim made by civilian or soldier. » Orend, B., *The morality of war*, Broadview press, 2006. p.129 et « In this event, the heaviest burden rests with any government proposing any such restriction – it must have a clear and manifest connection to the legitimate operation of an otherwise justified war. » *Ibid.*, p.131.

¹⁷*Ibid.*, p.129 et et Orend, B., *Human right : concept and context*, Broadview Press, 2002. p. 119.

cidental mais bien inhérent à sa thèse. Ainsi, après avoir noté les imprécisions, nous montrerons qu'elles ne sont pas qu'accidentelles et qu'elles entraînent le problème de l'échelle mobile.

La première imprécision que nous désirons soulever est la méthode menant à la détermination des droits humains de premier ordre. Afin de s'assurer que les critères du *jus in bello* interne relatifs au respect des droits humains internes en temps de guerre soient respectés, il faut avant tout déterminer quels sont ces droits humains. Or, nous ne croyons pas qu'Orend y parvienne. Une part des problèmes qu'il rencontre est due à la thèse constructiviste objective qu'il défend. C'est une thèse constructiviste car il imagine que quiconque suivant ses critères de réflexion arrivera à la conclusion qu'il lui faut les cinq droits fondamentaux. C'est un constructivisme objectif car c'est le sujet qui, ayant porté attention aux questions fondamentales, arrivera à la même conclusion que Orend. Les questions fonctionnent comme des contraintes devant orienter notre réflexion afin que nous arrivions tous à la même conclusion. Or, rien ne prouve que quiconque réfléchissant à cette question arrivera à la même conclusion sur les cinq droits fondamentaux¹⁸.

Mais la situation se corse lorsqu'on en vient aux droits de second ordre. Il existe en effet aujourd'hui une forme de consensus sur ce qu'Orend appelle les droits de premier ordre. Par contre, on ne peut compter sur ce type de consensus lorsqu'il est temps de discuter des droits de second ordre. Or, vu la justification consensualiste des droits de premier ordre et étant donné l'imprécision de la procédure pour arriver à déterminer les droits de second ordre, nous ne croyons pas qu'il soit possible de s'entendre sur ce minimum nécessaire. De plus, Orend ne nous propose aucune liste complète qu'il considérerait comme un minimum. La stratégie d'Orend visant à déterminer un ensemble de droits dont on ne pourrait déroger sous aucune circonstance est mise à rude épreuve par le fait que ces droits demeurent indéterminés.

¹⁸Shafer-Landau, R., *Moral Realism, a defence*, Oxford University Press, 2003, p. 40.

La cause de ces deux problèmes est, selon-nous, la procédure elle-même. Celle-ci comporte quatre étapes. La première est un questionnement sur la signification de l'objet, la seconde sur la signification du sujet, la troisième sur le contexte et la quatrième sur les coûts. Or, il est difficile d'en arriver à la même conclusion que lui si l'on ne partage pas déjà la conception de la société, de l'être humain, des caractères importants du contexte et du type de coûts à considérer qui sont les siens et qui sont au centre de la procédure.

Quelques problèmes théoriques de la proposition d'Orend : le problème de l'échelle mobile

Ces imprécisions nous mènent à la seconde étape de la critique que nous voulions adresser à la thèse défendue par Orend, qui est plus substantive et table sur ce qui nous semble être de graves problèmes théoriques. Les imprécisions au centre de la thèse soutenue par Orend ne sont pas qu'accidentelles et elle est susceptible de porter flan aux problèmes de l'échelle mobile, ce qui reviendrait à nier le principe d'inviolabilité qui est au centre de sa thèse, en plus d'imposer une certaine réserve sur la pertinence des théories de la guerre juste. En effet, si nous en venions à adopter une forme du principe de l'échelle mobile, tel que défini plus haut, cela risquerait de relativiser les critères de la guerre juste, à tout le moins concernant le *jus in bello* interne, et ainsi de permettre des actions qui iraient à l'encontre de certains droits humains. La tradition de la guerre juste ne remplirait alors plus adéquatement son rôle de conseil auprès des dirigeants, permettant tout et n'importe quoi.

D'abord, il serait facile d'accuser d'ethnocentrisme la thèse d'Orend. En effet, afin d'arriver à la conception des droits de second ordre que défend Orend, bien qu'elle soit très vague et embryonnaire, il faudrait partager avec Orend la même conception de l'être humain et de la société liés à chaque droit. Cela nous mène à notre seconde critique, celle de relativisme. Même si nous arrivions à nous entendre sur une conception de la personne et de la société, il y aurait toujours

un contexte et des coûts reliés à certains droits qui seraient différents entre les sociétés vu la diversité des ressources disponibles. La thèse d'Orend semble permettre de grandes disparités entre les différents contextes. Or, cela va à l'encontre de la conception universelle des droits de l'homme à laquelle Orend souscrit.

