

L'Etat français face aux crimes terroristes : Vers une normalisation de l'état d'exception ? Analyse de l'état d'urgence à la lumière de l'oeuvre de Carl Schmitt

Auteur : Vaesen, Justine

Promoteur(s) : Thirion, Nicolas

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2016-2017

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/2960>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

**L'Etat français face aux crimes terroristes :
Vers une normalisation de l'état d'exception?
Analyse de l'état d'urgence à la lumière de l'œuvre de Carl
Schmitt**

Justine VAESEN

Travail de fin d'études
Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires
Année académique 2016-2017

Recherche menée sous la direction de :
Monsieur Nicolas THIRION
Professeur ordinaire à l'Université de Liège

RESUME

Les trois dernières décennies ont été profondément marquées par l'émergence d'un attirail de législations antiterroristes en France. En effet, dès 1986, les affaires terroristes échappent à la justice ordinaire et relèvent alors de la justice d'exception, dont on retrouve le plus fort symbole dans une nouvelle juridiction spécialisée dans la criminalité terroriste : la cour d'assises spécialement composée.

En quoi les législations antiterroristes ont-elles bouleversé la procédure pénale de droit commun? Les aspirations sécuritaires de l'Etat sont-elles suffisantes pour justifier les mesures liberticides, discriminatoires et attentatoires aux principes du procès équitable imposées à certaines catégories d'individus? La prolongation indéfinie de l'état d'urgence par le gouvernement français fait-elle état d'une justice d'exception permanente?

Ce sont toutes ces questions (et bien d'autres encore) auxquelles je m'attacherai à répondre à travers mon travail, sous l'angle de la théorie du droit. En passant par des œuvres d'auteurs plus récents tels que Giorgio Agamben et Vanessa Codaccioni, tout en gardant comme principal fil rouge la théorie de « l'état d'exception » développée par Carl Schmitt, j'essayerai de découvrir comment des mesures provisoires et extraordinaires sont en train de devenir sous nos yeux « un paradigme normal de gouvernement ».

REMERCIEMENTS

J'aimerais remercier mon promoteur Monsieur le Professeur Nicolas Thirion pour m'avoir fait l'honneur de diriger ce travail. Sa rigueur et sa disponibilité furent mes meilleures alliées.

TABLE DES MATIERES

I.- INTRODUCTION	4
II.- CARL SCHMITT ET LA THEORIE DE L'EXCEPTION	6
A.- HISTOIRE ET DEPOLITISATION DES SOCIETES DEMOCRATIQUES	6
B.- LA PENSEE DE CARL SCHMITT	7
1) <i>Sa définition de la politique : distinction entre ami et ennemi</i>	7
2) <i>Sa définition de la souveraineté</i>	8
3) <i>Dictature souveraine et dictature du commissaire</i>	9
4) <i>Son analyse de l'article 48 de la Constitution de 1919 sous la République de Weimar</i>	9
5) <i>Réception de sa pensée: influence de son passé nazi</i>	11
C.- MISE EN LUMIERE DES FAILLES DE L'ETAT DE DROIT	12
III.- SYSTEME JUDICIAIRE FRANÇAIS, ETAT D'URGENCE ET TERRORISME	13
A.- SURPRODUCTION DE LOIS ANTITERRORISTES	13
B.- LOI DE 1955 SUR L'ETAT D'URGENCE	14
1) <i>Différences avec le droit procédural commun</i>	14
2) <i>Poursuite indéfinie de l'état d'urgence</i>	15
C.- REDEFINITION DE LA MENACE TERRORISTE	16
1) <i>Menace concrète et permanente</i>	16
2) <i>Importance de la dimension discursive</i>	18
IV.- VERS UNE PERMANENCE DE L'ETAT D'EXCEPTION?	20
A.- DROITS FONDAMENTAUX : QUELLES LIBERTES SOMMES-NOUS PRETS A SACRIFIER POUR GARANTIR NOTRE DROIT A LA VIE?	20
1) <i>Acceptation des citoyens</i>	20
2) <i>Nécessité de réactualisation perpétuelle des acquis</i>	21
3) <i>Arrêt du Conseil Constitutionnel du 23 septembre 2016</i>	21
B.- PASSAGE D'UN SYSTEME REACTIF ET REPRESSIF A UN SYSTEME PROACTIF ET PREVENTIF	22
1) <i>Déplacement du « curseur » de l'exception en amont de la procédure pénale</i>	22
2) <i>Nouvelle dynamique et nouveaux acteurs</i>	23
3) <i>Les libertés égratignées</i>	24
4) <i>Logique de la prison inversée : le lieu le plus contrôlé devient paradoxalement une usine à radicalisation</i>	25
C.- LES DERIVES SECURITAIRES	26
D.- L'ETAT D'EXCEPTION PERMANENT : UNE REALITE?	27
E.- CARL SCHMITT : A PRENDRE ET A LAISSER	30
V.- CONCLUSION	32
VI.- BIBLIOGRAPHIE	35
A.- LEGISLATION	35
B.- DOCTRINE	35
C.- JURISPRUDENCE	38

I.- INTRODUCTION

Les trois dernières décennies ont été profondément marquées par l'émergence d'un attirail de législations antiterroristes en France. En effet, dès 1986, les affaires terroristes échappent à la justice ordinaire et relèvent alors de la justice d'exception, dont on retrouve le plus fort indice dans une nouvelle juridiction spécialisée dans la criminalité terroriste : la cour d'assises spécialement composée.

Le gouvernement français fut le spectateur des attentats les plus destructeurs d'Europe et face à un terrorisme de plus en plus insidieux et à une menace silencieuse, mais permanente, il a choisi la solution « court-termiste » du sécuritaire ; appliquant par ailleurs à la perfection la politique de l'autruche quant aux changements radicaux à opérer pour résoudre le problème du terrorisme à sa source.

« Expliquer, c'est déjà un peu excuser », clamait Manuel Valls, Premier Ministre à l'époque des attentats du 13 novembre. Nos gouvernements font volte-face devant les monstres qu'ils ont en partie créés, laissant derrière eux une population effrayée, perdue et bouleversée et un Etat de droit meurtri ; cette attitude portant en elle le germe de la montée du populisme.

En quoi les législations antiterroristes ont-elles bouleversé la procédure pénale de droit commun? Les aspirations sécuritaires de l'Etat sont-elles suffisantes pour justifier les mesures liberticides, discriminatoires et attentatoires aux principes du procès équitable imposées à certaines catégories d'individus? La prolongation indéfinie de l'état d'urgence par le gouvernement français fait-elle état d'une justice d'exception permanente?

« Toute réflexion sur le terrorisme doit trouver sa voie entre deux écueils : le catastrophisme de gouvernements qui limitent leur politique à une gestion des risques et à une manipulation des peurs d'une part, et, de l'autre, la radicalité d'une pensée critique qui voit dans ces dérogations la vérité des institutions démocratiques, qui est, à y regarder de plus près, une autre forme de catastrophisme, intellectuel, cette fois. Les deux ont en commun de succomber à la provocation de cette nouvelle forme de violence politique qui tente de disqualifier la démocratie, les premiers en tombant dans le piège consistant à renier ses principes, les seconds en annonçant l'effondrement d'institutions démocratiques dans lesquelles ils n'ont jamais cru.¹ »

Là où une simple analyse du droit positif nous mènerait à percevoir la situation politique actuelle en une seule dimension, y appliquer certains principes et concepts de la théorie du droit permet de donner une perspective tout à fait nouvelle à la lourde problématique du terrorisme qui semble plonger le monde politique dans l'impasse.

Sous l'angle de la théorie de « l'état d'exception » développée par Carl Schmitt, nous verrons quelles limites cet état d'exception peut poser au formalisme juridique et aux droits fondamentaux. Nous découvrirons si les mesures provisoires et extraordinaires mises en place

¹ A. GARAPON, « La lutte antiterroriste et le tournant préventif de la justice », *Esprit*, n°3-4, 2008, p. 155

par l'Etat français sont réellement en train de devenir sous nos yeux « un paradigme normal de gouvernement² ».

Il nous paraît opportun de diviser notre raisonnement en trois parties distinctes.

La première tâche à laquelle nous allons nous atteler aura pour but de développer la théorie de l'état d'exception de Carl Schmitt ainsi que certains de ses concepts – tels que ses définitions de la politique, la souveraineté et la dictature – qui nous seront essentiels afin d'analyser l'état d'urgence français et sa prolongation in(dé)finie de façon pertinente. C'est au sein de cette partie que nous ferons le constat de la société dans laquelle nous vivons ; société qui a subi une lente dépolitisation depuis la fin de la seconde guerre mondiale et qui arbore un visage pacifiste.

Aussi, l'interprétation de l'article 48 de la Constitution de la République de Weimar apportée par Carl Schmitt nous permettra de mettre en lumière les failles que cet auteur controversé, mais dont il est intéressant de raviver les théories, attribue à l'Etat de droit.

La seconde partie consistera à présenter le paysage législatif antiterroriste français ainsi que la nouvelle menace que fait peser Daesh sur les pays occidentaux depuis une demi-décennie.

Nous mettrons le doigt sur une folie répressive sans précédent, une multiplication des lois antiterroristes qui caractérise depuis une trentaine d'années la réaction apportée par les autorités face aux attentats ; mettant ainsi en place des régimes dérogatoires, tant au niveau procédural, judiciaire et policier.

Nous nous consacrerons ensuite à la loi de 1955 sur l'état d'urgence en tant que telle, les différences qu'elle présente avec le droit commun ainsi que la poursuite indéfinie de l'état d'urgence depuis la perpétration des attentats de Paris en novembre 2015.

Pour clôturer cette seconde partie, il nous semble propice de redéfinir cette menace terroriste nouvelle, mondiale et permanente, qui installe une frontière perceptible entre tous les citoyens ; provoquant un sentiment d'insécurité généralisé, accru par les discours manichéens des hommes politiques.

Enfin, au sein de la troisième et dernière partie, nous allons analyser ces différentes législations dérogatoires au travers du prisme des théories de Carl Schmitt. Nous nous poserons tout d'abord la question de savoir quelles libertés les autorités et les citoyens sont prêts à sacrifier pour garantir la liberté suprême du droit à la vie. La réponse à cette question sera appuyée par une jurisprudence récente du Conseil Constitutionnel français.

Nous témoignerons ensuite du changement de dynamique qui a caractérisé le droit pénal lors de ces trente dernières années, passant d'un système initialement répressif et réactif à un système proactif et préventif.

Nous clôturerons cette partie en répondant aux questions essentielles : quelles conséquences découlent de ce nouveau système ? Quelles sont les dérives sécuritaires auxquelles il pourrait aboutir ? Peut-on craindre ou constater que l'état d'exception permanent

² G. AGAMBEN, *Etat d'exception. Homo sacer*, Paris, Seuil, 2003, p. 18

soit devenu réalité? Et finalement, quels enseignements pouvons-nous retirer de l'application de la pensée de Schmitt au fléau de notre société actuelle qu'est le terrorisme?

II.- CARL SCHMITT ET LA THÉORIE DE L'EXCEPTION

Les théories de ce juriste incontournable du XXème siècle permettent aux sociétés démocratiques actuelles d'effectuer une indispensable introspection. Victimes d'une dépolitisation flagrante depuis les années 1945, ces sociétés rassemblent les éléments de l'Etat de droit dont Schmitt s'est évertué à mettre les failles en lumière. Nous nous limiterons à développer les concepts de la théorie de Carl Schmitt applicables à la problématique du terrorisme, tels que ses définitions de la politique, la souveraineté et la dictature ainsi que son analyse de l'article 48 de la Constitution de la République de Weimar.

A.- HISTOIRE ET DEPOLITISATION DES SOCIÉTÉS DÉMOCRATIQUES

Sept décennies nous séparent aujourd'hui des pires atrocités jamais perpétrées par l'Homme des temps modernes : les deux guerres mondiales. Ce XXème siècle sanglant fut le théâtre de tentatives (fructueuses en apparence) de mettre en place une paix définitive.

En vertu de la promesse utopique faite entre les Etats de ne jamais revivre ces années sombres et de maintenir la solidarité des peuples démocratiques, la Société des Nations vit le jour en 1919 lors de l'adoption du Traité de Versailles (qui fut une balle tirée dans le pied de l'Europe en raison de réorganisations territoriales qu'il avait occasionnées). S'en est même suivie la conclusion du Pacte Briand Kellog en 1928 qui déclarait la guerre hors-la-loi. Or, comme Raymond Aron l'a déclaré, « les Etats se reconnaissent mutuellement à travers la guerre, qui est une relation d'Etat à Etat qui doit être limitée par ces buts, mais reste un moyen licite de règlement des différends³ ». Il considère, comme Schmitt, que « ce système entre en crise au cours de la période qui commence avec le Traité de Versailles⁴ ».

