



HAL
open science

Permanence de l' "exception" : Vers une troisième forme de démocratie

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Permanence de l' "exception" : Vers une troisième forme de démocratie. Halpérin, Jean-Louis and Hennette-Vachez, Stéphanie and Millard, Éric. L' état d'urgence: de l'exception à la banalisation, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2017, Actualité, 978-2-84016-267-4. hal-01647262

HAL Id: hal-01647262

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01647262v1>

Submitted on 13 Dec 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Permanence de l'« exception » : vers une troisième forme de démocratie ?

Il est désormais clair que l'état d'urgence ne s'inscrit pas facilement dans la problématique de l'État d'exception¹, alors qu'il est parfois dénoncé comme tel : il ne propose pas une dérogation ou une suspension de la normalité juridique, mais au contraire il tend à permettre d'établir des règles spéciales au sein de l'État de droit, et selon les dispositions prévues par l'État de droit. Dire cela ne signifie pas renoncer à une critique, qu'elle soit interne (selon les dispositions juridiques en vigueur) ou externe (du point de vue de ses raisons, de ses effets et de sa signification politique) : c'est au contraire désigner sur quel terrain l'état d'urgence doit être saisi et interprété.

Il est tout aussi clair que l'on ne peut sans renoncer à cette démarche interprétative se contenter de saisir l'état d'urgence instauré depuis 2015 en France dans sa seule dimension de réponse à une situation de fait : un danger imminent lié à la commission ou à la prévention d'actes terroristes.

1. Voir notamment dans ce livre les chapitres rédigés par Jean-Louis Halperin, Véronique Champeil-Desplats et Isabelle Boucobza et Charlotte Girard.

La mobilisation des dispositifs relatifs à l'état d'urgence, sa proclamation dans la nuit du 13 au 14 novembre 2015, les débats sur sa constitutionnalisation², sa reconduction à quatre reprises et les mesures que cet état d'urgence a permis d'adopter doivent être replacés dans un phénomène plus général et plus ancien qui construit et banalise l'idéologie sécuritaire : à proprement parler comme cela a été souligné un paradigme de l'action publique depuis plusieurs dizaines d'années. Il convient donc d'aller rechercher au-delà de la situation actuelle liée au terrorisme, prise sinon comme simple prétexte, du moins comme élément déclencheur et justificatif, une tendance bien plus lourde, qui au-delà de l'expérience française (Patriot Act américain, etc.)³ marque l'évolution des démocraties libérales dans leur ensemble, au point que l'on pourrait chercher à y voir la matérialisation d'une nouvelle conception de la démocratie : la démocratie sécuritaire.

Mais l'état d'urgence dans cette analyse n'est pas simplement la conséquence d'une idéologie sécuritaire en action, ni même seulement une de ses manifestations les plus visibles : c'est en tant qu'élément permettant la construction de cette idéologie, sa légitimation et au final sa redoutable efficacité que l'état d'urgence actuel mérite aussi l'attention.

2. Voir dans ce livre le chapitre rédigé par Serge Slama.

3. Quand ce n'est pas dans les dispositifs juridiques eux-mêmes, comme en Allemagne (voir le chapitre dans ce livre rédigé par Matthias Jestaedt), c'est au moins dans le débat politique comme le montre la montée de l'extrémisme de l'AFD et la diffusion de ses idées avant et après l'attentat de Berlin du 19 décembre 2016.

Ce sont d'abord les faits qui appellent une telle lecture, faits qu'il faut ici rappeler dans leur simplicité, tels qu'établis par les autorités mettant en œuvre l'état d'urgence ou contrôlant cette mise en œuvre⁴ :

– La très grande majorité des mesures efficaces de lutte contre le terrorisme, répressives ou préventives, ont découlé depuis novembre 2015, de la mobilisation de dispositifs ordinaires, déjà présents dans le droit français. L'état d'urgence n'a donc accru l'efficacité de la lutte contre le terrorisme qu'à la marge.

