



État administratif, État de justice : les pouvoirs d'exception entre crépuscule et renouveau

Gérard PARDINI

À intervalles plus ou moins longs, toute société traverse des crises majeures. Confrontée à de telles situations, elle veut survivre. Ce constat est millénaire, comme sa volonté de disposer du pouvoir d'adapter la règle commune à laquelle se soumet « volontairement » la communauté des citoyens si des circonstances particulières « l'exigent » ; l'exception a toujours fait partie intégrale du contrat de société. Elle recouvre l'impératif de survie de la société par lequel le pouvoir constitué va s'autoriser à transgresser le droit dans l'intérêt public. Cette transgression du droit s'analyse selon deux types de rapports : la relation entretenue entre État et législation ; la relation entre exercice du pouvoir et morale.

La relation entre État et législation est celle qui permet aux citoyens d'accepter une relation d'obéissance qui est perçue comme protectrice. La relation entre exercice du pouvoir et morale est, quant à elle, une constante de l'histoire des États. Elle est indissociable de la question religieuse que toute puissance publique ne peut ignorer. Elle peut être baptisée « conscience universelle » si la notion de divin est totalement rejetée, mais les effets sont identiques, car dans les deux cas c'est bien une exigence de moralité qui est demandée par les gouvernés aux gouvernants. Plus on est éloigné du pouvoir, plus elle est forte, car il n'y a pas à arbitrer entre principes et contraintes de l'action¹.

Cette double relation doit aussi s'analyser en intégrant le facteur temporel. L'appréciation

Gérard PARDINI



Chef du service des affaires immobilières de la Préfecture de police

de Paris. Docteur en droit administratif et en droit constitutionnel. Il publie régulièrement des ouvrages et des articles sur les thématiques des institutions publiques et des questions de sécurité et de défense.

(1) Revue Pouvoirs, « Morale et politique » ; N°65 ; avril 1993 et notamment l'article de René Rémond : « L'arme de la morale en République », p. 41 et l'article d'Alain Bergounioux : « Les principes et les contraintes », p. 61.

des contraintes est différente selon que l'on se situe dans le présent de la réalité d'une crise ou que l'on analyse une crise à l'aune de l'histoire. Le résultat d'une décision prise au regard de contraintes sera donc évalué au vu du résultat obtenu. Résultat de court terme et résultat de long terme.

Nous ferons le choix de traiter la question de la pertinence des pouvoirs d'exception en la liant à la notion de crise.

Encore faut-il s'entendre sur le champ couvert par la notion de crise. Nous nous en tiendrons à la typologie ONU qui donne une vision globale de la sécurité en adéquation avec la définition d'une stratégie de sécurité nationale apportant des réponses à « *l'ensemble des risques et menaces susceptibles de porter atteinte à la vie de la nation* ». Un tel champ dépasse largement celui de la politique de défense en incluant notamment les politiques de sécurité intérieure,

Principaux items du champ de la sécurité globale *

Stabilité du système international :

- Attaque directe visant un pays ou une organisation d'États ;
- Guerre inter-étatique régionale ;
- Guerre intra-étatique et guerre civile ;
- États à prétention hégémonique ;
- États effondrés ;
- Déstabilisation des organisations internationales ;
- Prolifération des armes de destruction massive, des armements ;
- Dangers sur les ressortissants, les entreprises, les biens et les intérêts d'un pays.

Dangers liés au terrorisme :

- Terrorisme transnational ;
- Terrorisme national ;
- Cyberterrorisme.

Dangers d'ordre sociétaux :

- Dangers concernant la sécurité collective : violence urbaine, délinquance, opposition de masse, violence intercommunautaire... ;
- Dangers concernant la sécurité sanitaire ;
- Dangers démographiques : surpopulation, sous-population, déséquilibre des classes d'âge, déséquilibre ethnique, immigration clandestine ;
- Dangers liés à l'influence d'un pays : attaques informationnelles, érosion de l'influence culturelle et linguistique...

Dangers liés au trafic et à la criminalité organisée :

- Trafics de drogue, de personnes, d'armes ;
- Piraterie ;
- Trafics de matériaux nucléaires ;
- Trafics de matières premières (carburants, bois exotiques, métaux précieux, etc.) ;
- Trafics de biens culturels ;
- Trafics d'animaux.

Dangers pesant sur le système économique :

- Contrefaçon de produits, contrebande de marchandises ;
- Blanchiment d'argent, fraude, corruption et trafic d'influence ;
- Cybercriminalité ;
- Vol de technologies ;
- Fuite des cerveaux ;
- Prédation d'entreprises par des fonds spéculatifs et déstabilisation des réseaux financiers.

Dangers sur les systèmes et réseaux composant la société :

- Dangers concernant les voies de communication aériennes ;
- Dangers concernant les voies de communication maritimes ;
- Dangers concernant l'espace extra-atmosphérique ;
- Dangers concernant les systèmes d'information et de communication ;
- Dangers concernant les réseaux d'importance vitale (énergie, flux d'approvisionnement, eau etc.).

Dangers d'ordre naturels ou provenant de l'activité humaine :

- Pollutions, accidents industriels, NRBC ;
- Dégradation environnementale : désertification, surélévation du niveau de la mer, réchauffement climatique, réduction de la couche d'ozone... ;
- Dangers géologiques : tremblements de terre, tsunami, éruptions volcaniques, mouvements de terrain... ;
- Dangers hydrométéorologiques et risques liés : inondations, cyclones, tempêtes, sécheresses, températures extrêmes, pollution de l'air, avalanches... ;
- Dangers concernant la sécurité alimentaire ;
- Dangers biologiques : pandémies, épidémies, maladies infectieuses, attaques d'insectes, réduction de la biodiversité... ;
- Dangers liés à l'accès à l'eau.

