

L'état d'urgence : poison ou remède au terrorisme ?

Denis Salas

DANS ARCHIVES DE POLITIQUE CRIMINELLE 2016/1 n° 38 , PAGES 75 À 87
ÉDITIONS ÉDITIONS PÉDONE

ISSN 0242-5637

ISBN 9782233008084

DOI 10.3917/apc.038.0075

Date de mise en ligne : 24/11/2016

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2016-1-page-75?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Éditions Pédone.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

L'ÉTAT D'URGENCE : POISON OU REMÈDE AU TERRORISME ?

par

DENIS SALAS

Magistrat, président de l'AFHJ

« Quand l'ennemi ravage le territoire
et que les sujets réfugiés dans la ville voient
leurs biens pillés et perdus, c'est alors
qu'ils se dévouent au Prince sans réserve »
(MACHIAVEL, *Le Prince*, Livre X)

Depuis les attentats du 13 novembre précédés par ceux de janvier 2015, nous vivons une période de stress intense. Sur le moment, le niveau de violence et d'effroi mêlés rend indispensable le réarmement de l'exécutif. Très vite est décidé l'état d'urgence dont le régime de 1955 est actualisé par la loi du 20 novembre 2015. Une telle riposte implique une mise en sommeil momentanée de l'Etat de droit. Initialement décidé pour 12 jours, l'état d'urgence est deux fois prolongé pour 3 mois puis encore de 2 mois jusqu'au 26 juillet 2016. Dès lors que le transitoire dure et que la parenthèse devient pérenne, il est légitime de s'interroger. Ce qui fut nécessaire face à des actes de guerre peut, en se prolongeant, miner le socle libéral de la démocratie. De prolongations en prolongations, sondages favorables à l'appui, nous faisons basculer durablement des pans entiers de l'activité policière sous l'autorité du pouvoir exécutif. Sur la base de renseignements incontrôlables, il est possible d'être perquisitionné en pleine nuit, assigné à résidence et astreint sous conditions au port d'un bracelet électronique. Avons-nous oublié qu'une démocratie doit proportionner sa réponse à la violence et non armer l'Etat au point de la retourner contre elle ?

L'interrogation est légitime. Un tel état d'exception efficace sur le moment perd sa justification avec le temps. Après avoir été utilisé pour gérer des conflits 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 armés. 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 longue est censée justifier une riposte préventive.

Voilà pourquoi il faut rappeler qu'un état d'exception en démocratie est avant tout prévu par l'Etat de droit et décidé par une délibération politique. Il est certes

un dispositif de concentration des pouvoirs au bénéfice de l'exécutif mais limité dans le temps et défini dans son périmètre d'action. Les garanties légales sont atténuées pour un temps déterminé mais se maintiennent. Le fil de la légalité n'est pas rompu face au péril mais noué autrement. Maintenu dans la légalité, l'état d'exception empêche que la trame de la démocratie ne se déchire. C'est cette articulation entre droit et exception que nous devons préserver pour éviter les dérives d'un pouvoir affranchi des lois. Tel est le paradoxe de l'état d'urgence : arme de défense des démocraties, il peut provoquer leur ruine s'il se prolonge et se banalise.

L'esprit machiavélien de la V^{ème} République

L'ambiguïté du concept même d'état d'exception doit être levée. 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, il y voit « l'éclipse du politique contaminé par le droit », autrement dit un espace vide de droit. Cette fiction centrale, écrit-il, 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 selon lui un geste par lequel on suspend le droit mais le seuil à partir duquel la violence abolit le droit. La fracture est insurmontable entre le domaine du droit et la décision politique. Agamben rappelle les exemples du *Patriot Act* de 2001 et du camp de Guantanamo. En étendant à des milliers de suspects américains et non américains la 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 pas de liberté sans protection armée, la sécurité deviendrait la première des libertés³. Sauf que l'exigence de sécurité va plutôt en sens contraire des libertés. L'unanimité autour de la cité menacée suppose que l'on fasse taire les divisions. La prudence libérale n'est pas de mise. L'axe de l'adversité bascule : à cet instant, seul importe de serrer les rangs autour du chef. C'est la force des citoyens réunis qui compte chez Machiavel non la crainte d'une hégémonie étatique.