– Une très grande majorité des mesures fondées sur des dispositions prévues et créées par l'état d'urgence ont été employées pour des buts autres que la lutte contre les dangers imminents liés au terrorisme : dès novembre 2015 dans le cadre de la sécurisation de la COP21 à l'encontre des activistes écologistes, altermondialistes et d'extrême-gauche ; dans le cadre d'actions contre la délinquance de droit commun.

– Certaines lois de prorogation de l'état d'urgence ont permis l'adoption, parfois sous forme de cavaliers législatifs non censurés puisque nul ne songeait dans ce cadre à saisir le Conseil constitutionnel (saisine dont il est permis de douter que sur ce point elle aurait eu quelque efficacité), de mesures sécuritaires à caractère permanent, c'est-à-dire qui perdureront au-delà de la fin de l'état d'urgence (loi du 21/7/2016⁵).

– Durant la période de mise en œuvre de l'état d'urgence, mais indépendamment des dispositions exceptionnelles que cet état d'urgence permet,

4. Voir dans ce livre le témoignage du Défenseur des Droits, Jacques Toubon.

5. Voir dans ce livre l'analyse de Stéphanie Hennette-Vauchez.

un arsenal de mesures ordinaires a pu être adopté, et adopté d'autant plus facilement que l'état d'urgence les fait apparaître comme nécessaires et légitimes ; mesures qui renforcent cette inflation sécuritaire pour des questions qui ne sont pas directement liées à la lutte contre le terrorisme, sinon dans un sens démesurément large : droit pénal général, contrôle et statut des migrants, armements, usages des armes et légitime défense des diverses forces de l'ordre, etc.

On voit bien dès lors que la prétendue logique de l'état d'urgence, qui lie étroitement dans l'État de droit la survenance d'une situation exceptionnelle à laquelle on ne peut répondre par des mesures ordinaires et l'adoption de mesures extraordinaires, et qui permet donc face à l'urgence du danger apparu avec cette situation d'autoriser temporairement des mesures exceptionnelles, n'est pas défendable : on ne peut ni justifier la réalité de l'action juridique depuis le déclenchement de l'état d'urgence par la situation que la France a connue et connaît du fait du terrorisme, ni encore moins évaluer l'efficacité de l'état d'urgence, de son maintien ou de sa fin, au regard de la lutte contre le terrorisme.

On est davantage dans l'idée d'une prévention permanente d'un danger généralisé, qui relève autant d'une prudence posée comme principe premier de l'action publique que de l'entretien d'une psychose de l'insécurité. On l'a noté, le vocabulaire employé ressortit davantage de celui de la guerre que de celui de la prévention des dangers et du maintien de l'ordre public. Le Conseil d'État n'en fait d'ailleurs pas mystère, qui motivait son ordonnance du 27 janvier 2016 rejetant un recours aux fins de faire cesser l'état d'urgence, en consi-

dérant que « le péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public qui a conduit, à la suite d'attentats d'une nature et d'une gravité exceptionnelles, à déclarer l'état d'urgence n'a pas disparu ; que, même s'ils ont été de moindre ampleur que ceux du 13 Novembre, des attentats se sont répétés depuis cette date à l'étranger comme sur le territoire national et que plusieurs tentatives d'attentat visant la France ont été déjouées ; que la France est engagée, aux côtés d'autres pays, dans des opérations militaires extérieures de grande envergure qui visent à frapper les bases à partir desquelles les opérations terroristes sont préparées, organisées et financées ; que les mesures qui ont été arrêtées, sous le contrôle du juge administratif, à qui il appartient de s'assurer qu'elles sont adaptées, nécessaires et proportionnées à la finalité qu'elles poursuivent, ont permis d'atteindre des résultats significatifs ».