* Sources : Typologie des Nations Unies, United Nations, *Global Survey of Early Warning Systems: An assessment of capacities, gaps and opportunities toward building a comprehensive global early warning system for all natural hazards* A report prepared at the request of the Secretary-General of the United Nations, 2006, pp.10-16. Travaux de l'INHES sur la sécurité économique (2006-2008) et la sécurité globale (nouvelle série des Cahiers de la sécurité N° 1 à 5 ; 2007-2008 ; La Documentation Française)

la politique étrangère et la politique économique. Le tableau page précédente donne un panorama du périmètre couvert par une telle approche².

Nous excluons donc de cette réflexion les notions de guerre et de conflit qui sont des termes porteurs de concepts différents³. La guerre se caractérise par le recours à la violence avec pour objectif central de forcer un adversaire à exécuter la volonté de l'autre belligérant. Elle implique également une lutte entre des ennemis aux buts politiques inconciliables et admet comme objectif central la possible destruction de l'adversaire. Un conflit oppose des entités, États ou acteurs privés qui poursuivent comme objectif la maîtrise d'une ressource ou d'une situation. À la différence de la guerre, le conflit s'inscrit dans le fonctionnement de la société.

La crise se caractérise par une situation suffisamment aiguë pour ouvrir une période plus ou moins longue d'instabilité. Elle révèle un état de déséquilibre qui va mettre en lumière l'importance des enjeux et ouvrir des opportunités de négociation et de résolution⁴. Deux autres dimensions sont intéressantes. Elles concernent le caractère prédictible de la crise et la possibilité de la contrôler. Cela ouvre le champ à de nombreuses possibilités intéressant la prévention des risques, et/ou des menaces et leur gestion. C'est à ce niveau que se situe le débat traitant de l'articulation entre droit et libertés. Il nous place au cœur des contradictions et des paradoxes de l'État de droit. Il n'est pas anodin que le concept d'État de droit soit né au XIX^e siècle avec le développement de la société industrielle. À l'origine, l'État est exclu de ce concept, qui ne concerne que les sujets de l'État. La question de la légitimité des pouvoirs exceptionnels ne se pose alors pas. L'État administratif demeure en dehors de la loi⁵. Cette approche ne résistera pas aux dérives inhérentes à un tel concept qui présuppose que l'État est capable d'autolimitation. Malgré tous les efforts déployés par Kelsen dans sa *Théorie pure du droit*⁶ pour démontrer, d'une part, l'identité de l'État et du droit et, d'autre part, que l'État ne serait pas une réalité naturelle ou sociale, mais l'ordre normatif réglant la conduite des

individus qui le composent⁷, sa théorie a mal résisté aux évolutions sociétales du XX^e siècle. En effet, pour Kelsen, « le droit est défini comme un ordre de contrainte et non comme un ordre de contrat ». Les dérives des États totalitaires s'inscrivant dans le positivisme juridique inspiré par cette théorie qui fait la part belle aux contraintes justifiées par la défense de l'État ont entraîné sa remise en cause. Au sortir de la Première Guerre mondiale, le constitutionnaliste français Léon Duguit tentera de substituer à la doctrine du pouvoir souverain, la doctrine du service public, l'approche se fondant sur le contrôle de l'État par la société⁸. Duguit est sans doute l'un des plus brillants théoriciens de l'État de droit moderne, celui de la soumission de l'État au droit qui implique l'assujettissement du rapport de contrainte au rapport de contrat entre citoyens, mais aussi entre les citoyens et l'État. L'aboutissement de cette évolution est « l'État de justice » qui prend peu à peu le pas sur « l'État puissance ».

En 1979, un intéressant article, paru dans la revue *Pouvoirs*⁹, rappelait les propos de Clemenceau qui disait des mesures d'exception qu'« elles ne servent qu'à irriter les esprits, qu'à aggraver la colère des mécontents, car elles vont directement contre le but qu'on se propose ». Les professeurs Burdeau et Quesnet énumèrent alors les périodes et les faits où le pouvoir exécutif a eu recours à des prérogatives extraordinaires. La partie de cet article traitant « des pouvoirs spéciaux en tant que surcroît légal d'autorité » mérite d'être citée :

« La majorité des pouvoirs de crise réalise au contraire une concentration du pouvoir au profit de l'exécutif. On est en droit

C'est à ce niveau que se situe le débat traitant de l'articulation entre droit et libertés. Il nous place au cœur des contradictions et des paradoxes de l'État de droit. Il n'est pas anodin que le concept d'État de droit soit né au XIX^e siècle avec le développement de la société industrielle. À l'origine, l'État est exclu de ce concept, qui ne concerne que les sujets de l'État. La question de la légitimité des pouvoirs exceptionnels ne se pose alors pas. L'État administratif demeure en dehors de la loi.

(2) Pardini (G.), 2009, *Introduction à la sécurité économique*, Paris, Lavoisier.