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

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

³ Au sens où l'entend Machiavel dans le texte cité en exergue de cet article.

L'état d'exception n'est pourtant pas une pure manifestation de puissance. En réalité, il est avant tout issu d'une volonté d'anticiper la crise. A Rome, il fut 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 Vème République, l'article 16 de la Constitution.

Un contexte d'état de guerre favorise cette volonté d'armer l'Etat. L'élection au suffrage universel du président de la République est un véritable « moment machiavélien » dans notre histoire politique⁴. Fait significatif, cette élection votée par les Français en 1962 est suivie de l'attentat du petit Clamart où de Gaulle faillit perdre la vie à la fin de la guerre d'Algérie. Toute la Vème République se joue à cet instant où le chef de l'Etat utilise immédiatement l'émotion suscitée par l'attentat pour lancer par référendum l'idée du septennat. Au souverain menacé de mort répond une construction de la souveraineté qui, au-delà de son titulaire, donnera à l'exécutif la durée du pouvoir et une légitimité sans rivale. Construite sur ce moment machiavélien, la République sera forte et les pouvoirs concentrés en un seul point de l'Etat. Il faudra du temps pour que les institutions libérales comme le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire prennent leur place dans ce schéma. Cet acte politique scellé pour l'avenir la souveraineté populaire à notre tradition de l'Etat administratif. Ainsi, l'article 16 de la constitution confie tous les pouvoirs au Président de la république lors que « le fonctionnement régulier des pouvoirs publics est interrompu » et l'état d'urgence donne à l'administration des pouvoirs dérogatoires en cas de « péril imminent ». L'idée est d'intégrer la crise *dans* le régime pour éviter une crise *de* régime afin maintenir la continuité de la République. L'Etat est ainsi armé en temps ordinaire et prêt à agir en cas de péril.

L'état d'urgence est bien un moment critique de l'Etat de droit et non sa suspension pure et simple. Inscrit dans la loi, son articulation avec le droit est plus flexible. Il est justifié par un « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ce qui ouvre un large pouvoir d'opportunité à l'action policière. Il ne rompt pas pour autant le fil de la légalité dès lors que l'éclipse des garanties légales est temporaire, autorisée et contrôlée. Il est fondé sur la capacité du régime démocratique de faire front dans les périodes de crise. Ce qui revient à maintenir l'horizon des droits sans les penser comme un obstacle à l'action.

Les deux piliers de la démocratie

Qu'il l'admire ou la diabolise, on ne sait trop, Agamben oppose l'état d'urgence à la démocratie libérale⁵. Pourtant cet antagonisme n'a rien d'évident.

⁴ J. G. A. Pocock, *Le moment machiavélien*, La pensée politique florentine et la tradition républicaine atlantique, PUF, 1997 (trad.).

⁵ « L'Etat d'urgence n'est pas le bouclier de la démocratie », Giorgio Agamben, *Le Monde* 24 déc. 2015.

L'opposition entre la molle démocratie et la souveraineté en puissance n'est pas nouvelle. La philosophie politique a souligné cette dualité entre Machiavel qui privilégie la capacité d'agir et la culture des droits individuels incarnée par Locke. L'un cherche avant tout l'engagement actif des citoyens, l'autre la défense des libertés par le droit. Face aux dangers qui menacent la cité, la *virtù* au sens d'un pouvoir d'agir devient le « glaive collectif » capable de vaincre l'ennemi. Exaltée par les situations de crise, elle doit défendre la cité. Seule la vertu civique – et non les droits égoïstes – peut assurer son salut. Machiavel et Locke symbolisent ces deux versants de nos démocraties.

