



**HAL**  
open science

## L'État de droit au défi de l'État sécuritaire

Jacques Chevallier

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier. L'État de droit au défi de l'État sécuritaire. Le droit malgré tout. Hommage à François Ost, Presses de l'Université Saint-Louis, pp.293-312, 2018, 978-2-8028-0231-0. hal-02937034

**HAL Id: hal-02937034**

**<https://hal.science/hal-02937034>**

Submitted on 24 Nov 2020

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

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

## L'ÉTAT DE DROIT AU DÉFI DE L'ÉTAT SÉCURITAIRE

Jacques Chevallier

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

CERSA-CNRS

*In Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*  
Presses de l'université Saint-Louis, 2018, pp. 293-312

### INTRODUCTION

La sécurité est au principe même de l'institution de l'État : la fonction première de l'État est de préserver l'existence du corps social par imposition d'un ordre collectif et d'assurer la protection des personnes et des biens contre les menaces de toute nature<sup>1</sup> ; l'État apparaît comme la garantie de la survie et de l'intégration d'une société qui serait, sans son intermédiaire, vouée au désordre, à l'éclatement, à la dissolution. Cette vision est, on le sait, au cœur des théories du contrat social : quelque représentation qu'on s'en fasse — état de guerre de tous contre tous (Hobbes), ou état de paix et d'harmonie (Locke, Rousseau) —, l'« état de nature » ne saurait apporter aux hommes la sécurité ; la mise en place d'un pouvoir se révèle indispensable pour « faire société », en garantissant la liberté, l'égalité, la propriété. L'exigence de sécurité est donc la raison d'être de la fondation de l'État<sup>2</sup> et la finalité profonde de son institution : elle justifie la concentration entre ses mains de l'ensemble des moyens de coercition ; condition de la paix sociale, l'État devient la seule source légitime de contrainte. Les fonctions essentielles qu'il est appelé à exercer découlent de l'idée de sécurité : tandis que des normes obligatoires vont fixer les droits et obligations de chacun, en instaurant une sécurité juridique, la force publique sera utilisée tout à la fois pour protéger la collectivité contre les agressions extérieures, assurer le maintien de l'ordre intérieur et trancher les litiges entre les membres du corps social ; parce qu'elles sont préposées au maintien de la sécurité collective dans ses différentes dimensions, armée, police justice relèvent de la sphère des attributions dites « régaliennes », qui constituent le noyau irréductible de l'institution étatique<sup>3</sup>.

La construction du système de l'État de droit s'inscrit dans le droit fil de cette vision, dans la mesure où elle contribue, comme le souligne François OST<sup>4</sup>, à renforcer la sécurité juridique ; néanmoins, celle-ci est cette fois rapportée, dans la perspective qui était celle de Locke ou de Spinoza refusant de sacrifier la liberté au nom de l'impératif de sécurité, aux principes d'organisation de l'État. Entendue au sens formel, l'État de droit implique en effet que les divers organes de l'État ne peuvent agir qu'en vertu d'une habilitation juridique et qu'ils sont tenus au respect de normes juridiques supérieures : l'exercice du pouvoir devient une compétence, instituée et encadrée par le droit ; cette soumission au droit est posée comme un moyen de prévenir l'arbitraire possible des gouvernants<sup>5</sup>. Entendu au sens matériel ou substantiel, l'État de droit suppose cette fois que le droit en vigueur soit conforme à certains principes et valeurs : censé constituer un cadre clair, précis, stable, qui apporte les éléments de certitude nécessaires et donne la possibilité de prévoir les conséquences de ses actes, il se présente comme un dispositif de protection des droits et libertés ; le transit par le droit, par l'objectivité des formes juridiques, est conçu comme un vecteur essentiel de sécurisation des situations individuelles et des rapports sociaux. L'État de droit constitue ainsi au premier abord une déclinaison supplémentaire du principe de sécurité sur lequel s'est appuyé la construction de l'État moderne.

<sup>1</sup> La sécurité ne se confond pas avec la « sûreté » qui vise à la protection contre les arrestations et détentions arbitraires (. SIZAIRE, *Sortir de l'imposture sécuritaire*, Paris, La Découverte, 2016)..

<sup>2</sup> J. DELUMEAU, *Rassurer et protéger. Le sentiment de sécurité dans l'Occident d'autrefois*, Paris, Fayard, 1989.

<sup>3</sup> Pour F. GROS (*Le principe sécurité*, Paris, Gallimard, 2012, pp. 94 sq), la sécurité s'incarne dans trois figures de l'Etat : le juge (l'État de droit), le policier (l'État comme force publique), le soldat (l'État comme puissance extérieure).

<sup>4</sup> L'État de droit serait l'expression d'un « ordre social stabilisé » reposant sur un climat de « confiance, génératrice de sécurité juridique » (*A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités ?* Bruylant, 2016, p. 431).

<sup>5</sup> Comme le souligne M FOUCAULT (*Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004, p. 174), l'État de droit, par opposition au despotisme et à l'État de police, est « un État dans lequel les actes de la puissance publique ne peuvent pas prendre de valeur s'ils ne sont pas encadrés dans des lois qui les limitent par avance ».

Cette vision serait cependant trop simple. L'État de droit constitue en effet une facette spécifique du principe de sécurité puisqu'il s'agit d'encadrer et de limiter la puissance de l'État, par le canal du droit : la sécurité n'est plus ici pour l'État un principe d'action mais une contrainte pesant sur l'exercice de ses missions ; la sécurité dont l'État est garant est tenue de se déployer en respectant un ensemble de déterminations juridiques. Une tension latente existe dès lors entre ces deux aspects, qui renvoie à la dialectique bien connue entre la liberté et la sécurité, qui est au cœur de la pensée politique libérale<sup>6</sup> : la sécurité ne saurait être ramenée à la seule dimension juridique ; elle comporte des exigences propres qui sont susceptibles de contredire, voire de subvertir, les principes de l'État de droit ; non seulement les mécanismes de l'État de droit sont insuffisants pour garantir la sécurité, mais ils peuvent être encore par eux-mêmes générateurs d'insécurité. L'équilibre entre l'État de droit et la sécurité est donc précaire et variable selon le contexte politique. L'idée de sécurité a été ainsi fréquemment mise en avant pour justifier certaines entorses à l'État de droit dans les périodes de guerre ou de conflit armé<sup>7</sup> ou en cas de fortes tensions intérieures<sup>8</sup>.

