LA BANALISATION DANGEREUSE DE L'ÉTAT D'URGENCE

Denis SALAS

À la suite des attentats du 13 novembre, précédés par ceux de janvier, notre pays s'est lancé dans une précipitation dangereuse. Chaque acte de violence extrême est suivi d'une aggravation de notre arsenal répressif et d'un recul des droits. Il ne s'agit pas ici de nier la nécessité d'une riposte au terrorisme, mais d'en analyser les déséquilibres et les dangers potentiels.

Une démocratie devrait proportionner sa réponse à la violence et non armer l'État au point de la retourner contre elle. Or, l'état d'urgence, initialement décidé en décembre 2015 pour 12 jours est, depuis lors, deux fois prolongé pour 3 mois. Sondages favorables à l'appui, nous faisons basculer des pans entiers de l'activité policière sous l'autorité du pouvoir exécutif. Sur la base de renseignements policiers, il est possible d'être perquisitionné en pleine nuit, assigné à résidence et astreint sous conditions au port d'un bracelet électronique. Franchissant un pas de plus, le gouvernement annonce la volonté d'inscrire rapidement dans la Constitution l'état d'urgence et la déchéance de nationalité.

Les phases successives de cette riposte font songer au *Patriot Act* qui avait donné au président américain tous les pouvoirs après les attentats du 11 septembre 2001. Si nous n'en sommes pas là, l'usage de cet état d'exception se banalise dangereusement. Après avoir été utilisé pour gérer des conflits

Magistrat et essayiste, dernier livre paru, *Erreurs judiciaires*, Dalloz, 2015.

armés (Algérie en 1955, Nouvelle Calédonie en 1985) puis des conflits sociaux (émeutes urbaines de 2005), le voilà sur le front de l'antiterrorisme, domaine où nous sommes pourtant bien mieux armés que nous l'imaginons. La perspective est d'autant moins rassurante qu'elle s'enracine dans la longue pratique française de l'état d'exception. Pratique singulièrement réveillée, aujourd'hui, par la rhétorique guerrière du discours politique. Quasi unanimement, le pays adhère sans réserve à une réponse militaire et sécuritaire, tant la menace d'une guerre diffuse pèse sur nous.

Voilà pourquoi, il faut rappeler qu'un état d'exception en démocratie est, avant tout, construit par l'État de droit. Il lui donne la puissance nécessaire et l'autorité indispensable permettant la sauvegarde du régime. Les garanties légales sont atténuées pour un temps limité mais se maintiennent. Le fil de la légalité n'est pas rompu mais noué autrement. C'est à une articulation prudente entre droit et exception que nous devons veiller pour éviter les dérives d'un pouvoir affranchi des lois. Tel est le paradoxe de l'état d'urgence : ultime recours des régimes républicains, il peut provoquer leur ruine s'il se prolonge et se banalise.

L'exception n'est pas l'arbitraire

Il faut préalablement lever une ambiguïté sur le concept même d'état d'exception. Le philosophe italien Giorgio Agamben y perçoit le signe du retour à une souveraineté pure et l'expression de l'essence même du politique. Lecteur du juriste allemand Carl Schmitt (1888-1985) adhérent au parti nazi, il y voit « l'éclipse du droit contaminé par le politique », autrement dit un espace vide de droit. Cette fiction centrale, écrit-il en conclusion de son livre sur la question, signifie qu'« entre violence et droit, entre vie et norme, il n'y a aucune articulation substantielle ».[1] L'état d'exception n'est pas un geste par lequel on suspend le droit mais le seuil à partir duquel la violence abolit le droit. La fracture est, de ce fait, insurmontable entre le domaine du droit et la décision politique. Agamben rappelle l'exemple du *Patriot Act* de 2001, et du camp de Guantánamo. En étendant à des milliers de suspects américains, et non américains, la

1. Giorgio Agamben, *État d'exception, Homo sacer II*, Seuil, 1986, p. 146.

catégorie de « combattants ennemis » privés de toute défense juridique, l'état d'exception devient la règle. La nécessité crée sa norme au sens d'une « force de loi sans loi. »