Ces problèmes d'ethnocentrisme et de relativisme nous mènent au problème de l'échelle mobile. Ils fournissent tous deux assez de variation aux critères pour pouvoir affirmer que la justesse de la guerre modifie son contexte, et donc les droits de second ordre qui sont les critères de la guerre juste, et que les critères que nous utilisons sont relatifs à une société donnée. On pourrait donc remettre en doute l'engagement d'Orend envers l'inviolabilité des droits humains. L'essentiel des droits humains se trouve dans les droits de second ordre et ceux-ci peuvent varier selon les contextes. Il y a en effet un espace de jeu entre les droits de premier ordre et les droits de second ordre qui permettrait une variation très grande. La seule limite à la marge de manoeuvre est l'interprétation du contexte. Or, si l'interprétation des cinq droits fondamentaux varie selon les contextes, alors nous avons *de facto* une possibilité de dérogation aux droits humains, ce qui va à l'encontre de l'engagement d'Orend de proposer une thèse ne permettant pas la violation des droits. En somme, le pluralisme et la flexibilité qu'il entend mettre de l'avant se traduit *in concreto* par une thèse permettant de déroger aux droits humains en situation d'urgence, c'est-à-dire lorsque le contexte change. On peut donc imaginer sans trop de difficulté que lorsqu'une guerre nous confronte à un ennemi qui mène une guerre injuste ou dont les conséquences seraient horribles, le contexte est tel que presque toutes les dérogations sont permises. De plus, l'interprétation du contexte se fait par les personnes possédant l'information pertinente et les critères sont relatifs à la société dans laquelle cette personne vit. Ces personnes sont généralement en nombre réduit, d'où le danger de la pensée de groupe qui mène souvent à la radicalisation des décisions¹⁹, les mesures d'urgence entraînent généralement un

¹⁹Cooper, P. J., *By order of the president, the use and abuse of executive direct action* ,

accroissement de leur propre pouvoir, ce qui pave la voie à l'arbitraire, et ce sont les personnes ayant le plus à perdre politiquement d'un échec militaire, ce qui les pousse à tout faire pour justifier leur conduite.

Le problème de l'échelle mobile est inquiétant car il « est utilisé pour ouvrir la voie à des calculs d'ordre utilitariste²⁰ ». Cette approche remet en cause les fondements mêmes des théories de la guerre juste car elle permet de passer outre les conventions lorsque, dans une situation d'urgence, nous jugeons avoir une cause juste de combat. De plus, avec une approche uniquement utilitariste qui intègre des considérations de cause juste, cela risquerait d'aller à l'encontre de principe d'égalité fondamental. En effet, il semble juste d'affirmer que l'internement des citoyens d'origine japonaise sur la côte ouest américaine pendant la deuxième guerre mondiale pourrait être justifiable sous le principe de l'échelle mobile. La cause est juste, se défendre d'une agression, et le danger est imminent, danger de débarquement et d'invasion, donc ceux qui pâtissent des mesures et qui voient leurs droits limités ne peuvent se plaindre, avec l'argument de l'échelle mobile, sans, du même souffle, remettre en cause la justesse de la guerre. Or, cet internement est souvent cité comme un abus flagrant des gouvernements en temps de guerre.

Une approche alternative : un seuil minimal et une heuristique de décision

Nous avons cerné la source des problèmes qu'encourt Orend dans sa proposition du *jus in bello* interne dans son utilisation de critères de droits humains substantifs à l'intérieur d'une approche fondationnaliste. En effet, le fait de tenter d'y recourir entraîne nécessairement des imprécisions qui mènent au problème de l'échelle mobile et ces problèmes théoriques nous forcent à proposer une solution alternative. Le problème de l'échelle mobile que nous avons trouvé dans le

University Press of Kansas, 2002. p. 192.

²⁰Walzer, M., *Guerres justes et injustes*, Belin, 1999. p.357.

jus in bello interne est peut-être applicable aux théories de la guerre juste en général, ce qui imposerait un bémol important sur la capacité à a tradition de la guerre juste de proposer des critères servant de guide aux actions des dirigeants, mais une telle discussion dépasserait largement le spectre de recherche de cet article.

Parce que l'engagement envers l'inviolabilité des droits humains est impossible dans le contexte théorique proposé par Orend, nous croyons que le *jus in bello* interne doit s'écarter de propositions substantives concernant les droits humains et adopter une approche qui prend son point de départ dans la « société décente » de Rawls. L'utilisation de ce minimum acceptable évite de tomber dans les imprécisions et les problèmes que nous avons soulevés dans le cadre de l'approche d'Orend.

L'approche de Rawls met de l'avant deux éléments que nous avons mentionnés en introduction : l'État décent doit rechercher la paix et avoir un système juridique assurant les droits humains. Ces droits humains sont au nombre de quatre :

le droit à la vie (aux moyens de subsistance et de sécurité) ; à la liberté (l'absence de soumission à l'esclavage, au servage, à une occupation forcée, et une certaine liberté de conscience pour permettre la liberté de pensée et la liberté religieuse) ; à la propriété personnelle ; à l'égalité formelle telle que l'expriment les règles de la justice naturelle (c'est-à-dire que les cas similaires doivent être traités de la même manière²¹).