Tout se passe cependant comme si cet équilibre était désormais en voie de redéfinition et appelé à connaître une inflexion durable : le primat accordé à un impératif sécuritaire, entendu de manière extensive et passant par la construction de nouveaux dispositifs, tend en effet à modifier les perspectives ; l'apparition d'un « État sécuritaire », faisant « primer la sécurité policière sur la sécurité juridique »<sup>9</sup> pose un redoutable défi au regard de la conception traditionnelle de l'État de droit. L'émergence d'une « Raison sécuritaire » (section 1)), évoquant par certains aspects l'ancienne « Raison d'État »<sup>10</sup>, conduit ainsi, non seulement au développement d'un droit d'exception, jugé indispensable pour faire face aux menaces les plus graves et les plus immédiates (section 2), mais encore à un infléchissement de la rationalité juridique (section 3).

## SECTION 1 : L'ÉMERGENCE D'UNE RAISON SÉCURITAIRE

La conception de la sécurité qui désormais prévaut dans les sociétés libérales repose sur des fondations plus anciennes. Michel Foucault a pu montrer qu'une nouvelle « économie générale du pouvoir », dominée par l'idée de sécurité, avait émergé à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>11</sup> : alors que la souveraineté s'exerce sur un peuple de « sujets » dans les limites d'un territoire et la disciplines sur les corps, il s'agit cette fois de gérer une « population », en recourant à des dispositifs de protection, de contrôle et de régulation, destinés à minimiser les risques liés au milieu<sup>12</sup> ; ré-agençant les dispositifs juridiques et disciplinaires hérités du passé suivant une logique nouvelle, les dispositifs sécuritaires auraient « perpétuellement tendance à s'élargir », en s'étendant aux différents aspects de l'existence individuelle et de la vie collective. La sécurité ainsi conçue apparaît comme « l'envers et la condition même du libéralisme »<sup>13</sup> : la liberté doit en effet être encadrée afin que « les individus ou la collectivité soient le moins possible exposés aux dangers » ; les dispositifs sécuritaires de la « gouvernementalité libérale » seraient ainsi « la contrepartie et le contrepoids des libertés ».

Si elle relève de cette perspective, la Raison sécuritaire tend à modifier cet équilibre en donnant à l'impératif de sécurité une portée nouvelle : l'insécurité est désormais érigée en problème essentiel, mise au premier rang des préoccupations collectives, et la logique qui sous-tend le fonctionnement de l'Etat ne peut qu'en être modifiée.

### De la société d'insécurité...

<sup>6</sup> P. RAYNAUD, « Le concept de sécurité », *Cahiers français*, n° 360, pp. 3 sq.).

<sup>7</sup> Voir A. HEYMANN-DOAT, *Les libertés publiques et la guerre d'Algérie*, Paris, LGDJ, Bibl. de droit public, 1970.

<sup>8</sup> Voir la répression des communistes aux Etats-Unis pendant la guerre froide dans le cadre du *Security Program* (M-F. TOINET, *La chasse aux sorcières 1947-1957*, Paris, Ed. Complexe, 1984).

<sup>9</sup> F. GROS, *op. cit.* p. 229.

<sup>10</sup> Les « raisons de sécurité » auraient pris la place de ce qu'on appelait autrefois la « raison d'État » (G. AGAMBEN, « De l'état de droit à l'État de sécurité », *Le Monde*, 24 décembre 2015).

<sup>11</sup> *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978*, Paris, EHESS-Gallimard-Seuil, 2004, p. 12.

<sup>12</sup> La « biosécurité » recouvrirait « l'ensemble des dispositifs de protection, contrôle et régulation de l'individu considéré sous l'aspect de sa finitude biologique » (F. GROS, *op. cit.*, p. 173).

<sup>13</sup> M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique, op. cit.*, p. 67.

« Société du risque »<sup>14</sup>, la société contemporaine est marquée du sceau de l'insécurité : alors que des menaces nouvelles, liées notamment au développement des sciences et des techniques, surgissent sans cesse, le développement des flux transfrontières favorise la « cosmopolitisation des risques » : périls sanitaires, résultant de la propagation des épidémies, catastrophes écologiques, consécutives à des accidents nucléaires ou industriels, crises économiques, résultant de l'interpénétration croissante des économies ; la prolifération de ces nouveaux risques et l'aggravation constante de leurs conséquences ne peuvent que faire ressortir les failles des dispositifs de protection existants et générer un sentiment d'inquiétude, de menace ou de peur.