Mais cette vision binaire répugne à faire du droit en démocratie une composante nécessaire de l'action. Rappelons que dans toute démocratie, nul ne peut s'approprier la totalité du pouvoir. Celui-ci est simplement délégué par le peuple à des représentants issus d'une majorité pour un temps déterminé. Ce régime tourne le dos à toute incorporation du pouvoir en la personne du prince qui le confisquerait à son profit. Plus encore, la décision souveraine est contrebalancée par des institutions ouvertes aux points de vue minoritaires. Les deux pôles de la démocratie sont en tension permanente : les droits fondamentaux dont le socle est constitutionnel et la souveraineté issue du suffrage universel. On aurait tort de les opposer. Leur cours est différent mais leur dialogue est nécessaire. Leur tension, surtout en situation de crise, doit être acceptée. Son issue reste indéterminée c'est-à-dire toujours soumise à discussion. En démocratie, le droit freine toujours le pouvoir. Même si, dans l'état exception, c'est à un degré moindre.

La philosophie politique analyse sous des angles différents ce « paradoxe démocratique ». ⁶ Qu'on privilégie le dissensus (Chantal Mouffe) ou le consensus (Habermas) ou qu'on tente de concilier les deux, la reconnaissance du pluralisme est au cœur de la vie démocratique. Paul Ricœur voit dans cette « tolérance positivement conflictuelle, au sens d'une reconnaissance du droit de l'adversaire à exister », le support concret de l'Etat de droit ⁷. Il se caractérise par l'hétérogénéité des valeurs, des comportements et des aspirations dès lors que ce dissensus ne dégénère pas en appétit de puissance. La démocratie cherche à ancrer son pluralisme dans le code des droits fondamentaux. Habermas, de la même manière, pense cette articulation comme constitutive de la démocratie libérale. La supériorité de ce régime – son universalité même – réside dans une « co-originalité » : l'autonomie privée (les droits individuels) et l'autonomie publique (l'action gouvernementale), écrit-il, « se présupposent réciproquement sans que l'une puisse revendiquer le primat sur l'autre » ⁸. Tous ces auteurs disent avec des voix différentes que cette perspective doit être maintenue au risque de basculer insensiblement vers un système autoritaire.

⁶ Chantal Mouffe, *Le paradoxe démocratique*, Beaux Arts, éditions, 2016.

⁷ Paul Ricœur, *Lecture 1. Autour du politique*, Seuil, 1991, p. 303.

⁸ Jurgen Habermas, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997, p. 486.

« *Pas de juridisme. Avançons !* »

C'est précisément cette alliance qui manque 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 – surtout sous la forme du républicanisme radical – affectionne le temps prométhéen du volontarisme politique non le temps long d'un droit muri par la jurisprudence. La référence au droit s'efface devant le primat de l'action politique nécessairement impure et brutale mais indispensable. Ce qui est valorisé est la volonté qui anime la décision et non la prudence qui l'affaiblit, la vérité qu'elle révèle et non le doute qui la précède. C'est la figure du droit en puissance non le droit comme tiers qui caractérise l'antijuridisme français.

De là vient notre conception de l'Etat libéral qui s'est noué au XIX^{ème} siècle. Contre un libéralisme individualiste cher à Tocqueville a triomphé un libéralisme de gouvernement incarné par Guizot qui caractérise le « penchant illibéral » de notre démocratie⁹. Pour Tocqueville, l'idée de droit individuel suppose que les citoyens puissent évaluer si les lois répondent à leurs droits garantis par la constitution. Cette exigence reste valable dans les périodes de crise. Les suspensions de l'*Habeas Corpus* par des lois martiales dans l'Angleterre du XVIII^{ème} siècle se faisaient toujours sous le contrôle du juge.

A l'inverse, chez les héritiers de Guizot, l'Etat administratif l'emporte sur l'Etat de justice. La prééminence d'une vision étatique, indivisible et centralisatrice de l'Etat s'impose. La société civile est source de danger tant elle figure la hantise de la foule et des corps intermédiaires. La III^{ème} 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'Etat 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'Etat et enfin, dans la mesure où il est possible de préserver les intérêts majeurs des deux premiers, il y a le droit »¹⁰. Le gaullisme retrouve, le souffle des origines en évoquant un président détenteur de « l'autorité indivisible de l'Etat » 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.

⁹ Cf. Pierre Rosanvallon, *Le modèle politique français*. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours, Seuil, 2004, p. 432.