Nous croyons que la détermination de ces droits est suffisamment précise pour ne pas être vulnérable au problème de l'échelle mobile. En effet, le droit à la vie et à la sécurité peut être assimilé à un minimum vital et à l'absence d'un pouvoir arbitraire de vie ou de mort par quiconque sur quiconque. La liberté est aussi définie en terme assez clair et il est raisonnablement possible de déterminer un système basé sur l'esclavage. Il en va de même pour la propriété personnelle

²¹Rawls, J. *Paix et Démocratie, Le droit des peuples et la raison publique*, Boréal, 2006. p. 83.

et l'égalité formelle. Il est en général possible de déterminer dans une quelconque société si la propriété personnelle est permise et si les cas similaires sont traités de façon similaire. Le flou et les imprécisions qui permettraient de critiquer la proposition d'Orend nous semblent ici avoir été évités.

Il faut tout de même admettre que la détermination d'un minimum nécessaire de droits humains ouvre la porte au même problème que la proposition d'Orend, à savoir celui de l'échelle mobile. Par contre, nous croyons que ces droits, parce qu'ils sont absolument minimaux et très déterminés n'aboutissent pas au même problème théorique. En effet, c'est l'amplitude, vague et indéterminée, des droits de second ordre proposés par Orend qui pose problème. Nous croyons qu'il est nécessaire, si l'on veut s'inscrire dans la tradition de la guerre juste, de formuler un minimum de droits qui soit absolument inviolables, car ils fourniront des guides clairs de décisions. En effet, ce n'est pas n'importe quel État qui devrait avoir le droit, en accord avec les théories de la guerre juste, de réduire, en situation d'urgence, les droits de ses citoyens. On pourrait permettre, dans une certaine mesure, à tout État de droit de réduire les droits humains, sous une justification appropriée, jusqu'au seuil minimum des sociétés décentes. Mais accepter qu'un État ne respectant pas ce minimum vital fasse de même semble problématique. De plus, se défaire de ce minimum nécessaire équivaudrait à rejeter les théories de la guerre juste pour adopter une approche réaliste et pragmatique. Nous ne sommes pas ici pour juger de la tradition entière de la guerre juste, mais si ces critères ne passent pas le test de l'échelle mobile, toute tentative de fonder *un jus in bello* interne à l'intérieur de la tradition de la guerre juste semble vouée à l'échec car les critères devenus fluides ne pourraient servir de guide pour la prise de décisions. C'est une réflexion qu'il faudrait par ailleurs tenir. Mais, et il faut bien le mentionner, cela n'équivaut pas à un retrait complet de ce champ de questionnement, mais seulement à un changement d'approche. Nous croyons par ailleurs, mais cela n'est pas le but de cet article, que notre thèse pourrait fonctionner indépendamment de ce seuil minimal.

Notre proposition prendra comme point de départ l'état actuel des choses avant la guerre, en ayant comme seuil minimal la société décente de Rawls, et tentera de déterminer si les dérogations demandées en temps de guerre sont acceptables ou non. Nous poserons trois questions afin de déterminer si les dérogations proposées par le gouvernement sont acceptables : 1) Est-ce possible ? 2) Est-ce permis ? 3) Est-ce efficace ? Ces trois questions visent à assurer la proportionnalité des mesures mises de l'avant en temps de guerre.

La question de la possibilité fait référence aux arrangements institutionnels de l'État. Sommairement, la question est de savoir si la mesure est en accord avec la loi fondamentale du pays, si la constitution le permet. La seconde question est de nature proprement morale. Nous tenterons de déterminer certains critères moraux qui doivent nous servir pour évaluer les demandes de dérogations du gouvernement. Cette catégorie vise à respecter l'esprit de la loi. La troisième question, quant à elle, s'interrogera sur l'efficacité des mesures proposées. Il serait en effet aberrant de limiter les droits humains sans que cette limitation permette d'atteindre les buts visés.

Ces questions sont posées dans un ordre lexical. On ne devrait se poser la question de la permissivité qu'après avoir déterminé s'il était possible de mettre en branle une telle mesure et l'on ne devrait se poser la question de l'efficacité qu'après s'être posé celle de la permissivité. Cet ordre cherche à respecter une intuition fondamentale. Il faut empêcher de balancer l'efficacité et la permissivité légale ou morale comme le fait l'échelle mobile²². L'ordre lexical permet précisément de faire cela car il « évite (...) d'avoir jamais à mettre en balance des principes²³ ». Nous croyons que la question la plus fondamentale est celle de la possibilité légale de telles mesures, car la légalité est la pierre angulaire de l'État de droit et le meilleur moyen de lutter contre l'arbitraire. Ensuite vient la moralité, car toute loi doit être justifiable en termes moraux. Il faut donc que ces mesures soient en accord avec l'esprit de la loi. C'est seule-

²²Walzer, M., *Guerres justes et injustes*, Belin, 1999. p. 357.

²³Rawls, J., *Théorie de la justice*, Édition du Seuil, 1987. p.68.

ment après avoir répondu à ces deux questions que nous pouvons nous interroger sur l'efficacité de telles mesures. S'interroger sur l'efficacité des mesures permet aussi de mettre à jour un quelconque agenda caché qui utiliserait l'état d'urgence comme paravent à des intentions moins avouables. Cette série de questions permet aussi de passer du champ le plus large de possibilité au plus petit. En effet, il existe un plus grand nombre de mesures permmissibles que de mesures moralement acceptables et un plus grand nombre de mesures moralement acceptables que de mesures appropriées aux buts fixés.