Ce sentiment latent d'insécurité prend une force nouvelle dès l'instant où il se cristallise sur les atteintes aux personnes et aux biens, qui touchent aux fondations mêmes de l'ordre social. L'augmentation de la délinquance est une donnée générale, atteignant à des degrés divers tous les pays, qui apparaît comme le sous-produit du délitement des valeurs communes et du développement des phénomènes d'exclusion : les sociétés contemporaines se présentent comme des sociétés divisées, éclatées, hétérogènes, dans lesquelles les processus d'intégration ne fonctionnent plus avec la même efficacité qu'autrefois. Les formes de délinquance évoluent : alors que la délinquance d'« appropriation » ou de « prédation » a connu en France une croissance régulière, corrélative au développement de la société de consommation, les violences à l'encontre des personnes ont, comme ailleurs, fortement augmenté ; par ailleurs des formes nouvelles de délinquance, telles que la cyber-criminalité, consécutive au progrès technologique, ou le phénomène des bandes organisées, lié au trafic de drogue et à l'économie souterraine, ont émergé. Au-delà de ce constat, c'est la sensibilité sociale à ces actes, et donc un sentiment subjectif d'insécurité, puissamment entretenu par les médias<sup>15</sup>, qui a augmenté, les comportements violents, voire les simples « incivilités »<sup>16</sup>, actes de transgression de l'ordre social au quotidien, étant devenus intolérables. Les peurs collectives tendent à se cristalliser sur certains espaces considérés comme « dangereux » et sur certaines populations dites « à risque ».

Ce sentiment d'insécurité, désormais fiché au cœur du social, a été considérablement renforcé dès l'instant où s'est cristallisée la menace d'attentats terroristes : par leur caractère aveugle et indiscriminé, ceux-ci ont pour objectif avéré de susciter la peur, voire de créer un climat de terreur parmi la population ; ils utilisent à cet effet pleinement la caisse de résonance des médias<sup>17</sup>. Le développement à partir du 11 septembre 2001 de formes de terrorisme radicalement nouvelles, terrorisme dé-territorialisé d'Al-Qaïda et terrorisme s'appuyant sur une base territoriale (État islamique), « hyperterrorisme » n'hésitant pas à frapper dans le monde entier, en cherchant à faire le maximum de victimes, a eu un effet plus important encore : ravivée en permanence par quelques attentats spectaculaires, la menace terroriste est désormais latente et omniprésente, chacun craignant d'être pris un jour pour cible, au prix d'un état d'anxiété collective permanent.

### ... A l'État sécuritaire

Le contexte d'insécurité génère une demande toujours plus insistante de protection adressée à l'État : celui-ci est dès lors conduit à s'investir toujours davantage dans les questions de sécurité, ce qui ne signifie pas pour autant un retour aux attributions régaliennes traditionnelles ; l'État est en effet amené, au nom de la sécurité, à étendre ses responsabilités<sup>18</sup>.

La figure de l'État sécuritaire implique d'abord une conception extensive de l'ordre public<sup>19</sup>. Partout la sécurité est devenue l'une des priorités de l'agenda politique, entraînant le recentrage des politiques de lutte contre la délinquance autour des mêmes idées-force : politique de « tolérance zéro », inaugurée à New-York et qui connaît une large diffusion, basculement de l'éducation à la répression en matière de délinquance juvénile, mise en place d'une « police de proximité » visant à un meilleur maillage de

<sup>14</sup> U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, 1986, Paris, Aubier, 2004.

<sup>15</sup> S. ROCHE, *Le sentiment d'insécurité*, Paris, PUF, 1993 ; L. MUCCHIELLI, *Violence et insécurité. Fantômes et réalités dans le débat pénal*, Paris, La Découverte, 2002.

<sup>16</sup> S. ROCHE, *Qu'est-ce que l'insécurité ? La société incivile*, 1996.

<sup>17</sup> I. SOMMIER, *Le terrorisme*, Paris, Dominos, 2000.

<sup>18</sup> Comme le dit M. DELMAS-MARTY (« Sécurité, je dis ton nom. De la peur-exclusion à la peur-solidarité », in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, 2014, p. 164), « l'insécurité, réelle ou ressentie », nourrit la peur et appelle l'extension de la surveillance ».

<sup>19</sup> F. DEBOVE, O. RENAUDIE (dir.), *Sécurité intérieure. Les nouveaux défis*, Paris, Vuibert, 2016.

l'espace urbain<sup>20</sup>, utilisation massive des techniques de vidéo-surveillance... Sans doute, les systèmes policiers ont-ils été conçus selon des modalités très diverses ; cependant le sens de l'évolution est partout le même, l'accent étant mis sur l'exigence de proximité et sur la mobilisation d'un ensemble d'acteurs pour faire face aux formes nouvelles de délinquance ; l'État fixe les conditions de ce partage des rôles, en définissant les attributions dont il entend se réserver l'exclusivité et celles qu'il délègue à d'autres acteurs (locaux, privés, internationaux)<sup>21</sup>.

La lutte contre la menace terroriste conduit plus clairement encore à redessiner la figure de l'État sécuritaire. Le renforcement des services qui en sont chargés<sup>22</sup>, au prix de tensions et de rivalités<sup>23</sup>, se double d'une conception élargie d'une sécurité intégrant aspects internes et externes : les frontières traditionnelles tracées entre maintien de l'ordre et défense tendent à s'estomper, non sans risques de dérives possibles<sup>24</sup> ; l'idée de « guerre contre le terrorisme » développée par les responsables politiques, aux Etats-Unis après les attentats du 11 septembre 2001 et en France après ceux du 13 novembre 2015, a pour effet de brouiller davantage encore la distinction. Les responsabilités de l'État sécuritaire recouvrent ainsi désormais un très large spectre, allant de la lutte contre les incivilités à la lutte contre le terrorisme ; au-delà de la protection de l'ordre public, l'État est par ailleurs amené à mettre en place des dispositifs destinés à faire face aux risques de toute nature (santé, alimentation, environnement) auxquels les individus sont exposés.