¹⁰ Jean Foyer, « Charles de Gaulle et l'idée de justice », *Charles de Gaulle et la justice*, Cujas, 2003, p. 32.

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'Etat. 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 réponse, un député de la majorité s'est écrié : « *Nous avons besoin d'une bataille de Stalingrad !* »¹¹.

Des libertés amoindries

Cet Etat guerrier réuni derrière son chef est porté naturellement à s'armer. Les textes qui ont mis en vigueur la loi de 1955 sur l'état d'urgence en portent nettement la trace. Ils n'ont pas fait, comme on l'a dit, que de remettre en vigueur ce régime juridique. 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 donc seulement l'activité seule 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.

La confusion police administrative et police judiciaire est totale. Habituellement la première prévient le trouble à l'ordre public dans le registre limité de ses compétences (autorisation préalable d'une manifestation, par exemple). Ici, son pouvoir est d'une toute autre ampleur puisqu'il touche des libertés individuelles possiblement dangereuses. Alors qu'aucun délit n'est commis, ces atteintes sont – raison d'Etat oblige – physiquement contraignantes, mystérieusement justifiées et fort peu motivées. Or, depuis que *l'Habeas Corpus* est attesté en Europe, c'est à dire le XIII^{ème} siècle, ce type d'action policière relève non de l'administration mais de la justice, c'est à dire d'une instance indépendante, au terme d'un débat contradictoire et à partir d'une infraction définie par la loi¹².

¹¹ 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.

¹² Voir les avis de la CNCDH du 17 mars 2016 sur « le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme et leur financement » qui évoque la transformation d'une « mesure de police administrative en une véritable privation de liberté relevant du contrôle de l'autorité judiciaire » (point 14, en ligne) et sur « le suivi de l'état d'urgence » (16 février, point 24, en ligne).

Le régime de l'assignation à résidence sur ordre du préfet est très proche d'un contrôle judiciaire sans garanties : rester au moins 12h 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 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. 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... »). Mais comment justifier que des militants écologiques suspects de perturber la conférence pour le climat (COP 21) aient été assignés à résidence ? Que soient perquisitionnés des personnes impliquées dans un trafic de drogue, des étrangers en situation irrégulière, des occupants illicites d'immeubles... Ce qui a entraîné des pratiques illégales dont le « menottage préventif » malgré le rappel de son interdiction par le ministère de l'Intérieur. Autant de mesures justifiées par les « nécessités opérationnelles » selon le conseil d'Etat qui valide « les notes blanches » non datées et non signées de la DGSI.

On retrouve 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 tribunal et finit par l'Empire ».¹³ Le second Empire puis le régime de Vichy ont fait de même. Sous la V^{ème} République, les usages de la Cour de sûreté de l'Etat, 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 1981¹⁴.

Un contrôle parlementaire peu suivi

Devant ces dangers, on comprend qu'au même moment les juges administratifs, de façon anonyme aient émis leurs inquiétudes sur le risque d'allégeance à l'exécutif. « L'état d'exception éclipse des pans entiers de l'ordre constitutionnel

¹³ Benjamin Constant, *Œuvres politiques*, Paris, 1874, p. 38.

¹⁴ Voir Vanessa Codaccioni, *Justice d'exception*, CNRS, 2015.

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 »¹⁵ ?

Un cadre plus consistant a progressivement été posé par le juge administratif. Dans un premier temps le conseil d'Etat a préféré lire la loi plutôt que de regarder les faits. A 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. A l'inverse, le Conseil constitutionnel saisi sur la base d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par le Conseil d'Etat exige désormais un contrôle de proportionnalité¹⁶. 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'Etat à des dommages intérêts. Et le Conseil constitutionnel a défendu l'administration de prendre copie des données informatiques, ce qui relève de l'autorité judiciaire

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 V^{ème} République, surtout dans un contexte de crise, l'explique en partie. 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 comme l'a fait *Amnesty International*¹⁷.