Malheureusement, l'enthousiasme des Etats signataires ne sera que de courte durée. La plus grande crise boursière de tous les temps fera rage en 1929. La décennie suivante sera synonyme d'une longue descente aux enfers due à une déstabilisation des Etats au niveau international et à la montée en puissance de nouveaux régimes totalitaires. La Société des Nations sera bien impuissante face à l'intervention des militaires japonais en Manchourie ou à la remilitarisation de l'Allemagne.

Quelques années et des millions de vies fauchées plus tard, L'Organisation des Nations Unies naît officiellement le 24 octobre 1945. Elle se veut universelle, privilégie une dimension politique mais n'en oublie pas les dimensions sociales et économiques.

Chaque fin correspondant toujours à un nouveau départ, la fin de la seconde guerre mondiale sonnait le départ d'un repli individualiste progressif et d'une perte d'engagement politique de la part du citoyen.

³ R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Lévy, 1962, pp. 704-712

⁴ P. RAYNAUD, « Que faire de Carl Schmitt? », *Le Débat* 2004/4 (n°131), pp. 160-167

Au fil du temps, les droits fondamentaux ont été mis en lumière et la notion de liberté est devenue le b.a.-ba d'une existence digne de ce nom. Le terme « citoyenneté » est maintenant préféré à celui de « politique ». Les élections, auparavant considérées comme le moment politique de tous les possibles durant lequel les citoyens avaient l'opportunité d'élire le meilleur candidat, se sont transformées en « moment politique du dépit » où l'on finit par élire le moins mauvais ou le moins dangereux pour l'intégrité de l'Etat français ; la gauche n'est plus vraiment de gauche, la droite, plus vraiment de droite, ne restent que les extrémistes qui ne bifurquent pas vers une neutralité politique.

La transcendance du politique a laissé place au « citoyen-girouette » qui suit la direction du vent qui souffle dans le sens de ses intérêts. La politique s'est fait supplanter par les politiques. On y préfère le capitalisme, les profits économiques et les principes abstraits moraux.

Mais, selon Carl Schmitt, « un Etat qui renonce, par idéalisme ou moralisme mal compris, à placer au-dessus de tout sa volonté politique souveraine, lui préférant la rationalité économique ou la défense d'idéaux abstraits, renonce aussi à son indépendance et à sa survie⁵ ». L'auteur, dès 1922, s'était en effet assigné la tâche de « freiner le triomphe d'une société entièrement dépolitisée, où le droit ne serait plus qu'un instrument formel⁶ ».

B.- LA PENSEE DE CARL SCHMITT

1) Sa définition de la politique : distinction entre ami et ennemi

Et si les septante années qui ont suivi la seconde guerre mondiale ne représentaient qu'un simulacre de paix?

L'œuvre de Carl Schmitt s'appuie sur une conception pessimiste de l'homme ; pour l'auteur, l'homme est fondamentalement mauvais et c'est ce qui va en quelque sorte permettre de fonder l'autorité de l'Etat. Schmitt insinue en effet qu'il faut se méfier de l'eau qui dort.

« Sa conception du politique écarte l'idéal d'une société pacifiée⁷ » et se fonde sur la distinction entre ami et ennemi, qui permet de distinguer la politique des autres domaines. Cette distinction « exprime le degré extrême d'union et de désunion, d'association ou de dissociation⁸ ».

L'auteur pense que l'ennemi politique a été mis de côté par la pensée libérale au profit du concurrent commercial ; le libéralisme politique préférant toujours l'économie et les principes moraux au politique et à l'idée d'Etat souverain.

L'ennemi est « l'autre, l'étranger, et il suffit, pour définir sa nature, qu'il soit dans son existence même et en un sens particulièrement fort, cet être autre, étranger et tel qu'à la limite

⁵G. FAYE, « La leçon de Carl Schmitt », 1981, disponible sur www.guillaumefayearchive.wordpress.com/2009/09/06/la-lecon-de-carl-schmitt

⁶J. ZAGANARIS, « Décision, exception, constitution : Autour de Carl Schmitt », *Mouvements* 2005 /1 (n°37), p. 76

⁷*Ibid*, p. 78

⁸C. SCHMITT, *La notion de politique ; Théorie du partisan*, Paris, Flammarion, 1992, p. 64

des conflits avec lui soient possibles qui ne sauraient être résolus ni par un ensemble de normes générales, ni par la sentence d'un tiers, réputé non concerné et impartial⁹ ».

De plus, Schmitt considère que rendre la guerre hors-la-loi est aberrant et contre nature, dans la mesure où lorsque l'autorité souveraine de l'Etat aura désigné son ennemi et affirmé que l'altérité de celui-ci constitue la négation de son existence, « va alors naître une hostilité concrète dont le dénouement en une guerre, c'est-à-dire en lutte armée entre unités politiques organisées ou en une guerre civile, c'est-à-dire en une lutte armée au sein d'une même unité politique en état de remise en question, constituent des éventualités au niveau de la réalité effective¹⁰ ».

2) Sa définition de la souveraineté

« Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle.¹¹ »

Schmitt était opposé au normativisme juridique et à l'impérialisme du droit. Pour lui, tout droit est droit en situation et il n'existe pas « de norme qu'on puisse appliquer à un chaos¹² ».

Certaines situations, insurrections et atteintes à l'ordre public ou à la pérennité d'un Etat sont tellement surprenantes et exceptionnelles qu'aucune disposition normative n'aurait pu prévoir à l'avance les conséquences juridiques qui en découlent.

« Le cas d'exception révèle avec la plus grande clarté l'essence de l'autorité de l'Etat. C'est là que la décision se sépare de la norme juridique. (...) L'ordre juridique doit pouvoir se suspendre lui-même.¹³ »

C'est dans son habilité à résoudre et affronter les cas d'urgence que l'on remarque toute la grandeur de la souveraineté politique. Aucun critère n'est fourni par le droit pour différencier la situation normale de la situation exceptionnelle, c'est le rôle du souverain de trancher, de s'affirmer en déclarant la situation exceptionnelle.

Si cette situation n'a pas lieu, persistera alors « l'indétermination de la règle de droit », car c'est en appliquant le droit dans son contexte précis que celui-ci prend un sens et que la règle de droit se spécifie.

Pour Schmitt, donc, le souverain est « celui qui décide de et dans la situation exceptionnelle des moyens à mettre en œuvre dans le but de préserver la sûreté et l'ordre public, voire même l'existence de l'Etat, moyens dont le plus essentiel consiste à proclamer l'état d'exception, soit à procéder à la suspension totale ou partielle de l'ordre juridique¹⁴ ».

Tout le paradoxe de la théorie de Schmitt se situe dans cette suspension du droit dont le seul but est de le préserver.

⁹Ibid, p. 64

¹⁰Ibid, p. 71

¹¹C. SCHMITT, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, p. 15

¹²X. VEGA, « De l'état d'exception », *Sciences Humaines* (n°163), 1^{er} août 2005, disponible sur https://www.scienceshumaines.com/de-l-etat-d-exception_fr_5155.html

¹³C. SCHMITT, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, pp. 23-24

¹⁴Ibid, p. 15

3) *Dictature souveraine et dictature du commissaire*

C'est cette suspension du droit, cette méthode de gouvernement désignée pour faire face aux situations exceptionnelles, que Schmitt appelle « dictature ».

Elle est bien évidemment à distinguer de son sens populaire qui fait uniquement écho aux régimes totalitaires. La dictature de Schmitt, elle, renvoie à l'institution qui permet au souverain de suspendre le droit, en tout ou en partie, mais dans le but unique de le préserver et qui permet de faire une nette différence entre les normes de droit et les normes d'application du droit.

Cette dictature se décline sous deux formes distinctes :

- La dictature du commissaire, qui « suspend in concreto la Constitution afin de protéger cette même Constitution dans son existence concrète (...) contre l'attaque qui menace de l'abolir¹⁵ ». Nous pouvons ici rapprocher cette dictature des états d'urgence prévus par le pouvoir constitué de certains Etats.
- La dictature souveraine, qui « voit dans l'ordre existant, pris dans son ensemble, l'état des choses auquel elle entend mettre fin par son action. Elle ne suspend pas une Constitution en vigueur en vertu d'un droit fondé sur celle-ci, c'est-à-dire conforme à la Constitution, mais elle cherche au contraire à instaurer l'état des choses qui rendrait possible une Constitution qu'elle considère comme étant véritable. Elle n'invoque donc pas une Constitution en vigueur mais une Constitution à établir¹⁶ ».

4) *Son analyse de l'article 48 de la Constitution de 1919 sous la République de Weimar*¹⁷

Dans son ouvrage *La Dictature* (dans sa version publiée en 1928), Carl Schmitt analyse l'article 48 de la Constitution de 1919, en développe une compréhension qui s'éloigne de celle qui lui est couramment donnée et donne ainsi naissance aux éléments de son œuvre les plus intéressants à mettre en lien avec les problématiques de notre société actuelle: sa thèse en faveur de l'illimitation des pouvoirs du Président du Reich en cas de situation exceptionnelle et sa définition de l'état d'exception.

Le second alinéa de l'article 48 stipule : « Le Président du Reich peut, lorsque la sûreté et l'ordre public sont gravement troublés ou compromis dans le Reich allemand, prendre les mesures nécessaires à leur rétablissement ; en cas de besoin, il peut recourir à la force armée. A cette fin, il peut suspendre totalement ou partiellement l'exercice des droits fondamentaux garantis aux articles 114, 115, 116, 117, 118, 123, 124 et 153. »

Le troisième alinéa, lui, stipule: « Le Président du Reich doit sans retard communiquer au Reichstag toutes les mesures prises en application du premier ou du deuxième alinéa du présent article. Ces mesures doivent être abrogées à la demande du Reichstag. »

¹⁵C. SCHMITT, *La dictature*, Paris, Seuil, 2000, p. 141

¹⁶*Ibid*, p. 142

¹⁷*Ibid*, pp. 285-342

La raison pour laquelle Carl Schmitt détricota avec brio l'interprétation courante de l'article 48 de la Constitution de Weimar était qu'il considérait que celle-ci avait mis de côté toute notion de politique et de plein exercice du pouvoir.

En effet, pour lui, le marasme du régime parlementaire weimarien nécessitait d'être sauvé par la mise en place d'un Etat fort, de type présidentieliste.

L'interprétation couramment donnée au second alinéa de l'article 48 voudrait que la seconde phrase limite la première. Autrement dit, dans une situation exceptionnelle, les seuls actes que pourra poser le Président ne pourront pas dépasser la simple suspension des droits fondamentaux susmentionnés. Ce qui reviendrait presque à effacer (partiellement) purement et simplement la première phrase.

Pour Schmitt, il s'agit de tout autre chose : la limitation prévue à la seconde phrase ne concerne que celle-ci. En effet, le Président, en situation exceptionnelle peut, premièrement, prendre toutes les mesures qui lui semblent nécessaires au maintien de la sûreté, de l'ordre public, voire au maintien de l'Etat tout court, et, parallèlement à cela, il peut également suspendre certains droits fondamentaux prévus par la Constitution, mais doit se limiter à ceux mentionnés dans l'article.

Pour appuyer son raisonnement, Schmitt s'en réfère à différentes justifications :

- Dans le projet initial de Constitution proposé par Hugo Preuss, seule figurait la première phrase, et c'est seulement après, dans le but de faciliter la « tâche » aux Länders, qu'a été rajoutée la seconde phrase, par la Commission des Etats. Ceci explique effectivement l'impression de « cheveu dans le soupe » que nous donne le terme « à cette fin », qui ne veut donc rien dire de plus qu'« aux fins du rétablissement de la sûreté et de l'ordre public ».
- Dans les travaux préparatoires tenus à l'Assemblée constituante, des discussions entre plusieurs députés (tels que Fischer, Dohna, von Delbrück et Ablass) ont démontré d'une part, que les deux pouvoirs attribués au Président du Reich étaient distincts, mais également que la notion de « mesures » avait bel et bien un sens fort et qu'elle pouvait signifier par exemple des actes tels des décrets d'application de la loi, des dispositions pénales ou la mise en place de tribunaux exceptionnels.