Cette extension des responsabilités imparties à l'Etat n'est pas sans incidence sur sa configuration. L'impératif sécuritaire entraîne le déplacement des équilibres de pouvoir : il conduit au renforcement du poids de l'Exécutif, seul capable d'évaluer l'importance des menaces et de concevoir une stratégie cohérente pour y faire face, et à l'affaiblissement corrélatif du Parlement ; il contribue aussi à accroître la marge d'autonomie dont disposent les services en charge de la sécurité<sup>25</sup>, au risque de favoriser un ensemble de dérives et un recours excessif à la force. La relation entre l'État et le corps social s'en trouve par ailleurs profondément modifiée : chargé de répondre à la demande insistante de sécurité et de gérer ce faisant les peurs collectives, l'État voit ses actions dotées d'un bien-fondé de principe ; et le ressort de la peur sera utilisé, notamment à l'occasion des attentats terroristes, comme puissant vecteur de mobilisation, afin de renforcer le consensus autour des gouvernants. L'État autoritaire va ainsi de pair avec le « dépolitisation » de citoyens, voués à la passivité et prêts à renoncer à une part de leur liberté pour échapper à l'insécurité<sup>26</sup>.

L'État sécuritaire dispose ainsi d'une dynamique propre de développement qui risque de contredire certains exigences de l'État de droit. Le développement d'un droit d'exception au nom de l'impératif sécuritaire en est l'une des premières illustrations.

## SECTION 2 : LE DÉVELOPPEMENT D'UN DROIT D'EXCEPTION

Refuser la possibilité de dérogations au droit normal risquerait de priver l'État de la possibilité de faire face à des menaces majeures au regard de l'impératif de sécurité<sup>27</sup>. La Raison sécuritaire pousse dès lors à apporter deux types d'exceptions au système de l'État de droit : d'une part, la mise à l'écart temporaire de certains principes juridiques en vue de surmonter des situations de crise grave ; d'autre part, l'application durable de règles juridiques dérogatoires pour faire face à des périls permanents. Si ces deux variantes du droit d'exception renvoient à des contextes différents, elles tendent à être conjuguées,

<sup>20</sup> Vivement critiquée en France après 2007, la police de proximité est revenue en force sous l'appellation de « police de la sécurité quotidienne ».

<sup>21</sup> J. CHEVALLIER, « La police est-elle encore une activité régaliennne ? », *Archives de politique criminelle*, n° 33, 2011, pp. 15 sq.

<sup>22</sup> Le Département de la sécurité intérieure a été créé aux Etats-Unis après les attentats du 11 septembre.

<sup>23</sup> En France, les rivalités entre les unités d'élite mises en place pour lutter contre le terrorisme, notamment les gendarmes du GIGN et la policiers du RAID sont notoires. Il en va de même en Belgique.

<sup>24</sup> La loi du 14 mars 2011 est explicitement sous-tendue par l'idée que « la diversité des risques et des menaces » conduit à concevoir « une politique de sécurité globale qui dépasse le clivage traditionnel entre sécurité intérieure et sécurité extérieure ».

<sup>25</sup> D. FASSIN, « Pouvoir discrétionnaire et politique sécuritaire. Le chèque en gris de l'État à la police », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 201-202, 2014, pp. 73 sq.

<sup>26</sup> G. AGAMBEN, « Comment l'obsession sécuritaire fait muter la démocratie », *Le Monde diplomatique*, janvier 2014. Pour M. FOESSEL (*L'État de vigilance. Critique de la banalité sécuritaire*, 2010), l'État libéral-autoritaire repose sur la « complicité secrète » entre l'État et les citoyens, fondée sur la « demande de sécurité ».

<sup>27</sup> En ce sens, J-C. MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, Paris, La Découverte, 2007, rééd. 2016.

compte tenu de l'évolution des formes d'insécurité dans les sociétés contemporaines, et notamment de l'essor du terrorisme : celui-ci ne constitue pas en effet seulement un phénomène conjoncturel, qu'il serait possible d'éradiquer par le recours à des mesures d'exception, mais une menace latente contre laquelle on cherchera à lutter en s'affranchissant de contraintes juridiques trop lourdes ; l'exception ne sera dès lors plus seulement localisée dans le temps mais prendra aussi la forme d'un régime juridique dérogeant au droit commun.

### Des mesures d'exception...

L'idée selon laquelle il est nécessaire, dans des circonstances exceptionnelles, de permettre aux gouvernants de s'affranchir du cadre juridique normal n'est pas nouvelle : présente dès la république romaine<sup>28</sup>, elle a traversé les siècles et les régimes et apparaît inhérente à la préservation de l'ordre politique ; la question, récurrente dans la pensée politique, est de savoir si cet « état d'exception » doit être considéré comme soustrait à l'empire du droit et relevant d'une rationalité purement politique<sup>29</sup> ou s'il reste marqué par l'empreinte du droit et encadré par lui — voire situé dans un entre-deux où s'entremêlent droit et politique<sup>30</sup>. Le problème de la compatibilité de l'état d'exception et de l'État de droit est ainsi posé : alors que pour les uns l'État de droit ne pourrait être suspendu, même pendant une durée limitée, sans que soient mis en péril ses fondements, pour les autres certaines de ses prescriptions pourraient être mises, provisoirement, entre parenthèses, à condition que soient préservés ses principes essentiels et son architecture d'ensemble ; l'exception n'apparaît plus, dans cette perspective, comme une limite de l'État de droit mais comme inscrite au cœur même de son institution. Dans tous les cas, que des dispositifs d'exception aient été (Allemagne, France...) ou non (pays anglo-saxons...) prévus et organisés par les Constitutions, sous les appellations les plus diverses, ils existent partout, utilisés en cas de guerre, crise, catastrophe ou période de fortes tensions sociales et politiques : justifiée par l'existence d'une situation exceptionnelle<sup>31</sup> mettant en péril la survie de l'État<sup>32</sup>, l'entorse au système de l'État de droit sera plus ou moins forte selon les règles qui commandent le déclenchement, le déroulement et la fin du processus.

