

Stephen Holmes

En cas d'urgence :

Comment ne pas comprendre la guerre contre le terrorisme

Deuxième Conférence, Collège de France, 11 mars 2009

Deux concepts d'urgence ?

La semaine dernière je vous ai parlé de l'idée d'un arbitrage obligatoire entre la liberté et la sécurité dans la guerre contre le terrorisme. J'ai montré que cette idée très répandue obscurcit plus qu'elle n'éclaire, et qu'il faut la remplacer par l'idée beaucoup plus réaliste d'un arbitrage obligatoire entre la sécurité et la sécurité. Cette idée a cet avantage parmi d'autres de nous permettre de responsabiliser les autorités politiques pour leurs choix risqués.

Aujourd'hui je vais poursuivre mon projet de démanteler une idée (ou métaphore) qui, à mon avis, nous empêche de considérer d'une manière claire et sensée la guerre contre le terrorisme.

Pour défendre l'idée que la branche exécutive peut contrer de manière plus efficace une menace terroriste si elle est par exemple

délivrée de l'*Habeas corpus* et de la Convention de Genève les tenants d'une indépendance maximale de l'exécutif prétendent que le pouvoir a « les mains liées » par la loi. Parce que les règles lient les mains de l'exécutif et le gênent en temps de crise, on doit les assouplir, les relâcher, s'en débarrasser. Parce qu'ils interdisent des pratiques qui permettraient de vaincre l'ennemi terroriste, les règlements et les traités qui en temps normal nous enchaînaient doivent être suspendus pour la durée de la crise. Pour éviter que le Président et ses collaborateurs ne soient « étranglés » par la loi, surtout en période de danger grave, les règles restrictives doivent être remplacées par la concession d'un pouvoir discrétionnaire immense à l'exécutif, c'est-à-dire par des lois d'habilitation qui transforment le Congrès et les tribunaux en observateurs passifs et mal informés de l'action unilatérale de l'exécutif. Cet arrangement semble logique, mais seulement si ses partisans ont raison de soutenir que le pouvoir sans limite est par définition un pouvoir efficace.

Je doute qu'arguments et preuves suffisent à mettre en question une façon de voir les choses aussi enracinée dans la culture

populaire. C'est pourquoi j'ai plutôt décidé d'introduire une contre-analogie. Peut-être qu'une analogie peut assouplir l'emprise d'une autre sur les esprits.

Il y a plusieurs années, ma fille (qui va très bien maintenant) s'est retrouvée dans le coma après une chute grave. Au moment crucial, deux infirmières l'ont emmenée d'urgence dans une chambre d'hôpital pour lui faire une transfusion. L'une d'elle tenait le sac en plastique contenant le sang à transfuser et l'autre son dossier médical. La première a récité les mots sur l'étiquette du sac « Groupe Sanguin A » et l'autre a lu dans le dossier « Alexa Holmes, Groupe A. » Puis elles ont échangé leurs rôles, suivant un scénario établi et répété avec soin, la première infirmière lisant dans son dossier « Alexa Holmes, Groupe A » tandis que la seconde lisait sur le sac « Groupe A. »

Le personnel hospitalier, y compris le personnel paramédical des services d'urgences, est bien conscient des risques graves qu'implique

une attente excessive. Bien qu'il comprenne l'impératif d'agir immédiatement et sans hésitation, il prend systématiquement un temps précieux pour suivre des protocoles qui lui ont été inculqués et qu'il a répété à l'avance. Pourquoi ? Pour minimiser le risque d'erreurs fatales, mais tout à fait évitables, commises sous la pression psychologique peu supportable du moment.

Mon but dans cette deuxième conférence est de démêler ce que suggère cette expérience hospitalière courante - des implications qui peuvent nous aider, plus particulièrement, à concevoir une réponse plus efficace à ce que le Président George W Bush, lorsqu'il était au pouvoir, s'est entêté à appeler « une situation d'urgence nationale. »

DEUX CONCEPTS D'URGENCE ?

Les médecins et les infirmières du service d'urgence ne sont pas les seuls professionnels qui, confrontés à une crise imprévue, limitent leur propre liberté d'improviser et renoncent à se fier à leurs intuitions pour obéir strictement aux règles et aux protocoles

qui leur donnent une sorte de sang froid artificiel. Les procédures d'évacuation d'urgence des zones côtières lors de catastrophes météorologiques ou dans les centres urbains lors d'attaques terroristes nous fournissent d'autres exemples clairs. De la même manière, faire évacuer un pompier inconscient par la fenêtre du troisième étage d'un immeuble en flammes ne s'improvise pas mais se fonde sur l'adhésion unanime à une procédure préétablie, rendue pratiquement instinctive par l'entraînement et la répétition. Et, comme tous les voyageurs le savent, si la pression en cabine baisse, on doit s'assurer que l'on a bien attaché son masque à oxygène avant d'aider l'enfant qui nous accompagne. Tout manuel d'instructions destiné à nous préparer à affronter des situations d'urgence imprévues insiste sur une série de règles soigneusement conçues à l'avance.