En analysant la disposition au travers du prisme de sa notion de « dictature », Schmitt affirme que malgré l'utilisation de termes tels que « pouvoirs illimités », « pleins pouvoirs », utilisés dans son chapitre pour désigner les pouvoirs accordés au Président, le Président ne peut exercer qu'une dictature du commissaire car par essence, la dictature souveraine ne peut être inscrite dans la Constitution. Malgré cela, Schmitt n'a pu omettre de préciser que : « La dictature du Président du Reich (...) est nécessairement une dictature du commissaire, du seul fait que la Constitution est entrée en vigueur. Mais on l'a intentionnellement doté de pouvoirs très larges, de sorte que, sur le fond, et non certes quant à son fondement juridique, elle opère comme une dictature souveraine de l'Assemblée nationale.¹⁸ »

L'interprétation de Schmitt s'inscrit dans une intention positive, les pouvoirs dictatoriaux étant pour lui les plus susceptibles d'assurer la stabilité et l'ordre public. Dans sa

¹⁸ *Ibid*, p. 237

théorie, qu'il affirmera de façon plus virulente dans son ouvrage « *Théologie politique* », il affirme que la marque de fabrique du souverain est d'avoir le pouvoir discrétionnaire tant de décider dans la situation d'exception (ce qui n'est pas contredit par l'article 48 de Constitution) que de la situation d'exception, dans le but de pouvoir pallier l'incapacité d'un Parlement trop axé sur le compromis, la neutralité et ralenti par le débat.

Or, force est de constater que bien que l'auteur ait éminemment pu rendre au second alinéa de l'article 48 de cette Constitution toute la force et l'ampleur qui lui étaient initialement destinées pour mener une politique plus efficace et bien que cet alinéa semble donner au Président la possibilité de proclamer l'état d'exception, les efforts de Schmitt se noient dans les méandres du troisième alinéa qui lui, retire cette possibilité en accordant un pouvoir de contrôle au Parlement.

Ainsi, Schmitt constate avec l'œil critique qui est le sien, que le Président de la République de Weimar n'est pas souverain, la faculté de prononcer l'état d'exception lui ayant été retirée. Il déplore à travers ce constat, les pratiques de l'Etat de droit qui consistent à mettre de côté la souveraineté, prévoir des contrôles réciproques et respecter le schéma de la séparation des pouvoirs. Il présage un manque de moyens juridiques, voire un vide juridique, lorsque ces Etats seront confrontés (de façon inéluctable) à une situation exceptionnelle.

Enfin, il plaide pour l'attribution de pouvoirs illimités en faveur du Président du Reich, légitimant donc une suspension de l'ordre juridique ou de la Constitution ou l'adoption de certaines mesures nécessaires pour assurer la pérennité de l'Etat, et libérés tant du contrôle exercé par d'autres pouvoirs constitués, que de la norme, qui s'efface alors pour faire régner la décision unilatérale. Cette suspension de l'ordre juridique est destinée à être provisoire, elle existe uniquement dans le but de restaurer la situation normale.

5) Réception de sa pensée: influence de son passé nazi

Carl Schmitt est sans conteste un auteur et juriste extrêmement brillant. Le paradoxe assez frappant et qui permettra aux plus sceptiques de ne pas voir en lui que l'auteur décrédibilisé par son ralliement au national-socialisme, est qu'il a été l'un des plus grands adversaires du nazisme jusqu'à la déperdition de la République de Weimar. Il avait analysé la Constitution de celle-ci et avait conseillé sa révision pour différentes raisons : la première était de « mettre fin à la débâcle de l'Etat législateur parlementaire¹⁹ », la seconde était d'adopter une vision (qui était la sienne) de la politique basée sur la distinction entre ami et ennemi, et enfin la troisième était d'éviter par tout moyen « la logique suicidaire du respect de la légalité qui conduit à ouvrir la voie du pouvoir aux ennemis de la Constitution qui ne respectent cette dernière que formellement²⁰ ». Il est d'ailleurs anecdotique mais important de préciser qu'Hitler n'a bafoué aucune règle constitutionnelle pour accéder au pouvoir.

S'intéresser et reprendre certaines pensées de Carl Schmitt et pouvoir en retirer certains enseignements, c'est prendre le risque de voir son œuvre personnelle frappée par le

¹⁹C. SCHMITT, *Légalité et légitimité* (1932), Puiseux, Editions Pardès, 1990, p. 39

²⁰J. HUMMEL, *Carl Schmitt : L'irréductible réalité du politique*, Paris, Michalon, 2005, p. 69

discrédit. Schmitt dérange, intrigue, fascine en secret, mais son intégration à la sphère nazie à partir de 1933 et son antisémitisme exacerbé mettent mal à l'aise.

Son étiquette d'auteur scandaleux lui colle toujours à la peau et empêche certains critiques et auteurs de se rendre compte que le recul que nous avons aujourd'hui par rapport à son œuvre, devrait nous permettre d'aborder de grandes problématiques de la société actuelle à la lumière de ses concepts et de ses remises en question.

En effet, Schmitt était fortement opposé aux démocraties parlementaires ; la discussion, les compromis et les demi-mesures se trouvant aux antipodes du concept de décision, pierre angulaire de sa conception du politique. Il aura eu l'audace de dévoiler les failles de l'Etat de droit et de proposer une remise en question des institutions démocratiques.

C.- MISE EN LUMIERE DES FAILLES DE L'ÉTAT DE DROIT

La notion d'Etat de droit est un parfait mélange entre la pyramide des normes et le formalisme juridique de Kelsen, le principe de séparation des pouvoirs de Montesquieu et la version constitutionnalisée des droits de l'Homme que l'on doit aux Lumières.

L'Etat de droit et le libéralisme politique en général sont basés sur une vision positive de l'être humain, qui permet à leurs instigateurs de penser qu'en mettant en place toute une série de garanties juridiques, en faisant régner la loi et en instaurant des mécanismes de contrôle entre les différents pouvoirs volontairement séparés, les libertés individuelles primeront, la justice primera et la violence restera un phénomène marginal. Mais aucune nation n'est à l'abri de la barbarie et la survenance d'une situation exceptionnelle est justement la plus grande vulnérabilité de l'Etat de droit qui brandit des principes uniquement applicables dans la normalité.

En effet, certains principes sont les piliers de l'Etat de droit, qui a initialement été mis en place pour substituer le gouvernement de la loi au gouvernement des hommes. Premièrement, le principe de séparation des pouvoirs, théorisé par Lock et Montesquieu, qui prévoit une répartition des pouvoirs entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Deuxièmement, les droits fondamentaux individuels, repris dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, représentent une limite posée aux pouvoirs de l'Etat et à sa marge de manœuvre. Troisièmement le principe de légalité est une pierre angulaire de la notion d'Etat de droit, ainsi que le principe représentatif, l'indépendance de la justice et la sécurité juridique (qui, elle, n'est respectée que lorsqu'un justiciable peut savoir à la lecture d'une norme juridique quelles conséquences sont attachées à certains comportements).

Les failles de cet Etat de droit, que Schmitt a mises en lumière, sont donc celles-là : Les principes généraux du libéralisme politique ont été conçus pour ne valoir qu'en circonstance normale, de manière telle que ce type d'Etat sera forcément amené à bafouer ces principes lors de la survenance d'une situation exceptionnelle. Il est également hermétique au parlementarisme et à une trop grande distribution des pouvoirs, pouvant paralyser l'exécutif.

III.- SYSTÈME JUDICIAIRE FRANÇAIS, ÉTAT D'URGENCE ET TERRORISME

Les trente dernières années ayant été marquées par une surenchère répressive, il est intéressant d'analyser celle-ci. Nous analyserons ensuite plus en détails la loi de 1955 sur l'état d'urgence et la prolongation indéfinie de cet état d'urgence par le gouvernement français.

Il est également indispensable d'apporter une définition nouvelle au terrorisme pratiqué par l'Etat islamique, de constater la diversité des acteurs et de prendre acte de la façon dont les discours manichéens déteignent sur le peuple français.

A.- SURPRODUCTION DE LOIS ANTITERRORISTES²¹

Action. Réaction. A l'image d'un arythmique qui applaudit toujours trop tard, cela fait maintenant plus d'une trentaine d'années que l'Etat français adopte de nouvelles lois terroristes peu après chaque nouvelle vague d'attentats. Des normes toujours plus répressives et qui empiètent insidieusement, au fil des années, sur les libertés fondamentales individuelles et le droit au procès équitable. Le paradoxe est celui-ci : chaque nouvelle loi semble promouvoir la prévention, la précaution, mais n'a jamais assez fonctionné pour empêcher l'attentat suivant, qui donnera lieu, lui aussi, à une nouvelle loi antiterroriste ou de nouvelles techniques répressives.

C'est en 1986 que la folie répressive commence à se dessiner. Dès cette année-là, les affaires terroristes échappent aux juridictions ordinaires ; les enquêtes de ce domaine sont confiées à des magistrats instructeurs ou des procureurs spécialisés. Le dispositif sécuritaire est réorganisé autour de deux organes juridictionnels : le tribunal correctionnel et la cour d'assise spécialement composée. Contrairement à ce que la France avait déjà mis en place dans le passé, à l'image de la Cour de sûreté de l'Etat, nous ne sommes plus ici face à un tribunal exceptionnel, mais bien à une juridiction déjà intégrée à l'appareil répressif et pénal existant, à laquelle des aménagements ont été faits (en effet, la cour est uniquement composée de magistrats spécialisés, ce qui est une exception à la règle du procès devant un jury populaire).

Au fil des années, un régime dérogatoire s'est peu à peu mis en place à différents niveaux.

Tout d'abord, au niveau procédural, la garde à vue en matière terroriste a été rendue doublement spécifique tant en ce qui concerne la possibilité de report de l'accès à un avocat pour diverses raisons, et ce, pour un maximum de 72 heures, qu'en ce qui concerne la possibilité de prolongation de celle-ci par un magistrat spécialisé. De plus, les conditions de recours à certains actes d'instruction ont été adoucies : les perquisitions domiciliaires peuvent être autorisées sans même l'assentiment des personnes suspectées et peuvent également l'être

²¹VIE PUBLIQUE, « Trente ans de législation antiterroriste », 3 août 2016, disponible sur <http://www.vie-publique.fr/chronologie/chronos-thématiques/trente-ans-legislation-antiterroriste.html>

de nuit lors d'une enquête de flagrance, préliminaire ou au cours de l'instruction ; le recours aux écoutes téléphoniques, l'interception de correspondance et la vidéosurveillance sont devenus quotidiens et les policiers n'ont plus besoin de l'assentiment d'un magistrat pour avoir accès à des données de connexion internet. L'allongement des délais de prescription des délits et crimes terroristes, la mise en place de juridictions interrégionales spécialisées et l'extension du statut de repentir ou « plaider coupable » ont également été prévus.

D'autre part, au niveau de l'incrimination de certains actes, de nouvelles infractions ont été créées, telles que l'apologie du terrorisme, le délit d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste, le délit de financement des actes de terrorisme et le délit d'entreprise terroriste individuelle. La notion de « terrorisme » a été définie dans le code pénal en 1986 : la définition est volontairement floue, un « fourre-tout » qui donne tellement lieu à interprétation qu'il va pouvoir permettre à la justice de réprimer « l'état dangereux pré-délictuel²² ».

Ensuite, au niveau policier, les pouvoirs des agents de police judiciaire en matière de contrôle d'identité ont fait l'objet d'un renforcement et certains pouvoirs supplémentaires ont été accordés aux policiers et gendarmes afin de faciliter les enquêtes (visites de coffres de véhicules,...).

Enfin, au niveau des peines, des exemptions de peines pour les criminels qui empêchent la réalisation d'un attentat ont été prévues ainsi qu'un alourdissement des peines prononcées en matière de terrorisme et l'interdiction du territoire des suspects candidats au jihad.

L'année 2015, avec les attentats du Bataclan et les centaines de victimes auxquels elle fait écho, marque un tournant dans la lutte antiterroriste et dans la multiplication des mesures prises par le gouvernement Valls. Le 14 novembre, soit le lendemain de la folie meurtrière perpétrée par Abaaoud et son commando, le Conseil des ministres adopte un décret déclarant l'état d'urgence, supposé durer 12 jours. Au jour où nous écrivons, la France est plongée dans un état d'urgence prolongé depuis bientôt un an et demi.

B.- LOI DE 1955 SUR L'ETAT D'URGENCE²³

1) Différences avec le droit procédural commun

L'état d'urgence consiste en une mesure exceptionnelle, adoptée par le Conseil des Ministres, lorsqu'un péril imminent surgit, soit pour cause d'atteinte grave à l'ordre public ou pour cause de calamité publique. Cette mesure, et c'est là que se marque son caractère exceptionnel, n'est sensée durer que 12 jours et sa prolongation nécessite forcément l'adoption d'une loi et donc son autorisation par le Parlement.

La particularité de l'état d'urgence réside dans le fait qu'un transfert presque total de compétences initialement dédiées aux autorités judiciaires se produit au profit des autorités

²²V. CODACCIONI, *Justice d'exception. L'Etat face aux crimes politiques et terroristes*, Paris, CNRS Editions, 2015, p. 280

²³Loi française n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

administratives, qui elles, relèvent du pouvoir exécutif. Cette déjudiciarisation, sensée n'être qu'extrêmement temporaire, commence, en raison du prolongement indéfini de l'état d'urgence, à s'ancrer dans la normalité.

