

L'état de droit à l'épreuve de l'exception et de la lutte antiterroriste

Séminaire de la M.R.S.H.

Portant sur « la ville face à la guerre »,

Caen, 18 mars 2008

Le 28 juin 1914, à Sarajevo, l'archi-duc François-Ferdinand et sa femme sont assassinés ; il s'en suit un engrenage diplomatique qui précipite les Etats européens vers la guerre. Très vite, les divers gouvernements sont conduits à prendre des mesures draconiennes pour préserver l'ordre public intérieur, afin de prévenir au mieux les conséquences internes de la conflagration qui s'annonce. En France, par un décret du 2 août signé par le Président de la République, l'état de siège est déclaré ; le 5 août, les Chambres, qui s'étaient réunies la veille, votent une loi qui confirme la teneur du décret.

Laissons pour l'instant de côté les incidences juridiques de cette déclaration et faisons un moment un détour par la littérature. Roger Martin du Gard, en 1936 clôt la grande fresque des Thibault avec un roman intitulé *L'Été 1914*. Il cherche à saisir minutieusement l'état d'esprit de l'époque, à Paris, au moment de ces événements du mois d'août. Sous sa plume, la capitale est comme marquée physiquement, à l'annonce de la déclaration de l'état de siège, qui est historiquement, en France, la plus remarquable manifestation de l'état d'exception. Or, voici ce qu'il en dit : « *en une minute, le ciel de Paris était devenu pareil à une coupole de bronze, heurtée de toutes parts du même rythme tenace, sinistre comme un glas* »¹. L'écrivain dresse ainsi, par métaphore, le tableau d'un univers clos et irréel, dans lequel « *l'équilibre universel semblait rompu ; l'imprévu régnait, l'exceptionnel était devenu la loi...* »².

On ne peut mieux souligner cette sorte de chaos dans lequel la ville est plongée. Mais ce n'est pas seulement la guerre qui crée ce chaos ; au contraire, à suivre Martin du Gard, le droit l'entretient en renversant la loi pour lui préférer l'exceptionnel. Par ces mots, ce que l'auteur stigmatise, on l'aura compris, c'est la suspension des libertés et la mobilisation de toute la société qui est comme corsetée par cet état de siège. Avec ce témoignage, on présuppose les liens très étroits

¹ Roger Martin du Gard, *Été 1914*, [1936], in *Œuvres complètes*, tome 2, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1955, p. 580.

² R. Martin du Gard, *Été 1914*, *op. cit.*, p. 625.

qu'entretiennent ces trois notions qui nous intéressent particulièrement : ville, guerre, et état d'exception.

Cependant, si Martin du Gard s'attache à décrire la capitale soumise à l'état de siège, il n'en demeure pas moins que c'est l'ensemble du territoire qui est soumis à cette mesure. Rentrons un peu dans l'austérité du droit : la loi votée par les Chambres, le 5 août, dispose en effet : « *article unique : l'état de siège déclaré par le décret du 2 août 1914 dans les 86 départements, le territoire de Belfort et les trois départements d'Algérie est maintenu pendant toute la durée de la guerre* »³.

Dès lors, le lien entre ville, guerre et état d'exception semble singulièrement distendu, et, si l'on veut maintenir une perspective spatiale de l'application de l'état de siège, on doit lui préférer de cet autre : le territoire national, guerre et état d'exception. Certes, un danger imminent peut menacer une ville en particulier – on pense alors à l'attaque de vive force d'une place forte, comme Lille, en octobre 1914 – c'est cependant l'ensemble du territoire et de la population qui sera mobilisé, et par conséquent, les adaptations nécessaires, en droit, se feront sur ce plan national. Les dispositions prises en août 14 le confirment : bien que la France ne soit pas un champ de bataille généralisé, il faut obtenir une *unicité d'action* sur *l'ensemble du territoire national*.

Dès lors, premièrement, la perspective locale est ravalée au second plan, et deuxièmement, dans une perspective juridique, on assiste à un « *déplacement de l'équilibre constitutionnel* »⁴. D'ailleurs, Joseph Barthélémy ne s'y trompe pas lorsqu'il entreprend une vaste étude sur la question : ce ne sont pas tant les conséquences locales qu'il met en avant, mais bien « *l'augmentation de l'autorité gouvernementale* »⁵. Or, cette augmentation s'appuie précisément sur l'état de siège, qui constitue une des manifestations les plus emblématiques de l'état d'exception. Alors, qu'est-ce justement que cet état d'exception ? Il est la conséquence d'une situation extrême, celle d'un Etat dont l'ordre intérieur est si gravement troublé, que son existence même peut en être menacée, que ce soit par une guerre étrangère, ou une insurrection intérieure, ou même une catastrophe naturelle. Par ces exemples, on voit que l'état d'exception ne

³ *Bull.*, nouv. série, 1914, t. 6, bull. n° 135, p. 2268.

⁴ Joseph Barthélémy, « Notes de droit public sur le droit public en temps de guerre », *RDP*, 1915, p. 133.

⁵ J. Barthélémy, « Notes de droit public sur le droit public en temps de guerre », *op. cit.*, p. 132.

se borne pas uniquement à la guerre, et c'est pourquoi on parle généralement de crise⁶, la crise étant entendue, en son sens étymologique, comme un état critique décisif avant le retour à l'état normal⁷, en référence au vocabulaire médical. Pour remédier à cette situation, on recourt, en droit, à des moyens extraordinaires qui outrepassent le cadre normal de l'action de l'Etat⁸, et on ne manque pas alors d'évoquer, à cette occasion, la maxime latine *Salus populi suprema lex esto*, pour les justifier ; ce faisant, on suspend les règles qui régissent ordinairement l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics⁹. De tout cela, on peut dégager, à la suite de Fr. Saint-Bonnet, qui a consacré à cette question une étude importante¹⁰, que : « *l'état d'exception se situe au point de rencontre de trois éléments constitutifs* »¹¹ : *la dérogation* – que ce soit la suspension pure et simple des règles ou plus modestement leur modification –, *la référence à une situation anormale* – la guerre étrangère par exemple –, *la conception d'une finalité supérieure* – entendons la pérennité de l'Etat. L'objet cet état d'exception tient en deux choses : d'une part, une concentration des fonctions dans les mains d'un petit nombre d'organes très limité, voir unique, et d'autre part un élargissement des compétences de ce ou de ces organes, ces deux éléments impliquant corrélativement la restriction très significative de l'exercice des libertés publiques. Toutes ces conséquences ont donc des incidences décisives sur l'état de droit¹². Les enjeux qui se dessinent nous éloignent insensiblement de la perspective initiale qui relierait ville, guerre et état d'exception. Il serait certes possible d'exposer les incidences du droit d'exception à l'échelle de la ville, car non seulement il y en a, mais on peut même dire que c'est essentiellement là qu'elles se ressentent. Car la ville est le lieu de toutes les concentrations : que ce soit en termes de population ; ou de décision politique, administrative ; ou encore de

⁶ J. Gicquel préfère le terme de crise, qui « offre l'avantage insigne de se rapporter à l'état de droit ». Jean Gicquel, « Les états de nécessité », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Colloque tenu à Aix-en-Provence, les 31-août-5 septembre 1987, Aix, PUAM, coll. droit public positif, 1987, p. 173.

⁷ Alain Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, [1992], Paris, Dictionnaires Le Robert, 2002, t. 1, p. 952.

⁸ Jean-François Kervégan, « Etat d'exception », in *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, p. 231.

⁹ Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in *L'exception dans tous ses états*, Marseille, éd. Parenthèses, 2007, p. 163.

¹⁰ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2001.

¹¹ Fr. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 27.

¹² Sur l'élaboration historique et théorique de l'état de droit, en particulier en Allemagne, avec le *Rechtsstaat*, se reporter notamment à Ernst-Wolfgang Böckenförde, « Naissance et développement de la notion d'Etat de droit », in *le Droit, l'Etat et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Paris, Bruylant, LGDJ, 2000. Pour un regard croisé entre la *rule of law* anglo-saxonne, le *Rechtsstaat* allemand et l'état de droit français, voir : Luc Heschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelles bibliothèque de thèses, 2002.

dynamique économique et financière ; la ville est aussi le lieu de toutes les circulations¹³. Mais d'un autre côté, si on se cantonne aux conséquences de l'état d'exception sur ce plan, on court le risque de passer à côté de ce qui fait l'essence de ce droit d'exception, d'une part parce qu'il ne peut être disjoint du destin national, car il s'agit d'une réponse à une menace d'ordre existentielle¹⁴, et d'autre part, parce que, sur le plan juridique, on observe des incidences décisives sur l'ordre juridique national tout entier.

Il faut donc reprendre le rapport de nos trois éléments sous un autre angle, en prenant en compte la menace terroriste actuelle. Celle-ci, en effet, a pris une telle ampleur en peu d'années qu'elle bouscule semble-t-il jusqu'aux certitudes les plus unanimement admises. Depuis le 11 septembre 2001, en effet, le politise est obligé de repenser le rapport du terrorisme à la guerre au point de douter parfois de la pérennité de ce dernier concept, tout comme le juriste est contraint de reprendre la question de l'adaptation du droit à un péril, et de penser de nouvelles dispositions alors même que notre droit en a auparavant développé un éventail conséquent ; et il est clair, enfin, qu'il est également nécessaire de réfléchir sur la ville elle-même qui est le lieu par excellence dans lequel cette menace terroriste s'exerce. En ce sens, le thème de ce séminaire – *la ville face à la guerre* – est d'une actualité incontestable.

Ainsi, en abordant la question du terrorisme dans ses formes les plus récentes, on retrouve un angle de réflexion qui donne une nouvelle pertinence au rapprochement de ces trois éléments. En substance, les gouvernements sont confrontés à une forme inédite de péril, qui se manifeste en des lieux très ciblés et mûrement désignés. Par conséquent, les gouvernements sont contraints de trouver des solutions qui sont aussi inédites que le problème lui-même. Ils sont d'autant plus condamnés à y parvenir que la population sollicite des réponses décisives et efficaces, ce qui est un trait caractéristique du danger du populisme pénal décrit par D. Salas¹⁵.