Si les régimes d'exception existent depuis longtemps, ils acquièrent, dans le contexte sécuritaire qui désormais prévaut, une portée nouvelle : figurant dans la panoplie des moyens d'action à la disposition de l'État, ils sont devenus l'un des instruments auxquels les gouvernants n'hésitent pas à faire appel dès l'instant où la sécurité des personnes et des biens apparaît gravement menacée ; le recours à un droit d'exception tend ainsi à se banaliser. Le terrorisme n'est pas le seul moteur de cette évolution : la préservation de l'ordre public peut justifier le recours temporaire à un régime d'exception : c'est ainsi qu'en France, l'état d'urgence qui avait été introduit en 1955 en relation avec les événements d'Algérie, donnant aux autorités de police des pouvoirs accrus pour limiter l'exercice des libertés publiques, a été décrété en 1985 pour faire face aux troubles en Nouvelle-Calédonie et, plus significativement encore, en novembre 2005 à la suite de violences dans les banlieues. Dans tous les pays, les pouvoirs de crise sont utilisés dans des contextes très variés<sup>33</sup>.

L'impact du terrorisme est cependant sensible. Si les actions terroristes n'ont pas été au départ combattues par des mesures d'exception<sup>34</sup>, les formes nouvelles prises par le terrorisme à partir des années 2000 ont souvent<sup>35</sup> conduit les pays qui ont été ainsi frappés à y recourir : alors que la Constitution américaine est muette sur ce point, après les attentats du 11 septembre le Congrès accordera par le *Patriot*

<sup>28</sup> Voir F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 2001 ; G. AGAMBEN, *État d'exception*, Paris, Seuil, Coll. L'ordre philosophique, 2003.

<sup>29</sup> On sait que pour Carl Schmitt (*Théologie politique*, 1922, Gallimard, 1988) il y aurait une incompatibilité radicale entre la situation exceptionnelle et l'État de droit : le pouvoir de décider de la situation exceptionnelle étant un acte de souveraineté, « la décision se libère de toute obligation normative et devient absolue au sens propre » (p. 22).

<sup>30</sup> Pour F. SAINT-BONNET (*op.cit.*, p. 382), il s'agit d'une « catégorie d'actes qui ne relèvent ni du juridique, ni du politique ».

<sup>31</sup> François Saint-Bonnet fait de « l'évidente nécessité » le fondement de l'état d'exception..

<sup>32</sup> L'état d'exception apparaît sous cet angle comme une résurgence de l'ancienne « Raison d'État » : Michel Foucault (*Sécurité, territoire, population op. cit.* p. 268) évoque les moments où la Raison d'État ne peut plus se servir des lois que d'ordinaire elle respecte et « où elle est obligée, par quelque événement présent et urgent, à cause d'une certaine nécessité, de s'affranchir de ces lois...au nom du salut de l'État ».

<sup>33</sup> En avril 2016, l'Autriche pouvait ainsi adopter un « état d'urgence migratoire », limitant les droits des réfugiés. Le 20 juillet 2016, un état d'urgence a été proclamé en Turquie à la suite de la tentative de coup d'État.

<sup>34</sup> Les attentats que la France a connus dans les années 1980 et 1990 n'avaient pas entraîné le recours à l'état d'urgence, pas plus que les premières menaces sur le sol américain.

<sup>35</sup> Elle aussi frappée par les attentats du 22 mars 2016, la Belgique fait sur ce point exception.

Act du 26 octobre 2001 des pouvoirs d'exception au Président et aux services de sécurité ; de même en France, les attentats qui se sont produits en novembre 2015 ont entraîné le recours à la loi précitée de 1955, par l'instauration de l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire<sup>36</sup>. S'ils étaient censés n'avoir qu'une vocation temporaire, en permettant de faire face à la situation créée par des attentats d'une exceptionnelle gravité, ces dispositifs ont vu leur durée de vie prolongée au motif de la persistance des menaces : le *Patriot Act* a été prorogé à deux reprises en 2005 et 2011, ce qui a permis de renouveler l'ensemble des dispositions prises après les attentats et de pérenniser la plupart de celles qui avaient un caractère temporaire ; en France, l'état d'urgence a fait l'objet de prorogations successives pendant deux ans, avant l'adoption fin 2017 d'une nouvelle loi de lutte contre le terrorisme.

Si au regard du droit international, l'adoption de mesures d'exception n'est pas par essence même incompatible avec l'État de droit, c'est cependant à de strictes conditions (nécessité, temporalité, proportionnalité) qui, en l'espèce, ne sont que très imparfaitement remplies. Aux Etats-Unis, la Cour suprême est venue sanctionner certaines dérives, d'abord en reconnaissant aux « ennemis » combattants » détenus à Guantanamo le droit de contester leur détention devant un tribunal (28 juin 2004), puis en invalidant les tribunaux militaires d'exception mis en place pour les juger (29 juin 2006), « les lois et la Constitution étant conçus pour rester en vigueur en des circonstances extraordinaires ». En France, tandis que le Conseil constitutionnel, sans remettre en cause le bien-fondé du recours à l'état d'urgence puis sa prorogation, a censuré certaines dispositions de la loi relative aux perquisitions (19 février 2016), le juge administratif censurait diverses mesures d'assignation à résidence. Le débat le plus significatif en France a porté sur le projet, finalement abandonné, de constitutionnalisation de l'état d'urgence : alors que pour ses adversaires, une telle inscription dans la Constitution était antinomique avec le système de l'État de droit, elle était aux yeux de ses partisans nécessaire pour l'encadrer.

Le recours à des mesures d'exception pour lutter contre le terrorisme n'est pas sans incidence sur la configuration de l'État de droit. La menace terroriste étant appelée à durer, celles-ci ont vocation à se perpétuer<sup>37</sup> : on risque dès lors de glisser vers un « état d'exception permanent »<sup>38</sup> ; la généralisation et la banalisation de l'état d'exception deviendraient ainsi, selon Giorgio Agamben, la marque de la nouvelle « gouvernementalité sécuritaire » qui tend à prévaloir dans les pays libéraux. Cette vision est cependant trop simple dans la mesure où le temps de l'exceptionnalité est encadré par le droit ; la logique sécuritaire introduit d'autres brèches, celles-ci pérennes, dans la normativité juridique.