Les deux acteurs fondamentaux de la loi sur l'état d'urgence (prise dans sa version actuelle, c'est-à-dire modifiée par deux lois de 2015 et 2016) sont le Ministre de l'Intérieur et le préfet, autorisés à poser certains actes qui seront soumis au contrôle du juge administratif :

- Limiter ou interdire la circulation de personnes ou de véhicules dans certains lieux
- Instituer des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé
- Interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics
- Prononcer des assignations à résidence lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que le comportement d'une personne constitue une menace pour la sécurité ou l'ordre publics. Certaines conséquences en découlent, telles que l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police, la remise à ces services de tout document d'identité, l'interdiction éventuelle d'être en relation avec des personnes nommément désignées, et parfois le port d'un bracelet électronique
- Dissoudre des associations ou groupements de fait qui participent à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public
- Fermer provisoirement des lieux publics, lieux de réunion ou lieux de culte, en particulier ceux au sein desquels sont tenus des propos constituant une provocation à la haine ou une apologie du terrorisme
- Autoriser les agents de police à des fouilles de bagages ou des inspections visuelles
- Ordonner la remise d'armes ou de munitions détenues ou acquises légalement
- Ordonner des perquisitions en tout lieu, y compris le domicile, de jour comme de nuit. En cas d'éléments à exploiter ou de problèmes liés à la perquisition, c'est au juge des référés du tribunal administratif d'intervenir
- Prendre toute mesure pour assurer l'interruption de tout service de communication au public en ligne incitant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie

Certains éléments troublent, choquent, tant la dissemblance avec le droit commun est forte. Là où le droit commun prévoit la garantie d'un contrôle a priori de tous ces actes par un juge judiciaire indépendant du pouvoir exécutif, la loi sur l'état d'urgence prévoit un contrôle a posteriori par le juge administratif et seulement sur demande. Si ce n'est pas bafouer la séparation des pouvoirs, c'est au moins y porter un coup. « Le despotisme paraît particulièrement redouté dans les âges démocratiques ». Ces mots de Tocqueville sont tirés *De la démocratie en Amérique*. Ce livre rappelle que tout ce qui favorise la déjudiciarisation favorise l'Etat, non pas un Etat totalitaire mais un Etat qui a vocation à devenir total.²⁴ »

2) Poursuite indéfinie de l'état d'urgence

L'état d'urgence, prononcé pour la première fois par le Conseil des ministres au lendemain des attentats du 13 novembre 2015, a été prorogé à 5 reprises : le 16 novembre

²⁴W. BOURDON, *Les dérives de l'état d'urgence*, Paris, Editions Plon, p. 317

2015, pour une durée de 3 mois, par une loi du 26 février 2016 pour une durée de 3 mois, par une loi du 26 mai 2016 pour une durée de 2 mois, par une loi du 21 juillet 2016 pour une durée de 6 mois à compter du 26 juillet de la même année, et enfin, par une loi du 15 décembre 2016, pour une durée de 7 mois à compter du 22 décembre 2016.

Là où nous devrions nous trouver dans un tunnel au bout duquel la lumière d'un retour au droit commun devrait être perceptible, la politique offerte par François Hollande et son gouvernement semble néanmoins plus relever du cul-de-sac. Il est maintenant clair que son unique perspective de fin de mandat est de prolonger indéfiniment l'état d'urgence.

Une particularité assez récente et marquant sûrement un pas de plus franchi dans le contournement de l'Etat de droit, se situe dans le fait que là où toutes les lois mentionnées ci-dessus se contentaient de reconduire l'état d'urgence purement et simplement, celle qui a suivi les attentats de Nice (promulguée le 21 juillet 2016) a la spécificité de contenir une série de nouvelles dispositions de fond. Celles-ci consistent principalement à durcir les peines infligées pour les infractions criminelles d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste et ne plus accorder de réduction de peines aux personnes condamnées pour des faits liés au terrorisme. D'autres dispositions concernent la fermeture des lieux de cultes, la vidéosurveillance dans les prisons, les écoutes administratives,...

« Il est inquiétant de constater que la prolongation de l'état d'urgence permet de légiférer, au sein d'une même loi, sur les conséquences de cette installation législative de l'état d'urgence.²⁵ » La peur a arraché la place du rationnel et légifère. Le terrorisme sème la panique même dans les sphères de la société – ici, le Sénat – où le besoin de recul, d'analyse et de temps est primordial pour avoir l'audace d'affirmer le bon fonctionnement de normes d'une telle envergure.

C.- REDEFINITION DE LA MENACE TERRORISTE

« Nous aimons la mort comme vous aimez la vie. »

- *Oussama Ben Laden*

1) Menace concrète et permanente

« Ca n'arrive qu'aux autres », « Tout cela se passe à l'autre bout du monde », ces phrases, nous pouvions encore les prononcer pour parler du terrorisme, il y a une dizaine d'années. Tout est venu d'un coup, à l'image d'un monstre créé par le cocktail détonnant de sociétés occidentales fragilisées et d'un Islam qui l'est tout autant par l'absence de remise en question du texte sacré.

Deux éléments ont amené la France à devenir le pays occidental le plus menacé et le plus touché par le jihadisme. Premièrement, « la proximité de la guerre en Syrie, et ses capacités d'accueil de volontaires étrangers, quand, à l'été 2012, les jihadistes s'emparent de

²⁵ *Ibid*, p.287

certains quartiers d'Alep²⁶ ». En effet, il suffit d'acheter un billet pour la Turquie et traverser la frontière syrienne pour se retrouver avec une kalachnikov à la main et trois femmes à ses pieds. Deuxièmement, le rôle d'internet a été capital dans l'intérêt porté par de jeunes perdus, à cet ersatz de vie idéale présenté en vitrine sur les réseaux sociaux par des combattants francophones utilisant le jargon des jeunes de banlieue pour amadouer ceux-ci.

Ces dernières années ont mis en lumière une nouvelle forme de terrorisme encore jamais vue. Le projet n'est plus territorial comme du temps d'Al Qaïda (avec lequel, rappelons-le, nous n'en avons pas encore fini), mais la quête est religieuse et universelle. Nous sommes face à une nouvelle génération de terroristes qui veulent imposer la Charia au monde entier, et combattre au moyen de la force, toute personne menant une vie impie. « Les jihadistes combattent la démocratie parce que la démocratie populaire usurpe le droit à produire la loi, qui n'appartient qu'à Dieu, et parce que, ce faisant, elle met l'homme à la place de Dieu.²⁷ »

La complexité du phénomène est qu'il n'y a pas de prototype du jihadiste. Les gouvernements et les citoyens se rassurent en pensant que les seuls capables de partir faire le jihad sont des fous, des suicidaires, des petits délinquants ou des imbéciles, qui, mécontents d'avoir échoué leur intégration en France, ou frappés d'une aversion suprême envers la justice et le système, ont trouvé quelque sentiment de rédemption, d'apaisement et d'importance dans l'islam radical. Mais la vérité est tout autre. Le paradoxe, c'est que le terroriste peut être un voisin, un frère, une mère, mais que le citoyen ne s'attend qu'à un barbu en turban. Le terroriste d'aujourd'hui est comme tout le monde, se fond dans la masse, et est tapi dans l'ombre. Sa plus grande arme est l'ubiquité, il est partout et nulle part à la fois ; «il ne sème pas la guerre, parce qu'il a besoin de la paix pour donner à son intervention toute son envergure²⁸ ».

Certains sont issus de familles musulmanes, chrétiennes ou totalement athées. D'autres ont baigné dans le banditisme et adhèrent au jihadisme pour y trouver rédemption, acceptation et importance, car Allah les lavera de tous leurs péchés s'ils décident de mener la guerre sainte. D'autres encore voient pathétiquement dans le jihad-une version réelle d'un jeu vidéo ou d'une télé réalité nauséabonde, où les kalachnikovs et l'abondance sexuelle sont la récompense du guerrier. Les uns rêvent d'un califat, les autres ont des intentions politiques, territoriales, ou sont avides d'un salut individuel. La vie terrestre n'a plus d'importance, l'ennemi, dit « mécréant », est déshumanisé, et seule la perspective de mourir en martyr compte encore, dans le but ultime d'accéder au paradis. C'est en raison de ce nihilisme que le terrorisme est un des plus grands défis de notre siècle.

Ainsi, un des buts des terroristes est « de faire sortir l'Etat de droit de ses gonds pour le disqualifier et trouver une justification a posteriori à leur cause²⁹ ». Ils veulent pervertir les « instruments » de notre société, ceux qui nous ouvrent au monde, et les détourner de leur

²⁶D. THOMSON, *Les revenants : Ils étaient partis faire le jihad, ils sont de retour en France*, Paris, Editions du Seuil, 2016, p. 275

²⁷*Ibid*, p. 287

²⁸A. GARAPON, « La lutte antiterroriste et le tournant préventif de la justice », *Esprit*, n°3-4, 2008, p. 142

²⁹*Ibid*, p. 150

finalité première. Ils utilisent internet comme moyen de propagande. Ils utilisent nos véhicules pour foncer dans les foules.

Toute la difficulté se situe donc dans la réaction parfaitement équilibrée qui doit être apportée par les gouvernements, dans le but de ne pas tomber dans le piège des terroristes, et par là même, concevoir de nouveaux terroristes, mais également de préserver la sécurité et la vie des citoyens. L'ampleur de la réponse politique est celle-là.

2) Importance de la dimension discursive

Le monde entier se souvient du discours prononcé au lendemain des attentats du 11 septembre par Georges W. Bush, promettant de mener et gagner la guerre contre les terroristes et contre les nations qui les aident et les hébergent.

Dans un registre tout à fait différent et beaucoup moins extrême, la notion de « guerre » a subrepticement pris sa place au sein des discours de certains dirigeants français traitant des attentats perpétrés ces dernières années. « Nous sommes en guerre », déclara François Hollande le 16 novembre 2015.

A la question : sommes-nous en guerre? La réponse est non. La France, comme la plupart des pays du monde, est partie à différents traités et conventions internationaux, dont notamment la Convention de Genève de 1977, qui précise que seuls les Etats peuvent prendre part à des conflits internationaux. Il faudrait ainsi, pour qu'une déclaration de guerre puisse avoir lieu, que l'existence du prétendu « Etat islamique » soit reconnue sur la scène internationale, ce qui, par un effet boule de neige, permettrait à un amas de jihadistes aux pulsions mortifères de légitimer leurs actions autour du globe en se prévalant de la légitime défense. En effet, l'article 51 de la Charte des Nations-Unies, prévoit, lui, une interdiction de la guerre, sauf en cas de légitime défense (ne pouvant absolument pas relever de la prévention, mais uniquement de la réaction à une attaque).

Au sens du droit international, donc, la France n'est pas en guerre, mais comme l'a souligné Antoine Garapon, « cette 'guerre' contre le terrorisme est sans fin : puisqu'elle n'a pas été déclarée, elle aura du mal à connaître son épilogue dans un traité de paix³⁰ ».

L'utilisation du terme relève donc plus d'un champ lexical destiné à maintenir la logique de la peur sur une population à fleur de peau, afin de légitimer, si besoin s'en ressent, des pratiques remettant en cause les fondamentaux de l'Etat de droit.

L'emploi de ce vocabulaire n'est pas anodin et porte en lui des « germes de stigmatisation³¹ » ; en effet, l'utilisation de termes manichéens par les politiques est une pratique à double tranchant. Là où certains perçoivent simplement une façon pour le gouvernement d'affirmer sa « virilité », d'autres, à force de répétition, développent ce que l'on peut appeler « la peur du musulman ». A force d'avoir accompagné la mise en œuvre de l'état d'urgence d'amalgames, de propos maladroits, voire populistes, la population française se recroqueville lentement sur elle-même et présente une aversion pour l'étranger, voire depuis peu, pour les migrants, sur lesquels elle déverse toutes ses suspicions refoulées.