Cette adhésion à des règles préexistantes en cas de situation d'urgence est-elle pertinente lorsqu'il s'agit de la gestion efficace d'urgences mettant en jeu la sécurité nationale ? Cette question est

posée avec une rhétorique dramatique fréquemment utilisée lorsque Bush était président pour faire taire les critiques du pouvoir effréné dans la lutte contre le terrorisme : quiconque préfère se plier à des règles légales héritées, comme par exemple l'*Habeas Corpus* ou la convention de Genève, sous-estime grandement le danger auquel nous sommes confrontés. Pour faire face à la menace terroriste, l'efficacité exige de la flexibilité, et la flexibilité exige le sacrifice des règles - pas celles que le pouvoir exécutif peut réviser, ignorer et appliquer selon son bon plaisir, mais les règles qui contraignent, de fait, le pouvoir exécutif. La responsabilité constitutionnelle qu'a le Président d'agir selon la loi, dit-on parfois, vient après son devoir de défendre et protéger le pays. Apparemment, minimiser la menace du jihad Salafi international reviendrait à suggérer que nous combattions Al-Qaeda les mains attachées dans le dos.

Ce qui est surprenant dans l'exemple de la salle d'urgences, du moins pour quiconque est plongé dans le débat sur le

contreterrorisme sous la présidence Bush, c'est qu'il met en question, comme je l'ai dit, l'analogie ou la métaphore selon laquelle les règles ou les lois « lient les mains. » Il transmet une leçon diamétralement opposée : le personnel d'urgence suit la procédure indiquée précisément parce qu'il comprend les dangers auxquels il est confronté. C'est plutôt ceux qui ne se rendent pas compte de la gravité de la menace imminente, qui recommandent d'abandonner des règles que des professionnels ont passé des années à développer pour réduire le risque d'erreurs lorsqu'ils doivent rapidement prendre une décision face à une crise.

Il est vrai que si on les suivait toujours à la lettre, certaines règles diminueraient les chances d'une réponse appropriée au danger. Mais, évidemment, la nature inappropriée ou inadéquate de certaines règles dans certaines situations ne justifie pas qu'on repousse en bloc toutes les procédures d'urgences. Le fait que les règles jouent un rôle positif crucial dans les crises et les calamités est assez illustré par l'exemple des protocoles des urgences hospitalières et il est

facile d'expliquer pourquoi. Les règles n'ont pas toujours un rôle d'entraves, elles peuvent aussi se révéler être des directives stabilisatrices, elles nous permettent de nous concentrer sur notre but et de garder à l'esprit notre objectif à long terme ainsi que les dangers collatéraux qui autrement pourraient nous échapper dans l'agitation de la crise.

Pour utiliser un vocabulaire plus philosophique ou quasi philosophique, on peut dire que les règles introduites pour améliorer les performances des pompiers, des ambulanciers et des pilotes d'avion lorsqu'ils perdent un réacteur sont des règles régulatrices qui sont en même temps des règles constitutives d'une réaction sensée et de sang froid. De telles règles sont aussi des exemples éclairants du « *rule utilitarianism* » (l'utilitarisme des règles) ou de la thèse selon laquelle il est souvent plus efficace sur le long terme d'adopter l'action dictée par les règles que de chercher, pour chaque cas, l'action particulière pour la situation particulière. La plausibilité de

cette thèse dans les cas d'urgence où le temps de penser et de consulter nous manque est évidente.

Le principe selon lequel les règles ne jouent pas toujours un rôle de contraintes gênantes se laisse facilement appliquer à la lutte contre le terrorisme. Du moins c'est la leçon fortement suggérée par le comportement du pouvoir exécutif entre 2001 et 2008, alors qu'il n'était pas contrôlé par la constitution. Quelques-unes des erreurs les plus flagrantes qui ont été faites à cette période nous mènent directement à cette présidence incontrôlée, ce système décisionnaire « monarchique », et donc potentiellement arbitraire, qu'aucun pays ne peut se permettre d'avoir, surtout quand il est confronté à des menaces graves, obscures et évoluant rapidement.

Que diraient ceux qui défendent un gonflement excessif des pouvoirs d'urgence du président après le 11 Septembre, à propos de l'exemple des urgences, où le jugement personnel est condamné et l'urgence elle-même rend préférable qu'on opère selon les règles prescrites ? D'abord, sans doute, ils en rejetteraient la pertinence.