(3) « Guerre et Démocratie », Travaux du Centre d'études et de recherche de l'École militaire (CEREM), 2005, Actes disponibles sur le site <http://www.cerems-biblio.fr>

(4) Est privilégiée dans cet article une vision des crises appréhendée sous l'angle d'un événement et d'un processus [Roux-Dufort, 2007]. Cette approche est au centre des formations mises en œuvre à l'INHESJ. Ce point de vue n'exclut pas la crise appréhendée comme une rupture dangereuse et nocive pouvant menacer la survie même des organisations ou des États. Voir sur ce point les travaux de Pearson (C.) et Clair (J.A.), 1998, « Reframing crisis management », *Academy of Management Review*, 23, p. 59-76.

(5) *Dictionnaire constitutionnel*, article « État de droit », p. 415, Paris, PUF, 1^{re} édition 1992.

(6) Kelsen (H.), 1934, *Théorie pure du droit*, 2^e édition traduite par Charles Eisenmann, 1962, Paris, Dalloz.

(7) Troper (M.) in Huisman (D.) (dir.), 1993, *Dictionnaire des philosophes*, 2^e édition, Paris, PUF.

(8) Duguit (L.), 1927, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 3^e éd. Voir plus particulièrement les chapitres 5 et 6 (le problème de l'État et la conception réaliste de l'État). Pour l'auteur, le fondement du droit public « n'est plus le droit subjectif de commandement, c'est la règle d'organisation et de gestion des services publics ».

(9) Burdeau (F.) et Quesnet (M.), 1979, « De l'inefficacité des pouvoirs de crise en France de la Révolution à Vichy », *Pouvoirs*, N° 10, Paris, PUF.

d'attendre d'un tel resserrement qu'il rende l'autorité plus énergique et par conséquent plus apte à surmonter la crise. Mais dans quelle mesure ? La question se pose en particulier pour l'état de siège. Les défenseurs de cette législation l'ont en effet souvent louée pour ses vertus préventives. Le raidissement du pouvoir qu'il réalise sauverait l'ordre avant qu'il ne soit réellement compromis¹⁰ ». Une argumentation similaire sera périodiquement reprise à chaque fois que l'exécutif utilisera le recours à l'état de siège¹¹ ou à l'état d'urgence.

En France, le recours à l'état d'urgence en 2005 se situe dans le droit fil de cette doctrine non écrite de l'exécutif sur le rétablissement de l'ordre et de la sécurité publique. La commission des lois du Sénat¹² rend un rapport relatif à la prorogation des dispositions du décret du 8 novembre 2005 pris en réponse aux violences urbaines intenses qui avaient débuté le 27 octobre. Son rapporteur convoque Jean-Jacques Rousseau en citant son préambule des *Considérations sur l'État de Pologne* : « *Tout État libre où les grandes crises n'ont pas été prévues est à chaque orage en danger de péril* ».

Après avoir rappelé l'échelle de gradation des restrictions apportées aux libertés publiques par extension des pouvoirs des autorités administratives (théorie des circonstances exceptionnelles développée par le juge administratif, état d'urgence, état de siège et pouvoirs de crise du président de la République résultant de l'article 16 de la Constitution), le rapporteur invoque l'argument pédagogique pour justifier l'autorisation législative de prolongation des pouvoirs : « *L'État d'urgence doit faire prendre conscience de la gravité de la situation et du caractère*

inacceptable des violences commises. L'instauration du couvre-feu peut ainsi aider certains parents à réaffirmer leur autorité sur leurs enfants. Les interpellations ont prouvé que de nombreux émeutiers étaient de jeunes mineurs ». Voilà ainsi un droit spécial qui se trouve ravalé à un simple message de fermeté adressé à la population. Finalement il ne vaut que si un consensus existe dans la population pour l'utiliser. Le mécanisme est identique à celui qui a toujours couvert les illégalités les plus graves comme les coups d'État. L'approbation populaire a toujours légitimé le recours à la force ou la restriction des libertés. Encore faut-il qu'une conjonction politique existe et qu'elle soit personnifiée¹³.

Est-il besoin d'étendre le champ des pouvoirs spéciaux ?

En France, le champ du droit spécial permanent pour faire face à la typologie des crises mentionnée plus haut est considérable. Hormis les articles 16 et 36 de la Constitution, il repose sur la plasticité du droit administratif. Pour l'instant, cette plasticité est reconnue par le Conseil constitutionnel qui a eu à se prononcer à de nombreuses reprises sur la question tout au long de l'histoire de la V^e République¹⁴. La décision du Conseil du 19 janvier 2006 concernant la loi relative à la lutte contre le terrorisme¹⁵ a été l'occasion de rappeler la place de la police administrative pour traiter les situations liées à une crise. Les parlementaires qui avaient déféré la loi et notamment son article 6¹⁶ soutenaient que la mise en

(10) « Ce n'est pas assez que la force matérielle ait anéanti aujourd'hui sur tous les points la révolte en armes ; il faut qu'une force morale toute puissante frappe d'interdit l'esprit de sédition, en pénétrant par des recherches rapides, par une action vive, au fond des complots que les factions coalisées ont ourdies. » Déclaration du ministre de l'Intérieur Camille de Montalivet in Mon. univ, 7 juin 1832, p. 1295.

(11) L'état d'urgence relève de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 alors que l'état de siège est inscrit à l'article 36 de la Constitution. L'état de siège est applicable « en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée », se caractérise essentiellement par l'attribution de pouvoirs de police exceptionnels aux autorités militaires. Il est décrété en conseil des ministres, mais sa prorogation au-delà de douze jours doit être autorisée par le Parlement.