³⁰*Ibid*, p.143

³¹W. BOURDON , *Les dérives de l'état d'urgence*, Paris, Editions Plon, p. 17

Le second champ lexical utilisé à foison par les politiques est celui de la peur. Il existe une stratégie discursive assez efficace pour légitimer la presque permanence des mesures d'exception et la prolongation indéfinie de l'état d'urgence, qui est la surévaluation de la dangerosité des violences politiques et du risque que le terrorisme fait encourir à la société. Dans un tel contexte, il est en effet assez facile de faire croire aux citoyens qu'il n'y a qu'une issue possible pour garantir sa sécurité.³²

Enfin, le dernier champ lexical emprunté par les pouvoirs publics dans leurs discours est certainement le plus pernicieux. C'est celui qui comprend les termes « barbares », « ennemis de l'intérieur »,... Le barbare désigne celui qui envahit, qui manifeste de la cruauté, qui est inhumain ou dont on dénie l'existence. Par l'utilisation de ce vocable, les politiques entraînent avec eux les citoyens dans un jeu dangereux, leur permettant de déshumaniser les soupçonnés, comme les terroristes nous déshumanisent. « La répétition du mot 'barbare' est une façon de nous exonérer de notre propre barbarie (...) Tout ce nouveau vocabulaire contribue ainsi à une forme de déréalisation, c'est-à-dire de mise à distance progressive de la souffrance, de la détresse. (...) L'Etat, au lieu de faire croire qu'il va dessiner un bouclier protecteur, inhibe les attitudes qui elles seules devraient être au cœur de l'action publique, c'est-à-dire le renforcement des logiques de fraternité et d'hospitalité.³³ »

³²V. CODACCIONI, *Justice d'exception. L'Etat face aux crimes politiques et terroristes*, Paris, CNRS Editions, 2015, p. 49

³³W. BOURDON, *Les dérives de l'état d'urgence*, Paris, Editions Plon, p. 18

IV.- VERS UNE PERMANENCE DE L'ETAT D'EXCEPTION?

Certains théoriciens soutiennent, à l'image de Giorgio Agamben, que les démocraties occidentales se sont insidieusement transformées en Etats d'exception permanents.

Au sein de cette dernière partie, nous nous focaliserons premièrement sur les droits et libertés que le gouvernement et les citoyens sont prêts à mettre de côté dans le but de garantir leur droit à la vie.

Deuxièmement, c'est la transformation du système réactif et répressif en un système proactif et préventif qui retiendra notre attention. Nous en analyserons les nouveaux acteurs et nous verrons les différentes libertés auxquelles les mesures d'exception portent atteinte.

Troisièmement, nous mettrons en exergue les effets pervers que risque de présenter l'état d'urgence à moyen et à long terme.

Pour finir, nous distinguerons ce qui est à prendre et à laisser dans la théorie de Carl Schmitt et nous tenterons d'expliquer pourquoi, à notre sens, les sociétés démocratiques occidentales ne sont pas devenues des Etats d'exception permanents.

A.- DROITS FONDAMENTAUX : QUELLES LIBERTES SOMMES-NOUS PRETS A SACRIFIER POUR GARANTIR NOTRE DROIT A LA VIE?

1) *Acceptation des citoyens*

La nouveauté de la menace terroriste a chamboulé, en l'espace de peu de temps, la perception que le citoyen se faisait des libertés publiques et des libertés individuelles. Les différentes mesures exceptionnelles adoptées par l'Etat français en matière de terrorisme sont acceptées par l'opinion publique uniquement parce que la définition même de la liberté a changé. Nous sommes passés d'une définition positive à une définition négative de la liberté ; de la liberté de faire tout ce que nous voulons, à la liberté de ne pas vivre dans un climat d'insécurité et de peur, précisément la liberté de rester vivant.³⁴

Le plus grand défi des politiques dans ce contexte hostile, est d'atteindre un juste milieu entre liberté et sécurité, tout en sachant que la deuxième est une des conditions d'exercice de la première. « Lorsque le danger est suffisamment perçu comme imminent, les citoyens non dangereux se sentent si menacés par ceux qui sont dangereux que leur prévention contre les restrictions des libertés cèdent.³⁵ » Le citoyen lambda accepte que le contenu de ses conversations soit analysé, car il n'a rien à cacher. Il accepte que des perquisitions nocturnes aient lieu, car il n'a rien à cacher. Et l'on finit par s'apercevoir qu'attenter à la liberté d'une minorité devient totalement acceptable, si c'est pour assurer la sécurité d'une majorité « qui n'a rien à cacher ».

³⁴A.TSOUKALA, « La légitimation des mesures d'exception dans la lutte antiterroriste en Europe », *Cultures & Conflits* 61/2006, CCLS, 2006, p. 8

³⁵A. GARAPON, « La lutte antiterroriste et le tournant préventif de la justice », *Esprit*, n°3-4, 2008, p. 145

Manuel Valls a déclaré, le 19 novembre 2015 : « La sécurité est la première des libertés », slogan qui avait pourtant été précédemment brandi par de grandes figures de la droite, de Jean-Marie Le Pen à Nicolas Sarkozy, et qui, une fois réutilisé par la gauche, met en lumière une crise de la conflictualité politique et une convergence de la gauche et la droite vers une gouvernance sécuritaire latente.

A cet égard, Robert Badinter est revenu sur la notion de sûreté, que les gouvernements se vantent de préserver : « ‘Ce qui est consacré dans la Déclaration des droits de l’Homme, c’est la sûreté, c’est-à-dire l’assurance, pour le citoyen, que le pouvoir de l’Etat ne s’exercera pas sur lui de façon arbitraire et excessive. Le droit à la sûreté, c’est la garantie des libertés individuelles des citoyens.’ Dès lors, la sûreté ne se définit pas par rapport aux autres libertés mais par rapport au risque d’arbitraire qui découle des prérogatives étatiques. (...) L’Etat croit devoir définir la sûreté comme une liberté dont il devrait garantir l’effectivité, alors qu’elle est précisément conçue comme une protection à son égard.³⁶ »

2) Nécessité de réactualisation perpétuelle des acquis

Simone de Beauvoir disait : « N’oubliez jamais qu’il suffira d’une crise politique, économique et religieuse pour que les droits des femmes soient remis en question. Ces droits ne sont jamais acquis. Vous devrez rester vigilante toute votre vie durant ». Il est opportun de transposer cette citation aux droits de l’homme en général. Chaque citoyen de la génération actuelle s’est vu attribuer à la naissance, en plus d’un prénom, une série de droits inhérents à son existence : la liberté d’expression, le droit au procès équitable, au respect de sa vie privée,... Les valeurs de la République sont pour beaucoup un acquis. Il y a une nécessité de réactualiser perpétuellement ces acquis, pour qu’ils ne restent pas lettre morte, qu’ils évoluent avec la société et les obstacles qu’elle rencontre. Tout comme certaines normes doivent être adoptées, abrogées, transformées pour vaincre des problèmes sociétaux comme le réchauffement climatique, le chômage ou la pauvreté, il est utile d’adapter les libertés individuelles et les principes de l’Etat de droit pour surmonter l’épreuve du terrorisme.

Il est également important de remarquer que certaines libertés semblent devenir, au fil de l’évolution de la société, de plus en plus secondaires. Pensons au droit au respect de la vie privée : pour la jeune génération, il serait absurde de s’opposer à une surveillance perpétuelle par les services secrets, tant leur vie privée s’entremêle de plus en plus à leur vie publique, au travers des réseaux sociaux qui permettent parfois de suivre la vie d’une personne en temps réel.

3) Arrêt du Conseil Constitutionnel du 23 septembre 2016

Dans un arrêt du 23 septembre 2016 pour le moins surprenant, le Conseil Constitutionnel français a indirectement mis en place une hiérarchie entre certaines libertés fondamentales.

³⁶W. BOURDON, *Les dérives de l’état d’urgence*, Paris, Editions Plon, p. 219

Le Conseil Constitutionnel a été saisi par la Cour de Cassation pour répondre à la question de la conformité de l'article 11, 1° de la loi de 1955 relative à l'état d'urgence aux droits et libertés garantis par la Constitution française.

L'article en question permettant à des autorités administratives d'ordonner des perquisitions à domicile, de jour comme de nuit, les requérants déploraient le manque de garanties en ce qui concerne les motifs et les conditions de ces perquisitions et estimaient dès lors que cette disposition violait toute une série de droits fondamentaux dont principalement le droit au respect de la vie privée, à l'inviolabilité du domicile, et à l'accès à un recours juridictionnel effectif.

Le Conseil Constitutionnel ayant considéré que le législateur avait manqué à sa tâche d'établir un équilibre harmonieux entre la sauvegarde de l'ordre public et le respect de la vie privée, il a alors déclaré cet article 11, 1° contraire à la constitution.

Une loi du 20 novembre 2015 ayant reformulé une partie de l'article 11, il a été estimé par le Conseil qu'il n'y avait pas lieu de reporter à plus tard la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions précédemment attaquées.

Néanmoins, et c'est ici que se situe l'effet de surprise, « la remise en cause des actes de procédure pénale consécutifs à une mesure prise sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et aurait des conséquences manifestement excessives. Par suite, les mesures prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent, dans le cadre de l'ensemble des procédures pénales qui leur sont consécutives, être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.³⁷ »

De façon surprenante, l'impression que donne le Conseil est qu'il est certes encore opportun, dans un souci presque de tradition juridique et de respect des principes fondamentaux de l'Etat de droit, de déclarer une disposition contraire au droit au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile, mais qu'il serait par contre inopportun que des conséquences en découlent, tant la sauvegarde de l'ordre public est érigée en méta-valeur.

B.- PASSAGE D'UN SYSTEME REACTIF ET REPRESSIF A UN SYSTEME PROACTIF ET PREVENTIF

1) Déplacement du « curseur » de l'exception en amont de la procédure pénale

Les premières mesures adaptées spécifiquement au terrorisme dans les années 1990 prévoyaient des particularités, comme des juridictions aménagées de façon particulière, à l'image de la cour d'assise spécialement composée, ou des peines et sanctions plus lourdes pour les actes entachés d'une intention terroriste. Mais il a bien vite été nécessaire d'aborder la question d'un autre point de vue, car tout comme le terroriste n'a pas peur de la mort, il n'a également pas peur de la sanction, car seul le jugement d'Allah représentera quelque chose à

³⁷Cons. Const., 23 septembre 2016, n°2016-567/568 QPC, p. 18

ses yeux. La fonction dissuasive de la justice avait manqué sa cible et la seule solution pour éviter la perpétration de nouvelles scènes d'horreur était de mettre l'accent sur la prévention, tuer les projets d'attentat dans l'œuf, repérer les réseaux,...

Le terrorisme jihadiste a donc fait naître dans nos sociétés démocratiques, une politique de suspicion, de prévention, de précaution, où « le suspect est réduit à sa dangerosité³⁸ ». Le contrôle et la prévention sont devenus les maîtres mots de la procédure pénale.

2) Nouvelle dynamique et nouveaux acteurs

a) Juge judiciaire et Administration

L'état d'urgence se caractérise par une transmission de compétence de l'autorité judiciaire dans un cadre répressif vers l'autorité administrative à titre préventif.

Le juge judiciaire est mis en retrait, alors que l'Administration est mise à l'avant-plan. Leurs rôles respectifs sont redéfinis. En effet, sous l'égide du droit commun, l'autorité judiciaire est garante des libertés individuelles, et pour prendre l'exemple de la privation de liberté, le juge ne peut l'imposer que lorsqu'une violation de la loi a été commise.

Dans le cadre de la loi sur l'état d'urgence, le Ministre de l'Intérieur, seul, peut assigner une personne à résidence, sans qu'un contrôle préalable soit effectué et sans qu'une violation de la loi soit prouvée. Le Ministre appuie donc son raisonnement sur une présomption de menace non étayée.

Pour illustrer ce propos, il est intéressant de comparer les conditions du droit commun avec celles de l'état d'urgence. L'article 145 du code de procédure pénale français prévoit que pour pouvoir ordonner la détention provisoire d'un individu, un triple contrôle doit être effectué, par deux magistrats du siège, un juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention. Par contre, dans le cadre de l'état d'urgence, le Ministre de l'Intérieur peut prononcer, à sa bonne appréciation, l'assignation à résidence d'un individu, sans qu'aucun contrôle ait été opéré. Mais l'étouffement du rôle réparateur de l'action du juge judiciaire par le Ministre de l'Intérieur ne s'arrête pas là. Dans les arrêtés d'assignation à résidence, qui sont souvent décernés à des personnes qui n'ont aucune notion juridique, aucune précision n'est apportée quant à leur droit de recours, aux juridictions compétentes pour connaître de ce recours, et à leur droit à l'assistance d'un avocat. Toutes ces exigences formelles sont pourtant prévues à peine de nullité dans le droit commun. L'Administration évite à tout prix le débat contradictoire, peut-être de peur que la lenteur du système judiciaire soit fatale.

Le rôle du juge judiciaire est également contaminé par cette logique du risque, et il se limite alors à l'évaluation de la réalité d'un danger. Il n'exerce plus qu'un contrôle formel a posteriori, et l'examen de la proportionnalité est assez délicat, car il faut mettre en balance une mesure concrète avec un risque abstrait et subjectif.³⁹

³⁸A. GARAPON, « La lutte antiterroriste et le tournant préventif de la justice », *Esprit*, n°3-4, 2008, p. 148

³⁹W. BOURDON, *Les dérives de l'état d'urgence*, Paris, Editions Plon, p. 78

b) Services de renseignement

Le terrorisme « fait grossir la partie la plus informelle de nos institutions⁴⁰ ». L'ubiquité et la dissimulation sont leurs forces, l'Etat français a décidé d'en faire ses forces aussi. Les services de renseignement sont devenus l'acteur incontournable de la lutte anti-terroriste et le bras droit de l'Administration qui permet à celle-ci de légitimer ses actions. La loi sur le renseignement promulguée le 24 juillet 2015 inscrit ces pratiques dans l'ordre juridique.