Nous sommes en présence de deux types d'urgence, diraient-ils, et nous n'avons rien à apprendre sur la manière dont les responsables de la sécurité nationale doivent traiter les urgences de sécurité nationale en observant comment des responsables de sécurité médicale traitent des urgences médicales. Dans le cas des urgences médicales, qui surviennent de façon brutale et inattendue, diraient-ils, il n'y a qu'une réponse adéquate ; il en va rarement de même dans les cas de menace subite à la sécurité nationale. De plus, les spécialistes des traumatismes rencontrent toujours les mêmes problèmes, développant ainsi des méthodes formalisées (comme « déboucher la trachée-artère d'une victime d'accident avant d'empêcher la blessure de saigner »), des règles qui, si on les suit à la lettre, sauvent des vies. Quand des situations d'urgence successives présentent des similarités qui demandent des traitements similaires, il est pertinent de suivre les règles générales. Même si elles peuvent se révéler être des situations extrêmement stressantes, les urgences hospitalières sont de ce type. Parce qu'elles sont peut-être imprévisibles mais qu'elles ne sont jamais sans précédent, on peut les

gérer en suivant les règles à la lettre. D'un autre côté, les urgences de sécurité nationale, plus particulièrement la menace d'une attaque nucléaire du type du 11 Septembre, sont complètement différentes. Ceci semble être ce que les officiels qui prennent le programme antiterroriste pour un programme de pouvoir exécutif discrétionnaire voudraient nous faire croire. L'analogie est certes un peu approximative mais cela veut-il dire que nous n'avons rien à apprendre d'utile qui pourrait s'appliquer -avec quelques adaptations- à la gestion d'urgences nationales engendrées par le terrorisme jihadiste ? Dans le cadre de l'antiterrorisme, la raison la plus fréquemment invoquée pour rejeter les règles héritées est que la menace terroriste révélée par le 11 septembre a bouleversé tous les paradigmes existants. Bien sûr, l'infiltration et le sabotage ne sont pas nouveaux, mais l'éventualité que des armes nucléaires tombent dans les mains de groupes terroristes anti-américains a pulvérisé les deux cadres légaux hérités : celui du droit criminel et celui du droit de guerre- avec lesquels le système politique moderne a appris à traiter les violences domestiques et internationales. La nature

inédite du terrorisme jihadiste implique que nous devons l'affronter « hors la loi », dans une zone où les lois sont muettes, dans les chambres de torture, dans les camps comme Guantanamo où les prisonniers peuvent être détenus indéfiniment sans aucune possibilité d'être disculpé, et dans les guerres préventives comme l'invasion de l'Irak, un pays qui n'a pas attaqué l'Amérique.

En gardant tout cela à l'esprit, on peut reposer notre question initiale : le rôle crucial des règles dans les situations d'urgence ordinaires n'a-t-il rien de substantiel à nous apprendre sur la contribution potentielle du jugement en bonne et due forme, du constitutionalisme et du droit international à la gestion prudente des urgences nationales ?

REGLES EN CAS D'URGENCE

L'argument sans cesse invoqué en faveur d'un pouvoir discrétionnaire de l'exécutif en temps de crise est habituellement l'urgence elle-même. Ceci est fascinant parce que, dans les services hospitaliers, l'urgence est la raison principale d'éviter le pouvoir discrétionnaire du personnel et de compter sur les règles : les infirmières suivent un protocole élaboré d'avance parce que, lorsqu'un désastre survient, elles ont peu de temps pour penser et consulter. En plus de diminuer le risque d'erreur évitable, les règles qui gouvernent ces réponses d'urgence réduisent considérablement les coûts de décision et de coordination. Elles ont également une fonction rassurante, ce qui est d'une valeur pratique immense lorsque les enjeux sont considérables et le temps limité.

Comme je l'ai déjà mentionné, gérer plusieurs situations en suivant des règles générales n'est possible que si les situations en question présentent des similitudes observables. Suivre des règles générales pour les transfusions semble logique car du point de vue de la pratique même de la transfusion, les patients sont tous les mêmes.

Mais ce n'est qu'une partie de la question. Une autre raison pour laquelle des règles générales sont applicables dans des cas comme ceux-ci est que les gens qui réagissent aux situations d'urgence ont tendance à répondre de manière prévisible : le stress les paralyse, les immobilise ou les fait paniquer. Nous faisons tous des erreurs coûteuses et parfois irréparables quand nous sommes sous pression. Sous l'emprise d'une menace imminente, nous pouvons tous manquer de voir un autre danger mortel qui survient dans notre angle mort. A la nature faillible de l'homme (aggravée par l'urgence), on peut ajouter la réticence, bien humaine elle aussi, à admettre ses erreurs et à faire les ajustements nécessaires au bon moment.

Ces considérations nous fournissent une raison de penser que les pratiques d'urgences hospitalières peuvent contenir d'importantes leçons pour la gestion d'urgences d'échelle nationale. Les tenants du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif dans la lutte contre le terrorisme demandent souvent comment les règles appliquées dans des situations connues peuvent guider notre réaction face à une

menace inconnue et sans précédents. Une des réponses à cette question est que la situation des Etats-Unis après le 11 Septembre, bien qu'inédite, n'est pas totalement sans précédent. Un des facteurs qui a affaibli à plusieurs reprises l'efficacité du gouvernement dans le passé, et lors de situations d'urgence, reste le même : nos imperfections émotionnelles et cognitives, une faiblesse bien trop humaine.