Mais surtout la commission des lois estime que dès mi-janvier 2016 l'état d'urgence a épuisé la plupart de ses effets au point que « l'essentiel de ce que l'on pouvait en attendre est désormais derrière nous... De fait, l'effet de surprise s'est largement estompé et les personnes concernées se sont pleinement préparées à faire face à d'éventuelles mesures administratives. Ces phénomènes d'extinction progressive de l'intérêt des mesures de police administratives se lisent d'ailleurs dans les chiffres qui montrent bien plus qu'un essoufflement »¹⁸.

¹⁵ « Etat d'urgence : des juges administratifs appellent à la prudence ». *Médiapart*, 29 décembre 2015.

¹⁶ 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 ».

¹⁷ Cf. le rapport d'*Amnesty international* « Des vies bouleversées. L'impact disproportionné de de l'état d'urgence en France », 2016 (en ligne sur son site).

¹⁸ J.-J. Urvoas, Deuxième communication d'étape sur le contrôle de l'état d'urgence, commission des lois, Assemblée nationale, 13 janvier 2016 (en ligne). Au 12 janvier, il y avait 3021 perquisitions (une seule en 2005) et 381 assignations à résidence, O. Beaud et C. Bargues, « L'état d'urgence de 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, 2016 (revue en ligne).

Dès lors pourquoi ne pas tirer les conséquences de ce diagnostic ? Le contrôle parlementaire est-il fait pour donner une information de nature à favoriser l'adhésion des élus à l'action gouvernementale ou pour exercer un contre-pouvoir ? Dès lors que la légalité de l'état d'urgence s'émousse avec le temps, selon les parlementaires, on comprend mal le sens de sa prolongation si ce n'est par la volonté de ne pas baisser la garde devant l'ennemi. Tout se passe comme si la posture martiale faisait passer la prudence libérale pour une hésitation coupable face au terrorisme.

L'échec de la constitutionnalisation

La constitutionnalisation annoncée de l'état d'urgence fait dans ce contexte débat. Dans le projet initial, il n'est fait aucune mention du contrôle du juge ou de celui du parlement. 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...)

Même si ce projet fut abandonné, son état d'esprit mérite qu'on s'y attarde. Le processus 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, une « fragilité constitutionnelle » à neutraliser ? L'objectif serait atteint : plus aucune limite ne viendrait entraver l'action policière. La perspective n'en est pas moins inquiétante : seraient autorisés dans la Loi fondamentale, en état d'urgence, tous les usages liberticides dès lors qu'ils pourraient être nécessaires dans l'avenir. Les droits fondamentaux garantis par la constitution, placés au même niveau que leurs atteintes, deviendraient inopérants. Autrement dit, nous aboutirions à une « immunité constitutionnelle préventive » en désactivant le pouvoir surplombant de la norme constitutionnelle¹⁹.

Cette réforme se présente comme un nouveau chapitre du récit de la « guerre » contre le terrorisme. A l'inverse des Etats 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 constitu-

¹⁹ I. Boukobza et Ch. Girard, « Constitutionnaliser l'état d'urgence ou comment soigner l'obsession d'inconstitutionnalité ? » *Revue des droits de l'homme* (en ligne le 5 février 2016). Dans le même sens, Avis de la CNCDH du 18 février 2016 sur le projet de loi constitutionnel de protection de la nation (point 10).

tionnel 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 mais retirée ensuite, la déchéance de nationalité qui frappe les condamnés pour faits de terrorisme heurte le principe d'égalité des Français posé par l'article 1^{er} de la Constitution. Créer 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 forgent 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 être valide pour tous, majorité et minorité, générations présentes et futures »²⁰. 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 abimer 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 peine incompressible

Bien réelles, en revanche, sont les nombreuses mesures proposées dans la perspective de renforcer les moyens de la justice pénale après l'état d'urgence : assignation à résidence pour des personnes de retour de Syrie, état de nécessité en cas d'usage de leurs armes des forces de police, perquisitions de nuit préventives, retenue de 4 heures pour vérification d'identité...²¹ Parmi les nouvelles mesures soulignons la peine de perpétuité « effective » qui est envisagée pour les auteurs d'actes de terrorisme. Au-delà de la peine elle-même, il est question d'allonger la période de sûreté c'est-à-dire le temps pendant lequel la peine ne peut être aménagée en sortie progressive. Pourquoi une telle surenchère punitive ? N'avons-nous pas déjà remplacé *de fait* la peine de mort par des peines de plus en plus longues et neutralisantes ? N'est-ce pas après l'échec de la déchéance de nationalité, une nouvelle peine d'élimination ?