### ... Aux régimes dérogatoires

Au-delà des mesures d'exception décidées à la suite d'attentats d'exceptionnelle gravité, la lutte contre le terrorisme passe par l'adoption de règles spécifiques, non seulement distinctes du droit commun, mais encore dérogeant à certains des principes de l'État de droit : reprenant en partie les mesures précédemment mises en œuvre, elles contribuent à les pérenniser ; le lien est parfois plus explicite encore comme avec le *Patriot Act*, adopté comme texte d'exception puis devenu, au terme des prolongations successives et sous réserve de quelques adaptations, le cadre législatif applicable aux menées terroristes.

L'idée selon laquelle il convenait de réserver un sort particulier au problème du terrorisme s'est imposée progressivement dans tous les pays : le point de départ résultera en France de l'adoption, suite aux premières vagues d'attentats terroristes, de la loi du 9 septembre 1986, premier texte spécifique relatif à « la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État », qui définit le notion de terrorisme, en tire une série de conséquences procédurales et soustrait ces affaires à la compétence des juges ordinaires ; après que la loi du 22 juillet 1992 a inséré les actes de terrorisme dans le nouveau code pénal pour en faire des infractions spécifiques et plus sévèrement sanctionnées, une série de lois sont venues renforcer la répression du terrorisme.

<sup>36</sup> O. BEAUD, C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Etude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, Coll. Systèmes, 2016 ; P. CASSIA, *Contre l'état d'urgence*, Dalloz, 2016 ; K. ROUDIER, A. GESLIN, D-A. CAMOUS, *L'état d'urgence*, Dalloz, 2016.

<sup>37</sup> Pour B. MANIN (« Le paradigme de l'exception. Et si la fin du terrorisme n'était pas pour demain ? L'État face au nouveau terrorisme », *La vie des idées*, 15 décembre 2015), l'état d'exception ne constitue pas dès lors « le cadre approprié pour affronter les nouvelles formes de terrorisme ».

<sup>38</sup> D. BARANGER, « L'État d'urgence dans la durée », *Revue française de droit administratif*, n° 3, 2016, pp. 447 ss. Le Conseil d'État a cependant rappelé dans son avis du 18 juillet, comme il l'avait fait dans ses avis précédents des 2 février et 28 avril, que « les renouvellements de l'état d'urgence ne sauraient se succéder indéfiniment », les menaces durables ou permanentes devant être « traitées, dans le cadre de l'état de droit, par des moyens permanents ».

Les attentats du 11 septembre constituent à cet égard un tournant : le thème de la « guerre contre la terreur »<sup>39</sup>, lancé par G.W. Bush mais qui sera repris par le Président français le 16 novembre 2015, implique que le terroriste soit considéré comme un « ennemi » qu'il faut combattre, aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur, en utilisant toutes les armes possibles ; la lutte contre le terrorisme justifie l'adoption de législations dérogeant à l'État de droit, au nom de la sécurité. Le *Patriot Act* en sera l'illustration emblématique : élargissant la définition du terrorisme (section 802) et créant les statuts de « combattant ennemi » et de « combattant illégal », il autorise le développement des écoutes téléphoniques et la surveillance des communications électroniques, élargir les possibilités de perquisition (section 214) et de détention, réduit les droits de la défense et durcit les peines dans les affaires de terrorisme ; des lois comparables ont été adoptées dans la plupart des pays libéraux fin 2001, notamment au Canada, Royaume-Uni, Allemagne et France, les dispositifs retenus étant ensuite sans cesse renforcés. Un nouveau durcissement des législations s'est produit à partir de 2013, consécutivement à l'apparition du nouveau terrorisme djihadiste, se réclamant de l'État islamique<sup>40</sup>. On retrouve dans tous les textes alors adoptés les mêmes dispositions essentielles : interdiction de sorties du territoire et contrôle des retours, renforcement du dispositif répressif par la création de nouveaux délits, extension des moyens donnés aux services de renseignement et recours à de nouvelles technologies de surveillance, contrôle des sites internet etc... Le dispositif s'est depuis lors renforcé, *via* l'intégration, comme en France, dans le droit commun des mesures dérogatoires (assignations à résidence, perquisitions...) que l'état d'urgence autorisait, au prix d'inflexions mineures.

La législation anti-terroriste apparaît ainsi comme un droit d'exception : la dangerosité supposée des individus, reposant sur un jeu de présomptions, l'atteinte portée à certains droits fondamentaux comme la protection de la vie privée, la liberté de communication ou de circulation, les dérogations apportées aux règles de la procédure pénale mettent en cause certains principes de l'État de droit au nom de l'impératif de sécurité<sup>41</sup> ; la diffusion de ces dérogations hors du domaine du terrorisme montre qu'au-delà de ce droit d'exception<sup>42</sup> la promotion de l'État sécuritaire conduit à une inflexion plus en profondeur du droit.

### SECTION 3 : LE DROIT SAISI PAR L'IMPÉRATIF SÉCURITAIRE

La Raison sécuritaire ne justifie pas seulement le recours à un droit d'exception face à des menaces auxquelles les mécanismes juridiques habituels ne semblent pas être en mesure de répondre : elle exerce une influence plus générale sur le système juridique en invitant à la recherche de nouveaux équilibres ; la Raison sécuritaire tend ainsi à infléchir la rationalité sous-jacente à la construction de l'État de droit. L'impératif sécuritaire se traduit par le renforcement des dispositifs juridiques visant, non seulement à la protection des personnes et des biens, mais encore à la surveillance des comportements individuels et collectifs, en marge de la conception traditionnelle de l'État de droit.