Confrontés à une menace nouvelle, ceux qui y répondent doivent abandonner les règles qui les empêchent de réagir de la manière la plus adéquate et la plus efficace. D'un autre côté, il ne faut pas nécessairement passer outre les « précautions auxiliaires » (règles, protocoles, pratiques et institutions) qui ont survécu à l'expérience pour leur rappeler la complexité de l'environnement de la menace, qui leur évitent d'être trop concentrés sur le seul danger visible, qui les alertent de complications involontaires engendrées par leur propre intervention improvisée et qui révèlent les erreurs potentiellement mortelles avant qu'il soit trop tard pour les corriger.

Les règles à suivre « en cas d'urgence » sont sous-tendues par la reconnaissance du fait qu'un groupe d'hommes confrontés à une menace et dépourvus de marche à suivre, ne réussit pas toujours à s'adapter avec la rapidité et la coordination désirées à une situation dangereuse et déroutante. En période de crise, l'absence d'instructions claires écrites à l'avance a généralement pour conséquence la paralysie stupéfaite et non l'action efficace. Les protocoles d'urgence révèlent que les règles ne sont ni le seul, ni même le principal facteur d'inaction dans le comportement humain. On connaît tous l'emprise du réflexe de l'habitude qui brouille la prise de conscience des options possibles. Les racines psychologiques de l'obsession, de l'idée fixe, de la capacité cognitive limitée d'interpréter les signaux de danger et du dogmatisme sont également profondes. On peut soutenir qu'avec le temps, une série de règles a évolué pour augmenter la capacité des êtres humains, agissant de concert, à s'adapter avec souplesse à un environnement menaçant complexe dans lequel les individus prisonniers de leur propre raideur

psychologique et émotionnelle, de leur réticence à s'adapter aux situations nouvelles, de la lenteur de leurs réflexes ou de leur maîtrise incomplète de la situation, seraient incapables de s'en sortir. Dans le domaine de la science, pour prendre un exemple différent mais proche, les tests en double aveugle peuvent être vus comme des limites posées à la liberté des scientifiques, pris individuellement, mais ils aident le système scientifique à s'adapter à la réalité des phénomènes naturels qui ne sont jamais compris que partiellement.

Comme dans les urgences hospitalières, les crises de sécurité nationale doivent être gérées par un personnel qualifié. Pour aiguïser la capacité des équipes d'urgence à faire face efficacement à des crises inattendues, ce personnel doit s'entraîner à l'avance à appliquer des règles détaillées et à exécuter des protocoles explicites. En d'autres mots, dans des situations d'urgence, les règles sont supérieures aux décisions discrétionnaires parce que contrairement à ces dernières, les règles peuvent être répétées à l'avance par des unités opérationnelles. De plus, le personnel actuel

peut transmettre les ficelles du métier aux nouvelles recrues en les introduisant à leurs procédures de routine, éliminant ainsi le besoin d'une instruction de dernière minute et libérant leurs supérieurs pour qu'ils se concentrent sur les défis stratégiques. Ainsi, il serait peu judicieux pour un commandant sur le terrain de dire à ses troupes qu'aucune règle ne s'applique au traitement des prisonniers de guerre ennemis. S'il transmettait le message "tout est permis", il perdrait rapidement le contrôle de son armée. L'importance qu'il y a à entraîner, discipliner et coordonner le comportement de ceux qui répondent aux urgences de premières lignes renforce le soupçon que les règles peuvent être tout aussi cruciales pour gérer les crises de sécurité nationale que pour traiter les situations de vie ou de mort dans les hôpitaux.

Les crises médicales peuvent aussi nous aider à surmonter le préjugé que les règles « absolues », parce qu'elles réduisent la flexibilité tactique, sont forcément nuisibles en cas d'urgence. Pour comprendre ce qui est occulté par cette demi-vérité, il suffit de

songer à la règle d'or que nos deux infirmières ont appliquée avant d'entrer d'urgence dans la chambre : « toujours se laver les mains. » Cet impératif est catégorique ! Il n'admet aucune exception. Pour la question de se laver les mains, aucune discrétion, aucune décision personnelle n'est permise : aucune excuse n'est acceptée ; ignorer la règle, manquer de la suivre serait suicidaire. Fondé sur des constantes observées dans la nature, l'impératif de se laver les mains avant une intervention médicale réduit le coût des erreurs aussi bien que le coût des décisions. La règle est inflexible, mais néanmoins pragmatique, elle n'est ni dogmatique ni moraliste. Elle comprend l'observation empirique que même les membres d'un personnel professionnel, lorsqu'ils sont réduits à leur jugement personnel, ne vont pas se comporter systématiquement comme la situation l'exigerait. De même, elle illustre le cliché, particulièrement pertinent en contexte de lutte contre le terrorisme, que limiter les options disponibles lors d'une crise peut être bon ou mauvais, selon ce que les décisionnaires d'urgence, que l'épuisement peut pousser à

vouloir prendre des raccourcis, feront avec toute la latitude qu'on leur donne ou qu'ils se donnent.