Les services de renseignement écoutent, observent, récoltent des informations, et les répertorient, sans formalisme aucun, dans des documents qu'ils envoient à l'Administration, lorsqu'ils estiment, sur base de maigres indices et parfois d'extrapolations, qu'une personne présente un danger pour la sûreté et l'ordre public. « On passe de l'identification d'un suspect à son traitement par le pouvoir sans passer par le procès public.⁴¹ »

3) Les libertés égratignées

a) La liberté d'expression

Nous vivons sans conteste dans une société où la liberté d'expression est perpétuellement remise en question et où la censure refait subrepticement son apparition, tant les représentants des minorités et associations revendiquent une nouvelle forme de « politiquement correct ». Dans une société où l'humour noir en viendrait presque à être un terme raciste et où le second degré ne désigne plus qu'une catégorie de l'enseignement, les citoyens français sont-ils réellement tous Charlie?

La liberté d'expression est très certainement la liberté qui a le rôle le plus essentiel dans la préservation de la démocratie. Le pluralisme est capital. Le règne de la pensée unique signerait l'arrêt de mort de la démocratie.

Certains articles de l'état d'urgence prévoient des mesures qui, d'une façon ou d'une autre, restreignent la liberté d'expression : l'article 4-1 prévoit l'interdiction de manifester ; l'article 6-1 prévoit les dissolutions administratives des associations et groupements de fait ; l'article 8 prévoit la fermeture de certains lieux de cultes ; l'article 11 prévoit le blocage de sites provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie.

Le risque est celui-ci : la notion d'ordre public dans le contexte actuel fait l'objet d'une compréhension à la lumière du principe de précaution, et la frontière entre un discours avec lequel l'Administration est en profond désaccord et un discours qui menace le maintien de l'ordre public est maigre. Voltaire disait : « Je ne suis pas d'accord avec ce que vous dites, mais je me battrai jusqu'à la mort pour que vous ayez le droit de le dire. » L'Administration a tendance à s'engouffrer dans l'idée préconçue que le salafisme quiétiste est l'université du terrorisme. « Le juge administratif n'est pas le juge d'un Islam qui aurait du mal à s'inscrire dans la case de l'Islam républicain.⁴² » Un homme qui fait ses cinq prières quotidiennes, le

⁴⁰A. GARAPON, « La lutte antiterroriste et le tournant préventif de la justice », *Esprit*, n°3-4, 2008, p. 154

⁴¹*Ibid*, p. 155

⁴²W. BOURDON, *Les dérives de l'état d'urgence*, Paris, Editions Plon, p. 236

ramadan, paye son *zakat*, atteste de la prophétie de Mahomet et fait un pèlerinage à La Mecque ne doit pas être automatiquement considéré comme un terroriste potentiel.

L'effet malheureux que pourraient engendrer ces mesures, c'est une sorte d'autocensure, d'uniformisation du discours public, où les passions disparaissent pour laisser place à un discours consensuel et lisse.

b) Le droit au procès équitable

Ce droit, notamment prévu par l'article 6 de la Convention européenne de la sauvegarde des droits de l'homme, englobe toute une série de garanties accordées au justiciable lorsqu'il est partie à un procès : la présomption d'innocence, les droits de la défense, le droit à l'assistance d'un avocat, le droit à un recours effectif, à être jugé par un tribunal indépendant et impartial,...

La totalité des mesures prévues par l'état d'exception ampute une partie de ce droit au procès équitable. En effet, chaque mesure peut être prise lorsqu'« il existe des raisons sérieuses de penser que le comportement d'une personne constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ». Ces exigences relèvent de la supposition et laissent la porte ouverte à des preuves plus que bancales, comme les informations sous formes de « notes blanches » fournies par les services de renseignement, qui sont des documents anonymes, des « tuyaux » concernant la possible dangerosité de certaines personnes et qui permettent à l'Administration d'adopter des mesures contre un destinataire qui devra lui-même apporter la preuve de la non-véracité du contenu de ces notes. On assiste à un renversement de la charge de la preuve qui transforme la présomption d'innocence en présomption de menace, voire de culpabilité.⁴³

Les exigences formelles et légales de la preuve tendent à diminuer, alors qu'il est normalement interdit de condamner quelqu'un sur la base unique et déterminante de preuves qui n'ont pas fait l'objet de débats contradictoires, soit au stade de l'instruction, soit au stade du procès.

4) Logique de la prison inversée : le lieu le plus contrôlé devient paradoxalement une usine à radicalisation

Depuis le mandat de Christiane Taubira, ont été mises en place, dans certaines prisons stratégiques du pays, des unités dites « dédiées ». Dédiées à qui, à quoi? Aux détenus dits radicalisés, voire terroristes. Mais un certain scepticisme est émis à leur égard, tant de la part de magistrats, de gardiens de prisons, que du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, qui, après avoir porté une attention toute particulière au phénomène, a conclu à son échec.

En effet, certains dysfonctionnements et certaines conséquences peuvent découler de ce phénomène. Premièrement, dès le départ, le concept était à double tranchant : soit il allait permettre de mettre les radicalisés en quarantaine et les empêcher ainsi d'embrigader des

⁴³ *Ibid*, pp. 129-206

détenus qui le sont pour d'autres raisons, soit allaient se mettre en place des réseaux, de nouveaux projets d'attentats et une surenchère de radicalisation, due aux différentes doctrines jihadistes/extrémistes en présence.

Ce qui devait arriver, arriva. Le système carcéral français, souffrant d'un dysfonctionnement chronique remontant à des dizaines d'années, a réussi à créer un des cocktails les plus explosifs de la décennie : réunir les grands prédicateurs, les terroristes confirmés et condamnés, avec des jeunes revenus de Syrie en 2013, quand l'Etat Islamique n'avait pas encore été proclamé, dégoutés du jihad et en voie de se repentir, ou avec des délinquants affirmés mais terroristes apprentis, ou avec des hommes en détention provisoire, non-condamnés définitivement, donc présumés innocents.⁴⁴

C'est sur ces personnes en détention provisoire que les projecteurs sont braqués, ou sur ces hommes assignés à résidence sur base d'un soupçon des services de renseignement, ou d'un lien familial avec un terroriste. Une fois le soupçon de radicalisme jeté sur eux, ils sont à point pour un lavage de cerveau. C'est ce que S. Dindo a appelé « la prophétie auto-réalisatrice ». « A un moment donné, certains d'entre eux peuvent trouver dans ce soupçon à leur endroit, la preuve du caractère anti-islamique de la société, y trouvant une raison de déclarer la violence comme seul moyen légitime d'y riposter.⁴⁵ » De jeunes délinquants vulnérables, souvent déscolarisés, vont rechercher à l'intérieur de la prison respectivement ce qu'ils avaient déjà à l'extérieur et ce qu'ils n'avaient pas encore : l'appartenance à un groupe et un sens spirituel qui permettra une légitimation de leurs actes délictueux.

Il est donc impératif que le système carcéral français change, en prévoyant des suivis psychologiques pour les « radicalisés » qui présenteraient le désir de s'en sortir (s'il en existe encore) ainsi qu'en mettant fin au système des unités dédiées. Certains pays expérimentent également d'autres techniques, comme le recours à d'anciens jihadistes repentis, plus à même de connaître les codes de cette idéologie hermétique.

C.- LES DERIVES SECURITAIRES

Avoir le recul nécessaire et faire le bilan sur un phénomène si récent relève presque de l'impossible. Malgré tout, certaines statistiques sont éloquentes. Lors de sa présentation du projet de loi pour la prorogation de l'état d'urgence devant les sénateurs, le 3 février 2016, Bernard Cazeneuve, Ministre de l'Intérieur, vanta les mérites et l'efficacité des mesures prévues par la loi en les illustrant par ces chiffres : les trois mois consécutifs à la première proclamation de l'état d'urgence avaient donné lieu à 3289 perquisitions administratives. Seules 5 avaient abouti à une procédure judiciaire pour infraction à caractère terroriste. 23 avaient abouti à des poursuites pour apologie du terrorisme. 571 avaient par contre abouti à l'ouverture de procédures judiciaires de droit commun (la plupart concernant la possession d'armes ou les stupéfiants). Sous une autre perspective, ce sont 2690 portes ouvertes, parfois défoncées, pour rien. 2690 atteintes au domicile d'innocents, la plupart du temps suspectés sur base de leurs origines, leurs croyances ou leurs liens familiaux. Le 19 juillet 2016, au cours

⁴⁴S. DINDO, « Radicalisation en prison : une question prise à l'envers? », *Dedans dehors* n°87, Avril 2015, p. 3

⁴⁵*Ibid*, p. 1

d'un nouveau compte rendu sur les perquisitions administratives menées, pas une seule procédure judiciaire de plus n'avait été ouverte depuis la date de son dernier bilan.⁴⁶

Le constat n'est donc pas élogieux, quand on sait la violence avec laquelle ont été effectuées certaines perquisitions. L'Etat français n'y est pas allé avec des pincettes, sachant que les perquisitions représentaient la face visible de l'iceberg « état d'urgence », c'était la façon pour les autorités de taper du poing sur la table.

L'effet pervers de l'état d'urgence, c'est cette façon dont le droit commun et l'état d'urgence d'une part, la procédure judiciaire et la procédure administrative d'autre part, s'entremêlent. La procédure judiciaire se retrouve maintenant contaminée (notamment lors de recours contre des décisions de maintien d'assignation à résidence) par des « notes blanches », littéralement des bouts de papiers sur lesquels une information est griffonnée, émanant des services secrets, sans signature, sans étayement. Ces preuves ne peuvent avoir quelconque poids dans la procédure, pour cause de leur manque de licéité, de traçabilité, de fiabilité, mais peu importe que cette « preuve » soit ultérieurement écartée, à partir du moment où le juge en a pris connaissance, le mal est fait. Elle colorera alors tout le procès judiciaire. Inversement, le droit commun vient parfois au secours de ces maigres affirmations, comme si un passé judiciaire mouvementé pouvait transformer un suspect en coupable. « L'état d'urgence – parce qu'il induit des constructions intellectuelles hâtives, des décisions à l'emporte-pièce et des maladresses inévitables – convoque nécessairement l'arbitraire.⁴⁷ »

L'erreur commise a peut être été d'oublier que derrière les institutions, qu'elles soient administratives, judiciaires, de haut rang ou non, se trouvent des personnes, tout aussi traumatisées et horrifiées par les pertes subies par le pays. Les acteurs de l'état d'urgence baignent dans une logique de soupçon, de suspicion et de précaution. « La notion d'ordre public devient perméable aux peurs et est prise en otage par le contexte.⁴⁸ » Les comportements judiciaires se modifient, car la pire humiliation serait d'être accusé d'avoir laissé le coupable des prochains attentats en liberté, de ne pas avoir pu l'éviter, de ne pas avoir fait tout ce qu'il fallait. Alors les policiers, les Ministres, les juges, le Parlement, le Président, même, se résignent à accepter que nous avons fait un pas vers une sorte de présomption de culpabilité, un pas vers la criminalisation sur base d'éléments discutables, un pas vers la migration des textes dérogatoires vers le droit commun, un pas dans la direction où nous ne devrions nous aventurer : le risque d'enraciner la défiance et de fabriquer du terrorisme.

« A force d'assigner une place, un profil, un visage, un risque à quelqu'un qui ne peut apporter de contradiction à ce qu'on a fait socialement de lui, celui-ci finit inmanquablement par devenir ce que l'on redoutait, et bien souvent pire.⁴⁹ »

D.- L'ETAT D'EXCEPTION PERMANENT : UNE REALITE?

Dans son ouvrage « *Etat d'exception. Homo sacer. III* », Giorgio Agamben, l'une des grandes figures de la gauche radicale affirme que dans les coulisses des Etats libéraux

⁴⁶W. BOURDON, *Les dérives de l'état d'urgence*, Paris, Editions Plon, pp. 267-273

⁴⁷*Ibid*, p. 285

⁴⁸*Ibid*, p. 303

⁴⁹*Ibid*, p. 305

modernes et des démocraties parlementaires, s'est développée une praxis de gouvernement axée sur l'état d'exception permanent, qui s'est substituée aux principes de l'Etat de droit et aux pratiques des gouvernements parlementaires.