Sans cynisme déplacé, il est malheureusement permis de douter de ces résultats significatifs (attentats ultérieurs de Nice, de Saint-Étienne-du-Rouvray...), et en partie pour les raisons invoquées : la faiblesse des mesures fondées sur l'état d'urgence en lien avec cette prévention du terrorisme ; sans doute aussi parce que le risque zéro n'est qu'un fantasme, et que les moyens de lutte contre le terrorisme ne peuvent se cantonner à des seules mesures sécuritaires de prévention et de répression : l'ensemble des causes qui conduisent à la commission de tels actes et à la diffusion des idéologies qui les provoquent doivent être appréhendées pour ne pas rester dans la réaction immédiate et pouvoir maîtriser durablement le danger. Ce que l'on sait des auteurs de la série d'attentats qui a frappé la France depuis au

moins 2012 (attentats de Montauban et de Toulouse) ne permet pas de faire l'économie d'une analyse en profondeur des échecs de certains pans de notre modèle sociétal et de notre action publique (discriminations, exclusions, intégration, système scolaire, etc.⁶). Mais cette question est devenue de plus en plus inappropriée, du fait justement de la focalisation exclusive sur la dimension sécuritaire. Et l'état d'urgence renforce cette focalisation : on dira que sans l'état d'urgence, les drames auraient été plus nombreux (l'avis du Conseil d'État du 8 décembre 2016 reprend les chiffres du gouvernement et signale 12 tentatives déjouées), ce qui est probable, mais cependant interrogeable dans la problématique de justification de l'état d'urgence, dès lors que les mesures de prévention pour l'essentiel ne procèdent pas de cet état d'urgence.

Le Conseil d'État là encore est transparent :

C'est notre responsabilité collective, au gouvernement, au Parlement et au système juridictionnel, d'assurer la garantie des droits, d'un côté, et une lutte efficace et victorieuse contre le terrorisme, de l'autre. Nous pouvons avoir des motifs d'interrogation, voire d'inquiétude, mais ce qui s'est passé montre la capacité d'adaptation qui est la nôtre. Même s'il est vrai que les marges de manœuvre se resserrent, on ne peut pas exclure par principe des adaptations de notre législation, à condition qu'elles soient accompagnées de garanties juridictionnelles effectives et appropriées⁷.

Ce sont bien ces adaptations de notre législation (ordinaire) dans un sens sécuritaire que l'état d'urgence

6. Voir là encore les propos du Défenseur des Droits, Jacques Toubon.

7. SAUVÉ Jean-Marc, vice-Président du Conseil d'État, interview in *Le Monde*, 19/11/2016.

permet : non pas donc une réaction nécessaire et limitée dans le temps à une situation exceptionnelle, mais une adoption de plus en plus marquée d'une législation sécuritaire ordinaire, appelée à durer, car le danger est devenu général et permanent. Et le Conseil d'État toujours, dans son avis du 8 décembre 2016 relatif à une nouvelle prorogation de l'état d'urgence, le redit : « les renouvellements de l'état d'urgence ne sauraient se succéder indéfiniment et [...] l'état d'urgence doit demeurer temporaire. Les menaces durables ou permanentes doivent être traitées, dans le cadre de l'État de droit, par les instruments permanents de la lutte contre le terrorisme, tels ceux issus des lois adoptées ces deux dernières années dans ce domaine ainsi que ceux, le cas échéant, du projet de loi sur la sécurité publique qui sera prochainement examiné par le Parlement ». Comprendre : une fois que des dispositions sécuritaires suffisantes auront été adoptées, il n'y aura plus besoin de l'état d'urgence pour justifier une dérogation à l'État de droit ordinaire. Mais ce n'est pas l'état d'urgence qui cessera (autrement que formellement) ; c'est la législation ordinaire qui incorporera à titre permanent cette dérogation. L'exception est appelée à devenir le principe : banalisation.

La saisie de l'état d'urgence dans cette dimension plus large autorise bien entendu plusieurs niveaux de lecture, qui sont autant d'hypothèses empiriques pour une critique externe (c'est-à-dire fondée non pas de manière interne sur l'analyse critique de l'articulation des moyens juridiques, mais sur l'analyse des raisons et des effets de l'état d'urgence). Rien d'innovant ici, ces analyses existent, mais il convient toujours de les rappeler.