Est-ce légal ? Les demandes de dérogations et la loi fondamentale

La première question que l'on doit poser à quiconque tente de modifier des droits humains dans une situation d'exception est celle de la possibilité de le faire en regard de la loi fondamentale de la société décente. La question est d'une importance capitale car lorsque survient une véritable situation d'urgence, l'État n'a d'autres choix que d'agir. Nous croyons en effet que n'importe quel État, face à une menace qui met en péril l'existence même de la communauté politique, agira et qu'un manque de sa part serait une faute grave. De plus, les urgences comme les menaces à la sécurité nationale motivant un état d'exception sont une chose assez commune et sur laquelle il faut réfléchir²⁴. Par contre, il ne faut pas croire que toutes les guerres entraînent nécessairement des situations d'urgence justifiant l'état d'exception. Il faut, comme le fait Ackerman²⁵, distinguer deux types de menace qui entraînent différents degrés d'urgence. Le premier est un danger existentiel qui met en péril la survie même de la société. La seconde est un empiètement effectif sur la souveraineté. Le parangon du danger menaçant l'existence même de la so-

²⁴International Commission of Jurist, *States of emergency their impact on human rights*, 1983. p. 413.

²⁵Ackerman, B., *Before the Next attack, preserving liberty in an age of terrorism*, Yale University Press, 2006. p. 170-3.

ciété est la seconde guerre mondiale pour les Alliés ou une sérieuse guerre civile. Par contre, certaines guerres ou attaques n'ont pas la même envergure et ne menacent pas au même niveau les États. Que l'on pense aux attaques ciblées contre les États-Unis, que ce soit l'attaque de l'USS Cole en 2000 ou même les attentats du 11 septembre 2001. Bien que ces expériences soient traumatisantes, la survie de la société n'est à aucun moment menacée. Il faut donc bien mesurer la menace et ne pas prendre toutes les situations d'urgence sur un pied d'égalité ; certaines mènent à un état d'exception et d'autres pas. Mais lorsque survient un danger menaçant l'existence même de la société, l'État peut agir de manière légale ou extralégale.

Le danger le plus grave survient lorsqu'une situation d'exception est invoquée dans un cadre extralégal ou, quand il y a une situation d'exception *de facto*²⁶. En effet, ce type de situation équivaut à une suspension de la règle de droit. On voit alors jaillir un pouvoir arbitraire qui a tendance à persévérer dans le temps au-delà de la situation d'urgence initiale. Ce dernier pourrait, s'il agissait illégalement, refonder les principes de l'État en situation d'urgence, ce qui paverait la voie à la tyrannie. Il faut donc que cette action soit encadrée légalement. C'est pourquoi il faut absolument que les États minimalement justes soient équipés de processus leur permettant de gérer de façon légale les situations d'urgence, que ce soit sous la forme proposée par Ackerman d'une constitution d'urgence²⁷ ou par des procédures courantes²⁸.

Notre première recommandation est donc que les situations d'exceptions soient toujours inscrites dans un cadre légal. Cette prescription est fondée sur le rejet de la conception schmitienne du politique qui fait précisément de la capacité à déclarer l'état d'exception le fondement du pouvoir souverain. Ce rejet est fondé sur l'idée que la

²⁶International Commission of Jurist, *States of emergency their impact on human rights*, 1983. p. 413.

²⁷Ackerman, B., *Before the Next attack, preserving liberty in an age of terrorism*, Yale University Press, 2006. p. 77-100.

²⁸International Commission of Jurist, *States of emergency their impact on human rights*, 1983. p. 459-61.

souveraineté est toujours populaire, que la loi n'est légitime que si elle émane du pouvoir souverain et sur les conséquences possiblement désastreuses d'une telle théorie.

Lorsque les situations d'exceptions se produisent dans un cadre légal, les changements qu'elles entraînent peuvent être de deux ordres : explicites ou implicites. L'État faisant face à une urgence se doit d'agir et le système légal doit s'adapter car il en va parfois de la survie même du régime. En ce sens, pour reprendre les paroles connues du juge de la cour suprême américaine, la constitution n'est pas un pacte de suicide²⁹. Les États en situation d'urgence auront tendance à réévaluer les droits qu'ils accordaient auparavant. Quand ils le font de manière implicite, ils se basent sur une réinterprétation des garanties constitutionnelles. Cette réinterprétation se fera, dans une société bien ordonnée, à l'aide du pouvoir judiciaire qui réinterprètera les garanties aux droits humains à la lumière des circonstances.

Deux conceptions de la constitution s'affrontent dans ce débat : une conception évolutive et une conception statique³⁰. La crainte des tenants de la conception statique est qu'une première restriction des droits de la population n'entraîne une expansion abusive du pouvoir de l'État au détriment des droits humains. Or, soutient Posner, cet argument de la pente glissante ne se vérifie pas historiquement³¹. Les compromis faits au moment de la guerre civile, de la seconde guerre mondiale et du maccarthysme ne se sont pas prolongés dans le temps. Il n'y a aucune raison pour croire que tel serait le cas aujourd'hui. De plus, les tenants d'une interprétation évolutive de la

²⁹ « While the constitution protects against invasions of individuals rights, it is not a suicide pact » Justice A. Goldberg, For the court, in *Kennedy vs. Mendoza-Martinez*, cité dans Posner, Richard A., *Not a suicide Pact, The constitution in time of national Emergency*. New York : Oxford University Press, 2006.