Le droit français s'est adapté à ce péril en multipliant les dispositions qui infléchissent ou aggravent telles ou telles parties du droit préexistant – on pense au droit pénal¹⁶, mais aussi au

¹³ Olivier Mongin, *La condition urbaine. La ville à l'heure de la mondialisation*, [2005], Paris, Le Seuil, coll. Points Essais, 2007, pp. 91 s.

¹⁴ Gérard Mairet, « Le moment exceptionnel dans la vie politique d'une nation », in *L'exception dans tous ses états*, *op. cit.*, pp. 106-128.

¹⁵ Denis Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005, pp. 48 et s.

¹⁶ D. Salas, « La sécurité peut-elle justifier un droit d'exception ? Réflexion sur le rôle du juge gardien des libertés », conférence prononcée à l'*Institut des hautes études sur la justice*, 20 février 2006, p. 4. [conférence diffusée sur internet]

droit administratif¹⁷. Ce faisant, notre droit national a-t-il pour autant généralisé un état d'exception en le banalisant, comme il est de coutume de l'affirmer pour les Etats-Unis, notamment ?

Sur tous ces points, des débats animés ont vu le jour depuis le drame de 2001 : à la fois pour qualifier cette menace, et pour proposer et pour dénoncer ou défendre des solutions juridiques adéquates. Il est clair que le recours à l'état d'exception se profile, qui conduit à en renouveler l'approche, mais, pour autant, les instruments mis en œuvre très récemment, face au terrorisme, peuvent-ils être compris comme étant de l'ordre de l'état d'exception ? Rien n'est moins sûr.

I. Droit et état d'exception

En définissant l'état d'exception comme une *suspension* du droit qui régit ordinairement le fonctionnement des pouvoirs publics, on postule que le droit des temps dits normaux ne peut surmonter le péril, comme une guerre par exemple. En cela, on pose frontalement le redoutable problème du rapport du droit à l'exception. Pourquoi redoutable ? Parce que ce rapport du droit à l'exception met en jeu la pérennité des principes du constitutionnalisme moderne. Comment en effet articuler ces principes avec les nécessités des circonstances ? Quel rapport l'exception entretient-elle avec la constitution ? Peut-on intégrer l'un dans l'autre, et selon quelles modalités ? jusqu'où peut-on modifier les rapports des institutions entre elles et contrevenir aux libertés publiques ? Les réponses sont naturellement dans les diverses dispositions intégrées dans le droit public (B), dont il est possible de dégager un certain nombre de caractéristiques (C), mais ce qui doit avant tout retenir l'attention, c'est l'engouement récent pour l'état d'exception (A).

A. L'engouement récent pour l'état d'exception

Les questions relatives à l'adaptation du droit public aux temps de crise mettent mal à l'aise le juriste, ce qui explique pour partie que la doctrine française n'a jamais avancé de *théorie* de l'état d'exception cohérente et approfondie¹⁸. Ces tâtonnements apparaissent sous un jour

¹⁷ Fr. Rolin et S. Slama avancent en particulier, qu'il « *semble que l'on voit désormais émerger en droit administratif une nouvelle composante de l'ordre public, la "lutte contre le terrorisme"* ». Frédéric Rolin, Serge Slama, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *AJDA*, 2006 / 18, p. 982.

¹⁸ M. Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *op. cit.*, p. 163.

d'autant plus fragile qu'un juriste allemand, durant l'Entre-deux guerres, s'est emparé de cette question. Carl Schmitt ne s'est pas contenté de réfléchir à l'état d'exception : il a assis sur cette notion une théorie par laquelle il a totalement reformulé ce qu'est le politique¹⁹ pour ensuite repenser le droit lui-même, tant en réaction aux errements du régime de Weimar²⁰, qu'au normativisme kelsénien²¹. Il a donc placé au cœur de son système cette notion d'exception, afin de mettre en exergue ce qui fait que le souverain est *effectivement* souverain, puisqu'il croit déceler dans la manifestation de l'état d'exception la vraie nature du pouvoir politique. Dans cette perspective, c'est la prise de décision qui manifeste l'essence de la souveraineté. Tout cela est exposé dans une saisissante contraction qui est le pivot de son système : « *est souverain, celui qui décide de la situation d'exception* »²², dit-il. Les idées de Schmitt ont été un temps mises à l'index du fait de son adhésion au nazisme²³, puis timidement diffusées dans les années 60 et 70 – on pense aux travaux de Julien Freund –, mais, tout récemment, à l'occasion d'un revirement spectaculaire, elles sont reprises par de très nombreux auteurs. Citons notamment G. Agamben, A. Negri²⁴, J. Derrida²⁵, E. Balibar²⁶, ou très récemment D. Bensaïd²⁷. Cette tendance est d'autant plus surprenante que l'initiative en revient à des philosophes qui revendiquent, pour la plupart, une lecture marxiste du politique. Cet engouement a provoqué un très vif débat²⁸ ; il a également fait l'objet d'un livre du philosophe Jean-Claude Monod²⁹.

¹⁹ Jean-Claude Monod, *Penser l'ennemi, affronter l'exception. Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, Paris, La découverte, 2006, p. 16.

²⁰ Olivier Beaud, « Légalité & légitimité : la lutte de Carl Schmitt contre la république de Weimar & sa défense d'une 'contre-constitution' », in *Crise & pensée de la crise en droit. Weimar, sa république & ses juristes*, coord. Jean-François Kervégan, Lyon, éd. ENS, 2002, pp. 125-147 ; Sandrine Baume, *Carl Schmitt, penseur de l'Etat. Genèse d'une doctrine*, Paris, les Presses de Sciences Po, 2008.

²¹ J.-Fr. Kervégan, « La critique schmittienne du normativisme kelsénien », in *Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 229-241.

²² Carl Schmitt, *Théologie politique*, [1922], Paris, Gallimard, NRF, 1988, p. 22.

²³ Julien Freund, *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 1965.

²⁴ Antonio Negri, *Le pouvoir constituant : essai sur les alternatives de la modernité*, Paris, PUF, coll. Pratiques théoriques, 1997.

²⁵ Jacques Derrida, *Force de loi : le fondement mystique de l'autorité*, Paris, Galilée, 1994.

²⁶ Etienne Balibar, « Prolégomènes à la souveraineté », *Les Temps modernes*, sept.-nov. 2000, n°610, pp. 50 s.

²⁷ Daniel Bensaïd, *Eloge de la politique profane*, Paris, Le Seuil, 2008.

²⁸ Les travaux d'Yves-Charles Zarka ont alimenté la controverse sur la façon d'appréhender et de recourir aux travaux de Schmitt, qu'il faudrait « abandonner à son ignominie ». Voir en particulier : « Carl Schmitt : la pathologie de l'autorité », *Cités*, 2001, n° 6, pp. 3-6 ; « Carl Schmitt, le nazi », *Cités*, 2003, n°14, pp. 161-164 ; « Carl Schmitt après le nazisme », *Cités*, 2004, n° 17, pp. 145-148 ; « Carl Schmitt, l'ennemi substantiel et la législation nazie », *Droits*, 2004, n° 40, pp. 173-188 ; *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt*, Paris, PUF, 2005 ; « Carl Schmitt ou la triple trahison de Hobbes. Une histoire nazie de la philosophie politique ? », *Droits*, 2007, n° 45, pp. 177-190.

²⁹ J.-Cl. Monod, *Penser l'ennemi, affronter l'exception. Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, op. cit.

Si la question de savoir si on peut lire et invoquer les écrits schmittiens au regard du passé de l'auteur – débat qui touche Schmitt comme Heidegger³⁰ ou même Céline – est hors de propos ici, il faut reconnaître que tous ces thèmes confèrent à la fois aux thèses de Schmitt une « *pertinence dérangeante* »³¹ ainsi qu'une indéniable *actualité* – pour reprendre le sous-titre du livre de J.-Cl. Monod. On l'aura compris : les thèmes schmittiens entrent en résonance avec les suites du 11 septembre 2001.

Dans ce regain d'intérêt, un ouvrage, en particulier, doit être mentionné, car il a été amplement suivi, commenté, et discuté. Il s'agit de celui du philosophe italien Giorgio Agamben, intitulé *état d'exception*, paru en 2003³². Le propos d'Agamben, très succinctement, est le suivant. En usant des notions Schmittiennes – l'ennemi, l'état d'exception, la dictature –, le philosophe italien cherche à mettre en exergue le phénomène récurrent et omniprésent de l'état d'exception dans les Etats qui se veulent simultanément les défenseurs des institutions libérales. Or, en mettant en lumière le recours de plus en plus systématique à un ensemble de manifestations de l'état d'exception, diverses et insidieuses, qui vont de l'usage de l'état de siège en France au XIXe siècle, à Guantanamo actuellement, en passant par des pratiques institutionnelles dévoyées comme l'usage des décrets-lois sous la IIIe République, on perce à jour la mise en place progressive d'un état d'exception banalisé permanent. Pour Agamben, ce faisant, l'état de droit libéral montrerait son vrai visage, sa vérité cachée. Si, à l'évidence, la critique d'Agamben a le mérite de pointer les errements d'un recours aveugle à l'état d'exception, comme on peut le voir depuis le 11 septembre dans certains Etats, elle prête le flanc à deux critiques : d'une part, sur un plan juridique, le philosophe recourt à des exemples qui ne peuvent être assimilables à des pouvoirs exceptionnels suspendant le droit au détriment des libertés publiques³³, d'autre part il n'offre pas un modèle positif d'état de droit alternatif³⁴, servant de référence.

Dans cette perspective, il est intéressant de retenir les éléments juridiques utilisés tant par Schmitt que par Agamben, qui, pour l'un comme pour l'autre, sont tirés des précédents du droit public français. Ce dernier est en effet le premier à intégrer de telles dispositions en son sein. Mais ce que ni Schmitt ni Agamben ne soulèvent, c'est le paradoxe très surprenant qu'offre ce même

³⁰ Roger-Pol Droit, « Les crimes d'idées de Schmitt et de Heidegger », *Le monde*, 25 mars 2005, p. VI.