Cette peine incompressible ne concède rien à l'humanisme pénal sauf peut-être une chose. Pour le Conseil constitutionnel, elle reste conforme au principe de nécessité de peines s'il existe une perspective d'aménagement, une lueur d'espoir, après trente ans. La Cour européenne des droits de l'homme, de même, exclut une incarcération jusqu'à la fin des jours du condamné. S'il n'y a pas violation de l'article 3 de la Convention européenne (interdiction des peines

²⁰ Hannah Arendt *Essai sur la révolution* (1967) Gallimard, éd. 1985, p. 269.

²¹ Voir Olivier Cahn, « Projet de loi renforçant la lutte contre la criminalité organisée : le gouvernement peut mieux faire », *Dalloz actualité*, 26 janvier 2016.

inhumaines et dégradantes), c'est qu'il reste une possible libération conditionnelle entre les mains du juge de l'application des peines. En revanche, une perpétuité incompressible sans aucun aménagement *in fine* serait contraire aux droits fondamentaux qui caractérisent une société démocratique. Une telle loi encourt donc la sanction du Conseil constitutionnel et une condamnation de notre pays à Strasbourg.

De tels projets traduisent aussi une méconnaissance de la réalité carcérale. Mort physique et mort sociale : la différence existe mais elle est ténue. Une incarcération de très longue durée est un équivalent fonctionnel de la peine de mort. Un équivalent moins révoltant, moins visiblement barbare sans doute, mais non moins réel. Au fond de nos prisons, le stock de longues peines n'a jamais pesé aussi lourd. Alors que les perpétuités étaient de 200 en 1975, les peines de plus de 20 ans étaient au nombre de 2000 environ en 2008 et n'ont cessé d'augmenter depuis. Jamais la population pénitentiaire n'a été aussi âgée et dégradée. A la mort se sont ajoutés la maladie et les troubles psychiques. La promiscuité carcérale génère des dégradations physiques et mentales que la honte dissimule. Au bout d'un certain temps s'installe la suradaptation carcérale et la résignation à finir ses jours en détention sur fond de délabrement sanitaire. On estime qu'au-delà d'une durée d'incarcération de 15 ans, le retour à la réalité est très compromis, voire impossible. Les rapports parlementaires ont depuis longtemps révélé la dégradation massive de l'état de santé physique et mental des détenus bien loin de l'image des individus dangereux²².

Cette peine n'est guère compatible avec les exigences d'une société démocratique. En supprimant la peine de mort, nous n'avons pas seulement réalisé que nous devons vivre durablement avec la prison. Nous avons avancé toujours plus loin vers la neutralisation carcérale. La frontière passe désormais entre ceux qui maintiennent une fonction de réhabilitation de la peine et ceux qui n'y croient plus. Nous devons résister à la tentation de faire de la sûreté perpétuelle le tout de la peine sous prétexte que notre sécurité est en jeu. L'opposition entre un droit pénal du citoyen et un droit pénal de l'ennemi n'est ni nécessaire, ni justifié. Voilà pourquoi, toute peine doit garder une perspective viable d'aménagement. Certains pays, en Europe, refusent les peines de perpétuités ou indéterminées. Dans d'autres, une peine de perpétuité sera reconsidérée après quinze ans. Cette prudence réintroduit l'humanisme de la pénalité qu'une défense démesurée de la société tend à oublier. Méditons le cas de Breivik condamné en Norvège à une peine maximale de 25 ans (réexaminée tous les 5 ans) qui a fait condamner son pays par la Cour européenne de droits de l'homme pour « traitement inhumain et dégradant »²³.