Avec lui, beaucoup pensent que la lutte contre le terrorisme nous plonge dans un état d'exception permanent. Celle-ci se présente comme une « guerre civile mondiale » qui impose une tâche infinie : démanteler une menace virtuelle. Il faut des ripostes souples et efficaces capables de s'adapter à un adversaire indétectable. N'est-ce pas indispensable pour notre sécurité dès lors que la guerre contre le terrorisme est à la fois sans limite spatiale et sans fin temporelle ? Si l'on veut défendre la démocratie, il faut entrer dans le monde de la force. C'était déjà le programme de Machiavel : « Comme il ne peut y avoir de bonnes lois là où il n'y a point de bonnes armes, et que là où il y a de bonnes armes, il y a nécessairement de bonnes lois, je m'abstiendrai de traiter des lois et parlerai des armes »[2]. Autrement dit, dès lors qu'il n'y a pas de liberté sans protection armée, la sécurité devient la première des libertés et les contient toutes.

« Le droit freine toujours le pouvoir, même dans l'exception »

Qu'il l'admire ou la diabolise, on ne sait trop, Agamben oppose l'état d'urgence à la démocratie constitutionnelle[3]. Pourtant cet antagonisme n'a rien d'évident. L'opposition entre la molle démocratie libérale et la souveraineté exaltée par les situations de crise a quelque chose d'artificiel. Il faut échapper à cette vision binaire qui répugne à faire du droit en démocratie une composante nécessaire de l'action. Le droit freine toujours le pouvoir, même dans l'exception.

Rappelons que l'état d'exception est, depuis l'origine, issu des régimes républicains. Loin d'être l'expression d'un arbitraire pur, il est conçu comme une délégation de la République romaine à un « dictateur » afin d'éviter la tyrannie. Doté de pouvoirs exceptionnels, le dictateur était contrôlé et son mandat avait une durée limitée. De nombreuses constitutions françaises l'ont prévu dans l'esprit du droit romain : constitution de l'an VIII (« la loi peut suspendre dans les limites et le temps qu'elle détermine l'empire de la constitution »), loi sur l'état de siège (1849), loi de 1955 sur l'état d'urgence décidé à l'époque de la guerre d'Algérie et, sous la Ve République,

2. Machiavel, *Le Prince*, Flammarion GF, ch. XII.

3. « L'état d'urgence n'est pas le bouclier de la démocratie », Giorgio Agamben, *Le Monde*, 24 décembre 2015.

l'article 16 de la Constitution. Naturellement, il y a différents niveaux de délégation de pouvoir possible : l'article 16 confie tous les pouvoirs au président de la République, alors que l'état d'urgence donne à l'administration des pouvoirs dérogatoires en cas de « péril imminent ». L'idée générale est d'intégrer la crise *dans* le régime pour éviter une crise *de* régime afin de maintenir la continuité de la République.

L'état d'exception est un moment critique de l'État de droit et non sa suspension pure et simple. C'est précisément pour cela qu'il est inscrit dans la loi. Il fixe un niveau plus faible d'articulation avec le droit. Il ne rompt pas le fil de la légalité, dès lors que l'éclipse des garanties légales est autorisée et contrôlée. Il est fondé sur la confiance en la capacité du régime démocratique de faire face aux périodes de crise. Ce qui revient à penser le droit dans un horizon de valeur et non comme un obstacle à l'action.

« Pas de juridisme. Avançons ! »

C'est précisément ce qui est étranger à notre culture politique. Pour nous, le droit semble invariablement une règle qu'il faut écarter ou exploiter. Nous cultivons une ignorance teintée de déconsidération quand ce n'est pas de franche hostilité pour lui. La pensée républicaine affectionne le temps prométhéen du volontarisme politique, non le temps long d'un droit mûri par la jurisprudence. La référence à la loi s'efface devant le primat de l'action politique nécessairement impure et brutale mais indispensable. La volonté qui anime la décision est valorisée plutôt que la prudence dont on considère qu'elle l'affaiblit. C'est la figure du droit en puissance, non le droit comme tiers, qui domine l'antijuridisme français.

De là vient notre conception de l'État libéral qui s'est noué au XIX[e] siècle. Contre un libéralisme individualiste, cher à Tocqueville, a triomphé un libéralisme de gouvernement incarné par Guizot qui caractérise le « penchant illibéral » de notre démocratie[4]. Pour Tocqueville, l'idée de droit individuel suppose que les citoyens puissent évaluer si les lois répondent à leurs droits garantis par la Constitution. Ceci reste valable dans les périodes de crise. Les suspensions de l'*Ha-*

4. Cf. Pierre Rosanvallon, *Le modèle politique français*. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours, Seuil, 2004, p. 432.