³¹ William E. Scheuerman, « Carl Schmitt and the road to Abu Graïb », cité par J.-Cl. Monod, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, *op. cit.*, p. 13.

³² Giorgio Agamben, *Etat d'exception*, Paris, Le Seuil, 2003.

³³ M. Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *op. cit.*, p. 169.

³⁴ J.-Cl. Monod, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, *op. cit.*, p. 106.

droit français : il a, certes, le premier, établi les bases sur lesquelles l'état d'exception sera exercé, par le biais de l'état de siège mentionné dans une loi de 1791, mais cela se fait alors même que les prémisses théoriques de son application sont impensés : personne n'affirme alors qu'il est possible d'institutionnaliser l'état d'exception. Bien plus, dans l'esprit des constituants, l'état d'exception ne peut être envisagé dans un système juridique rationnel qui a pour but de garantir les droits de l'homme et du citoyen. En réalité, cet état d'exception entre dans notre droit subrepticement, à l'insu de tous, pourrait-on dire. Car dans l'esprit des constituants, la loi de 1791 est une loi technique, qui règle une question d'ordre militaire. Il est anachronique d'y voir une législation d'exception. Mais dès 1793, en plusieurs endroits, des militaires et des représentants en mission³⁵ se sont vus contraints de recourir à l'état de siège pour réprimer les troubles. La loi valide par la suite, une pratique qui s'est vite généralisée. C'est ainsi que la France est le premier pays à inclure des manifestations de l'état d'exception sans pour autant en penser les implications exactes, tant sur le plan juridique que sur le plan des libertés publiques.

B. Les manifestations de l'état d'exception dans le droit public français

Mais l'état de siège n'est pas l'unique manifestation de l'état d'exception en droit français. La constitution en prévoit certaines, la loi en a créé d'autres, enfin le juge n'a pas hésité à légaliser des pratiques administratives que seul le temps de crise permettait de juger tel.

Dans l'ordre constitutionnel, la constitution actuelle prévoit la possibilité de conférer au chef de l'Etat les pleins pouvoirs, en application de l'article 16, dont les conséquences sont telles qu'il est d'usage d'y voir une « *constitution de réserve* »³⁶ : « *Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances...* ». Charles de Gaulle y recourut en 1961,

³⁵ Par exemple : Ancenis est déclarée en état de siège le 8 juillet 1793 et serait de ce fait la première ville ouverte ainsi soumise au régime militaire. François-Alphonse Aulard (publié par), *Recueil des actes du Comité de salut public, avec la correspondance officielle des représentants en mission et le registre du conseil exécutif provisoire*, Paris, Imprimerie nationale, coll. des documents inédits sur l'histoire de France, t. 5 (19 juin-15 août 1793), 1892, p. 214.

³⁶ Olivier Beaud, « Le souverain », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 44.

durant cinq mois, à la suite du putsch des généraux, à Alger³⁷, entre le 23 avril et le 29 septembre 1961 ; il en fit d'ailleurs une lecture très extensive, à la fois dans les mesures prises, dans la durée de son application et dans la mise sous silence des autres institutions.

Cet article 16 se veut historiquement une conséquence de la défaite de 1940 et de la paralysie de l'exécutif face aux événements liés à la décolonisation. Mais il n'est pas l'unique exemple de dévolution de pouvoirs de salut public au chef de l'Etat dans notre histoire constitutionnelle. Sous la Restauration, on trouve en effet l'article 14 de la charte de 1814. Il a donné lieu à des interprétations divergentes³⁸. La formulation de cet article pouvait être lue de plusieurs manières, car, en reconnaissant au roi le pouvoir de faire « *les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'État* », certains ont voulu y voir des pleins pouvoirs reconnus au roi de France, quand d'autres rejetèrent une telle éventualité. La Révolution de Juillet de 1830 tranche la question, pourrait-on dire. Elle est en effet déclenchée par la promulgation d'ordonnances par Charles X prises sur le fondement de cet article 14³⁹. Ressentie comme un acte arbitraire par la population parisienne, celle-ci prend les armes et dresse des barricades dans la capitale : « *le roi est sorti de la Charte, Paris sort de la loi* »⁴⁰. On connaît la suite : le renversement du roi, qui est contraint à l'exil, l'avènement de Louis-Philippe qui prête serment à la charte révisée et privée de la disposition litigieuse (art. 13).

Notre constitution contient par ailleurs un article 36 qui détaille la procédure de mise en œuvre de l'état de siège. En 1791, il a uniquement un objet d'ordre technique, conformément à l'objet de la loi tout entière des 8-10 juillet, qui porte sur la conservation des places de guerre. L'état de siège se distingue de l'état de paix et de l'état de guerre, et elle ne concerne que les places de guerre à l'instar de celles-ci. Ces places sont elles-mêmes explicitement désignées dans la loi. L'état de siège résulte soit de l'interruption des communications du dehors au dedans et du dedans au dehors par la présence de l'armée ennemie à une certaine distance de la place, soit de l'attaque de cette place (tit. Ier, art. 11). Il emporte des effets juridiques, qui consistent dans le

³⁷ Cet épisode a été maintes fois commenté par les juristes, au moment de son usage, puis ultérieurement. Citons notamment : Michèle Voisset, *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit constitutionnel et de sciences politiques, 1969 ; Fr. Saint-Bonnet, « Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception », *RDP*, 1998 / 5-6, pp. 1699-1718.

³⁸ Stéphane Rials, « Essai sur le concept de monarchie limitée », in *Révolution et contre-révolution*, Paris, DUC Albatros, 1987, pp. 88-125.

³⁹ Ces ordonnances étaient relatives à la dissolution de la chambre des députés, à la restriction du nombre de députés et du corps électoral, à la suspension de la liberté de presse, et enfin à la convocation d'une nouvelle chambre. L'état de siège sera ultérieurement déclaré à Paris, lors des troubles.

⁴⁰ François Furet, *La Révolution française de 1788 à 1880*, [1988], Paris, Hachette, 1997, t. 2 : *Terminer la Révolution de Louis XVIII à Jules Ferry*, p. 107.

transfert de la compétence des autorités civiles aux autorités militaires (tit. Ier, art. 10), ce qui le distingue de l'état de guerre, par lequel les autorités civiles, qui demeurent en charge de l'autorité publique, peuvent être requises par l'autorité militaire pour se prêter aux mesures de police qui intéresseraient la sûreté de la place (tit. Ier, art. 7). Un décret de 1811 étend les cas dans lesquels ces places de guerre peuvent être mises en état de siège (art. 53), et reconnaît, également, pour la première fois, la compétence des tribunaux militaires pour juger des civils (art. 103). Ces dispositions ne doivent pas être confondues avec celles des lois de 1797 (fructidor an V) qui étendaient la mise en état de siège aux villes ouvertes. C'est toute la difficulté de l'état de siège appréhendée dans sa dimension historique, car le recours à l'état de siège, en pratique, se joue des dispositions législatives. On a en effet recouru extrêmement fréquemment à l'état de siège durant la Révolution, en particulier au cours du Directoire et du Consulat, entre 1795 et 1802, pour réprimer les troubles intérieurs, en Vendée, dans le sud-est, principalement⁴¹. Progressivement, on en fit un usage de plus en plus systématiquement, là pour lever les impôts dans des communes récalcitrantes, ici pour un arbre de la liberté arraché, et bientôt pour se substituer aux autorités civiles défaillantes⁴². Le principal effet de cet usage est une suspension du droit pure et simple. C'est sous cette forme que l'état d'exception est une première fois constitutionnalisé en l'an VIII⁴³. L'article 92 de cette constitution dispose ainsi : « *Dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'État, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution* ». Il en sera notamment fait usage en Vendée et en Corse l'année suivante. Les habitants ressentent cette suspension aussi rudement qu'une occupation militaire, car elle implique une suspension des libertés, qui sont sacrifiées à la pacification du territoire. A quel prix doit-on l'obtenir ? Là gît le degré d'adaptation du droit à l'exception.

La difficulté était aussi de savoir comment articuler de tels pouvoirs avec les principes constitutionnels. Les deux lois de fructidor an V, votées à dix jours d'intervalle, l'illustre de

⁴¹ Stephen Clay, « La question de l'ordre public et la politique de l'état de siège à Marseille pendant le Directoire », *La République directoriale, Colloque de Clermont-Ferrand*, (coord.) Philippe BOURDIN et Bernard GAINOT, Clermont-Ferrand, Société des Etudes robespierristes, 1997, t. 2, pp. 861-883.

⁴² Howard G. Brown, « From organic society to security state : the war on brigandage in France, 1797-1802 », *The Journal of modern history*, vol. 69, n°4, 1997, pp. 661-695 ; *Ending the French Revolution. Violence, Justice, and Repression from the Terror to Napoleon*, Charlottesville and London, University Virginia Press, 2006, 200-210.