– Le niveau le plus immédiat est celui du « storytelling » politique, d’autant plus efficace qu’il bénéficie d’une certaine complaisance médiatique qui le relaie davantage qu’elle ne l’interroge. Le discours politique construit la sécurité comme bien premier, comme fonction première de l’action publique, et peu importe ici l’efficacité réelle de l’état d’urgence qui n’est qu’un instrument symbolique de cette communication. En France, depuis au moins la loi « anticasseurs » de 1970 (pour parler de la seule période postérieure à l’état d’urgence pour l’Algérie), et malgré des assouplissements parfois forts, bien que largement critiqués par une part importante de l’échiquier politique, le mouvement ne s’est jamais inversé et au contraire s’est accentué depuis une quinzaine d’années, dans tous les domaines (délinquance ordinaire comme terrorisme) : la succession des réformes pénales, toujours dans le même sens de l’inflation sécuritaire, et sans parfois laisser même la réforme précédente produire d’éventuels effets, ou la confusion autour de certaines affaires (Tarnac par exemple), ne sont que quelques éléments d’une longue liste qui en témoigne. Ce discours sécuritaire est d’autant moins réversible que ses auteurs sont prisonniers de leurs propres affirmations : le danger existe, il est possible d’agir contre lui, et l’état d’urgence est le moyen le plus nécessaire de cette action. Comment alors justifier un assouplissement, ou une sortie des mesures adoptées, qui sont insuffisantes puisque le danger hélas n’est pas conjuré même par l’état d’urgence ? Le calendrier (grands événements politiques comme les élections ; grands événements sociétaux comme les événements sportifs, les festivités diverses) désigne

des périodes qui par nature se répètent et qui, par prévention et prudence, imposent les mesures sécuritaires durables.

– À un niveau plus conceptuel, le rapport entre liberté et sécurité doit être précisé. La logique sécuritaire que l'état d'urgence reproduit, dans tous les sens du terme, appréhende les libertés et la sécurité en opposition, les premières (comme biens individuels) devant être réduites pour permettre la seconde (comme bien public). Mais cette opposition actuelle n'est pas aussi évidente qu'il n'y paraît. La sécurité, en tant que sûreté, peut être aussi comprise, et a été comprise aussi dans l'histoire, comme la condition de possibilité des libertés. Or la distinction sémantique d'abord (sécurité/sûreté), conceptuelle ensuite (individuelle/collective) n'est pas une évidence mais l'outil premier de la logique sécuritaire : ici clairement la position d'un Hobbes qui assigne à l'État de garantir la sécurité l'emporte désormais sur les aspirations libérales d'un Locke ou d'un Montesquieu⁸.

– Un troisième niveau alors conduit à s'interroger sur l'affaiblissement de la culture des libertés dans nos sociétés démocratiques réelles. Si bien sûr le paradigme sécuritaire en est à la fois une des explications, et son acceptation l'une des conséquences, dans un mouvement reproductif propre à toute idéologie en action, les nouvelles conditions d'efficacité de cet affaiblissement mériteraient d'être systématisées autour du rôle des nouveaux moyens de communication qui conduisent à la relativisation des

8. Voir notamment BARBERIS Mauro, « Défendre la Constitution. Liberté, sûreté, sécurité », in *La Protection de la constitution*, A. LE PILLOUER (dir.), Poitiers, Presses universitaires juridiques de Poitiers (à paraître).

pilliers structurants de cette culture : privé/public, statut des informations, etc. Avec leurs conséquences nécessaires sur l'affaiblissement du débat politique.

– Ensuite un quatrième niveau devrait conduire à mettre en évidence le lien entre sécurité et libéralisme économique : la sécurité comme condition du développement des échanges marchands aussi bien que la sécurité comme objet de ces échanges.