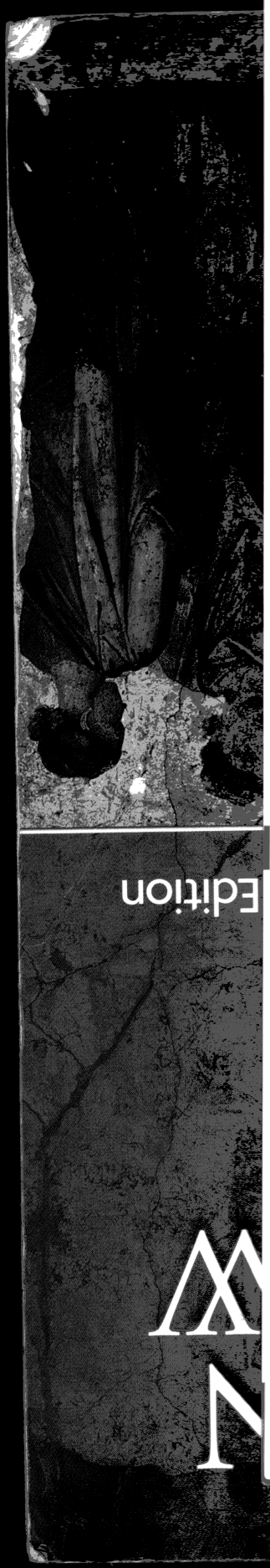
beas Corpus par des lois martiales, dans l'Angleterre du XVIII[e] siècle, se faisaient toujours sous le contrôle du juge.

À l'inverse, chez les héritiers de Guizot, l'État administratif l'emporte sur l'État constitutionnel. La prééminence d'une vision étatique, indivisible et centralisatrice de l'État s'impose. La liberté est source de danger tant elle figure la hantise de la foule et des corps intermédiaires. La III[e] République va réaliser ce programme : souveraineté du législateur, marginalité de la Constitution (nous en avons connu 14 entre 1789 et 1875) et rejet du judiciaire comme pouvoir au profit de l'administration.

La République gaullienne s'inscrit directement dans cette histoire dont elle assume l'héritage. Le gaullisme a spectaculairement renoué avec la filiation jacobine en offrant au chef de l'État depuis 1962 un canal d'expression directement lié au peuple. Il donne corps à une vision « incarnative » du politique concentrée dans la nation à laquelle s'identifie la société. « Souvenez-vous de ceci, disait de Gaulle à Jean Foyer, son garde des Sceaux, il y a d'abord la France ensuite l'État et enfin, dans la mesure où il est possible de prélever les intérêts majeurs des deux premiers, il y a le droit. »[5] Le gaullisme retrouve, le souffle des origines en évoquant un président détenteur de « l'autorité indivisible de l'État » capable dans l'esprit du salut public de « répondre de la République » à l'intérieur comme il « répond de la France » à l'extérieur. Le président n'est donc pas seulement le représentant du peuple mais la source même du pouvoir.

Comment le juge et le parlement auraient une place dans une telle vision ? La défaite d'une démocratie d'équilibre, déjà contenue dans le discours jacobin, est scellée par cette conception gaullienne de l'État. Le climat d'union sacrée qui a été déclenché après les attentats de janvier puis de novembre 2015 a renoué avec cette puissance « incarnative » qui est l'âme de la République gaullienne. C'est peut-être cela « l'esprit du 11 janvier » (date de la grande manifestation contre le terrorisme après les attentats contre *Charlie Hebdo*) : l'image d'un chef inspiré par la défense de la patrie où la référence gaullienne est très prégnante. On peut lire, au prisme de cette souveraineté en extase, le débat parlementaire qui a eu lieu lors de la prolongation de l'état d'urgence. « *Pas de juridisme ! Avançons, c'est sur cela que nous sommes attendus.* » a lancé le Premier ministre. En

5. Jean Foyer, « Charles de Gaulle et l'idée de justice », *Charles de Gaulle et la justice*, Cujas, 2003, p. 32.



réponse, un député de la majorité s'est écrié : « *Nous avons besoin d'une bataille de Stalingrad !* »[6].