Les tenants de la discrétion exécutive évoquent systématiquement le besoin impératif de « flexibilité » pour expliquer pourquoi le contreterrorisme ne peut pas être mené dans le respect de la Constitution et des lois. Mais les règles générales et l'improvisation qui s'attache à une situation spécifique, loin d'être mutuellement exclusives, sont parfaitement compatibles. Appliquer mécaniquement un protocole conçu pour empêcher une infirmière troublée de transfuser le mauvais groupe sanguin à son patient, n'empêche pas cette même infirmière d'improviser des solutions uniques aux problèmes uniques de ce patient lors de son traumatisme. Les protocoles d'urgence fournissent un espace stabilisant, partagé par les collègues, grâce auquel des solutions inédites peuvent être improvisées. Autrement dit, il n'y a aucune raison valide d'affirmer, en tout cas pas de manière générale, que l'importance de la flexibilité

exclut la dépendance aux règles en cas de urgence, et cela inclut les urgences de sécurité nationale.

L'improvisation n'est pas seulement compatible avec les règles. Sans les règles connues à l'avance, l'improvisation serait difficile ou peut-être impossible. Ceci est tout à fait évident si on pense un instant à la grammaire. Le respect des règles de la grammaire, loin de réduire notre capacité à communiquer des idées nouvelles et mêmes choquantes, l'augmente. Considérez aussi le jazz, où l'improvisation surprenante est toujours vécue comme une déviation d'une attente ou d'une espérance préexistante.

L'exemple de la salle d'urgences nous permet aussi d'approfondir notre compréhension des crises de sécurité nationale en mettant en lumière la distinction, cruciale mais parfois négligée, entre les menaces nouvelles et les menaces urgentes. Un danger peut être sans précédent sans rendre nécessaire pour autant qu'on y réponde en un clin d'œil. A l'inverse, les menaces urgentes qui sont apparues de manière répétée dans le passé peuvent être gérées en suivant des protocoles qui sont devenus automatiques et routiniers.

En effet, on peut accepter l'idée de *deux concepts d'urgence* mais pas dans le sens des défenseurs du pouvoir illimité de l'exécutif. Les urgences hospitalières sont urgentes, même quand elles sont parfaitement habituelles. Des terroristes qui ont accès à des armes de destruction massive, en revanche, présentent une menace qui va se poursuivre pendant des décennies, peut-être même plus longtemps. Une menace de ce genre n'est pas une urgence. Après tout, jusqu'à présent, aucun attentat terroriste utilisant une arme nucléaire n'a été tenté avec succès. C'est pour cela qu'on parle de la guerre contre le terrorisme comme d'une guerre préventive ou préemptive. Il ne faut pas sous-estimer la menace terroriste. Mais elle n'est pas urgente, au sens d'un événement soudain, comme par exemple un bâtiment en feu qui demande véritablement des décisions-réflexes, sans possibilité de discussion ou de consultation. (Si une grande ville américaine était frappée par une arme nucléaire, nous affronterions un cas massif d'urgence du type « bâtiment en feu, » où l'importance des protocoles d'urgence pratiqués d'avance pour diminuer l'impact de

la catastrophe serait évidente.) Gérer les risques du terrorisme nucléaire demande des mesures suivies (pour protéger du vol les matériaux nucléaires, par exemple), pas des arrangements à court terme. Gérer les risques du terrorisme nucléaire demande des mesures suivies (pour protéger du vol les matériaux nucléaires, par exemple), pas des arrangements à court terme. Ceci est faisable précisément parce que, dans une crise qui se prolonge ainsi, le personnel en charge de la sécurité nationale a amplement le temps de penser et de repenser, de faire des projets et de les réviser. En peignant le terrorisme actuel comme une « urgence », les défenseurs du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif amalgament l'urgence et la nouveauté. C'est une erreur intellectuelle de grande portée. Mais cela donne, en même temps, aux critiques du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif la possibilité de se faire entendre. Si les urgences classiques, de type maison en feu ou urgences hospitalières, si ces cas nécessitent des réactions de réflexe appris, de réflexe entraîné, guidé par des règles, alors se débarrasser de ces règles en cas de

lutte contre le terrorisme semble beaucoup moins justifié et peut être mis en question.

Dans les crises où le temps est le facteur primordial et la consultation difficile ou même impossible, il est important pour ceux qui y réagissent de suivre des règles de premier ordre (des règles de conduite, de comportement) afin de faciliter une action corrective prompte et coordonnée. Dans les crises qui ne sont pas soudaines et éphémères, mais qui au contraire durent et laissent le temps à la réflexion et à la consultation d'experts, il est essentiel de se reposer sur des règles de second ordre (des procédures de décision), qui sont édictées pour encourager ceux qui vont faire des choix et prendre des décisions à examiner les gains et les pertes, ainsi que les alternatives possibles aux plans d'action proposés. En médecine, une règle de premier ordre typique serait « toujours se laver les mains avant de pratiquer un acte chirurgical » et une règle de second ordre serait « toujours demander une seconde opinion avant d'entreprendre une opération importante. » Les règles de second

ordre comme celle-ci sont parfaitement applicables dans un contexte de contreterrorisme comme le nôtre. Par exemple, même si nous ne pouvons spécifier à l'avance quand le gouvernement sera autorisé à écrouer une personne sans porter plainte contre lui, nous pouvons spécifier à l'avance les procédures que le gouvernement doit suivre pour augmenter les chances qu'une telle décision soit raisonnable et révisable.