³⁰ Nous faisons ici référence aux positions soutenues, pour l'approche statique, par l'American Civil Liberty Union, le Cato's Institute et la Future Freedom Foundation et D. Cole. En ce qui regarde l'approche évolutive, nous ferons référence, entre autres, à B. Ackerman, R. A. Posner, M. Ignatieff et L. Fisher.

³¹ Posner, R. A., *Not a suicide Pact, The constitution in time of national Emergency*. New York : Oxford University Press, 2006. p. 44-5.

constitution affirment que l'évolution est non seulement nécessaire mais qu'elle se fait *de facto* par le pouvoir judiciaire. Il y a évolution *de facto* car certaines situations ne pouvaient être prévues au moment de la fondation. De plus, il est nécessaire que la constitution évolue car les circonstances ne sont plus les mêmes qu'à la fondation. Le danger de l'approche statique est que la constitution, ne pouvant s'adapter, soit rendue obsolète par les circonstances. Cette situation serait dangereuse car on serait forcé d'agir à l'extérieur de la loi et le pouvoir deviendrait arbitraire.

Par contre, les partisans d'une approche pragmatique et évolutive de la constitution n'ont pas absolument raison. Ils ne prennent pas en compte les préjudices subis par les victimes. Nous sommes en droit d'être prudent lorsqu'il vient le temps de modifier l'interprétation de la loi fondamentale du pays, principalement lorsqu'il s'agit de mesures prises en situation d'urgence. Le problème de la modification implicite des droits humains en situation d'exception est que ce qui devait être à la base temporaire peut facilement devenir permanent. En effet, en modifiant par une procédure normale les droits garantis aux citoyens, cette modification risque fort bien de s'inscrire dans le cours normal des choses. Il faudrait empêcher que les guerres, en tant que situation d'urgence requérant un état d'exception, soient saisies comme des opportunités pour les gouvernements d'augmenter leur pouvoir au détriment des citoyens. De plus, la modification de l'interprétation des libertés civiles se fait par les juges. Or, l'organe législatif devrait être amené à se prononcer sur le sujet, étant donné que cela ressort davantage de la création des lois que de l'application de celles-ci. Finalement, toute modification de la pratique de la constitution entraîne des précédents qui eux-mêmes servent de justification aux actions futures, ce qui risquerait d'entraîner l'État dans une spirale dangereuse, chaque action douteuse servant de justification à la prochaine³². Il faut donc que les décisions prises en situation

³²Fisher, L., *Nazi Saboteur on trial and American Law*, University Press of Kansas, 2003. p. 171 et Cooper, P. J., *By order of the president, tu use and abuse of executive direct action*, University Press of Kansas, 2002, Chap. 8.

d'urgence le soient explicitement afin que les précédents ne puissent servir en situation normale.

C'est pourquoi nous suggérons que les modifications faites aux droits humains en situation d'urgence le soient de manière explicite. Cela permettrait de distinguer, particulièrement dans des situations d'urgence qui ne sont pas des menaces vitales, entre des situations à court terme et à long terme. En effet, en établissant clairement que les menaces sont temporaires, les mesures d'urgences le seront vraisemblablement aussi³³. De plus, plusieurs clauses devraient entourer cette dérogation aux droits motivée par la situation d'urgence. En ce qui concerne la déclaration de la situation d'urgence, la constitution devrait spécifier clairement la procédure pour sa déclaration en plus des conditions qui peuvent motiver une telle déclaration en plus des conditions qui peuvent motiver une telle déclaration. Si le pouvoir exécutif a le pouvoir de déclarer les situations d'urgence, l'appui de la branche législative devrait être requis après une certaine période. Toute déclaration de la situation d'urgence devrait spécifier la durée de l'état d'exception. La déclaration devrait aussi spécifier certains droits desquels on ne peut déroger, même en situation de menaces existentielles. En plus de certains droits inviolables, la structure de base et les institutions fondamentales ne devraient pas être altérées en situation d'urgence. Finalement, une fois la situation d'urgence terminée, tous les droits qui avaient été suspendus doivent être restaurés³⁴. Il est important de préciser que ces éléments ne sont pas nécessairement liés aux procédures démocratiques et peuvent être implantés dans n'importe quel État de droit ou société décente.

Nous croyons qu'avec ces critères de base qui restreignent légalement les déclarations de situations d'urgences, les chances qu'elles engendrent des régimes tyranniques se trouvent limitées. En résumé, on ne peut refuser à un État d'agir, quand la situation le requiert, par des moyens extraordinaires, mais ces moyens doivent être encadrés

³³Ackerman, B., *Before the Next attack, preserving liberty in an age of terrorism*, Yale University Press, 2006.. p. 173.