L'état d'urgence de 2015 : des atteintes aggravées aux libertés

Cet État guerrier, réuni derrière son chef, est porté naturellement à s'armer. Les textes qui ont mis en vigueur la loi de 1955 en portent nettement la trace. Ils n'ont pas seulement remis en vigueur l'état d'urgence, comme on l'a dit, ils l'ont nettement aggravé sans se soucier d'en renforcer les contrôles. En 1955, les atteintes à la liberté (lors d'une assignation à résidence) étaient possibles pour les personnes dont « l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre public ». En 2015, à une « activité avérée » succède l'hypothèse de « raisons sérieuses de penser que le comportement constitue une menace pour la sécurité ». Ce n'est plus seulement l'activité qui est incriminée mais le comportement menaçant. Cette logique prédictive élargit d'autant l'amplitude de la répression dominée par des perquisitions administratives, de jour et de nuit dans « tout lieu », dont le procureur est simplement tenu informé.

Le régime de l'assignation à résidence sur ordre du préfet est très proche d'un contrôle judiciaire sans garanties[7] : rester au moins 12 h sur 24 chez soi, ne pas communiquer avec certaines personnes, pointer « dans la limite » de trois fois par jour au commissariat, être placé sous surveillance électronique mobile. Seul le ministre de l'Intérieur (ou les préfets) peut en décider, en définir les modalités et y mettre fin. Nous sommes en présence d'une « restriction de liberté » qui ne justifie pas le recours au judiciaire (compétent pour les seules « privations de liberté »). Cette distinction juridique laisse pour le moins sceptique. Souvenons-nous que, *mutatis mutandis*, les centres d'hébergement, pendant la guerre d'Algérie, avaient le statut d'une assignation à résidence dont on ignorait les motifs et la durée, sans parler des conditions de rétention. Et aujourd'hui, comment ignorer l'existence d'une privation de liberté quand on est dépossédé de sa liberté d'aller

6. Déclaration de Manuel Valls à l'Assemblée nationale lors de la prolongation de l'état d'urgence adoptée pour 3 mois (551 voix contre 6 et une abstention) le 19 novembre 2015.

7. En droit pénal, le contrôle judiciaire (restrictions aux libertés avant jugement, avec ou non surveillance électronique) est requis par le parquet, décidé par un juge après un débat contradictoire au terme duquel il est possible de faire appel.

et venir, de travailler (quand il faut pointer trois ou quatre fois par jour au commissariat) ou de ne pas subir une violation de domicile ?

La pratique de l'état d'urgence confirme ces craintes. Selon la commission parlementaire chargée de son contrôle, il n'y a eu que quatre procédures judiciaires ouvertes à ce jour[8]. Il y a d'autant plus de raison de s'en inquiéter que les interventions policières ont très largement débordé la répression du terrorisme. Au sens littéral, la loi de 1955 le permet (« atteintes graves à l'ordre public… »). Des militants écologiques suspectés de perturber la conférence pour le climat (COP21) ont été assignés à résidence, mesures justifiées par les « nécessités opérationnelles » selon le conseil d'État qui valide ainsi « les notes blanches » non datées et non signées de la DGSI.

On retrouve ici l'extension par banalisation de l'état d'exception que nous avons connu dans notre histoire. Benjamin Constant notait déjà que « nos autorités ont pris sur elles de faire un mal certain pour éviter un mal supposé… Comme le directoire avant lui, Bonaparte élimine le Tribunat et finit par l'Empire »[9]. Le second Empire puis le régime de Vichy ont fait de même. Sous la Ve République, les usages de la Cour de sûreté de l'État, longtemps après la fin de la guerre d'Algérie, poursuivent cette « tradition ». Créée pour lutter contre l'OAS en 1962, elle a réprimé toutes sortes de déviances politiques jusqu'à son abolition par la gauche en 1981.

Un contrôle insatisfaisant

Devant ces dangers, on comprend qu'au même moment les juges administratifs, de façon anonyme sur le site de *Médiapart,* aient émis leurs inquiétudes sur le risque d'allégeance à l'exécutif : « L'état d'exception éclipse des pans entiers de l'ordre constitutionnel normal… Imaginons un instant que des forces autoritaires viennent à accéder aux fonctions suprêmes. Voulons-nous vraiment laisser en leurs mains un tel outil avec, pour seule borne, un juge administratif aux pouvoirs restreints. »[10]

8. Au 7 janvier 2016, il y avait 3 021 perquisitions, 381 assignations à résidence et 4 procédures pénales antiterroristes.