L'état d'urgence est applicable « soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ». Déclaré par décret pris en conseil des ministres, il confère aux autorités civiles, dans l'aire géographique à laquelle il s'applique, des pouvoirs de police exceptionnels portant sur la réglementation de la circulation et du séjour des personnes, sur la fermeture des lieux ouverts au public et sur la réquisition des armes. Le décret instituant l'état d'urgence peut prévoir un renforcement des pouvoirs de police en matière de perquisition et de contrôle des moyens d'information. Au-delà de douze jours, la prorogation de l'état d'urgence ne peut être autorisée que par la loi. On se reportera pour plus de précisions à l'étude de législation comparée n° 156 publiée par le Sénat en janvier 2006.

(12) Rapport n° 84 de Jean-Jacques Hyest, Commission des lois, 16 novembre 2005.

(13) Burdeau (F.) et Quesnet (M.), op cit., « Au lendemain du 2 décembre, (1851 ndlr) ce n'est pas non plus l'état de siège qui permet au Président de vaincre la résistance de Paris et des départements protestataires ; c'est la reconnaissance que lui vouent les bien-pensants ».

(14) Communication du Conseil constitutionnel français au 8^e séminaire des cours constitutionnelles, Erevan, 2 au 5 octobre 2003, *Libertés et ordre public*, « Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la Justice constitutionnelle ». Dutheil de Lamothe (O.), 2006, *French legislation against terrorism: constitutional issues*, Novembre.

(15) Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006 concernant la loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n° 20.

(16) L'article 6 insérerait dans le Code des postes et des communications électroniques un nouvel article L. 34-1-1 qui institue, « afin de prévenir et de réprimer les actes de terrorisme », une procédure de réquisition administrative de données techniques de connexion ; que cette procédure sera mise en œuvre par des « agents individuellement désignés et dûment habilités des services de police et de gendarmerie nationales spécialement chargés de ces missions ».

œuvre des réquisitions d'écoutes, en étant confiée à des fonctionnaires, était notamment de nature à porter atteinte à la liberté individuelle et au droit à la vie privée. Le Conseil a rejeté le grief et précisé que si le respect de la vie privée est bien protégé par l'article 2 de la Déclaration de 1789, et que la liberté individuelle est placée par l'article 66 de la Constitution sous la protection de l'autorité judiciaire, il n'en demeurait pas moins que des mesures de police administrative étaient susceptibles d'affecter le respect de la vie privée à la condition d'être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public. La démonstration du Conseil est sans équivoque : *« L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. Si on faisait entrer toutes les dimensions de la liberté personnelle dans la notion de "liberté individuelle" ainsi définie par l'article 66 de la Constitution, le juge judiciaire serait constamment requis dans la conduite d'opérations administratives. Il passerait la majeure partie de son existence professionnelle à autoriser des actes de police administrative. Rappelons que la police administrative se rattache non à la répression d'une infraction déterminée, mais à la protection de l'ordre public pour faire cesser un trouble déjà né, fût-il constitutif d'infraction, et à la prévention des infractions. Il est susceptible d'affecter la liberté de la personne (droit d'aller et venir, enregistrement de données personnelles, etc.), mais n'implique ni rétention, ni détention. Elle se distingue donc de la police judiciaire non en ce qu'elle peut affecter la liberté, mais en ce qu'elle n'a pour objet ni la constatation d'une infraction pénale particulière, ni la recherche de ses auteurs, ni le rassemblement de preuves, missions assignées à la police judiciaire par l'article 14 du Code de procédure pénale. Au demeurant, contrairement à la police judiciaire, elle peut s'exercer sans texte¹⁷ ».*

Le conseil qualifie de « summa divisio » cette répartition entre les deux types de police et consacre la place de la police administrative comme garante de l'ordre public. C'est en temps de crise que ce rôle trouve sa pleine application, car il est reconnu que l'autorité administrative peut agir sans texte. Il appartiendra ensuite au juge d'évaluer l'usage qui sera fait des pouvoirs administratifs.

Le contrôle est toujours réalisé au vu de l'appréciation entre la proportionnalité de l'atteinte aux libertés et l'intérêt général¹⁸.

Une thèse de droit public soutenue en 2013 sur la notion d'exception en droit constitutionnel français¹⁹ développe de manière intéressante la question de la proportionnalité. L'auteur montre notamment qu'à la différence du droit constitutionnel allemand qui le reconnaît comme un sous-principe de l'État de droit, le droit français est plus timide en ne l'appréhendant qu'à travers des termes tels que « suffisant », « rationalité », « équilibre », « absence d'excès ». Pourtant la jurisprudence du Conseil d'État est claire depuis l'arrêt Benjamin²⁰. La proportionnalité a souvent été baptisée « nécessité » par le juge administratif français. Ce dernier va non seulement vérifier la réalité de la menace ayant inspiré la mesure de police, mais il va s'assurer que la mesure est adaptée. Le même mécanisme se retrouve dans le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation qui concerne principalement le régime disciplinaire de la fonction publique. Thi Hong Nguyen rappelle ainsi que *« Tel que formulé et pratiqué par le Conseil d'État, le principe de proportionnalité s'impose comme une exigence d'équilibre entre une mesure et le but à atteindre. Plus précisément, la proportionnalité désigne l'idée selon laquelle, ayant le choix entre plusieurs mesures possibles, l'administration doit choisir la mesure à la fois la moins restrictive pour les droits individuels et la plus apte à atteindre son objectif ».*

Le Conseil Constitutionnel n'a pas fait autre chose quand il a eu à se prononcer sur l'exercice du droit de grève. Ce dernier, bien que figurant au nombre des libertés fondamentales, peut être limité au nom de l'intérêt général si d'autres droits et principes constitutionnels sont mis à mal par son exercice²¹.