³⁴International Commission of Jurist, *States of emergency their impact on human rights*, 1983. p. 459-61.

légalement, afin que les conséquences fâcheuses ne dépassent pas le bien recherché par celles-ci.

Est-ce moral ? Les demandes de dérogations et leur moralité

La question de la moralité des mesures mises de l'avant par les gouvernements en temps de crise est de toute première importance. En effet, ces mesures doivent être moralement acceptables afin qu'elles soient considérées juste par les citoyens qui les subissent. Les contraintes morales que nous devons imposer à l'évaluation des mesures prises en situation d'urgence doivent être les plus minces possibles. En effet, si nous arrivions avec une liste des droits ne pouvant être écartés, nous risquerions de porter flan aux mêmes critiques que nous avons adressées à Orend. C'est pourquoi nous proposerons une série de critères, les plus neutres possibles, afin de nous permettre d'évaluer chacune des demandes. Les critères sont au nombre de trois et forment un consensus dans la littérature sur le sujet.

Le premier est un principe conservateur. Tant Ignatieff³⁵, Cole & Dempsey³⁶ qu'Orend³⁷ s'entendent pour dire que les gouvernements en temps de crise ont tendance à exagérer l'évaluation de la menace qui pèse sur le pays et donc à exiger d'importantes concessions à la population. Si l'on observe les moments de l'histoire américaine récente, argumentent-ils, les restrictions aux droits humains ont été le plus souvent abusives. Que ce soit dans le cas des Japonais internés durant la seconde guerre mondiale, les persécutions dans le cadre du maccarthysme ou l'arrestation massive d'Américains d'origine arabe au lendemain du 11 septembre. De chacun de ces événements, nous pouvons dire *ex post facto* que les actions entreprises et demandées au nom de la sécurité nationale étaient exagérées. Par contre, il semble que les gouvernements apprennent de leurs erreurs

³⁵Ignatieff, M., *The lesser evil*, Penguin Canada, 2004.

³⁶Cole, D., and Dempsey J. X., *Terrorism and the Constitution. Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*. New York : The New Press, 2002.

³⁷Orend, B., *The morality of war*, Broadview press, 2006.

et ne peuvent plus répéter les mêmes actions une fois qu'elles ont été largement condamnées³⁸. En effet, la réaction a été bien plus mesurée, quoique encore excessive, au lendemain du 11 septembre en regard des Américains d'origine arabe en comparaison avec le traitement des Américains d'origine japonaise au lendemain de Pearl Harbor. Mais, afin de minimiser encore les risques d'abus, il faut toujours porter un regard sceptique sur les demandes et être de prime abord réfractaire à tout changement.

Le second principe est de ne pas aller à l'encontre des principes fondateurs de l'État de droit. Comme chez Orend on ne peut opposer deux droits de premier ordre, on ne peut, au nom de la sécurité nationale, accepter des mesures qui iraient à l'encontre des principes même de l'État. Ce principe, partagé par plusieurs auteurs, repose cependant sur la définition de ces principes fondateurs. Une grande part de la littérature récente sur le sujet s'attarde à la réaction aux menaces terroristes dans les démocraties. Ainsi, pour Cole & Dempsey, les principes sont la liberté politique, le droit à un jugement en bonne et due forme, l'imputabilité, la transparence gouvernementale, le droit au respect de la vie privée et le droit à un traitement égal³⁹. Les principes que propose Ignatieff sont moins chargés. Il invoque le principe de poids et contrepoids, le principe de publicité, le fardeau de la preuve, le dernier recours et celui de délibération publique⁴⁰. Dans notre projet d'être le plus inclusif possible afin de s'inscrire dans la tradition de la guerre juste, les principes s'inspireraient de la définition rawlsienne de la société décente. Ainsi, aucune mesure ne devraient aller à l'encontre des droits humains fondamentaux que sont le droit à la vie, à la liberté minimale, à la propriété personnelle et à l'égalité formelle⁴¹. Nous pourrions aussi suivre la réflexion de Walzer concernant les États génocidaires, qui par leurs

³⁸Stone, G. R., *War and liberty, an american dilemma : 1790 to the present*, New-York, W.W. Norton & Company, 2007. p.169.

³⁹Cole, D., and Dempsey J. X., *Terrorism and the Constitution. Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*. New York : The New Press, 2002. p. 243.

⁴⁰Ignatieff, M., *The lesser evil*, Penguin Canada, 2004. P. 1-12.

⁴¹Rawls, J., *Le droit des gens*, Éditions Esprit, 1996. p.64-67.

actions vont à l'encontre du concept même d'État⁴². Ainsi, si les actions envisagées par un État iraient à l'encontre du concept de société décente, il faudrait les rejeter.