⁴³ Sébastien Le Gal, « La suspension du Droit en Révolution, entre volonté de rupture et permanence d'une tentation : l'article 92 de la Constitution de l'an VIII », *Le Droit en Révolution, Table ronde du Réseau de laboratoires d'histoire des idées et des institutions politiques*, Bastia, 9-10 septembre 2004, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, pp. 59-73.

façon éclatante : le 10, la déclaration relève de domaine de la loi, le 19, sous la pression des circonstances, c'est au Directoire exécutif qu'il incombe désormais de déclarer l'état de siège dans les villes ouvertes. En réalité, la difficulté persiste jusqu'en 1958. Si, pendant longtemps, on a été gêné d'« *user d'une faculté si peu en harmonie avec notre constitution* »⁴⁴, on a néanmoins senti la nécessité d'intégrer l'état de siège dans la constitution, pour en légaliser le principe, en quelque sorte. Plusieurs occurrences en témoignent. On en trouve un exemple dans l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire, mais la tentative de 1815 tourne court, avec la fin des Cent jours⁴⁵. Par la suite, on ne s'interdit pas l'usage de l'état de siège, loin de là (invasion de 1815, révolution de 1830), mais ces recours ultérieurs connaissent un coup d'arrêt en 1832. On a alors déclaré l'état de siège concomitamment dans les quatre départements de la Vendée, en vue de mater le soulèvement fomenté par la duchesse de Berry, et dans Paris, à la suite d'un début d'insurrection républicaine lors de l'enterrement du général Lamarque. A cette occasion, et pour la première fois, la Cour de cassation rend un arrêt, le 29 juin, dans lequel elle est amenée à examiner la conformité d'un décret impérial de 1811 à la Charte⁴⁶. Les conséquences de cet arrêt, rendu à la suite du recours du sieur Geoffroy, condamné à mort par un conseil de guerre, et défendu en la circonstance par Odilon Barrot⁴⁷, sont décisives : elle conduit à la levée immédiate de l'état de siège à Paris. On n'y fera plus appel jusqu'aux événements de juin 1848, à Paris, là aussi. Pour se prémunir contre les défauts soulevés par la Cour de cassation, la constitution de 1848 comprend un article 106 relatif à l'état de siège, qui en reconnaît explicitement le principe. La grande loi du 9 août 1849 sera adoptée en conséquence de cette disposition. C'est par elle aussi que le principe est consacré d'une déclaration en cas de péril imminent pour la sécurité

⁴⁴ Jean-Baptiste Jourdan, *Rapport fait par Jourdan au nom d'une commission chargée d'examiner si la mise en état de siège est une mesure qui puisse concorder avec l'esprit et les principes de la constitution. Conseil des Cinq-cents. Séance du 21 thermidor an V*, Paris, Imprimerie nationale, an V, p. 4.

⁴⁵ art. 66. « Aucune place, aucune partie du territoire, ne peut être déclarée en état de siège, que dans le cas d'invasion de la part d'une force étrangère ou de troubles civils.

Dans le premier cas, la déclaration est faite par un acte du gouvernement.

Dans le second cas, elle ne peut l'être que par la loi.

Toutefois, si, le cas arrivant, les chambres ne sont pas assemblées, l'acte du gouvernement déclarant l'état de siège doit être converti en une proposition de loi dans les quinze premiers jours de la réunion des chambres. »

⁴⁶ La question est de savoir si les dispositions du décret de 1811 sont conformes à la Charte de 1830, qui dispose que nul ne peut être distrait de ses juges naturels (art. 53) et qu'il ne pourra être institué de tribunaux d'exception sous quelle que forme que ce soit (art. 54). Le décret autorisant le recours aux tribunaux militaires pour juger de civils non-militaires, la Cour considéra que les dispositions du décret impérial avaient été abrogées par la Charte. Voir : Jean-Louis Mestre, « La cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité. Données historiques », in *La cour de cassation et la constitution de la république, Acte du colloque des 9 et 10 décembre 1994*, Aix, PUAM, 1995, pp. 35-67.

⁴⁷ Paul Bastid, « Odilon Barrot et le droit », *CE. Etudes et documents*, 1952, p. 151.

intérieure et extérieure (art. 1) sans plus faire référence en quelque façon à la place de guerre. On reconnaît des compétences extraordinaires à l'autorité militaire (art. 9) : les perquisitions de jour comme de nuit, la recherche systématique et l'enlèvement des armes et des munitions, l'éloignement des repris de justice et des individus qui n'ont pas leur domicile dans les lieux soumis à l'état de siège, l'interdiction des publications et des réunions propres à entretenir le désordre ; c'est enfin cette loi qui reconnaît la compétence des tribunaux militaires pour connaître de certains crimes et délits commis par des non-militaires (art. 8).

Si par la suite, les lois constitutionnelles de la III^e République n'y font pas mention, il faut cependant préciser qu'une loi du 3 avril 1878 règle très précisément la procédure de déclaration de cet état de siège, pour interdire tout flottement en cas de crise. A cette occasion, d'ailleurs, l'éventail des circonstances autorisant le recours à l'état de siège est restreint, par rapport aux dispositions de la loi de 1849. Il n'est désormais plus question que d'un « *péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée* » (art. 1).

On sent néanmoins une inadéquation certaine de cette législation, pour des périls touchant potentiellement l'ensemble du territoire national, comme les guerres de 1914 et de 1939, car l'extension de l'état de siège à l'intégralité du territoire national en rend inapplicable un certain nombre de dispositions. En 1955, lorsque les troubles en Algérie sont de plus en plus importants, on adopte une loi relative à l'état d'urgence. On a recouru à cette loi récemment, lors des émeutes urbaines de 2005. Le principe en est le suivant. Il peut être déclaré lors de la survenance d'un péril imminent, ou d'une calamité publique. La première grande différence avec l'état de siège, c'est que les autorités civiles demeurent compétentes. Ce qui fait que, lors de son adoption, on a voulu y voir une adaptation intermédiaire en cas de crise, l'état de siège semblant la solution extrême, selon le gouvernement de l'époque. Mais en réalité, les compétences conférées à l'autorité civile excèdent largement celles qui sont dévolues à l'autorité militaire en application de la loi de 1849⁴⁸. Bien que la distinction se soit estompée en pratique⁴⁹, il faut distinguer les zones dans lesquelles l'état d'urgence est *déclaré*, des cas dans lesquels il est *appliqué*. Dans le cas d'une déclaration, le préfet du département et le ministre de l'Intérieur peuvent apporter de nombreuses restrictions à la liberté de circulation et de séjour des particuliers (art. 5), et le

⁴⁸ Roland Drago, « L'état d'urgence (loi des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques », *RDP*, 1955, p. 693 ; Arlette Heymann, *Les libertés publiques et la guerre d'Algérie*, Paris, LGDJ, 1972, p. 16 ; Pierre-Laurent Frier, *L'urgence*, Paris, LGDJ, coll. bibl. de droit public, 1987, p. 286.

⁴⁹ P.-L. Frier, *L'urgence*, *op. cit.*, p. 284.

ministre de l'Intérieur peut prescrire la remise des armes ou même exercer un contrôle sur les médias ou l'organisation des spectacles (art. 11). Cette déclaration ouvre également le droit de réquisition (art. 10), prolonge le délai de garde à vue et permet aux tribunaux militaires de revendiquer, le cas échéant, la poursuite des crimes et délits relevant des cours d'assises et commis par des civils (art. 11 et 12). A côté de cette déclaration, il est des zones où un décret *applique* l'état d'urgence, il s'agit d'un état d'urgence aggravé, qui est encore plus restrictif : perquisitions de jour comme de nuit ordonnées par les autorités administratives, fermeture de tous les lieux publics, interdiction de réunions (art. 8), élections partielles suspendues, et même : assignation à résidence de toutes les personnes dont l'activité risque de s'avérer dangereuse pour l'ordre public (art. 6), sans aller jusqu'au camp d'internement. On le voit : l'état d'urgence est infiniment plus rigoureux que l'état de siège. Quand on ajoute à ce tableau les délégations très importantes que l'autorité civile a pu faire au profit des militaires durant la guerre d'Algérie, on mesure les conséquences dramatiques au regard des libertés publiques. A cette période, en effet, un reflux très net s'observe sur la question de la garantie des droits fondamentaux. Tant le législateur que le juge se plient à la raison politique qui impose le retour à l'ordre au détriment des droits⁵⁰.

Cette énumération serait incomplète si on ne mentionnait pas, enfin, l'initiative du juge administratif. Si elle était déjà esquissée avant de s'étendre aux circonstances de guerre⁵¹, cette jurisprudence prend un tour inédit lorsque le Conseil d'Etat doit, dans son domaine, faire face aux nécessités nées de la Première Guerre mondiale. Il a en effet été contraint de valider un certain nombre de décisions administratives dénuées de fondement légal. Pour ce faire, il s'est, dans un premier temps, appuyé sur la loi de 1849⁵², puis sur les pouvoirs du chef de l'Etat⁵³, tout en les confortant par la nécessité des circonstances.

⁵⁰ Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, pp. 310-316 ; A. Heymann, *Les libertés publiques & la guerre d'Algérie*, *op. cit.*

⁵¹ CE 18 juillet 1913 *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*.

⁵² Adaptée à l'état de siège, le Conseil d'Etat estime que l'autorité militaire a le droit d'exercer ces nouvelles fonctions sans tenir compte des limitations établies par la législation du temps de paix (CE 6 août 1915 *Delmotte*). Une telle appréciation permit à la haute juridiction d'affirmer la légalité de mesures de police portant des atteintes à la liberté individuelle, qu'aucune loi n'autorisait (CE 28 février 1919, *dames Dol et Laurent* ; 9 février 1920 *Mansart*) au droit de propriété privée (CE 31 octobre 1924 *Cotte*), ou aux règles de la responsabilité contractuelle (CE 1^{er} août 1919 *Saupiquet*). Voir : Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, [1956], Paris, Dalloz, 2007, 16^e éd., sous CE 28 février 1919 *Dames Dol et Laurent*, pp. 215-217.

⁵³ CE 28 juin 1918 *Heyriès*. En se fondant sur l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui confère au Président de la République l'exécution des lois et donc le soin de « veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par la loi et les règlements soient en état de fonctionner », le conseil reconnut la légalité d'un décret pris en

Il faut enfin mentionner les diverses dispositions relatives à l'état de guerre, sans qu'il s'agisse, à proprement parler, de l'état d'exception. La constitution actuelle détermine, en son article 35, la procédure de déclaration de l'état de guerre. Plus tardivement, des dispositions ont été prévues en cas de menace de guerre, en particulier la dot, c'est-à-dire, à la Défense Opérationnelle du Territoire, prévue par le décret du 1^{er} mars 1973. La mise en œuvre de la DOT précède la mobilisation générale et les mesures de défense militaire, qui, elles, renvoient à l'ordonnance du 7 janvier 1959, qui « *permet de confier, par une décision prise en conseil des ministres, au commandement militaire désigné à cette fin la responsabilité de l'ordre public, dans les lieux où se développent les opérations militaires ou dans les secteurs prioritaires de défense* »⁵⁴.