La question est de savoir maintenant si le droit administratif doit garder sa place prépondérante dans la gestion des pouvoirs de crise appréciés comme étant exceptionnels

(17) Le Tribunal des conflits a toujours confirmé cette position quand il est saisi afin de déterminer l'ordre de juridiction compétent auquel une action de police doit être rattachée. C'est la finalité répressive qui exclut toujours la qualification de police administrative. Le critère, qui est empirique, est que, si une infraction se commet ou se révèle à l'occasion d'un acte de police administrative, ce dernier sera alors orienté vers la police judiciaire avec l'application du Code de procédure pénale. Dans l'arrêt historique du 27 mars 1952, Dame la Murette, le Tribunal des conflits a jugé que : « les circonstances exceptionnelles enlèvent le caractère de voie de fait à des agissements qui, en temps normal, revêtiraient ce caractère. Il n'y a pas de voie de fait, car l'action de l'administration se rattache à un pouvoir exceptionnel lié au temps de crise ».

(18) Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 relative à la loi dite de « sécurité intérieure ». Le Conseil a jugé qu'aucune norme constitutionnelle ne s'opposait par principe à l'utilisation, même à des fins administratives, de données nominatives recueillies dans le cadre d'activités de police, à condition que cette utilisation soit justifiée par l'intérêt général et ne porte pas atteinte, par son caractère excessif, aux droits ou aux intérêts légitimes des personnes concernées, au premier rang desquels se placent le respect de la vie privée, protégé par l'article 2 de la Déclaration des droits de 1789 et la présomption d'innocence qui relève de l'article 9 du même texte.

(19) Thi Hong Nguyen, *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, soutenue le 27 mai 2013 auprès de la faculté de droit de l'université Paris I Panthéon Sorbonne.

(20) CE 19 mai 1933, Benjamin, rec ; p. 541.

(21) Décision 79-105 DC du 25 juillet 1979, grève à la Radiotélévision.

et donc susceptibles d'être exercés sans texte. L'évolution en cours semble faire remonter vers le juge judiciaire le contrôle, ce qui, en creux revient à réduire le champ de la police administrative et surtout de disposer de textes législatifs restreignant les libertés. Cette évolution se situe très logiquement dans le mouvement de protection universelle des droits de l'homme qui s'est amplifié à la fin de la Seconde Guerre mondiale. En réaction aux dérives totalitaristes qui peuvent s'accommoder de la doctrine de l'État de droit comme nous l'avons vu plus haut, est apparue la nécessité de prendre en compte la protection des droits « intangibles ». Ils sont notamment énoncés dans la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans le préambule de la Constitution de 1946. Ces droits intangibles recouvrent l'esclavage, la servitude, le travail forcé et obligatoire, la dignité humaine, l'interdiction de la torture et le principe de légalité des délits et des peines énoncé à l'article 7 de la CEDH qui ne souffre aucune restriction, y compris en cas de guerre ou de danger menaçant la vie de la nation selon l'analyse de plusieurs constitutionnalistes européens.

La question qui se pose est que nous nous trouvons à vouloir faire fonctionner un dispositif de sécurité reposant sur le fondement de la légitime défense, principe accepté par toutes les sociétés à travers les âges, mais qui doit intégrer un volet prévention de plus en plus étendu (utilisation des réseaux sociaux, liberté d'information de la presse, restriction de la liberté de circulation, etc.). C'est tout l'enjeu du passage du niveau de la légitime défense individuelle à la légitime défense collective destinée à protéger l'État et son ordre social accepté.

Cette évolution ne conteste pas que des mesures d'exception constituent des réponses à des menaces exceptionnelles, mais cela repose sur l'existence de textes fondant ces mesures et leurs procédures de contrôle. Force est de constater que de moins en moins de lois fixent des principes généraux et abstraits pour laisser le champ libre à l'administration qui a en charge l'essentiel de l'activité étatique et notamment les questions de sécurité²².

La question qui se pose est que nous nous trouvons à vouloir faire fonctionner un dispositif de sécurité reposant sur le fondement de la légitime défense, principe accepté par toutes les sociétés à travers les âges, mais qui

doit intégrer un volet prévention de plus en plus étendu (utilisation des réseaux sociaux, liberté d'information de la presse, restriction de la liberté de circulation, etc.). C'est tout l'enjeu du passage du niveau de la légitime défense individuelle à la légitime défense collective destinée à protéger l'État et son ordre social accepté.

Le 11 septembre 2001 a été de ce point de vue une date bascule. Elle a matérialisé ce que pouvait être l'hyperterrorisme, qui jusqu'à présent était resté cantonné dans des fictions romanesques. La proclamation de la « guerre contre le terrorisme », mais aussi la survenance d'hypercatastrophes provoquées par l'homme ou naturelles a habitué les esprits à accepter le renforcement des dispositifs de police et notamment de police administrative : « *Encore faut-il que ces restrictions ne soient pas manifestement inadaptées ou disproportionnées au regard de la menace à laquelle elles sont censées parer, qu'on n'ait pas le sentiment que cette menace est brandie comme un prétexte pour poursuivre d'autres objectifs et renforcer globalement les pouvoirs de la police, que les dispositions d'exception cessent effectivement de recevoir application lorsque la menace n'est plus là.*

Or, ce qui frappe, aujourd'hui, c'est que l'exception se pérennise, qu'elle contamine le droit "commun", qu'elle engendre et justifie des pratiques de plus en plus attentatoires aux libertés. Plus grave encore, les esprits s'accoutument à ce régime d'exception qui tend à devenir la norme.