Finalement, le dernier principe est celui de non-discrimination. Les mesures mises en œuvre ne doivent pas viser une partie de la population en particulier. En ce sens, on proscrie le profilage racial et le harcèlement d'une communauté. Deux raisons sont invoquées pour ce principe. Dans un premier temps, le profilage racial n'est pas une mesure efficace. La couleur de la peau ou notre pays d'origine ne sont pas de bons indicateurs de la menace. De plus, le profilage racial a tendance à susciter le ressentiment des collectivités qui le subissent, nuisant ainsi grandement aux enquêtes qui pourraient nécessiter leur collaboration⁴³. De plus, les mesures discriminatoires sont souvent fondées sur un raisonnement fautif. En effet, la tentation est grande de permettre à l'État de restreindre certains droits si ces droits ne nous touchent pas directement. Les droits reliés à l'immigration, à l'écoute électronique ou au profilage racial ne touchent qu'une portion de la population souvent déjà marginalisée. En effet, la question ne devrait pas être « quels droits des autres suis-je prêt à mettre de côté pour assurer ma liberté ? », mais bien « lesquels de mes droits suis-je prêt à mettre en veilleuse pour assurer ma liberté⁴⁴ ? » La question posée de cette façon, les citoyens seront bien moins enclin à restreindre les droits qu'on leur accordait auparavant.

Avec les critères moraux que sont le principe conservateur, ne pas aller à l'encontre des principes fondateurs de l'État et l'universalité des mesures mises en œuvre, nous croyons que les demandes du gouvernement peuvent être évaluées et, si elles s'y conforment, acceptées. Ces critères sont assez consistants pour éviter que des concessions trop importantes et immorales soient demandées aux citoyens en temps de crise sans toutefois paralyser complètement le gouver-

⁴²Walzer, M., *Guerres justes et injustes*, Belin, 1999. p. 174.

⁴³Cole, D., and J. X. Dempsey. *Terrorism and the Constitution. Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*. New York : The New Press, 2002. p. 221-3.

⁴⁴Luban, D.. « Eight fallacies about Liberty and Security » in *Human Right in the War on terror*, édité par R. A. Wilson, 2005. p. 244.

nement qui doit parfois agir rapidement. De plus, les mesures visant à réduire l'étendue des libertés civiles qui passeront le test devraient être moralement acceptables et donc appuyées par les citoyens.

Est-ce efficace ? Les demandes de dérogation et le but visé

La troisième question est l'efficacité des mesures mises de l'avant. C'est certainement l'aspect le plus difficile à évaluer dû aux circonstances entourant les situations d'urgence, mais c'est aussi un des plus important, car le contexte de peur entourant les situations d'urgence incitera les gouvernements à agir afin de calmer l'opinion publique et ce parfois au détriment de l'efficacité des mesures⁴⁵. En ce sens, il faut poser la possibilité théorique d'actions survenant en situation d'urgence nationale qui n'empièteraient pas sur les droits humains des citoyens.

En temps de guerre, la menace sécuritaire est l'enjeu le plus important. C'est au nom de la sécurité nationale que l'on met en place des mesures qui peuvent empiéter sur les droits humains, principalement sur la liberté, des citoyens. En ce sens, il est pertinent de se poser la question suivante : existe-t-il un lien direct entre sécurité et liberté ? Ces deux concepts sont-ils si liés qu'une diminution de l'un entraîne une augmentation de l'autre ? Nous croyons que le lien entre ces deux concepts n'est pas direct. Opposer liberté et sécurité est un raisonnement fautif car l'antonyme de la liberté n'est pas la sécurité mais bien la servitude et l'opposé de la sécurité n'est pas la liberté mais la vulnérabilité. Ce n'est pas en promouvant la servitude que l'on augmente la sécurité et ce n'est pas en étant vulnérable que l'on devient plus libre. La vulnérabilité et la servitude sont peut-être liées en un sens car la servitude entraîne la vulnérabilité, mais la liberté et la sécurité ne sont pas liées positivement. S'il n'y a pas de lien nécessaire entre ces deux concepts, on peut admettre qu'il est

⁴⁵Sunstein, C. R., *The laws of fear; beyond the precautionary principle*. Cambridge : Cambridge University Press, 2005. p. 204.

théoriquement possible d'assurer efficacement la sécurité sans toutefois mettre en péril la liberté des citoyens.

Mais il existe un véritable problème à juger de l'efficacité des mesures prises. En effet, aujourd'hui, seul le pouvoir exécutif détient l'ensemble des informations permettant de prendre une décision éclairée. Un tel état de fait peut être nécessaire à certains moments car la transparence pourrait elle-même devenir une menace à la sécurité nationale. Souvent, la seule façon de juger de l'efficacité des mesures sera *ex post facto*, mais avec une limitation temporelle de la situation d'urgence, avec les critères moraux d'imputabilité, de débat public et de transparence, cela nous permet de juger de l'efficacité des mesures. Il se peut qu'il soit trop tard et que les mesures mises en place aient déjà causé un certain tort mais il y a toujours une possibilité d'erreur dans des situations de prise de décision dans des conditions d'information imparfaite. Il faut assumer que certaines décisions puissent être erronées, mais les critères mis de l'avant minimisent les dommages que pourraient subir les citoyens.

Conclusion

L'approche proposée par Orend se concentrait autour de deux critères : le respect des règles externes et le respect des droits humains de ses propres citoyens par l'État en guerre. Il défendait l'idée qu'un certain nombre de droits humains étaient inviolables. Mais le manque de précision dans ces droits humains et dans la procédure pour y arriver minait sa proposition ouvrant la voie au problème de l'échelle mobile. Nous avons voulu présenter une thèse qui, tout en inscrivant un seuil minimal nécessaire de droits humains, afin de s'inscrire dans la tradition de la guerre juste, avait une approche plus flexible privilégiant une heuristique de décisions. Ce processus passait par trois étapes ordonnées lexicalement : la légalité de telles mesures, la moralité de telles mesures et l'efficacité de telles mesures.