#### Du souci de protection...

La Raison sécuritaire pousse d'abord à donner toujours plus d'importance à la répression pénale : la réponse pénale est conçue dans les sociétés contemporaines comme un moyen privilégié de protection contre l'insécurité générée par la prolifération de risques de toute nature. Le recours à l'arme pénale répond à une attente de l'opinion, qui réclame en permanence le renforcement de l'arsenal répressif pour lutter contre l'insécurité : prévaut l'idée que derrière tout dommage subi ou tout risque encouru il y a un responsable qu'il s'agit de pourchasser et de condamner ; et la sévérité des peines est censée remplir une fonction de dissuasion. Les gouvernants sont portés à satisfaire cette attente, en pratiquant un « populisme pénal »<sup>43</sup> qui a pour effet d'alimenter le mouvement de pénalisation. L'extension du champ de la

<sup>39</sup> Nouveau type de guerre ne relevant, ni de la guerre classique entre États, ni de la guerre civile (F. GROS, *États de violence. Essai sur la fin de la guerre*, Paris, Gallimard, 2009).

<sup>40</sup> En France, une dizaine de lois renforçant la lutte contre le terrorisme ont été ainsi adoptées depuis 2012, notamment la loi du 13 novembre 2014, puis après les attentats de 2015 et l'application de l'état d'urgence, celle du 3 juin 2016 et encore celle du 21 juillet 2016, adoptée suite à l'attentat de Nice.

<sup>41</sup> En France, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) critiquait dans son avis du 25 septembre 2014 « une législation anti-terroriste dérogatoire au contenu difficilement saisissable et parfois excessivement liberticide ».

<sup>42</sup> La loi française du 3 juin 2016 entend à la fois renforcer la lutte contre le crime organisé et le terrorisme et améliorer l'efficacité de la procédure pénale.

<sup>43</sup> D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, Coll. Pluriel, 2008.



répression pénale se traduit par l'augmentation constante du nombre des infractions : des comportements déviants ou de simples incivilités, jusqu'alors tolérés, vont être réprimés pénalement, en tant que source d'insécurité ; quant au durcissement des politiques pénales, dont témoigne l'aggravation des peines encourues et l'alourdissement des peines prononcées, il entraîne l'explosion corrélative de la population carcérale, en tout premier lieu aux États-Unis<sup>44</sup>, l'enfermement devenant le moyen privilégié de protection contre l'insécurité. L'État sécuritaire se présente ainsi comme un « État pénal »<sup>45</sup>, n'hésitant pas à faire le plus large usage de l'outil répressif. La place centrale dévolue au dispositif pénal, en tant que garant de l'ordre social et rempart contre l'insécurité, contraste avec la conception traditionnelle d'un droit pénal, dont le champ d'application était circonscrit, les incriminations strictement définies et les peines mesurées<sup>46</sup>.

L'impératif sécuritaire conduit à un infléchissement plus sensible encore du droit pénal par l'accent mis, non plus sur la notion de « culpabilité » mais sur celle de « dangerosité »<sup>47</sup> : l'objectif est de prévenir les comportements « à risque », en cernant, par une approche « probabiliste » reposant sur un faisceau d'indices, des individus présumés dangereux et en prenant les mesures appropriées pour les empêcher de commettre des infractions ; reposant sur une logique d'« anticipation », la réaction pénale s'élargit de « l'infraction commise » à « l'infraction redoutée ». Toute une série de dispositifs tendant notamment à prévenir les récidives par des mesures de suivi socio-judiciaire, voire par des mesures d'enfermement prises après exécution des peines<sup>48</sup>, relèvent de cette perspective : ce « droit pénal du danger » est bien loin des principes du droit pénal classique, tels qu'ils semblaient impliqués par l'État de droit ; le sens même de la peine s'en trouve radicalement modifié puisqu'« il ne s'agit ni de punir un acte, ni de sanctionner une personne mais de prévenir des risques »<sup>49</sup>. Commandée par le souci d'élimination des facteurs de risque, la répression pénale se transforme en instrument de contrôle social.

Cette stratégie anticipatrice, prédictive et préventive s'étend, en dehors même de l'ordre public, à l'ensemble des risques : le principe de précaution, dans ses différentes déclinaisons (santé, alimentation, environnement...), est sous-tendu par l'idée de sécurité ; l'État sera amené à utiliser l'instrument juridique pour éviter, dans un contexte d'incertitude scientifique, la réalisation de dommages pour les personnes et les biens.

La logique sécuritaire pousse l'État à tenter de prévenir toujours plus en amont, par une démarche proactive, les facteurs de risque : de la notion de protection on passe ainsi tout naturellement vers celle de surveillance qui constitue un défi plus redoutable encore pour l'État de droit.

### ...Au principe de surveillance

Au nom de la sécurité vont être mis en place des dispositifs de surveillance visant à prévenir les atteintes à l'ordre social et politique : il s'agit de détecter, par la collecte systématique et généralisée de données personnelles, des individus dangereux ou des comportements « à risque » ; la prévention des différentes formes de délinquance puis la lutte contre le terrorisme vont conduire à instaurer une surveillance de masse, s'étendant à l'ensemble de la population et poussant très loin la logique intrusive<sup>50</sup>. Les sociétés libérales tendent ainsi à devenir des sociétés de « traçabilité intégrale »<sup>51</sup>, dans lesquelles les actions mais aussi les comportements voire les préférences de chacun peuvent être appréhendés, en supprimant la fragile barrière qui protégeait la vie privée ; un des principes sous-jacents à l'édifice de l'État de droit se trouve dès lors mis en cause.

<sup>44</sup> L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, Paris, Raisons d'agir, 1999.