Là où Schmitt, qui lui, rappelons-le, est un auteur d'extrême droite, rattachait toujours l'état d'exception à l'ordre juridique par le biais de ses distinctions opérées entre normes de droit et normes de réalisation du droit, pouvoir constituant et pouvoir constitué et norme et décision ; pour Agamben, « l'état d'exception n'est pas une dictature mais un espace vide de droit, une zone d'anomie où toutes les déterminations juridiques sont désactivées⁵⁰ ». La théorie d'Agamben fut développée à partir d'une comparaison entre l'Etat de droit et le IIIème Reich allemand, ce qui la rend évidemment plus que douteuse, tant le rapprochement entre un Etat totalitaire et une démocratie est difficile à saisir. L'obsession qu'Agamben présente pour le nazisme l'enferme dans la perspective unique d'un totalitarisme futur, qui biaise les fondements de sa théorie. Son raisonnement manque effectivement de relief, étant donné qu'il ne prend aucun élément sociologique et sociétal en compte, oubliant ainsi l'acceptation sociale dont la limitation de certains droits fait l'objet, le désir de protection des citoyens,... « Agamben désespère de la démocratie beaucoup trop vite, il ne prend pas assez en compte le rôle de la Force de loi, celui des juges et enfin de la séparation des pouvoirs⁵¹ ». Sans pouvoir nous aventurer plus loin dans ce développement, sa théorie présente bien d'autres défauts, dont celui résidant dans le fait qu'il s'évertue à « prendre à revers la distinction schmittienne entre 'discussion' et 'décision'⁵² », tout en s'enfermant dans une logique similaire.

Il nous semble dès lors erroné d'affirmer que les Etats de droit occidentaux se sont transformés en Etats d'exception permanents ; bien qu'il ne fasse aucun doute que la prolongation indéfinie de ces politiques d'exception et les dérogations aux libertés fondamentales qui s'ancrent à long terme dans notre droit corrodent lentement les piliers de l'Etat de droit et que certaines normes répressives adoptées sous les auspices de l'état d'urgence et de la peur pourraient nous amener, si elles tombaient dans de mauvaises mains, à prendre une position toute autre. Nous pensons tout particulièrement à l'effrayante montée du populisme au niveau international, à laquelle la France n'échappe pas.

Pour notre part, nous trouvons intéressant de se diriger vers des développements plus nuancés, car il est évident que les pouvoirs ne se situent pas exclusivement dans les mains de l'exécutif et que les principes de l'Etat de droit et des droits fondamentaux sont dans les gènes de l'Etat français.

Une position à mi-chemin entre un Balibar et une Mireille Delmas-Marty nous semble intéressante à développer.

Ce que les théories extrêmes ont en commun – et donc Schmitt et Agamben - est l'intention qui les anime de détricoter l'image prétendue lisse de l'ordre libéral pour dévoiler la supercherie que ses institutions représentent, en les analysant à partir de l'état d'exception. Balibar, quant à lui, a voulu mettre en lumière le fait que les doctrines extrêmes n'étaient pas

⁵⁰G. AGAMBEN, *Etat d'exception. Homo sacer*, Paris, Seuil, 2003, p.86

⁵¹D. BIGO, « De l'Etat d'exception », *NAQD* 2007/1 (N°24), p. 116

⁵²G. PAUGAM, « L'état d'exception : sur un paradoxe d'Agamben », *Labyrinthe* 19/2004 (3), p. 50

les seules à remettre en question les principes de la démocratie libérale ; la démocratie libérale elle-même n'y manque pas non plus.⁵³

En effet, pour Balibar, « l'ordre libéral comporte en permanence sa face d'exception, avouée ou dissimulée, qui tient à ce qu'il s'incarne dans un Etat garant d'intérêts communautaires et particuliers. Il est Etat de droit, mais aussi Etat de police ; Etat d'intégration des individus et des groupes de la « communauté des citoyens », mais aussi Etat d'exclusion des rebelles, des anormaux, des déviants ; Etat « social », mais aussi associé au marché capitaliste avec ses « lois de population » implacables ; Etat démocratique et civilisé, mais aussi Etat de puissance, de conquête coloniale et impériale.⁵⁴ »

Cette théorie a l'avantage d'éviter de percevoir l'Etat libéral au travers d'un prisme idéalisant et de pointer du doigt la « possibilité de dérive permanente, inséparable de l'Etat, détenteur de la violence légitime (...) sa face d'exception étant le lieu de son rapport constitutif à ses marges (étrangers, délinquants, zones frontalières du droit)⁵⁵ ». Un point négatif pourrait être trouvé dans le fait qu'elle omet de rappeler que le système normatif de l'Etat de droit, reposant notamment sur les libertés fondamentales et les garanties de séparation des pouvoirs, est un patrimoine non-négligeable qui interdit à l'homme de se faire justice soi-même et qui évite donc un certain déchainement de violence.

Le terrorisme étant un phénomène marginal - beaucoup oublient que les probabilités de mourir dans un attentat sont bien moindres que celles de mourir dans un accident de voiture - et entraînant la démocratie dans ses derniers retranchements, ferait donc ressortir la « face d'exception » de l'Etat français.

L'autre théorie à articuler à la précédente, est celle développée par Mireille Delmas-Marty dans un entretien consacré à son ouvrage « *Libertés et sûretés dans un monde dangereux* », dans lequel elle aborde sa vision du concept d'exception renouvelé par l'analyse du droit international et des Droits de l'homme.

Pour la juriste, ces dernières décennies ont été le théâtre d'une complexification de la relation entre le juridique et le politique, et il existe un droit qui prolifère en dehors de l'Etat. « On ne peut plus assimiler le droit à l'Etat, et inversement⁵⁶ ». L'état d'exception étant intégré dans la sphère du droit, la contradiction entre état d'exception et Etat de droit n'est pas si flagrante. Il y a une distinction essentielle à faire entre le concept d' « exception », qui, comme on l'a développé, insinue une suspension temporaire partielle ou totale de la norme, du concept de « contournement de l'Etat de droit » et les pratiques qui y correspondent, qui, de leur côté peuvent devenir beaucoup plus facilement permanentes.

⁵³J.-C. MONOD « Décision, exception, constitution: autour de Carl Schmitt », *Mouvements*, 1/2005 (n° 37), disponible sur www.cairn.info/revue-mouvements-2005-1page-72.htm, p. 83

⁵⁴E. BALIBAR, *Le Hobbes de Schmitt, le Schmitt de Hobbes*, Préface à : C. SCHMITT, *Le Léviathan dans la doctrine de l'Etat de Thomas Hobbes. Sens et échec d'un symbole politique*, Éditions du Seuil, 2002, p. 11

⁵⁵E. BALIBAR, *Prolégomènes à la souveraineté*, In : « *Nous citoyens d'Europe?* », Broché, 2011, p. 266

⁵⁶A. FOSSIER, « De l'exception en droit. Entretien avec Mireille Delmas-Marty », *Tracés. Revue de Sciences humaines* 20/2011, ENS Editions, 2011, p. 202

E.- CARL SCHMITT : A PRENDRE ET A LAISSER

Schmitt a sans conteste ouvert la voie à la remise en question de différentes problématiques attachées au modèle de l'Etat de droit et plus précisément aux démocraties parlementaires libérales.

Premièrement, abordons son aversion pour le parlementarisme. Il nous semble que le fondement même de l'institution ne soit pas à discuter. En effet, le Parlement est, en principe, un garde-fou qui protège le citoyen des possibles abus de l'exécutif et qui exerce également son rôle de pouvoir législatif. Néanmoins, nous pouvons accorder à Schmitt que la dépolitisation des instances et des élus, ainsi que le contexte dans lequel les Etats libéraux se sont développés tendent à entacher le rôle fondamental du Parlement. L'exemple du débat sur la prolongation de l'état d'urgence est à cet égard assez symptomatique du manque de courage politique de l'institution: le traumatisme des Français et la volonté viscérale du gouvernement de montrer sa puissance conduit le Parlement à se montrer frileux dans la contestation de la prolongation de l'état d'urgence.

Deuxièmement, abordons sa définition de la souveraineté. Dans la tradition juridique des Etats démocratiques, nous sommes plus que réticents à la réunion de tous les pouvoirs entre les mains de l'exécutif, pouvant conduire – et le XXème siècle en fut la preuve la plus éloquente – à la naissance d'un Etat totalitaire. Schmitt a néanmoins raison sur un point : Les normes de droit ne peuvent pas tout prévoir, ni se prémunir contre l'exceptionnel. Laisser une place à la décision dans une situation d'urgence permet d'éviter que la longueur du processus législatif n'handicape une réaction qui se doit d'être instantanée.

Troisièmement, sa notion de politique, reprenant l'opposition entre ami et ennemi permet d'identifier son ennemi et de mieux savoir le combattre. Dans la lutte anti-terroriste, les Etats démocratiques ont tendance à voir le terrorisme comme leur ennemi alors que c'est l'instrument de l'ennemi. Nos démocraties occidentales doivent opérer une nécessaire introspection pour comprendre pourquoi certains individus développent une défiance à l'égard du mode de vie occidental.

Abordons enfin sa notion de l'état d'exception, qui est nécessairement temporaire et qui permet à l'exécutif de déclarer quand nous sommes officiellement dans une situation exceptionnelle, et également de suspendre tout ou partie du droit dans le but de le préserver. Au travers de sa critique de l'article 48 de la Constitution de Weimar, Schmitt adhère à cette instauration temporaire d'une dictature du commissaire, mais déplore la tendance de l'Etat de droit à vouloir faire rentrer toute exception dans l'ordre juridique. La politique adoptée en matière anti-terroriste ces dernières années a du mal à se raccrocher aux théories schmittiennes de l'état d'exception. Les raisons sont multiples. Même si la décision occupe une place singulière dans l'Etat libéral en situation de crise, celle-ci sera toujours suivie d'un contrôle parlementaire qui permettra d'adopter une loi pour insérer la décision dans l'ordre juridique ou d'abroger tout simplement celle-ci. L'Etat libéral s'efforce d'intégrer ses mesures exceptionnelles dans le droit, et celles-ci ne représentent jamais une suspension des principes fondamentaux de l'Etat de droit, tout au plus un contournement ou des dérogations à ceux-ci. Malgré tout, à long terme, et si l'Etat se dirige vers une surproduction de mesures

déroatoires, ces politiques exceptionnelles peuvent être bien plus néfastes que l'état d'exception de Schmitt, car leur intégration au droit les rend permanentes.

Le mérite de sa notion d'état d'exception et de son caractère temporaire se retrouve dans le fait que, du point de vue de Schmitt, les mesures exceptionnelles ne devraient pas être ancrées dans un ordre juridique et ne pourraient donc pas légitimer leur utilisation future par un souverain aux intentions totalitaires.

V.- CONCLUSION

Schmitt a dit un jour : « Le terrorisme est la figure de notre propre question. »

Jusqu'aux attentats de 2015, et alors que la loi sur l'état d'urgence n'avait pas encore été invoquée, il était évident d'affirmer qu'en France, un état d'urgence permanent à l'Agamben n'avait pas pris le dessus sur les principes de l'Etat de droit, et ce, pour deux raisons : les droits fondamentaux n'avaient pas été suspendus, tout au plus avaient-ils été contournés ou restreints, et les pouvoirs n'avaient pas été rassemblés dans les mains de l'exécutif.

A l'heure où nous écrivons, l'affirmation est toujours la même, mais certains éléments du tableau ont changé la donne.

En effet, il est inquiétant d'observer que dans une optique de prolongation indéfinie de l'état d'urgence, l'Administration détienne le pouvoir au détriment de l'autorité judiciaire, qui reste néanmoins le seul pouvoir habilité, par définition, à rendre la justice.

Or, l'état d'exception est, par essence, destiné à être temporaire. Cependant, aucun article de loi n'en prévoit une durée maximale. Cela permet au « souverain » de prolonger indéfiniment, par faiblesse, par absence de solution, guidé par l'émotionnel de la situation, ce transfert de pouvoir entre les mains de l'exécutif.

Il est également inquiétant d'observer que le Conseil d'Etat a, pour la première fois, privilégié la sauvegarde de la sécurité au détriment des autres libertés fondamentales.

A notre sens, il est tout à fait prolifique de s'efforcer d'encadrer les mesures procédurales dérogatoires, ou concernant les nouvelles techniques d'enquête telles que celles adoptées par les Services de renseignement, par des normes juridiques. Que l'Etat de droit prévoit ses propres exceptions à l'intérieur de ses frontières rend les politiques exceptionnelles plus acceptables. Mais nous pouvons observer que l'état d'urgence est devenu au fil du temps, un champ d'expérimentation permettant au gouvernement de tester les réactions du peuple français face à une régression des droits fondamentaux, d'abord dans un cadre exceptionnel, pour ensuite l'étendre au droit commun. C'est une façon de rendre l'urgence permanente.