– Enfin un dernier niveau devrait s'attacher à analyser le rôle de l'administration publique dans cette logique sécuritaire, dans un sens large (sur la durée) comme dans un sens plus contingent (l'état d'urgence proclamé en 2015 et prorogé depuis). Le rôle des administrations de sécurité d'une part, comme demandeurs de mesures sécuritaires (voir les mouvements de protestation des policiers à l'automne 2016) et comme utilisateurs (notamment en dehors de la lutte contre le terrorisme, particulièrement dans les actions de prévention et de répression de la délinquance de droit commun), et d'autre part des élites administratives, particulièrement de certains membres du Conseil d'État qui se retrouvent à tous les rouages de la mise en œuvre de l'état d'urgence (cabinets, institutions de contrôles, etc.) peut être mis en évidence par une analyse des champs par exemple⁹.

Ces différentes lectures doivent être mises en réseau : pour rappeler avec Gramsci comment la construction d'une hégémonie idéologique précède toujours une conquête et une victoire politique. À cet égard la phrase

9. Voir par exemple la lecture d'Antoine Vauchez : <http://doyoulaw.blogs.liberation.fr/2016/02/06/le-verrou-du-palais-royal/> (consulté le 23/12/2016)

si souvent citée de Laurent Fabius, alors Premier ministre en 1984, et désormais Président du Conseil constitutionnel (« le Front National pose de bonnes questions, mais apporte de mauvaises réponses ») apparaît comme un moment clé d'un changement de paradigme, des libertés vers la sécurité. L'acceptation de l'état d'urgence et sa signification ne sauraient ainsi étonner et doivent être rapprochées de phénomènes comparables et concomitants dans lesquels la construction de l'hégémonie idéologique a joué un rôle essentiel (pour s'en tenir à 2016 : succès du Brexit en Grande-Bretagne et de Donald Trump aux États-Unis).

Certains parlent alors d'État de droit sécuritaire ou de démocratie sécuritaire, pour signifier que nous verrions à l'œuvre l'émergence d'une troisième forme de démocratie, induite par l'hégémonie de l'idéologie sécuritaire, et dont la banalisation de l'état d'urgence serait un révélateur. Il s'agit ainsi de souligner bien sûr que cette idéologie reçoit un véritable soutien populaire, et que l'état d'urgence et ses conséquences ne s'installent pas contre l'assentiment majoritaire. Les enquêtes d'opinion comme les tendances électorales ne permettent pas d'en douter. Et au sein de l'État de droit, les différents pouvoirs d'une part (mais la Ve République, pas plus que les démocraties modernes, ne sont plus depuis longtemps un lieu de séparation des pouvoirs¹⁰), les différents partis politiques représentés

10. Voir dans cet ouvrage pour l'état d'urgence le chapitre rédigé par Cécile Guerin-Bargues, et de manière plus générale Éric MILLARD, « Le modèle français : deux formes de présidentialisation du régime parlementaire », in *Forma de governo e sistema elettorale, Teoria Politica*, n° 3, 2013, p. 211-231.

d'autre part¹¹, concourent sans réticence notable à la banalisation de l'état d'urgence. Comment comprendre alors cette adhésion démocratique à une forme d'État de droit démocratique qui réduit durablement et de plus en plus les libertés ?

– Traditionnellement, la théorie juridico-politique a distingué deux formes de démocraties. En premier lieu, on a parlé, dans le cadre essentiellement des États législatifs ou constitutionnels classiques, d'une démocratie procédurale, fondée sur l'expression de la majorité¹², avec éventuellement la prise en compte de certaines libertés nécessaires à l'expression loyale de cette majorité¹³. Devant les risques de choix liberticides de la majorité, et à la suite de la construction des États démocratiques postérieurs au nazisme, une autre conception a été mise en avant, celle de la démocratie substantielle propre aux États de droits constitutionnels des démocraties libérales ; dans ce modèle, qui est davantage une doctrine politique qu'une théorie explicative, l'affirmation constitutionnelle des valeurs inhérentes à la démocratie, comprises comme principes à optimiser, est avancée pour limiter d'une certaine manière (souvent quelque peu confuse) l'expression majoritaire : respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, rôle constructif des autorités juridictionnelles, etc.