9. Benjamin Constant, *Œuvres politiques*, Paris, 1874, p. 38.

10. « État d'urgence : des juges administratifs appellent à la prudence ». *Médiapart*, 29 décembre 2015.

Une limite plus consistante a progressivement été posée par le juge. Dans un premier temps, le conseil d'État a préféré lire la loi plutôt que de regarder les faits. À l'aune d'un texte flou, on conçoit que le gouvernement ait une très large marge de manœuvre, ce qui implique, dans l'esprit de la loi, que le juge n'y regarde pas de trop près. À l'inverse, le Conseil constitutionnel, saisi sur la base d'une question prioritaire de constitutionnalité, posée par le conseil d'État, exige désormais du juge un contrôle de proportionnalité[11]. Celui-ci n'exerce plus un contrôle restreint (se bornant à l'erreur manifeste d'appréciation) mais un contrôle entier sur la proportionnalité de la mesure à l'objectif recherché. C'est ainsi qu'on a vu apparaître des décisions annulant des assignations à résidence pour défaut de motif et des condamnations de l'État à des dommages et intérêts.

Le contrôle parlementaire institué pour la première fois – il faut le souligner – sous l'empire de l'état d'urgence, ne semble pas avoir pris la distance nécessaire avec le monde de la « haute police ». Le fait majoritaire qui lie le gouvernement et sa majorité, sous la Ve République, surtout dans un contexte de crise, l'explique sans doute. Rien sur les pratiques manifestement abusives largement relayées dans les médias lors des intrusions domiciliaires (portes défoncées, familles traumatisées…). Aucune lecture critique ni de l'assignation à résidence des militants écologistes, ni sur les « notes blanches » non datées et non signées qui en sont le fondement, ni sur le « ciblage » préfectoral. Aucun écho des récits d'expériences de personnes qui les ont subis dont pourtant regorgent les réseaux sociaux. Il faut regarder du côté des acteurs associatifs pour mesurer les conséquences de ces mesures coercitives dont l'efficacité est réduite. Dès lors que la légalité de l'état d'urgence s'émousse avec le temps, on comprend mal le sens de sa prolongation si ce n'est par la volonté de ne pas apparaître comme baissant la garde devant l'ennemi.

Constitutionnaliser l'état d'urgence ?

La constitutionnalisation annoncée de l'état d'urgence dans ce contexte laisse perplexe. Dans le projet de texte constitutionnel actuel, il n'est fait aucune mention du contrôle du juge ou de celui du Parle-

11. Décision du 22 décembre 2015 : « Le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure [l'assignation à résidence] est adaptée, nécessaire et proportionnelle à la finalité qu'elle poursuit ».

ment. Plus grave, la fin de l'état d'urgence reste indéterminée. On se demande si ce texte est pensé comme une Constitution ou plutôt comme un instrument de politique pénale quand on lit la longue liste des moyens donnés à la « haute police » (contrôles d'identité accrus, retenue dans les commissariats…).

Ajoutons que le processus de décision conduisant à constitutionnaliser l'état d'urgence met en avant *le risque* d'inconstitutionnalité. Sans que cela n'émeuve personne, la réforme est pensée pour éviter l'obstacle de la Constitution comme s'il importait avant tout d'avoir les mains libres pour agir. Certes la menace criminelle est durable et souterraine, mais faut-il aller jusqu'à contourner la loi suprême dont le juge est garant ? En faire, non sans désinvolture, un inconvénient à éviter ? L'objectif serait atteint : plus aucune limite constitutionnelle posée par le juge ne viendrait entraver l'action policière. La perspective n'en est pas moins inquiétante : la loi fondamentale autoriserait tous les usages qui pourraient en être faits dans l'avenir par une majorité encore moins soucieuse de « juridisme ».

> « L'état d'exception confond la source et l'exercice du pouvoir »

Cette réforme est un nouveau chapitre du récit de la « guerre » contre le terrorisme. À l'inverse des États-Unis où la Constitution et son juge (la Cour suprême) sont dotés d'un immense charisme, en France rien de tel. Tout se passe comme si la volonté générale pouvait tout faire. L'état d'exception confond *la source* et *l'exercice* du pouvoir. Le pouvoir législatif du moment annule le pouvoir constituant des origines. Le temps présent absorbe le temps long et évide sa fonction référentielle. L'avertissement de Pierre Mazeaud (ancien président du Conseil constitutionnel) selon lequel « le juge constitutionnel n'est pas un risque mais un devoir » lancé à une majorité de droite, ne semble guère avoir été entendu à gauche.