C. Caractères permanents des manifestations de l'état d'exception dans le droit public français

Quatre caractères, au moins, sont communs aux manifestations de l'état d'exception.

— La publicité du recours à l'état d'exception, c'est-à-dire la manifestation publique du basculement du normal à l'exceptionnel. Elle se fait un message ou une déclaration, puis le retour à l'état normal en exige la levée ; elle suppose une procédure préalablement déterminée. Pour l'article 16, le Président de la République prend les mesures, « *après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel. [al. 2] Il en informe la nation par un message.* » Pour l'état de siège (art. 36-C), comme pour l'état d'urgence (ordonnance du 15 août 1960, art. 2), un décret pris en conseil des ministres est nécessaire, et la prorogation de celui-ci au-delà de douze jours ne peut être autorisé que par le Parlement. Ce basculement se fait pour une durée déterminée et pour un espace géographique donné. Sur ce dernier point, l'exemple de l'état de siège est une fois encore particulièrement éclairant. Initialement conçu pour les places de guerre, en 1791, et étendu en 1797 aux villes ouvertes, le législateur n'a alors en vue que les cas d'invasion et d'attaque d'une ville par des troupes

décembre 1914 qui suspendait les dispositions d'un texte de loi. Voir : M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *GAJA, op. cit.*, pp. 198-205.

⁵⁴. P.-L. Frier, « Les législations d'exception », *Pouvoirs*, 1979, n° 10, p. 23.

Il faudrait encore ajouter à cette liste le droit conféré au Président de la République par le parlement, de légiférer par ordonnance (ce qui s'est passé en particulier lors de la guerre d'Algérie).

ennemies⁵⁵. Après l'adoption de la loi de 1849, qui ne fait plus seulement référence à une ville, mais également aux arrondissements et aux départements, le recours à l'état de siège se fait à chaque fois de façon plus extensive, tant géographiquement que temporellement⁵⁶, pour arriver à une extension maximale en 1914, qui voit l'intégralité du territoire soumis à l'état de siège, jusqu'au 12 octobre 1919.

— Une habilitation qui se traduit par des pouvoirs accrus à un organe unique ou à quelques-uns : le chef de l'état dans le cadre de l'article 16, l'autorité militaire dans le cadre de l'état de siège, le préfet et le ministre de l'Intérieur pour ce qui est de l'état d'urgence. De plus, ces organes, on l'a vu, ont des pouvoirs considérablement étendus ;

— La préservation, par principe, de la garantie des droits. Cette préservation est délicate et pose le problème déjà soulevé du degré d'atteinte toléré aux droits les plus élémentaires. Or, le danger est grand d'introduire le désordre sous couvert du maintien de l'ordre, car l'état d'exception, quelle que soit sa forme, détruit l'ordonnement juridique des temps normaux⁵⁷. Malgré tout, l'article 11 de la loi de 1849 dispose : « *Les citoyens continuent, nonobstant l'état de siège, à exercer tous ceux des droits garantis par la constitution dont la jouissance n'est pas suspendue en vertu des articles précédents* », ce que le juge judiciaire a rappelé⁵⁸. Un tel article n'est pas mentionné dans la loi de 1955, mais il est, de l'avis unanime, implicitement compris⁵⁹.

Il explique la nécessité du 4^e caractère retenu :

— Un contrôle de cette action : il est le fait soit du législateur soit du juge. Le contrôle politique peut prendre plusieurs formes. Le Parlement se réunit de plein droit, et ne peut être dissout. Le contrôle politique est possible par des moyens d'investigations, telles les commissions d'enquête, ou bien la mise en jeu de la responsabilité du gouvernement (art. 49), bien que le général de

⁵⁵ Mais le recours ultérieur pour des insurrections, conduit à des extensions qui sont dans un premier temps refusées (un département ne peut pas être déclaré en état de siège à l'origine), puis de fait acceptées dès 1798. Ainsi le Golo (Corse) : sur ordre du général Vaubois ; le Maine-et-Loire, à la suite d'une délibération entre le général Vimeux et l'administration centrale du département. Respectivement : Archives Nationale : AF^{III} 149 ; Service Historique de l'Armée de Terre : B⁵ 70.

⁵⁶ De nombreux départements en 1851 ; plus de la moitié des départements lors de la guerre de 1870, dont un grand nombre maintenu sous le régime militaire plusieurs années, en vue, en particulier, de contenir la presse et de surveiller les élections.

⁵⁷ G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif*, op. cit., p. 272.

⁵⁸ Crim. 23 juillet 1941 *Mazieux*

⁵⁹ R. Drago, « L'état d'urgence (loi des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques », op. cit., p. 681.

Gaule ait mis en doute cette possibilité, le 31 août 1961, au motif que la dissolution était paralysée. Par ailleurs, comme toute autre loi, les lois qui déclareraient l'état de siège ou l'état d'urgence peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, ce que l'opposition ne manquera pas de faire⁶⁰. Dans les cas extrêmes, le chef de l'Etat peut être destitué par la Haute Cour en cas de manquement grave à ses devoirs, selon l'article 68 modifié de la constitution⁶¹. La procédure de prorogation de l'état de siège, impose le recours au Parlement, conformément à l'article 36 et l'article 2 de l'ordonnance du 15 avril 1960 l'impose également pour l'état d'urgence.

Les juges judiciaire et administratif effectuent de même un contrôle⁶². En ce sens, les autorités exécutives ne peuvent prétendre à l'immunité, en dehors de la décision de recourir à l'article 16 ; qui s'analyse, de façon classique, en un acte de gouvernement soustrait à toute contestation⁶³.

On peut cependant discuter de l'effectivité de ce contrôle (ex. : les émeutes urbaines), dont on pointe souvent les insuffisances⁶⁴. Il faut dès lors que les excès aient été bien éclatants pour que l'on en vienne à intervenir et à contenir l'action de l'autorité publique. C'est ainsi que, lors de la Première Guerre mondiale, une jurisprudence de la Cour de cassation, jugée trop favorable aux tribunaux militaires, conduisit le législateur à intervenir, par une loi de 1916, pour restreindre les matières dans lesquelles ces tribunaux étaient compétents⁶⁵.

⁶⁰ DC 25 janvier 1985 *Nouvelle Calédonie*.

⁶¹ La loi constitutionnelle du 23 février 2007 a modifié l'article 68. Désormais, la destitution est prononcée par le Parlement, constitué en Haute cour. Voir : Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 21^e édition, Paris, Montchrestien, 2007, p. 563.

⁶² essentiellement : question de la compétence des tribunaux militaires, litiges sur la presse, etc.

⁶³ CE 2 mars 1962 *Rubin de Servens*. M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *GAJA*, *op. cit.*, pp. 555-563.

Un tel recours est cependant possible concernant l'état de siège (CE 23 octobre 1953 *Huckel*) et l'état d'urgence (le Conseil d'Etat a opéré un contrôle restreint dans un premier temps (CE Ass. 16 décembre *Dame Bourokba*) avant de l'étendre à l'erreur manifeste d'appréciation sur les mesures de police prises sur le fondement de la loi de 1955 (CE 25 juillet 1985 *Dame Dagostini*). Le recours à l'état d'urgence, en 2005, a été l'occasion de nouvelles interventions du juge administratif. Il y a eu un contrôle du juge en référé sur la mise en œuvre de l'état d'urgence (CE ord. 14 novembre 2005 *Rolin*) ainsi que sur son maintien (CE ord. 9 décembre 2005 *Mme Allomache et autres*) ainsi que sur les mesures prises sur son fondement (CE Ass. 24 mars 2006 *Rolin & Boisvert*).

⁶⁴ Pascal Caille, « L'état d'urgence. La loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation », *RDP*, 2007 / 2, pp. 323-353.

⁶⁵ S. Le Gal, « Vagabondage et état de siège durant la Première guerre mondiale », *Des Vagabonds aux S.D.F. Approches d'une marginalité*, Colloque de l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne, 20-21 octobre 2000, Saint-Étienne, Presses Universitaires de Saint-Étienne, 2002, pp. 307-333.

II. Les incidences du péril terroriste de masse sur la mutation du droit antiterroriste⁶⁶ actuel

Les réponses juridiques à une menace dépendent de la perception que l'on peut en avoir. C'est justement la difficulté que soulève le terrorisme, et plus encore le terrorisme de masse, car il s'agit d'un objet à la singularité fuyante, qui est d'autant moins saisissable que le discours politique brouille tous les repères. On chercherait en vain des définitions du terrorisme alors même que ses « *caractéristiques principales tiennent à l'inverse à sa variabilité* »⁶⁷. Juridiquement, la quête d'une définition satisfaisante relève de l'aporie : elle est délicate au plan national⁶⁸ et tout simplement impossible au plan international⁶⁹ du fait de la diversité des acteurs et du recours par certains à l'action terroriste (terrorisme d'Etat). S'il est de même aisé d'avoir recours à l'expression de « *menace terroriste* », il est évident qu'elle n'est certainement pas un état de fait, mais une construction qu'il est indispensable de décrypter⁷⁰. Quoi qu'il en soit, pour déterminer quelles réponses, en termes de droit, les gouvernements peuvent envisager, il est indispensable de la circonscrire autant qu'il est possible. Il est à craindre cependant que le discours politique généré par le terrorisme de masse, loin de contribuer à cet effort, ait au contraire rendu l'entreprise plus difficile encore. On a ainsi assisté à un rapprochement décisif entre « guerre » et « terrorisme », qui a créé une spirale rhétorique lourde de conséquences sur le plan juridique.

A. Guerre et terrorisme

⁶⁶ L'antiterrorisme se distingue du contre-terrorisme : « *le contre-terrorisme qualifie les mesures offensives pour prévenir, empêcher et répondre aux attaques terroristes. Elle présente la lutte contre le terrorisme comme une lutte violente qui procède d'une réalité mimétique. La notion d'antiterrorisme qualifie la mise en œuvre de mesures défensives dans la recherche de la réduction de la vulnérabilité des infrastructures et des individus face aux actes "terroristes"* ». Colombe Camus, *La guerre contre le terrorisme. Dérives sécuritaires et dilemme démocratique*, Paris, Le félin Kiron, 2007, p. 21.