Dans la théorie constitutionnelle, on peut distinguer trois formes de flexibilité compatibles avec la force obligatoire des règles de premier ordre. On peut réviser ces règles, les interpréter, ou refuser de les appliquer en fournissant une raison plausible. Ces trois formes de flexibilité sont normalement divisées, grâce aux règles de deuxième ordre que sont les constitutions libérales, entre le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire, et le pouvoir exécutif. La tyrannie, par contre, peut se définir comme un système qui met les trois formes de flexibilité dans les mêmes mains, ou qui donne à l'exécutif le pouvoir de violer les règles sans être obligé de fournir des raisons plausibles, de s'expliquer avant un tribunal indépendant.

Un tel exécutif serait un pouvoir illimité ou non-constitutionnel qui opère nécessairement hors la loi.

Un exemple d'une règle constitutionnelle ou de deuxième ordre qui, plutôt que de lier les mains du gouvernement, peut consolider sa position, est la présomption d'innocence. (Nous allons discuter ce sujet avec plus de détails dans la quatrième conférence.) En effet, nous pouvons observer les conséquences qu'il y a à ignorer la présomption d'innocence et le souci des erreurs d'identité à Guantanamo, où des centaines de détenus ont passé sept ans en détention administrative sans que les autorités qui les détiennent n'aient eu à expliquer pourquoi. En contournant l'impératif d'une audience individualisée, même sommaire, c'est-à-dire en manquant de choisir avec un minimum de soin parmi les individus livrés contre argent aux autorités américaines en Afghanistan et ailleurs, le gouvernement des Etats Unis (j'exagère pour bien me faire comprendre) a envoyé les 700 premières doublures lumière au centre de détention et d'interrogatoire de Cuba, dépensant à mauvais escient les capacités limitées du pays pour des individus de valeur

stratégique minimale ou nulle. Et Guantanamo n'est pas le seul cas où jeter par-dessus bord les règles traditionnelles pour un soi-disant avantage tactique s'est révélé contre-productif.

Comme l'illustrent de manière exemplaire les personnages d'Othello et d'Iago, les détenteurs d'un pouvoir pré-constitutionnel et de ce fait légalement illimité, sont particulièrement vulnérables à la manipulation et à la désinformation. Dans le contexte actuel, les tenants d'un élargissement quasi monarchique du pouvoir discrétionnaire du président ont tendance à sous-estimer ce coût particulier de l'action expéditive et secrète. Non seulement cela va à l'encontre des droits individuels, mais un abaissement des critères de la preuve peut à la fois endommager la sécurité nationale en encourageant les menteurs à saturer le système de fausses pistes et décourager les honnêtes gens de rendre compte de ce qu'ils ont observé. Si les autorités commencent à envoyer les suspects dans des camps de prisonniers où ils sont gardés incommunicado, sans vérifier les prétendues preuves, les autorités incitent involontairement des témoins malveillants ou intéressés à pulluler

pour porter de faux témoignages. (On peut appeler ça « l'élasticité des réserves » d'informateurs ou de délateurs ayant des intentions cachées, des arrières pensées.) Bien au contraire, les gens bien intentionnés ont tendance à hésiter à faire part de leurs observations d'une activité suspecte près de chez eux, de peur qu'un voisin innocent soit incarcéré pendant des années suite à un malentendu qui aurait pu être dissipé au procès.

La prime généreuse offerte aux forces de l'Alliance du Nord et aux gardiens de la frontière pakistanaise pour la capture de « terroristes » a visiblement créé un effet pervers d'incitation. La probabilité que de tels paiements encourage les chasseurs de primes à duper les Américains sans expérience en prétendant que les captifs qu'on leur livrait étaient des membres d'Al-Qaeda ou des Talibans, a sans doute été négligée par les décisionnaires au moment où le gouvernement a durci sa position. Ce malheureux épisode attire notre attention sur les règles et les pratiques, comme par exemple le droit de confrontation accordé dans les procès criminels et civils pour décourager les témoignages et les preuves déterminées par des