On sait bien que l'État de police se profile toujours à l'horizon de l'État de droit et que, dans les failles de l'ordre juridique libéral, ont toujours fonctionné des mécanismes d'exception capables de le miner progressivement de l'intérieur. Mais jusqu'à quel degré de restrictions aux droits fondamentaux un régime peut-il continuer à se prétendre démocratique ?

N'y a-t-il pas un moment où il faut accepter de dire qu'on n'est plus dans un État de droit digne de ce nom ?²³ ».

(22) Sadoun (M.) (dir.), 2000, La démocratie en France, Tome 2, « Limites », et plus particulièrement la conclusion générale « De la République à la démocratie » p. 407 et suivantes, Paris, Gallimard essais.

(23) Lochak (D.), 2007, synthèse du colloque « Pouvoirs exceptionnels et droits fondamentaux » organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED) les 18 et 19 octobre 2007, *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 6/2008, p 123-128.

La suspension ou la restriction des libertés doit avoir pour seul but le retour du plein exercice de ces mêmes libertés. Nos sociétés d'aujourd'hui ne font qu'appliquer le principe énoncé par Montesquieu de savoir « *mettre pour un moment un voile sur la liberté comme l'on cache les statues des dieux*²⁴ ». Il y a un risque non négligeable d'accoutumance relevé par de nombreux publicistes, car la réalité des menaces et des vulnérabilités de nos sociétés s'inscrit dans la longue durée et produit l'effet pervers de l'accoutumance en abaissant les standards internationaux en matière de protection des libertés individuelles²⁵.

On peut difficilement compter sur l'émergence rapide d'un esprit de résistance des citoyens, tant l'ampleur de la numérisation de nos sociétés et l'abandon volontaire de notre espace privé sont grands. Quand cela se combine avec une crise du pouvoir qui touche l'ensemble des démocraties occidentales, on peut mesurer l'ampleur du défi à traiter. Les citoyens vivent dans des États qui n'incarnent plus à eux seuls le pouvoir et il leur est même demandé d'être les acteurs individuels d'un changement qu'ils ne maîtrisent pas²⁶. Nous avons d'un côté des citoyens qui font de moins en moins confiance à l'État, qui se posent en victimes plus qu'en acteurs et en face des pouvoirs publics qui se positionnent sur le registre compassionnel pour tenter de « vendre » leur autorité.

Le délitement de l'identité collective qui résulte de cette situation ne constitue pas le cadre idéal pour traverser une période de crise aussi intense que celle que nous connaissons.

Recadrer le débat

Pour l'instant ce débat tourne autour de notions comme « prévoir l'imprévisible », « garantir le fonctionnement harmonieux des sociétés », « surmonter la menace », « appeler le droit en défense de la liberté collective en restreignant les libertés individuelles ». En filigrane, apparaît aussi la sauvegarde de la vie. Sauver des vies est non seulement légitime, mais répond aussi à une sorte

de « norme morale » qui transcende toutes les règles de droit. Cela concerne deux niveaux. Le premier pose la question de la relation entre individus. Il ne pose aucun problème particulier. Un homme qui protège la vie d'un autre homme trouvera toujours un principe moral, voire une règle de droit pour couvrir l'éventuelle infraction qu'il commettra. C'est, par exemple, la notion de légitime défense que nous avons évoquée plus haut. Le second niveau concerne l'État quand sa conservation en tant que garant des libertés est en jeu. Plus la crise est grave ou susceptible de l'être, plus les prérogatives du pouvoir exécutif seront accrues. Le problème est que la légitimité de cette extension des pouvoirs ne peut se justifier qu'*a posteriori*. Seule l'analyse des circonstances, et non un débat philosophique *a priori*, permettra de définir précisément si la contrainte a été exercée « légitimement » et « légalement ». Les décisions prises peuvent s'inscrire dans le cadre d'une réglementation d'exception, préexistante, ou bien être créées au gré des circonstances. Dans ce dernier cas, le retour au fonctionnement normal de la société entraînera la validation *a posteriori* de décisions qui n'auraient pas été envisagées avant la crise. Cette vision présente l'inconvénient de ne pas être universelle. Elle ne peut s'imposer à tous comme une sorte d'émanation du droit naturel. Plus nous sommes éloignés du pouvoir, plus l'exigence d'éthique peut s'affirmer sans entrave. C'est la confortable position du spectateur qui peut affirmer la nécessité de morale sans avoir à arbitrer entre des principes et la nécessité de prendre une décision qui aura des répercussions collectives non négligeables sur les libertés et qui dans le meilleur des cas sera la moins mauvaise.

Deux affaires récentes viennent jeter une lumière crue sur cette question. La première concerne l'épidémie de fièvre hémorragique Ebola. L'autre concerne les faits de torture reprochés à l'administration américaine dans sa guerre contre le terrorisme.