⁶⁷ Isabelle Sommier, *Le terrorisme*, Paris, Flammarion, coll. Dominos, 2000, p. 83.

⁶⁸ On a longtemps conservé la distinction cardinale entre infraction politique et infraction de droit commun. Cependant, « *la vague anarchiste de la fin du [XIXe] siècle accélère la tendance à la dépolitisation juridique d'actes violents qui bénéficiaient de la distinction accordée aux infractions politiques. Et ce jusqu'à ce que, dans le vocabulaire juridique (interne, européen, international), plus rien ne distingue les violences de droit commun de celles qui sont inspirées par des motifs politiques* ». I. Sommier, *Le terrorisme*, op. cit., p. 100.

⁶⁹ Il faut en effet souligner que « *l'accord juridico-politique sur la qualification s'effrite au fur et à mesure que l'on s'éloigne du cercle de la souveraineté étatique. (...) En ce domaine, le droit international est en carence* ». I. Sommier, *Le terrorisme*, op. cit., pp. 100-101.

⁷⁰ I. Sommier, *Le terrorisme*, op. cit., p. 93.

Il y a un contraste si saisissant entre la situation actuelle et le contexte géopolitique de la guerre froide qu'il sert à bon nombre d'observateurs de point de départ⁷¹. Ce rapprochement est tout autant pertinent sur le rapport de la ville à la guerre. En effet, la guerre était un horizon que l'on pouvait croire perdu à l'échelle de la ville, durant la guerre froide, si l'on songe aux moyens de destruction massive élaborés et perfectionnés par les grandes puissances à ce moment⁷².

Or, depuis la fin de cette situation géopolitique, les conflits qui ont éclaté nous démontrent amplement que le rapport de la ville à la guerre retrouve un sens insoupçonné. Sur un plan de pure tactique militaire, d'ailleurs, il s'agit d'une des plus dramatiques conséquences de la nouvelle donne géopolitique, du propre aveu des militaires eux-mêmes, car la ville est le lieu par excellence dans lequel se concentrent des populations nombreuses, qui sont le plus souvent mal défendues par des gouvernements imprévoyants⁷³.

Le 11-Septembre a considérablement rebattu les cartes, tant sur le plan de la politique extérieure, que pour ce qui est de la sûreté intérieure. A l'extérieur, en effet, sur un plan stratégique, Alexandre Adler souligne que « *la logique est à l'inverse de celle de la guerre froide : au plafonnement par le nucléaire succède le déplafonnement total* »⁷⁴, en prenant le parti de la guerre ouverte (Afghanistan, Irak). A l'intérieur, il est désormais très clair que la menace terroriste produit un état d'insécurité permanent, alors même que ces Etats se croyaient durablement protégés et se considéraient, en quelque sorte, comme des « *oasis bien gardées* », selon le mot d'Hassner⁷⁵. La peur, sur laquelle comptent les auteurs de ces attentats, est donc

⁷¹ O. Mongin, « Une entrée brutale dans l'après-guerre froide », *Esprit*, août-septembre 2002 ; P. Hassner, « Introduction », in *Guerre et sociétés, Etat et violence après la guerre froide*, dir. P. Hassner et Roland Marchand Paris, Karthala, 2003, pp. 11-12.

⁷² Nucléaire, guerre des étoiles (Initiative de Défense Stratégique), etc. Par cette situation, rappelons-le, les tensions, dans tous les domaines, la compétition, à chaque occasion, sous le signe desquelles les relations entre les deux blocs de l'ouest et de l'est ont longtemps été placées, avaient conduit les protagonistes à privilégier les scénarios d'interventions militaires dans lesquels la ville était sinon absente, du moins très secondairement appréhendée. On sent, cependant, durant cette période poindre un basculement progressif avec le recours à la guerre indirecte, qui devient un corollaire de la dissuasion nucléaire.

⁷³ Jean-Louis Dufour, « L'armée face à la ville », *Les annales de la recherche urbaine*, déc. 2001, n° 91, p. 35.

Ce qui ne signifie pas que la ville n'est pas depuis longtemps un enjeu décisif : les « faits d'occupation humaine » sont privilégiés, et la capitale ennemie l'objectif déterminant. Von Moltke, en 1870, affirme, à propos de Paris : « *c'est en marchant sur cette ville que nous pouvons le plus sûrement atteindre notre objectif, l'armée ennemie* ». cité par Hervé Couteau-Bégarie, *Traité de stratégie*, Paris, Economica, 1999, p. 713.

⁷⁴ Alexandre Adler, *J'ai vu finir le monde ancien*, Paris, Grasset, 2002, p. 28.

⁷⁵ En effet, comme le souligne Pierre Hassner, ces mêmes conflits sont très souvent des guerres civiles, qui ont généré une intervention internationale accrue de la part « *d'Etats ou d'organisations ayant, pour leur part, renoncé à la guerre mais s'efforçant de mettre un terme aux massacres ou à l'anarchie de la périphérie* ». P. Hassner, « La signification du 11 septembre. Divagations politico-philosophiques sur l'événement », *Esprit*, nov. 2002, pp. 159.

d'autant plus efficace que la guerre n'est plus un phénomène familier aux populations de ces Etats⁷⁶.

En ce sens, le discours dont il est fait usage, en particulier par le Président américain, à la suite du 11-Septembre, brouille des catégories qui étaient déjà bien fragiles. C'est en effet un nouveau discours sur la guerre et par la guerre qui rend compte désormais de la menace terroriste, puisqu'il faudrait, selon George W. Bush, entreprendre une « *guerre contre le terrorisme* »⁷⁷. Ce n'est pas une simple formule incantatoire⁷⁸. En accolant, à dessein ces deux mots, le Président américain a emprunté un chemin qui entretient une dangereuse confusion. Le politiste américain Bruce Ackerman souligne ainsi que « *le terrorisme est une technique (...) la guerre, elle, n'est pas une question de technique. C'est une lutte à mort contre un ennemi bien défini* »⁷⁹. A la suite de cette mise au point sémantique, il voit au moins trois dangers à confondre les deux : d'abord, il n'y a pas de limite à vouloir faire la guerre à un ennemi qui n'est pas défini ; par ailleurs, selon lui, « *en adoptant le langage de la guerre, nous déclenchons des associations d'idées, souvent fausses, qui encouragent la pire des réactions de panique* »⁸⁰ ; enfin, « *Nous nous engageons sur des pistes trompeuses suggérant que les "terroristes" sont non seulement nombreux et bien organisés, mais qu'ils sont aussi capables, d'une manière ou d'une autre, de recourir aux forces dévastatrices d'ordinaire mobilisées par les Etats nations* »⁸¹. Au contraire de la confusion que l'on entretient par cette expression de « *guerre contre le terrorisme* », Ackerman affirme, par conséquent, que « *nous devons faire une distinction radicale entre les crises existentielles du XXe siècle et les menaces terroristes dont le XXIe siècle sera sans doute ponctué* »⁸².

Si le terrorisme nouvelle manière n'est donc pas synonyme de guerre, il n'en bouscule pas moins significativement le sens. On peut même se demander s'il n'y a pas, dans une certaine mesure,

En France, en particulier, les autorités ont été obligées de réfléchir à des instruments adaptés dès le milieu des années soixante-dix. Cependant, cette nouvelle forme de terrorisme implique des réactions de l'opinion qui semblent plus massives.

⁷⁶ Ajoutons encore un élément supplémentaire : les moyens technologiques qui pourraient être engagés pour entreprendre un attentat terroriste sont de l'ordre d'une autre échelle que celui que l'on avait pu connaître il y a encore vingt ans. On pense naturellement aux armes de destruction massive que seuls les Etats possédaient jusqu'alors. Or, l'éventuel recours à de tels moyens brouillent encore les données jusqu'alors admises en théorie militaire. Agnès Lejbowicz, « Spectres du terrorisme : autour du concept de guerre civile mondialisée », *Cités*, 2005, n° 24 : « Guerres et menaces de guerres : quel espoir de paix au XXIe siècle ? », p. 17.

⁷⁷ George W. Bush, *Address to a Joint Session of Congress and the American People*, Washington DC, 20. 09. 2001. Ce reporter à C. Camus, *La guerre contre le terrorisme*, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁸ Didier Bigo, « La voie militaire à la 'guerre au terrorisme' », *Conflits et cultures*, 2001, n° 44, p. 13.

⁷⁹ Bruce Ackerman, « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *Esprit*, août-septembre 2006, p. 152.

⁸⁰ B. Ackerman, « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *op. cit.*, p. 154.

⁸¹ *Eod. loc.*

⁸² B. Ackerman, *op. cit.*, p. 156.

une remise en cause de la pertinence même de la distinction entre la paix et la guerre, qui serait devenue obsolète⁸³. Cette question fait l'objet du stimulant ouvrage de Frédéric Gros sur les *états de violence*⁸⁴. Pour ce philosophe, « *la guerre a changé à ce point de visage qu'il faut admettre que ce qui fut réfléchi sous son nom pendant des siècles a pratiquement disparu* »⁸⁵, d'où le sous-titre provocateur de son livre : *essai sur la fin de la guerre*. En substance, la guerre, comme phénomène, ne rend pas compte des manifestations de violence présentes en ce sens qu'elle ne permet pas de les saisir selon un faisceau d'éléments qui caractérise la guerre elle-même. C'est pourquoi Fr. Gros lui préfère cette autre notion d'« *état de violence* », car, dit-il, « *dans la trame visible, déchirée des grandes violences contemporaines, on reconnaît à peine le paysage culturel de la guerre* »⁸⁶. Quelles seraient alors les manifestations de ces états de violence ? Frédéric Gros en énumère un certain nombre : « *principes d'éclatement stratégique, dispersion géographique, perpétuation indéfinie, criminalisation, qui tous s'opposent à l'état de guerre* »⁸⁷, auxquels il ajoute notamment ce dernier : si la guerre « *définissait des champs de bataille où on réunissait les troupes pour un affrontement majeur (...) aujourd'hui la mort violente peut survenir partout, et particulièrement au centre des grandes capitales* »⁸⁸. La question n'est pas d'être pour ou contre ce constat, exposé par Fr. Gros, mais de prendre en compte le questionnement du philosophe et sa portée. Or, à l'évidence, la spéculation n'est pas vaine.