intentions cachées. Loin d'entraver le gouvernement, des procédures comme celle-ci ont résisté à l'épreuve du temps parce qu'elles aident à établir les faits de l'accusation. Les règles conçues pour protéger la procédure judiciaire de la malveillance de certains témoins, révèlent aussi que des lois qui gouverneraient le comportement des responsables officiels, loin de paralyser le gouvernement, pourraient en fait le renforcer. Habilitantes, et non affaiblissantes, ces règles libèrent le gouvernement des tentatives de manipulation par des individus rancuniers et sournois (voisins courroucés, amants délaissés, employés vindicatifs, ou encore informateurs avec un dossier criminel cherchant à obtenir une réduction de peine) qui tentent d'utiliser le pouvoir d'Etat à des fins illicites. Ainsi, la proposition du Juge Posner que les critères de la preuve soient abaissés quand les menaces à la sécurité augmentent sous-estime les risques pour la sécurité associés à la crédulité du gouvernement face à des éléments désinformateurs stratégiquement dissimulés ou accidentellement produits. Oui, les terroristes peuvent parfois récolter les bénéfices du système de droit américain, mais ce n'est

qu'une partie de l'histoire. Les terroristes peuvent aussi tirer avantage de la crédulité des employés à la sécurité nationale, de leur incapacité à faire la différence entre des informations fiables et des informations douteuses, après qu'ils se sont eux-mêmes débarrassés des règles développées sur le terrain justement pour leur permettre de faire cette distinction. De cette manière, lever les « contraintes » traditionnelles qui portent sur le pouvoir exécutif, aide les organismes mal intentionnés à manipuler ce pouvoir exécutif dans des buts étrangers - sinon totalement contraires- à la sécurité nationale.

Des preuves suggérant que les services secrets chinois avaient délibérément fourni des informations fausses à des officiels crédules de la branche exécutive américaine, ont conduit un panel de trois juges de la Cour d'Appel du District de Columbia à annuler la décision du Pentagone qu'un membre de la minorité Uigur de Chine occidentale était légitimement détenu en tant qu'ennemi combattant.

Le pouvoir discrétionnaire présidentiel dans des situations d'extrême secret est une porte ouverte aux influences illicites des petites

cliques au sein même de la branche exécutive, cette observation vaut la peine d'être mentionnée ici.

Bien qu'un certain degré de secret soit indispensable pour mener à bien la lutte contre le terrorisme, il n'est jamais sans risque d'avoir recours au secret, puisque cela accroît la probabilité que les décideurs se lancent sur la mauvaise piste sur la foi de mensonges et de demi-vérités. Le problème des renseignements secrets fournis par des informateurs ayant des intentions cachées, et acceptés naïvement à cause d'un manque d'esprit critique sur la valeur de preuve de rumeurs, est un problème sérieux. La stratégie qui consiste à s'emparer de l'état par ces moyens subtils pourrait être appelée « l'effet Chalabi.»

Le devoir du gouvernement de révéler ses sources, quels qu'en soient les risques, protège les employés de l'exécutif non seulement de leurs propres certitudes faussées, mais aussi des mystifications perpétrées par des factions internes et les services secrets étrangers (ou par les terroristes eux-mêmes) dont les intérêts ne coïncident pas avec ceux de la sécurité nationale américaine. C'est

pour cela que le devoir de transparence ne doit pas être dénigré unilatéralement comme le seul obstacle à un contre-terrorisme efficace.

Somme toute, une visite aux urgences nous aide à remettre en question les suppositions fausses qui déforment malheureusement les débats actuels sur le contreterrorisme. Les infirmières qui travaillent dans le service d'accueil des salles d'urgences, par exemple, sont entraînées à séparer rapidement les urgences réelles des urgences ressenties ou mêmes simulées. Personne ne songerait à laisser cette tâche (distinguer les urgences réelles des urgences simulées) au libre choix des infirmières, sans leur donner des protocoles formalisés à suivre. De plus, l'expérience des urgences médicales permet de clarifier le paradoxe de l'urgence. L'extrême urgence d'une menace exige l'adhésion à des règles préexistantes, ne serait-ce que pour permettre aux urgentistes qui ne disposent pas du temps de réfléchir, de coordonner leurs actions rapidement et efficacement. De plus, quand elles ont été éprouvées par le temps et

des générations d'urgentistes qui ont eux-mêmes appris de leurs erreurs, les règles non-négociables peuvent parfois se révéler plus efficaces, plus pragmatiques et adaptatives que des décisions discrétionnaires et non surveillées. Enfin, les règles à appliquer en cas d'urgence peuvent accroître, de manière significative, la flexibilité du personnel opérationnel en situation de crise, en les libérant de leurs propres compulsions psychologiques et réflexes comportementaux. Dans un chapitre intitulé « Organisation de la prise en charge des urgences, » j'ai trouvé cette phrase éclairante : « Le patient qui nécessite la prise en charge la plus rapide n'est pas forcément repéré facilement alors que, dans le même temps, certains cas peuvent focaliser l'attention et parasiter le fonctionnement du service (états d'agressivité ou d'agitation, famille revendicative...). » (Ch. Prudhomme, Ch. Jeanmougin, B. Kessler, *Urgences et réanimation*, Maloine, 2008, p. 3.) Pour identifier les urgences réelles et les séparer des fausses alertes, les urgentistes doivent apprendre à ignorer leur tendance émotionnelle à donner plus

d'attention aux patients agressifs ! La leçon implicite ici pour les responsables de contreterrorisme n'est pas triviale.