L'épidémie Ebola qui a débuté en Guinée en janvier 2014 a été déclarée par l'OMS « urgence de santé publique de portée mondiale ». Fin décembre 2014, le bilan global

(24) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, Paris, Livre 12, chap. 19.

(25) Letteron (R.), 2008, « L'État de droit face au terrorisme », *Annuaire français de relations internationales*, n° 9.

(26) Le Goff (J.-P.), 2008, *La France morcelée*, Paris, Gallimard-Folio, voir notamment p. 12 à 17, et p. 22 à 25.

Pour Le Goff, l'idée d'un progrès indéfini a cédé la place à une vision de l'histoire ouverte sur de possibles régressions et des catastrophes naturelles. La politique s'est voulue plus pragmatique, gérant les contraintes et le chômage de masse dans un monde complexe et incertain. C'est dans le cadre de cette désarticulation des sociétés démocratiques et de la politique avec l'histoire que se sont développés deux traits qui prennent aujourd'hui une acuité particulière : l'individualisme narcissique ; l'entreprise et le management comme modèles de performance pour l'ensemble des activités sociales. L'érosion des institutions et de la culture historique s'est accompagnée de la montée d'un individualisme désaffilié et crispé pour qui l'affirmation et l'épanouissement personnels dans le présent deviennent des finalités essentielles.

était d'environ 7 500 morts²⁷. Cette épidémie a montré les difficultés à maintenir les habitants contaminés dans des zones de quarantaine et surtout les mouvements de panique, notamment hors de la zone de contamination. Plusieurs compagnies aériennes ne desservent plus la zone en application du principe de précaution et face au retrait des personnels commerciaux et navigants.

Compte tenu du taux de mortalité particulièrement élevé (de 25 à 90 %), la peur qu'inspire cette fièvre hémorragique commence à provoquer hors de la zone infectée des comportements sans proportion avec la réalité de la menace. Des annulations de vacances, une recrudescence de la phobie des avions en Europe et surtout aux États-Unis, explicables par la seule crainte d'une contagion ont été constatés tout au long du dernier semestre de l'année 2014.

Le mécanisme de dérive sociale que l'on constate est identique à celui connu lors des grandes épidémies de peste avec bien évidemment une intensité moindre. Des quartiers entiers ont été isolés, la force vive a été employée pour faire respecter les interdictions de circulation et il a fallu faire face à une profonde désorganisation des économies des pays directement concernés. Comme il y a plusieurs siècles, l'épidémie se développe d'autant plus qu'elle se répand dans des zones où la population est épuisée par un niveau de vie encore précaire.

Ebola 2014 n'est pas la peste qui a ravagé l'Europe au XIV^e siècle et l'a menacée pendant trois autres siècles avec des foyers de crise resurgissant régulièrement jusqu'en 1720, date de la dernière grande épidémie de Marseille²⁸. L'ampleur de l'événement explique la désorganisation sociale, mais aussi l'hystérie collective des populations confrontées à un tel fléau²⁹. Cela a été suffisamment fort pour être toujours ancré dans la mémoire collective

Il est plus que vraisemblable que si, un jour, les moyens médicaux deviennent insuffisants pour endiguer une épidémie, nous utiliserions des méthodes coercitives identiques à celles de nos ancêtres. Elles seront simplement modernisées.

et ressurgir quand des épidémies à fort pouvoir létal font de nouvelles apparitions.

Il est plus que vraisemblable que si, un jour, les moyens médicaux deviennent insuffisants pour endiguer une épidémie, nous utiliserions des méthodes coercitives identiques à celles de nos ancêtres. Elles seront simplement modernisées. L'exemple actuel du Sierra Leone nous le rappelle opportunément. Au XXI^e siècle nous aurons des centres « d'isolement » ou de rétention, des zones d'exclusion et les murs seront constitués par

l'interruption des liaisons aériennes et le contrôle des flux humains et de marchandises.

Ebola peut aussi faire ressurgir et développer la conception pessimiste, construite dans l'Occident chrétien, autour de la triade « diable, péché, mort ». Cette conception a été diluée au sortir des deux guerres mondiales grâce à une expansion sans précédent de la croissance économique et de l'innovation.

Aujourd'hui, les conditions semblent réunies pour voir de nouveau une coïncidence se faire entre un discours pessimiste sur l'avenir de l'humanité et une série de désastres, de crises et de malheurs collectifs. Cette coïncidence redonne vie, chez les individus, aux peurs viscérales et peut conduire États et responsables religieux à manier la peur comme instrument d'obéissance. On ne peut que s'en inquiéter, car cela a toujours conduit aux pires excès. Cette puissance de l'idée de mal est colossale, car elle permet à l'homme d'affirmer sa puissance en luttant avec les technologies qu'il maîtrise contre les conséquences visibles du mal, mais il rend aussi visible et palpable sa faiblesse, avec son cortège de peurs, de négations, de compromissions inhérentes à toute situation où chacun est en danger³⁰.

(27) Au 15 décembre 2014, les décès constatés étaient de 6 841 pour 18 464 cas enregistrés dans les trois pays les plus touchés (Libéria, Sierra Leone, Guinée forestière. Hors cette zone, le bilan des cas mortels est faible : six au Mali, un aux États-Unis et huit au Nigeria. Le personnel médical, à la même date, a enregistré 349 décès pour 639 membres contaminés. Source OMS.