²² Je renvoie au texte de Jean Danet, « La perpétuité réelle comme horizon » et au mien « Le droit de ne pas mourir en prison » dans les Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges, *Politique(s) criminelle(s)*, Dalloz, 2014, p. 557 et ss et 785 et ss.

²³ Breivik, terroriste d'extrême droite, placé à l'isolement depuis 5 ans, a assassiné 77 personnes le 22 juillet 2011 dans l'île d'Utøya. Cf. *Le Monde* 21/4/2016.

Au lieu d'infuser l'esprit de l'état d'exception sans notre droit, nous devrions y réintégrer nos valeurs démocratiques. Les combats contre l'enfermement radical et la peine de mort doivent être liés. Ce sont deux manières de faire mourir : l'une est spectaculaire et immédiate ; l'autre est silencieuse et différée. On a pu voir des détenus mourir d'un cancer ou d'une insuffisance cardiaque parce qu'ils ont été jugés dangereux jusqu'au dernier souffle de leur vie. La différence est mince entre la détention en attente de la mort et la détention en attente de l'exécution de la peine de mort. L'œil braqué sur l'abolition, nous risquons d'oublier ceux qui disparaissent dans la nuit carcérale. Si nous n'avons plus ce meurtre légal, nos longues peines en sont une transposition qu'il faut démasquer. Voilà pourquoi, il faut résister à ces projets de perpétuité réelle. Ce sont des dénis d'humanité qui nous déshumanisent nous aussi.

Un autre discours était possible

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 taillée pour l'action. 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 fragments d'actes préparatoires (écoutes téléphoniques, achat d'armes ou de véhicules...) pour les incarcérer. Le droit qui s'y applique est très dérogoire (garde à vue de 6 jours, perquisitions de nuit sous conditions, surveillance électronique...). Ce droit pénal sévère mais non sans garanties n'est-il pas plus souhaitable qu'un état d'exception forcément moins « tenu » par la légalité mais aussi transitoire et, pour cela même, peu protecteur ?

Obsédés par le coût pour notre sécurité d'une riposte faible, nous en oublions le coût pour la démocratie. Faute d'avoir fait un autre choix *ab initio* en distinguant les deux temporalités de la riposte l'une brève (état d'urgence), l'autre longue (Etat de droit), le discours politique est pris à son propre piège. Faute d'avoir pensé la sortie de l'état d'exception, il n'a pas d'alternative. Nous avons fait comme si l'état d'exception était le seul remède à l'agression terroriste. Faire un autre choix *maintenant* équivaldrait à trahir cette promesse initiale. Nous nous sommes enfermés dans cette promesse univoque de sécurité faire à un pays traumatisé par les attentats. Comment oublier la « guerre » quand on ne cesse de proclamer qu'elle est là devant nous et, tant que Daech ne sera pas détruit, l'état d'urgence est nécessaire ? Jamais peut-être le poids du discours politique sur le destin collectif n'aura paru aussi déterminant dans la dérive que nous vivons.

Nous pouvons qu'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 réponse individualisée (où le juge aurait retrouvé son rôle) devient secondaire par rapport au critère défensif du « péril imminent » qui efface tous les autres. Que la liberté soit menacée, peu importe. Ce qui compte est de défendre le collectif. Voilà pourquoi sont seuls en scène l'Etat et son juge. La voie est toute tracée pour un droit administratif de l'ennemi, préface dangereuse au droit pénal antiterroriste. Les prolongations successives de l'état d'urgence écrivent cette histoire.

PRINCIPES ET PROBLÈMES DE POLITIQUE CRIMINELLE

Mais on peut imaginer un autre discours politique qui mettrait en exergue la pertinence du « paradigme de l'exception »²⁴. Une institution brève par définition ne saurait venir à bout d'une menace permanente. Sa durée excessive inflige une distorsion grave à l'Etat 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 depuis 20 ans 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'Etat de droit est un Etat désarmé. Et nous convaincre que nous avons les moyens d'affronter le danger par une riposte soutenue et persévérante sans nous écarter de nos valeurs.

²⁴ Bernard Manin, *Le paradigme de l'exception*, La vie des idées.fr, 15 décembre 2015.