B. Terrorisme et droit

L'amalgame discutabile que présuppose l'expression de « *guerre contre le terrorisme* » conduit, sur le plan juridique, à des conséquences importantes. En effet, certains Etats, et on pense au premier chef aux Etats-Unis, n'ont pas hésité à recourir à une multiplicité de dispositions qui relèvent de l'état d'exception⁸⁹. La position des Etats-Unis est la conséquence directe de la fin de la sanctuarisation de leur territoire national⁹⁰ : on le sait, jamais jusqu'alors, les Etats-Unis

⁸³ La distinction faisant l'objet d'un « *démontage* » en règle. Alain Joxe, « La guerre sans la paix et l'exception à la règle », in *L'exception dans tous ses états*, *op. cit.*, p. 69.

⁸⁴ Frédéric Gros, *Etats de violence. Essai sur la fin de la guerre*, Paris, Gallimard, coll. NFR. Essais, 2006.

⁸⁵ Fr. Gros, *Etats de violence*, *op. cit.*, p. 7.

⁸⁶ Fr. Gros, *Etats de violence*, *op. cit.*, p. 216.

⁸⁷ Fr. Gros, *Etats de violence*, *op. cit.*, p. 217.

⁸⁸ Fr. Gros, *Etats de violence*, *op. cit.*, p. 218.

⁸⁹ Jean-Claude Paye, *La fin de l'état de droit. La lutte antiterroriste de l'état d'exception à la dictature*, Paris, La dispute, 2004.

⁹⁰ A. Adler, *J'ai vu finir le monde ancien*, *op. cit.*, p. 26.

n'avaient subi d'agression de cette ampleur sur leur territoire. Très vite, la référence à Pearl Harbor était avancée, ce qui renforçait encore le rapprochement avec un acte de guerre⁹¹.

Qu'en est-il en France ? Notre système juridique, contrairement au système de nombreux pays occidentaux, a dû très tôt répondre à la question terroriste⁹². Toute la question est de savoir si les mesures antérieures sont à même de répondre à un type nouveau de terrorisme, le terrorisme de masse. Autrement dit : en changeant d'échelle, le péril a-t-il changé de nature ? De deux choses l'une : ou bien les moyens antérieurs, dans leur principe, sont satisfaisants, ou bien il faut repenser le système. Et ces mesures antiterroristes sont-elles à ranger aux côtés des dispositifs préalablement exposés qui relèveraient de l'état d'exception ? Peut-on s'inspirer de ces dispositifs pour les adapter ou même les appliquer en cas de menace terroriste de masse ? Quelques éléments de réponse peuvent être avancés.

Avec Bruce Ackerman, il faut avant tout souligner la nature intrinsèquement différente entre une menace existentielle et une menace terroriste, aussi dangereuse soit-elle, car cette dernière ne constitue pas une menace immédiate contre notre système politique⁹³. En s'interrogeant sur la réponse juridique adéquate à y apporter, Ackerman débutait justement en faisant référence aux « régimes d'exception à la française [qui] sont, juge-t-il, tout à fait inadaptés aux menaces terroristes du XXI^e siècle »⁹⁴. Parce que la menace terroriste se caractérise par une « intensité ponctuelle sans lieu prévisible »⁹⁵, l'état d'urgence ne peut y répondre de façon satisfaisante. De même que la loi de 1955 a été adoptée, car l'état de siège portait en elle une excessive rigidité, de même l'état d'urgence ne répond pas aux nécessités nouvelles, ni dans le temps, ni dans l'espace.

Pour Ackerman, la raison invoquée, pour souligner cette inadéquation, est avant tout celle de la durée de la menace, à la fois latente et indirecte. Mais à cela s'ajoute un autre caractère : il s'agit d'une menace géographiquement très localisée dans les zones urbaines. Cet élément est

⁹¹ Sur tous ces points, se reporter à C. Camus, *La guerre contre le terrorisme*, *op. cit.*, pp. 26 s.

On connaît les errements auxquels ce type de discours donne lieu dans la pratique. Un conseiller du Président américain comme John Yoo avance pour les justifier des arguments qui relèvent tout entier du discours schmittien, quoiqu'il s'en défende. En substance, puisque la constitution fait du président le « commandant en chef », aucune loi ne peut restreindre les actions qu'il est susceptible d'engager dans la poursuite de la guerre. Ce type de raisonnement est caractéristique de la démarche intellectuelle de Carl Schmitt, dont, outre-atlantique, on a d'ailleurs dénoncé l'usage propre à générer de dangereuses dérives, car on tend rapidement vers la trahison des idéaux démocratiques. Scott Horton, « The return of Carl Schmitt », cité par J.-Cl. Monod, « Vers un droit international d'exception », *Esprit*, août-sept. 2006, p. 192.

⁹² « La France et le terrorisme international. Les racines historiques et organisationnelles du savoir policier », table ronde, in *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 2004, pp. 147-179.

⁹³ B. Ackerman, « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *op. cit.*, p. 156.

⁹⁴ *Eod. loc.*

⁹⁵ Fr. Gros, *Etats de violence*, *op. cit.*, p. 218.

décisif, car paradoxalement l'usage des législations d'exception, alors que le péril n'est pas géographiquement déterminé rendrait la tâche des autorités publiques d'une incroyable complexité. Une excessive extension géographique et temporelle rend l'usage des législations d'exception difficile et pour tout dire inadapté. En ce sens, en septembre 1915, l'autorité militaire se déchargea de l'essentielle de ses compétences d'ordre public et de police sur les autorités civiles à l'exception de quelques domaines⁹⁶. Par ailleurs, la menace terroriste ne nécessite pas de tels transferts de compétences, ni de tels pouvoirs. En revanche, elle implique d'autres que nos législations d'exception n'envisagent pas nécessairement.

Il faut dès lors penser d'autres outils juridiques, dont l'état d'exception ne rend que très imparfaitement compte⁹⁷.

En voici les principes à grands traits. Lorsque François Mitterrand supprime, peu de temps après son accession au pouvoir en 1981, la Cour de sûreté de l'Etat, le droit français connaît un bouleversement qui concerne la répression des actes de terrorisme⁹⁸ de façon décisive. Cette Cour de sûreté de l'Etat avait été érigée au rang de symbole par ses contempteurs, puisqu'il s'agissait d'un tribunal d'exception composé, notamment, de militaires, et procédant en dehors de la procédure pénale ordinaire. Avec son abandon, le principe retenu est le maintien du droit et des juridictions de droit commun pour connaître de toutes les exactions, notamment terroristes. Certes, cette base s'est très nettement infléchie depuis. Cependant, contrairement aux réponses américaines depuis le *Patriot Act*⁹⁹, qui établit un droit indiscutablement fondé sur l'état d'exception, le droit français conserve, quant à lui, les instances judiciaires et policières pour contenir et connaître des actes terroristes. Sur cette base, donc, on établit progressivement un régime juridique particulièrement sévère dont la pierre angulaire est la loi du 9 septembre 1986

⁹⁶ Une circulaire du ministre de l'Intérieur du 3 septembre 1915, prise en application des dispositions de l'article 7 §2 (par une lecture discutable puisque c'est à l'autorité militaire de se dessaisir de ses attributions, selon les dispositions de la loi), décide qu'à dater du 5 septembre 1915, « les préfets et les maires, sur le territoire national situé en dehors de la zone des armées, exerceront librement, comme en temps de paix, toutes les attributions qui leur sont conférées en matière de police et pour le maintien de l'ordre ».

⁹⁷ De fait, ces nécessaires adaptations possèdent un certain nombre de caractéristiques qui tranchent avec les perspectives jusque là admises dans le cadre des législations d'exception. Or, parmi celles-ci, les incidences sur le plan local sont importantes.

⁹⁸ Alain Bancaud, « Une exception ordinaire : Vichy, la justice et les juges », in *L'exception dans tous ses états*, op. cit., p. 177.

On n'hésite d'ailleurs pas à y voir un modèle. C. Camus, *La guerre contre le terrorisme*, op. cit., p. 115.

⁹⁹ *L'USA Patriot Act* date du 26 octobre 2001, il est suivi du *military order*, décrété le 13 novembre 2001. Les dispositions américaines se caractérisent par l'instauration de zones d'exception juridique en matière de détention, de procès, de statuts de prisonniers. De nombreuses pratiques qui s'en sont suivies constituent des violations des principes constitutionnels américains et des droits de l'homme. C. Camus, *La guerre contre le terrorisme*, op. cit., 37-55.

qui crée des incriminations spécifiques, et aggrave un certain nombre de dispositions de la procédure pénale (garde à vue, détention provisoire, intervention retardée de l'avocat, cour d'assises spéciale¹⁰⁰). Ces dispositions sont revues et complétées par la loi du 22 juillet 1996, qui crée une nouvelle infraction, *l'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste*. Il s'agit là d'une évolution décisive, car elle initie le volet préventif de notre droit pénal¹⁰¹ : ce n'est plus l'auteur d'un crime, mais un criminel potentiel que l'on peut condamner. Ce volet préventif est depuis lors considérablement étoffé : les lois des 15 novembre 2001, 18 mars 2003, 9 mars 2004 et 23 janvier 2006 étendront significativement les moyens en matière de surveillance, d'investigations et d'identification (on pense notamment à l'extension des perquisitions, à la surveillance relative aux nouvelles technologies, au recours intensif à la vidéosurveillance, au contrôle des déplacements, à l'accès aux fichiers administratifs). Mais tout cela ne va pas sans poser problème¹⁰², car cet arsenal « *recèle un potentiel illimité de dérives en termes de respects des libertés et droits fondamentaux* »¹⁰³. Pour autant, peut-on avancer qu'il s'agit d'un droit d'exception ? Ce serait discutable, comme le souligne Antoine Garapon, « *c'est davantage [d']une question de degré qu[e d']un saut qualitatif* »¹⁰⁴ qu'il s'agit.