– Dans le cadre de la démocratie substantielle, la banalisation de l'état d'urgence est injustifiable et

11. Voir dans ce livre l'analyse de Stéphanie Hennette-Vauchez.

12. KELSEN Hans, *La Démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Dalloz, 2004.

13. Norberto Bobbio notamment.

incompréhensible. L'État de droit, dans le sens prescriptif que retient cette doctrine, et que relayent également certaines autorités françaises sans peut-être en assumer toutes les conséquences (« Un État de droit est un État qui se soumet au droit, mais pas à n'importe lequel : à des règles inspirées par un système de valeurs dont l'expression actuelle est le système des droits de l'homme et des libertés publiques¹⁴ »), ne saurait tolérer d'une part une restriction durable des libertés, et devrait d'autre part être en mesure de prévenir cette restriction. Or dès lors que cette restriction est sinon voulue, du moins acceptée (et c'est là la fonction de la banalisation du paradigme sécuritaire) par la majorité, le seul verrou dont dispose cette théorie en pratique (verrou qu'elle conçoit comme démocratique dans la mesure où elle définit la démocratie par des valeurs à protéger) devient le juge. Mais comme on le sait et c'est parfaitement banal, le juge n'est pas une machine extérieure à l'idéologie hégémonique : il en est aussi un des rouages, parfois comme vecteur, souvent comme acteur sincère ; il est et ne peut-être qu'un membre situé du champ social, au même titre que les citoyens et les élus. Et cela d'autant plus qu'en France, l'histoire politique et constitutionnelle a conduit à ne jamais accueillir efficacement cette conception de la démocratie : l'idéologie de la démocratie substantielle y pèse peu face à l'idéologie sécuritaire fermement implantée, à l'inverse peut-être d'autres pays voisins comme l'Allemagne.

14. Par exemple Jean-Marc SAUVÉ, vice-président du Conseil d'État, Interview, in *Le Monde*, 19/11/2016.

– Parler de démocratie sécuritaire alors pour désigner une démocratie qui privilégierait des choix sécuritaires sur les valeurs de libertés serait cependant trompeur. Une telle approche partagerait sans doute avec la démocratie substantielle son caractère de doctrine en définissant encore la démocratie par des valeurs, ici celles de la sécurité. Nul doute qu'en tant que doctrine, cette position existe, comme l'ont rappelé certains propos au Parlement (voter l'état d'urgence par esprit républicain après avoir souligné les doutes et les incertitudes quant à son efficacité¹⁵). Mais cette doctrine n'est rien d'autre qu'un élément de l'idéologie sécuritaire, et non une description et explication de celle-ci.

À y regarder de plus près, nous ne sommes pas sortis d'une démocratie théoriquement entendue : le choix de la majorité. Mais la place des idéologies, et notamment de l'idéologie sécuritaire, doit être prise au sérieux par la théorie de la démocratie : l'hégémonie de cette idéologie « fausse » un jeu démocratique compris trop facilement comme un idéal sans doute utopique. Les critiques de l'état d'urgence ne sont en rien censurées, mais elles sont inaudibles. Les données qui permettent de soutenir ces critiques ne sont pas occultées, et au contraire même sont publiées dans des documents officiels et disponibles. Comment comprendre qu'elles sont négligées dans la représentation (au double sens du terme) populaire ? Sauf à idéaliser la démocratie, ce n'est pourtant pas exceptionnel ni récent.

Le danger durable de la banalisation de l'état d'urgence ne se limite pas aux mesures qu'il justifie.

15. Voir dans ce livre l'analyse de Stéphanie Hennette-Vauchez.

Il réside aussi et surtout, durablement, dans ses effets de confortation, de banalisation, et de prorogation du paradigme sécuritaire, avec ses effets de circonscription des possibilités du débat politique. L'analyse de l'état d'urgence ne commande pas d'appeler une nouvelle forme théorique de la démocratie, mais invite à souligner les apories de toute démocratie, à en prendre la mesure.

Éric MILLARD
Université Paris Nanterre, CTAD