Il serait opportun que la loi prévoyant la prolongation de l'état d'urgence du 15 décembre dernier soit la dernière et ce, parce que la menace est destinée à perdurer, que l'arsenal législatif de droit commun – qui ne cesse d'être complété par des mesures spécifiques antiterroristes - est assez solide pour l'affronter et qu'une telle mise à l'écart du pouvoir judiciaire ne peut plus durer éternellement sans que les dérives de l'Administration n'aient de fortes conséquences.

Les libertés fondamentales se doivent d'être préservées : la liberté d'expression, essentielle entre toutes, la liberté d'aller et venir, la liberté de culte, le respect du droit à la vie privée et du droit à un procès équitable, sont les fondements même de la démocratie telle que nous la concevons dans nos sociétés occidentales. Il faut donc prendre garde aux dérives de décisions émotionnelles, prises dans la précipitation et qui peuvent revêtir un aspect démagogique et donner faussement au peuple une impression de sécurité.

Aussi, la réaction législative excessive se produisant au lendemain de chaque attentat doit faire craindre que la surenchère répressive aboutisse à la dilution progressive de l'Etat de droit.

Ce type de réaction porte en elle le germe du repli communautaire, des amalgames divers, du renforcement de comportements méfiants, racistes, sous-tendus par la peur, et qui par là, risquent de créer, plus que d'enrayer, le phénomène de radicalisation.

Il n'est évidemment pas question, dans cette réflexion, d'avoir la prétention d'apporter une solution, mais de notre point de vue, renforcer le rôle central du pouvoir judiciaire en matière de terrorisme paraît essentiel, tant son rôle de contre-pouvoir est important pour prévenir les dérives de l'exécutif.

La recherche des causes de radicalisation doit faire l'objet d'une prise en compte et d'un financement par l'exécutif, et les mesures adoptées doivent faire l'objet d'évaluations récurrentes par le Parlement.

Le terrorisme jihadiste international a fait bifurquer un système initialement répressif et réactif, vers un système proactif et préventif, mettant l'accent sur la suspicion et détournant de son sens initial le principe constitutionnel de précaution.

Un des pièges de la prolongation de ces démarches d'exception est de pousser les démocraties à abandonner leurs principes de base, et donc à laisser l'émotionnel faire le lit des populismes, ou pire, des autoritarismes.

Nous finirons par ces mots prononcés par le Secrétaire général des Nations Unies en 2003 : « Sacrifier la liberté ou les principes du droit au sein des Etats revient à offrir aux terroristes la victoire qu'aucun de leurs actes ne pourrait jamais leur donner. (...) Le risque est que, dans notre souci de sécurité, nous nous retrouvions sacrifiant des libertés essentielles, ce qui affaiblirait notre sécurité commune au lieu de la renforcer, et causerait ainsi une érosion par l'intérieur du mode de gouvernement démocratique. »

VI.- BIBLIOGRAPHIE

A.- LEGISLATION

Loi française n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

B.-DOCTRINE

ACKERMAN, B., « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *Revue Esprit*, n°327, août-septembre 2006, pp. 150-164.

AGAMBEN, G., *Etat d'exception. Homo sacer*, Paris, Seuil, 2003, 153 p.

ANONYME, « Editorial. Vers un état d'urgence permanent? La France prise au piège », *Esprit* 2016/2 (Février), pp. 3-10

ARMITAGE, J., « State of emergency: An introduction », *Theory, Culture & Society* (Vol. 19(4)), 2002, pp. 27-38

ARON, R., *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Lévy, 1962, 794 p.

ASKOFARE, S., « A propos de État d'exception, Homo Sacer de Giorgio Agamben », *L'en-je lacanien*, 2004, vol.1, n°2, pp.193-205, disponible sur : www.cairn.info/revue-l-en-je-lacanien-2004-1-page-193.htm.

BALZACQ, T., « The Policy Tools of Securitization : Information Exchange, EU Foreign and Interior Policies », *JCMS* 2008 Vol. 46, n°1, pp. 75-100

BALZACQ, T., « The Three Faces of Securitization : Political Agency, Audience, Context », *European Journal of International Relations*, pp.159-168

BALIBAR, E., *Le Hobbes de Schmitt, le Schmitt de Hobbes*, Préface à : SCHMITT, C., *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes. Sens et échec d'un symbole politique*, Éditions du Seuil, 2002, 256 p.

BALIBAR, E., *Prolégomènes à la souveraineté*, In : « *Nous citoyens d'Europe?* », Broché, 2011, 324 p.

BASILIEU-GAINCHE, M.-L., *Etat de droit et états d'exception. Une conception de l'Etat*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, 304 p.

BAUME, S., « La réception critique de Carl Schmitt », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques* 2008/1 (n°27), pp. 111-129

BENSAÏD, D., *Eloge de la politique profane*, Paris, Albin Michel, 2008, 359 p.

BEYE, P.-M., « Libéralisme et exception : l'Etat de droit et le système onusien de sécurité collective à l'épreuve du jihadisme international », Thèse de doctorat en science politique, Paris, Université Panthéon Assas, juin 2016, 1147 p.

BIGO, D., BONELLI, L., DELTOMBE, T., *Au nom du 11 septembre, les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris : Éditions La Découverte, 2008, 420 p.

- BIGO, D., « De l'Etat d'exception », *NAQD* 2007/1 (N°24), pp. 103-128
- BIGO, D., « La mondialisation de l'(in)sécurité? Réflexions sur le champ des professionnels de la gestion des inquiétudes et analytique de la transnationalisation des processus d'(in)sécurisation », *Cultures & Conflits*, L'Harmattan, 2005, pp. 53-101
- BIGO, D., « L'impossible cartographie du terrorisme », *Cultures & Conflits*, L'Harmattan, 2005, pp. 2-6
- BONDITTI, P., « (Anti) terrorisme. Mutations des appareils de sécurité et figure de l'ennemi aux Etats-Unis depuis 1945 », *Critique internationale* 2013/4 (N°61), pp. 147-168
- BOURDON, W., *Les dérives de l'état d'urgence*, Paris, Editions Plon, 321 p.
- CALAFAT, G., « Droit pénal et états d'exception. Entretien avec Anne Simonin », *Tracés. Revue de Sciences humaines* 20/2011, ENS Editions, 2011, pp. 177-197
- CAMUS, C., « La lutte contre le terrorisme dans les démocraties occidentales : Etat de droit et exceptionnalisme », *Revue internationale et stratégique* 2007/2 (N°66), pp. 9-24
- CARRON, P.-N., REIGNER, P., VETTER, S., YERSIN, B., « Conséquences psychologiques individuelles et communautaires du terrorisme », *Revue médicale suisse*, 1er octobre 2008, n°173, pp. 2115-2120.
- CODACCIONI, V., *Justice d'exception. L'Etat face aux crimes politiques et terroristes*, Paris, CNRS Editions, 2015, 314 p.
- CORTEN, O., *Le retour des guerres préventives : le droit international menacé*, Bruxelles, Éditions Labor, 2003, 95 p.
- DAVIDSHOFER, S., MARTY, D., « La défense de l'Etat de droit peut-elle (re)devenir l'enjeu central de la lutte contre le terrorisme? », *Cultures & Conflits*, hiver 2009, pp. 135-142
- DINDO, S., « Radicalisation en prison : une question prise à l'envers? », *Dedans dehors* n°87, Avril 2015, pp. 1-4
- FAYE, G., « La leçon de Carl Schmitt », 1981, 7 p., disponible sur www.guillaumefayearchive.wordpress.com/2009/09/06/la-lecon-de-carl-schmitt
- FEDERATION INTERNATIONALE DE LA LIGUE DES DROITS DE L'HOMME, « L'antiterrorisme à l'épreuve des droits de l'homme : les clés de la compatibilité », *Rapport n°429*, Octobre 2005, 48 p.
- FEREJOHN, J., PASQUINO, P., « The law of the exception: A typology of emergency powers », *I.CON (Oxford journals)* Vol.2 n°2, 2004, pp. 210-239
- FOSSIER, A., « De l'exception en droit. Entretien avec Mireille Delmas-Marty », *Tracés. Revue de Sciences humaines* 20/2011, ENS Editions, 2011, pp. 199-211
- GARAPON, A., « La lutte antiterroriste et le tournant préventif de la justice », *Esprit*, n°3-4, 2008, pp. 139-157
- GUILD, E., « Agamben face aux juges. Souveraineté, exception et antiterrorisme », *Cultures & Conflits* 51/2003, CCLS, 2003, 20 p.

- GUILHOT, N., MONOD, J.-C., ZAGANIARIS, J., « Décision, exception, constitution : Autour de Carl Schmitt », *Mouvements* 2005 /1 (n°37), pp. 72-92, disponible sur www.cairn.info/revue-mouvements-2005-1page-72.htm.
- HUMMEL, J., *Carl Schmitt : L'irréductible réalité du politique*, Paris, Michalon, 2005, 113 p.
- JACQUIN, J.-B., « Le gouvernement face à la bombe à retardement des détenus radicalisés », *Le Monde*, 8 septembre 2016, 2 p.
- JACQUIN, J.-B., « Radicalisation en prison : le gouvernement abandonne les unités spécialisées », *Le monde*, 25 octobre 2016, 2 p.
- KELSEN, H., *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, Paris : Michel Houdiard Éditeur, 2006, 138 p.
- KERVEGAN, J.-F., « Carl Schmitt et l'unité du monde », *Les Etudes philosophiques* 2004/1 (n°68), pp. 3-23
- LIGUE DES DROITS DE L'HOMME, « Déclarations de Manuel Valls sur l'état d'urgence : la tentation du pire », 23 janvier 2016, disponible sur www.ldh-france.org
- LIGUE DES DROITS DE L'HOMME, « Appel unitaire : Sortir de l'état d'urgence », *Hommes et Libertés* n°172, décembre 2015, disponible sur www.ldh-france.org/sortir-letat-durgence
- MEGIE, A., « La 'scène terroriste' : réflexions théoriques autour de l' 'ancien' et du 'nouveau' terrorisme », *Canadian Journal of Political Science* (décembre 2010), pp. 983-1003
- MONOD, J.-C., *Penser l'ennemi, affronter l'exception. Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, Paris, Éditions La Découverte, 2007, 192 p.
- QUESTIAUX, N., « Do the Opinions Expressed by the Conseil d'Etat in Its Capacity as Legal Adviser to the Government Influence Policy? », *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, No. 3 (Jul., 2000), pp. 672-679
- PAUGAM, G., « L'état d'exception : sur un paradoxe d'Agamben », *Labyrinthe* 19/2004 (3), pp. 43-58
- PAYE, J.-C., *La fin de l'État de droit. La lutte antiterroriste de l'état d'exception à la dictature*, Paris, La Dispute/Snédit, 2004, 215 p.
- RAYNAUD, P., « Que faire de Carl Schmitt? », *Le Débat* 2004/4 (n°131), pp. 160-167
- SCHMITT, C., *La dictature*, Paris, Seuil, 2000, 427 p.
- SCHMITT, C., *La notion de politique ; Théorie du partisan*, Paris, Flammarion, 1992, 323 p.
- SCHMITT, C., *Légalité et légitimité (1932)*, Puiseux, Editions Pardès, 1990, 258 p.
- SCHMITT, C., *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, 181 p.
- STOFFAËS, C., « Du modèle français à l'exception française: histoire d'un parcours », *Psychanalyse de l'antilibéralisme*, Paris, Éditions Saint Simon, Institut d'histoire de l'industrie, 2006, 289 p.
- TARTAKOWSKY, P., « Etat d'urgence. Au plaisir des préfets, ou la résistible ascension du pouvoir administratif », 3 février 2016, disponible sur <http://www.metropolitiques.eu/Etat-d-urgence-Au-plaisir-des.html>

THOMSON, D., *Les revenants : Ils étaient partis faire le jihad, ils sont de retour en France*, Paris, Editions du Seuil, décembre 2016, 295 p.

TIGROUDJA, H., « Quel(s) droit(s) applicable(s) à la ‘guerre au terrorisme’ », *Annuaire français de droit international*, Vol. 48, 2002, pp. 81-102

TSOUKALA, A., « La légitimation des mesures d’exception dans la lutte antiterroriste en Europe », *Cultures & Conflits* 61/2006, CCLS, 2006, 13 p.

VEGA, X., « De l’état d’exception », *Sciences Humaines* (n°163), 1^{er} août 2005, disponible sur https://www.scienceshumaines.com/de-l-etat-d-exception_fr_5155.html

VIE PUBLIQUE, « Trente ans de législation antiterroriste », 3 août 2016, disponible sur <http://www.vie-publique.fr/chronologie/chronos-thematiques/trente-ans-legislation-antiterroriste.html>

VIE PUBLIQUE, « Etat d’urgence et autres régimes d’exception », 23 mai 2016, disponible sur <http://www.vie-publique.fr/actualite/faq-citoyens/etat-urgence-regime-exception>

C.- JURISPRUDENCE

Cons. Const., 23 septembre 2016, n°2016-567/568 QPC