Envisagée dans le même texte, la déchéance de nationalité, qui frappe les condamnés pour faits de terrorisme, heurte le principe d'égalité des Français posé par l'article 1er de la Constitution. Elle crée deux catégories de Français dans notre loi fondamentale, c'est confondre le temps immédiat de l'action politique (il suffisait d'utiliser l'article 27 du code de la nationalité) et le temps long qui forge l'identité d'un peuple. Une constitution se construit sur des valeurs partagées. Elle est un lien entre les générations, écrit Arendt, car elle marque la supériorité de l'origine du pouvoir (le pacte fondateur dont

les juges sont les gardiens) et l'expression conjoncturelle de la loi. En sorte que « nous pouvons en même temps nous représenter la source supérieure d'où les lois tiraient leur autorité, et valide pour tous, majorité et minorité, générations présentes et futures »[12]. Elle n'est pas un instrument d'exclusion ou un expédient opportun mais l'ombre portée de la fondation. Proclamer dans notre charte fondamentale un « toi l'ennemi » en lieu et place d'un « nous le peuple », en faire un instrument (au demeurant inefficace, on l'a assez dit) de lutte contre le terrorisme, c'est abîmer l'esprit d'une Constitution. C'est nier la nationalité comme un droit constitutif de la personne. C'est oublier que la République a fait de la nationalité, au terme d'une longue histoire, un droit ouvert à tous ceux qui choisissent de vivre sur notre sol.

La force du droit

La France est le pays d'Europe qui est allé le plus loin dans la volonté de frapper à la source le terrorisme dans le cadre d'une légalité très flexible. Le délit d'association de malfaiteurs en vue d'attentats terroristes qui date de 1996, incrimine des personnes qui ne sont pas passées à l'acte. Il suffit de réunir des éléments d'actes préparatoires (écoutes téléphoniques, achat d'armes ou de véhicules…) pour les incarcérer. Le droit qui s'y applique est très dérogatoire (garde à vue de 6 jours, témoignages des repentis, perquisitions de nuit sous conditions, surveillance électronique…). Un droit pénal sévère mais non sans garanties n'est-il pas plus souhaitable qu'un état d'exception transitoire et peu protecteur ?

Obsédés par le coût pour notre sécurité d'une riposte faible, nous en oublions le coût pour la démocratie. Nous pouvons être entraînés sur la voie de l'exception permanente, comme le suggère Agamben, dès lors que nous sommes persuadés que la menace, elle aussi, l'est. La défense individualisée (où le juge aurait retrouvé son rôle) devient secondaire par rapport au critère général du « péril imminent » qui efface tous les autres. La voie serait ainsi toute tracée pour un droit administratif de l'ennemi, préface dangereuse au droit pénal antiterroriste. La prolongation actuelle de l'état d'urgence (jusqu'au 26 mai) va dans ce sens.

12. Hannah Arendt, *Essai sur la Révolution* (1967), Gallimard, édition de 1985, p. 269.

Mais un autre discours est possible qui mettrait en doute la pertinence du « paradigme de l'exception »[13]. Une institution brève par définition ne saurait venir à bout d'une menace permanente. Sa durée excessive inflige une distorsion grave à l'État de droit. Si l'on postule que le terrorisme, par sa durée, ne relève pas d'une situation exceptionnelle, une démocratie ne devrait-elle pas réintégrer cette criminalité dans le champ du droit « ordinaire » ? Notre arsenal antiterroriste sans cesse renforcé suffirait amplement à relever ce défi. Le paradoxe de l'état d'urgence serait vidé de son venin. Pour cela, il faut cesser de penser que l'État de droit est un État désarmé. Et nous convaincre que nous avons les moyens d'affronter ce danger par une riposte soutenue et persévérante, sans nous écarter de nos valeurs.

Denis SALAS

Retrouvez le dossier « **Société** »
sur www.revue-etudes.com

13. Bernard Manin, *Le paradigme de l'exception*, La vie des idées (laviedesidees.fr), 15 décembre 2015.