Par ailleurs, ce droit diffère considérablement des manifestations de l'état d'exception dans sa mise en œuvre. Ces dernières supposent en effet un système cohérent exposé dans une loi qui en pose à la fois le principe et les conséquences (loi du 9 août 1849 pour l'état de siège, loi du 3 avril 1955 pour l'état d'urgence) ; elles exigent de plus, on l'a vu, une déclaration et une levée, qui manifestent un basculement du normal vers l'exceptionnel. Les dispositions prises en matière terroriste sont au contraire beaucoup plus diffuses. Elles sont constituées pour l'essentiel des multiples modifications et aménagements au droit existant. Ces aménagements, qu'il s'agisse du droit pénal ou du droit administratif, tentent de répondre de façon empirique et pragmatique¹⁰⁵ à la menace terroriste. Ce pragmatisme se vérifie en particulier sur un plan géographique. Il n'est

¹⁰⁰ La cour d'assises spéciale, composée de sept magistrats, est prévue par la loi du 21 juillet 1982, pour les crimes relatifs à la défense nationale ; elle est étendue aux actes terroristes par la loi du 9 septembre 1986.

¹⁰¹ Sur la décision du Conseil constitutionnel relative à cette loi, se reporter à : François Luchaire, « Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publiques », *RDP*, 1995, pp. 1245-57.

¹⁰² D'où l'interrogation de Fr. Rolin et S. Slama, explicitée dans le titre de l'article, quant au statut de la liberté individuelle au regard de cette législation. Fr. Rolin, S. Slama, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *op. cit.*, p. 975.

¹⁰³ C. Camus, *La guerre contre le terrorisme*, *op. cit.*, p. 130.

¹⁰⁴ A. Garapon, « Les dispositifs antiterroristes de la France et des Etats-Unis », *Esprit*, août-septembre 2002, p. 133.

¹⁰⁵ Jean Pochon, in table ronde : « La France et le terrorisme international. Les racines historiques et organisationnelles du savoir policier », *op. cit.*, p. 172.

en effet pas nécessaire d'imposer à l'ensemble du territoire national des contraintes uniformes alors que le danger, lui, ne pèse pas partout avec la même intensité. La guerre impose d'adopter des dispositions d'exception qui ont pour effet d'enclorre l'Etat sur son territoire, par une sorte de repli sur soi. Mais succomber à cette tentation pour répondre au terrorisme de masse ne serait pas seulement politiquement discutable – car c'est aussi faire le lit de la rhétorique terroriste –, ce serait encore inefficace, car ce terrorisme « *trouve dans les agglomérations urbaines une profusion de cibles qu'aucune société de contrôle ne pourra jamais protéger* »¹⁰⁶.

C'est pourquoi, la prévention suppose de mettre en œuvre un autre volet qui permet une surveillance accrue, ce qui se fait par le recours au plan Vigipirate¹⁰⁷. Il s'agit d'un plan interministériel de sûreté et de sécurité publique qui dépend du Premier ministre et dont l'action est centralisée autour du ministre de l'Intérieur. Il s'applique sur l'ensemble du territoire selon le niveau d'alerte activé sur une échelle préétablie allant de jaune à écarlate (jaune : accentuer la vigilance ; orange : prévenir une action terroriste ; rouge : prévenir des attentats graves ; écarlate : prévenir des attentats majeurs). La force publique, qui peut ainsi être appuyée par des effectifs militaires, fait usage de ses pouvoirs de police pour opérer des fouilles et des contrôles d'identité¹⁰⁸. Au plan géographique il faut en particulier souligner que la mobilisation et la surveillance se font pour l'essentiel autour de 'points sensibles', évalués à 3000. Ce sont pour l'essentiel des lieux d'importantes concentrations de population : les lieux de culte, les bâtiments administratifs, centres commerciaux, lieux touristiques, établissements scolaires et universitaires ; ainsi que les réseaux : les ports, les aéroports, les gares, les transports urbains, mais aussi les lieux de production et de distribution d'électricité, d'eau potable, ou encore les télécommunications. Au plan local, à l'échelle du département, en particulier, les préfets élaborent des plans Vigipirate prenant en compte les spécificités locales. Un certain nombre d'agglomérations sont soumises à une surveillance particulière, parmi lesquelles : Paris, Lyon, Marseille, Strasbourg, Lille, Toulouse, Bordeaux.

¹⁰⁶ D. Salas, *La volonté de punir*, op. cit., p. 51.

Très pragmatiquement, au fond, convenons avec Fr. Gros que le terrorisme, « *ce ne sont plus deux Etats qui sont en guerre : c'est la capacité pour un groupuscule formé dans des montagnes reculées de massacrer à l'autre bout du monde des gens faisant leurs courses au magasin du coin* ». Fr. Gros, *Etats de violence*, op. cit., p. 218.

¹⁰⁷ Françoise Epinette, « Vigipirate », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, dir. Marie-Joëlle Redor, Actes du colloque de Caen, 11-12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 337-352.

¹⁰⁸ On a vu également les consignes à bagage fermées ou les poubelles publiques démontées.

Ce plan fait désormais partie de notre quotidien, mais il pose néanmoins un certain nombre de problèmes quant à sa mise en application au regard des garanties pour les libertés publiques¹⁰⁹. On a avancé par ailleurs la nécessité d'adopter une loi spécifique qui serait un 'état de vigilance' propre au risque terroriste, et répondant aux spécificités du péril, elle prendrait place aux côtés de l'état de siège et de l'état d'urgence. C'est également une proposition formulée par Bruce Ackerman, qui veut se démarquer des législations d'exception françaises, tout en s'inspirant du principe¹¹⁰. Mais il semble difficile de mettre en place une telle législation au vu de la spécificité des caractères de ce péril.

Enfin, cette hypothèse ne prend pas en compte le moyen le plus efficace pour contrer le terrorisme de masse. Ce moyen, c'est le recours massif au renseignement. On a en effet assisté à une très forte augmentation des moyens mobilisés pour le renseignement. Cela manifeste finalement la vraie nature du terrorisme actuel, à la fois déterritorialisé et déformalisé, qui conduit l'action de l'Etat, par mimétisme, à se départir des moyens d'action trop rigides et institutionnalisés¹¹¹. Il est clair que la souplesse dans l'intervention en amont est ici aux antipodes des dispositions répressives d'une législation d'exception. Elle s'apparente davantage à une notion que nous n'avons pas encore abordée, la mesure de police. Contre l'activation de l'état d'exception qui est une suspension manifeste et publique, c'est-à-dire un basculement, la mesure de police est au contraire insidieuse, ni totalement intégrée au système, ni en rupture radicale avec lui. Elle « *contribue alors à décaler les frontières de clôture du droit, de sorte que la perception même du "normal" devient plus floue* »¹¹².

Conclusion

Le terrorisme est résolument le nouvel enjeu par lequel nos trois axes de réflexions concordent. Il constitue une menace qu'il est difficile de saisir positivement, mais il est clair que, par une réflexion portant à la fois sur la guerre, avec laquelle il a un rapport évident, et sur le droit que l'on cherche à lui appliquer, sa nature le place en deçà de la guerre, mais sans pour

¹⁰⁹ Des voix se sont élevées contre un usage qui se banalise, en s'inquiétant de la latitude d'action reconnue en pratique aux effectifs militaires. Fr. Epinette, « Vigipirate », *op. cit.*, p. 352.

¹¹⁰ De ses propositions, il faut retenir le nécessaire dédommagement des détentions excessives et l'aggravation de la responsabilité de l'exécutif, comme il le propose. B. Ackmann, « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *op. cit.*, pp. 57 s.

¹¹¹ A. Garapon, « Les dispositifs antiterroristes de la France et des Etats-Unis », *op. cit.*, pp. 135 s.

¹¹² Paolo Napoli, *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Paris, La découverte, 2003, p. 301.

autant constituer une infraction pénale comme les autres. Ce constat conduit à brouiller les réponses. La tentation est grande de militariser le droit pénal et de criminaliser la stratégie¹¹³, ce qui rend encore plus précaire un travail de catégorisation. Le terrorisme bouleverse également la notion de crise, sur laquelle est ancré le droit d'exception. Il est clair qu'au regard de cette menace, le terme n'est pas adéquat. Le péril offre toujours un visage nouveau, et c'est pourquoi les législations d'exception ne doivent pas retenir de la crise une acception trop étroite. Cependant, le terrorisme constitue indiscutablement un point d'achoppement, car la crise présuppose la remise en cause de l'ordre politique intérieur ; et c'est justement là toute l'ambiguïté du terrorisme de masse. Dès lors, on le voit, les réponses juridiques tâtonnent. Le droit français, historiquement riche de dispositions d'exception, a choisi une voie qui, aux yeux de nombreux analystes, offre au moins l'avantage d'assurer autant que possible l'équilibre entre le souci d'efficacité de l'action des pouvoirs publics et le respect des libertés individuelles. Il n'évite pas pour autant un certain nombre d'excès¹¹⁴. S'il ne peut être question présentement d'évaluer l'efficacité de ces dispositions, en revanche, il est clair que, pour diminuer les risques, les politiques de sécurité seront de plus en plus mises en œuvre. A l'évidence, l'avenir des états de violence est devant nous¹¹⁵. Et la ville sera tout naturellement son espace géographique de prédilection.

¹¹³ D. Salas, *La volonté de punir*, *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁴ C. Camus, *La guerre contre le terrorisme*, *op. cit.*, p. 115.

¹¹⁵ Fr. Gros, *Etats de violence*, *op. cit.*, p. 243 ; de même, Mickaël Føessel, « la sécurité : paradigme pour un monde désenchanté », *Esprit*, août-sept. 2006, pp. 194-207.