Nous croyons que les mesures qui passeraient ce test seraient acceptables par les citoyens et qu'elles seraient efficaces pour remédier

à la situation d'urgence. Par contre, seule une étude des mesures proposées par les gouvernements en temps de crise et leur jugement par le processus que nous avons proposé pourraient nous éclairer sur la pertinence de notre grille d'évaluation. Nous pouvons à tout le moins affirmer sans trop d'incertitude que les mesures passant le test seraient moins nombreuses que les mesures habituellement adoptées par les gouvernements en temps de crise. Pour ne donner qu'un exemple, le profilage racial serait jugé inacceptable selon notre heuristique. La question de la légalité de telle mesure est à juger à la pièce. Par contre, aux Etats-Unis, il ne semble pas que cela irait à l'encontre de la loi fondamentale qu'est la constitution. Cela reste, à tout le moins, un débat ouvert. Mais cela irait à l'encontre du principe d'égalité formelle à la base de la société décente et à l'encontre de l'universalité des mesures prises par les gouvernements. En ce sens, et sans regard à l'efficacité de telles mesures, notre heuristique la jugerait inacceptable.

Cependant, tout en restant sur le plan théorique, nous pouvons nous interroger sur l'appartenance d'une telle heuristique au corpus de la tradition de la guerre juste. Nous croyons que la proposition, qui comprend un seuil minimal de droits humains à respecter, pourrait s'y intégrer. Mais, comme nous l'avons mentionné au passage, il se peut que la mince proposition concernant les droits humains ouvre la porte au problème de l'échelle mobile. Si tel était le cas, nous croyons qu'il faudrait biffer cette section et n'utiliser que l'heuristique de décision, même si cela équivaldrait à un rejet de la tradition de la guerre juste. En tous les cas, nous croyons que cette proposition pourrait encore être efficace pour juger des demandes des gouvernements en temps de guerre, ce qui après tout, demeure le plus important.

BIBLIOGRAPHIE

ABBOTT, W. C., *The war and American democracy*. The Yale review, 5 (1915/16) pp.484-502.

ACKERMAN, B., *Before the Next attack, preserving liberty in an age of terrorism*, New York, Yale University Press, 2006. .

ASHCROFT, J. *The federalist society : 2003 national lawyers convention*, 15 nov. 2003.

COLE, D. and J. X. DEMPSEY. *Terrorism and the Constitution. Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*. New York, The New Press, 2002.

COLE, David. *How to skip the constitution*. New York Review. Nov. 16, 2006.

COOPER, P. J., *By order of the president, tu use and abuse of executive direct action* , University Press of Kansas, 2002.

DERSHOWITZ, A. M., *Why terrorism works, understanding the threat, respondingg to the challenge*. New Haven & London : Yale University Press, 2002.

DWORKIN, R., *Is Democracy Possible Here ? Principles for a New Political Debate*. Princeton : Princeton University Press, 2006.

FISHER, L., *Nazi Saboteur on trial and American Law*, University Press of Kansas, 2003.

INTERNATIONAL COMISSION OF JURISTS, *States of emergency, their impact on human rights*, 1983.

IGNATIEFF, M., *The lesser evil*, Penguin Canada, 2004.

LUBAN, D., « Eight fallacies about Liberty and Security » in Human Right in the War on terror, édité par R. A. Wilson, 2005.

LUSTZ, D. S., *Principle of Constitutional design*, Cambridge, Cambridge University Press. 2006.

NICKEL, J. W., *Making sense of Human right*, University of California Press, 1987

OREND, B., *The morality of War*, Peterborough, Broadview Press, 2006.

———. *Human right : concept and context*, Peterborough, Broadview Press, 2002.

———. « War » dans *Stanford Encyclopedia of philosophy*, accessible à <http://plato.stanford.edu/>

POSNER, A. E., *Terror in the balance, security, liberty, and the courts*, New-York, Oxford University Press, 2007.

POSNER, R. A., *Not a suicide Pact, The constitution in time of national Emergency*. New York, Oxford University Press, 2006.

———. *Catastrophe : Risk and response*, New York, Oxford University Press, 2004.

———. & D. Cole, *How to skip the constitution – An exchange*. New York review, Jan. 11, 2007.

RAWLS, J., *Théorie de la justice*, Paris, Édition du Seuil, 1987.

———. *Le droit des gens*, Éditions Esprit, 1996.

———. *Paix et Démocratie, Le droit des peuples et la raison publique*, Montréal, Boréal, 2006.

SHAFER-LANDAU, R., *Moral Realism, a defence*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

STONE, G. R., *War and liberty, an american dilemna : 1790 to the present*, New-York, W.W. Norton & Company, 2007.

SUNSTEIN, C. R.. *The laws of fear, beyond the precautionary principle*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

WALZER, M., *Guerres justes et injustes*, Paris, Belin, 1999.