Une raison importante de garder au moins certaines des règles, pour les urgences de courte durée aussi bien que pendant les crises plus longues, est que ces règles ont été travaillées et retravaillées, elles ont évolué avec le temps, pour aider le personnel d'urgence à contrebalancer les risques de l'attente et de la précipitation. Les ambulanciers, par exemple, n'ont pas toujours le temps d'estimer les coûts et les bénéfices de toutes les procédures possibles. Mais la situation n'est pas désespérée, parce que les règles reçues, raffinés par approximations successives à travers le temps, ont déjà pris en considération une telle balance. Dans la salle d'urgences, la survie du patient peut être compromise de plusieurs manières : agir trop vite est tout aussi risqué qu'agir trop lentement. Les protocoles des urgences codifient et transmettent des leçons distillées par des successions d'expériences multiples face à des éventualités diverses, aidant les personnels d'urgence de première ligne à peser les risques

en jeu, même quand la contrainte temporelle leur laisse peu de temps pour se consulter et réfléchir.

Bien sûr, toutes les urgences ne sont pas les mêmes. Même si les décisions discrétionnaires sont abominables dans certaines situations d'urgence, d'autres sont sans doute gérées au mieux par une combinaison de règles et de décisions individuelles. Même si l'on accepte la classification, fautive mais commune, du terrorisme nucléaire comme « urgence », il nous reste à décider de quel type d'urgence il s'agit. Est-ce le type d'urgence qui permet au gouvernement de réécrire radicalement ou de mépriser totalement des règles contraignantes ? Ceci devrait être une question importante, surtout pour ceux qui insistent sur le fait que cette menace est sans précédent. C'est justement, parce qu'elle est sans précédent, et que ses contours sont obscurs, que nous ne savons pas quelles réponses seront les plus efficaces pour la contrer et que nous ne sommes pas sûrs de combien de temps il nous faudra pour y répondre. Devrions-nous gérer cette menace selon les règles déjà en

place (et si oui, lesquelles ?) ou avec une combinaison de règles et de décisions discrétionnaires ? Et comment devons-nous organiser le processus de prise de décision pour augmenter nos chances de trouver une réponse adéquate à ces questions ? Grâce à sa remarquable capacité de faire les choses de manière expéditive et en secret, le pouvoir exécutif est habituellement vu comme le plus à même d'agir en cas d'urgence. Mais faire les choses de manière expéditive et en secret n'est peut-être pas l'atout majeur pour évaluer la gravité d'une menace nouvelle, ou pour analyser ses caractéristiques encore imprécises avec un esprit critique. Les menaces à la sécurité nationale dont le gouvernement Obama a héritées restent immensément complexes et en constante évolution. Agir de manière efficace dans un environnement de menace comme celui-là présuppose d'analyser stratégiquement les priorités et les alternatives. Même si les avantages d'une action secrète et expéditive l'emportent sur les inconvénients quand les mesures de sécurité nationale sont mises en vigueur, les inconvénients d'une

même action (secrète et expéditive) dépassent probablement ses bénéfices quand ces mesures de sécurité nationale sont décidées.

Il est bien possible que ceux qui aiment généraliser dans un style flamboyant (« dans la guerre contre le terrorisme les lois sont et doivent être muettes ») soient juste en train de mélanger les lois et les procédures en général avec ces quelques détails techniques qui, selon eux, permettent à des escrocs patentés d'échapper à une punition méritée. De manière plus dramatique encore, les tenants d'un pouvoir exécutif discrétionnaire sans limites s'expriment parfois comme si les lois faisaient partie d'un complot élaboré pendant l'après-Watergate, destiné à paralyser les patriotes américains qui sont pour une défense nationale forte. Lorsqu'ils tentent d'élever le débat sur le plan philosophique, les défenseurs de l'action discrétionnaire de l'exécutif ont tendance à parler de la loi comme Nietzsche parle du christianisme, comme si c'était un bon tour que les faibles avaient joué aux forts. Ils vont jusqu'à suggérer, dans le même esprit, qu'obéir aux lois restrictives (comme celles qui

interdisent le gouvernement de se reposer sur des preuves circonstanciées ou des rumeurs), manifeste une tendance à la soumission et à la faiblesse et encourage l'ennemi. Par contraste, un pouvoir exécutif qui dans un geste ostentatoire, brise les chaînes qui le retenaient, va selon eux inspirer une peur salutaire chez les alliés comme chez les ennemis.

L'analogie de la salle d'urgences nous offre un antidote utile à une telle image de l'apothéose de la tendance discrétionnaire extralégale. Sans nier les avantages potentiels de l'improvisation en situation de crise, cette analogie attire notre attention sur les dangers possibles qu'il y a à se débarrasser des règles lors d'une crise et nous rappelle que ces règles peuvent augmenter notre capacité à résoudre le problème, même en des circonstances périlleuses, et précisément parce qu'elles sont contraignantes.