<sup>45</sup> D. FASSIN (dir.), *Juger, réprimer, accompagner. Essai sur la morale de l'État*, Paris, Seuil, 2012 ; V. SIZAIRE, *op. cit.*

<sup>46</sup> M. MASSE, J-P. JEAN, A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ?*, Paris, PUF, Coll. Droit et justice, 2009 avec notamment Y. CARTUYVELS, « Les paradigmes du droit pénal moderne en période 'post-moderne' : évolution et transformations », pp. 73 ss et Denis Salas, « Le droit pénal à l'ère du libéralisme autoritaire », pp. 111 ss. Voir aussi P. BERTHELET, *Crimes et châtements dans l'État de sécurité. Traité de criminologie politique*, Publibook, 2015 ; A. GARAPON, M. ROSENFELD, *Démocraties sous stress*, PUF, 20160

<sup>47</sup> G. GUIDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit*, 2011.

<sup>48</sup> La loi du 25 février 2008 a ainsi institué en France une « rétention de sûreté » pour des criminels jugés dangereux et condamnés à une peine supérieure à quinze ans.

<sup>49</sup> D. SALAS, « État de sécurité ou État de droit », *Etudes*, n° 4, 2008, p. 467.

<sup>50</sup> La création par le décret du 28 octobre 2016 d'un fichier central unifié (cartes d'identité et passeports), couvrant l'ensemble de la population et comportant un ensemble étendu de données à caractère personnel relève de cette logique.

<sup>51</sup> F. GROS, *op. cit.* p. 210.

L'essor des technologies numériques a donné à cette logique de surveillance une portée nouvelle : celles-ci permettent en effet, non seulement de collecter une masse toujours plus importante de données, mais encore d'opérer les croisements nécessaires en vue d'extraire des informations pertinentes ; désormais d'usage courant dans tous les secteurs de l'économie et de la société<sup>52</sup>, ces technologies (*big data*) sont utilisées en tout premier lieu à des fins sécuritaires. Les communications électroniques, échangées par Internet ou par téléphone mobile, sont devenues un des points d'application privilégié de cette surveillance. Sur la base de la section 215 du *Patriot Act* autorisant, au nom de la lutte contre le terrorisme, la collecte et le stockage de ces communications sans mandat judiciaire, avait été mis en place aux États-Unis un système d'interception des données mises en ligne de très grande ampleur — système doublé d'échanges réciproques de données avec les services de renseignement d'autres pays : suite à l'émotion suscitée par les documents révélés en juin 2013 par Edward Snowden, ce système de collecte massive, automatique et indiscriminé de données a été remis en cause par le *Freedom Act* adopté le 2 juin 2015, les autorités ne pouvant plus avoir accès aux métadonnées stockées par les opérateurs que ponctuellement et en justifiant d'un lien avec le terrorisme ; mais la limite ainsi posée reste fragile et plus formelle que réelle. Des programmes comparables ont été mis en place ailleurs, notamment en France : la loi sur le renseignement du 24 juillet 2015 est venue, au nom de la lutte contre les menaces terroristes, étendre les possibilités de recueil des métadonnées auprès des fournisseurs d'accès, tout en renforçant les pouvoirs du Premier ministre et en limitant la portée des recours juridictionnels ; la loi du 21 juillet 2016 élargit la capacité de collecte de données de connexion dans le cadre d'enquêtes liées au terrorisme en l'étendant à l'entourage des suspects. Le règlement européen sur la protection des données personnelles du 27 avril 2016 apparaît de peu de poids pour contrebalancer un mouvement qui trouve dans les attentats terroristes une nouvelle justification.

Plus généralement, les technologies numériques offrent la possibilité de concevoir des programmes de « sécurisation prédictive », capables, par le croisement de données, de prévenir la commission de crimes ou d'infractions<sup>53</sup> : un programme de ce type a été lancé en 2007 aux États-Unis en vue d'identifier des « terroristes potentiels » ; l'espace urbain constitue un terrain de choix pour détecter, par le recours à des caméras de surveillance, des « comportements anormaux », source potentielle de délinquance.

L'émergence d'un État sécuritaire, dans lequel la sécurité est mise en premier rang des préoccupations, n'implique pas pour autant la fin de l'État de droit : un ensemble de garde-fous existent, dans les pays se réclamant du libéralisme, pour empêcher des dérives trop sensibles ; l'État sécuritaire peut ainsi se déployer dans le cadre et en respectant, au moins pour l'essentiel, les déterminations de l'État de droit. Néanmoins, le développement d'un droit d'exception et l'inflexion de la normativité juridique attestent qu'un nouvel équilibre entre liberté et sécurité tend à se dessiner, qui modifie la conception traditionnelle de l'État de droit. Reste à savoir si cet équilibre est durable et si le primat donné à la sécurité ne sapera pas à terme les fondations de l'État de droit<sup>54</sup> : le recul de l'État de droit qui se produit dans plusieurs pays européens montre en effet que l'édifice est fragile et doit être en permanence consolidé.

---

<sup>52</sup> M. DUGAIN, C. LABBE, *L'homme nu. La dictature invisible du numérique*, Paris, R. Laffont-Plon, 2016.

<sup>53</sup> Une société américaine PredPol est leader d'un marché de la police prédictive, qui tend à se développer.

<sup>54</sup> Le débat politique qui s'est engagé en France après l'attentat de Nice du 14 juillet 2016 témoigne assez des menaces que le terrorisme fait peser sur l'État de droit : le strict respect de l'État de droit a pu être présenté alors comme une « argutie juridique », interdisant le développement d'une action réellement efficace contre le terrorisme ; l'impératif de sécurité imposerait de s'affranchir de certaines contraintes juridiques. Le terrorisme a ainsi pour effet d'ébranler le jeu de croyances qui entourent traditionnellement l'État de droit.