En savoir plus sur http://www.lemonde.fr/planete/article/2014/12/15/ebola-un-nouveau-bilan-denombre-plus-de-6-800-morts_4540987_3244.html#LtgSa9FoDcpOALZj.99

(28) La grande épidémie du Moyen Âge décimera en quatre ans de 25 à 40 millions de personnes. La peste de 1 720 de Marseille provoquera le décès de plus de 50 000 personnes, soit la moitié des habitants de la ville et plus de 220 000 individus dans le sud de la France.

(29) De 1720 à 1723, environ 30 000 hommes en armes, civils et militaires, sont mobilisés aux portes de Marseille pour empêcher les déplacements humains et les pouvoirs publics font édifier un mur de 100 km, haut de 2 m et précédé d'un fossé de 2 m.

(30) Zylberman (P.), 2013, *Tempêtes microbiennes : essai sur la politique de sécurité sanitaire dans le monde transatlantique*, Paris, Gallimard, Collection NRF Essais. L'auteur décrit les multiples tentatives « d'autoritarisme sanitaire » pour contenir des épidémies et le risque de voir nos démocraties confrontées un jour à des arbitrages impossibles entre la sauvegarde des libertés et la mise en place de mesures coercitives liberticides qui se révéleront très souvent inadaptées.

La seconde affaire concerne les faits de torture reprochés à la CIA. Récemment révélés³¹, ils sont la conséquence d'un décret présidentiel du 17 septembre 2001, qui a autorisé la CIA à « *entreprendre toutes les opérations nécessaires* » contre toute personne planifiant des actes terroristes. Le décret apporte le cadre légal en faisant entrer l'action des services dans la catégorie du « privilège de secret d'État » (*State Secret Privilege*), règle juridique de la *common law* restreignant devant les tribunaux l'usage des preuves quand la sécurité nationale est en jeu³². La polémique en cours sur la question de savoir s'il était opportun de rendre publiques, même partiellement les informations du rapport, a été balayée au nom des « valeurs fondamentales » de défense de la démocratie qui sous-tendent la politique aux États-Unis. Le nom et la photo d'une haute responsable de la CIA, présentée comme instigatrice de techniques d'interrogatoires confinant à la torture, a également été révélée, contrairement aux usages et aux textes légaux protégeant les fonctionnaires des services de renseignement. Mais comment pouvait-il en être autrement au regard des difficultés que rencontre le concept de « guerre contre le terrorisme ». Force est de reconnaître que quatorze ans après le 11 septembre 2001, le monde est toujours confronté à des actes de terrorisme de grande violence. Il y a fort à parier que si le terrorisme avait baissé notablement d'intensité la polémique n'aurait pas survécu face au consensus qui se serait manifesté et qui aurait en quelque sorte « purgé » les illégalités commises par les administrations.

Le même phénomène est constaté en ce qui concerne le système de détention d'exception créé à Guantanamo. C'est une réponse militaire à une atteinte à la société tellement forte qu'elle pouvait justifier un régime d'exception qualifié d'extra-pénal. Il a été baptisé par plusieurs observateurs avertis comme un « trou noir juridique » aspirant des personnes dont on peut supposer qu'elles sont ou ont été terroristes ou en rapport avec des organisations terroristes et ayant commis des crimes d'une ampleur telle que l'expression « guerre contre le terrorisme » peut leur être opposée³³. Guantanamo

participe, par le mécanisme de déportation créé, à un mouvement de prévention de la dangerosité justifié par l'intensité du risque que font courir à la société des terroristes avérés ou potentiels.

Maintenir une détention hors procédure de droit commun et surtout en l'absence de jugement dans le but d'empêcher la commission de nouvelles infractions relève de la même démarche que celle suivie lors de catastrophes de sécurité civile ou sanitaire. Le lien avec Ebola est bien réel. Dans le cas d'une pandémie, si le péril est identifiable, ses conséquences le sont moins. Faut-il interdire les rassemblements ? À partir de quel nombre de citoyens considérera-t-on qu'il y a un rassemblement ? Faut-il encourager la délation pour connaître les personnes qui ne se soumettront pas aux obligations sanitaires minimales et de fait pourraient provoquer une extension de la contamination ? Faut-il enfermer ou déporter des personnes pour les mêmes raisons ?

Nous voyons bien que face à une crise longue, le sentiment « d'évidente nécessité » dictera la conduite des pouvoirs publics et des agents (publics et privés) déployés sur le terrain. De telles décisions s'imposeront à tous, mais entraîneront le risque de créer un sentiment de rejet du pouvoir exécutif si elles perdurent³⁴.

Guantanamo est, à ce sens, un intéressant laboratoire qui montre les limites de la tolérance aux pouvoirs d'exception dans des régimes démocratiques³⁵.

Toutes ces affaires présentent les caractéristiques de l'éternel débat entre éthiques de la conviction et de la responsabilité. Elles réveillent aussi l'idée de « mal absolu » telle qu'elle a été véhiculée dans l'inconscient collectif qui a toujours la mémoire des grandes épidémies de peste et des guerres. Des millions de morts passés contribuent à propager le mythe du mal, vécu comme malheur imparable, crime inexpiable, révélateur des contradictions de valeurs et de la fatalité de la mort qui égalise toutes les inégalités.

(31) Rapport établi en 2012 et déclassifié en décembre 2014 par le Comité restreint du Sénat sur le renseignement (Senate Select Committee on Intelligence) : <http://www.intelligence.senate.gov/study2014/sscistudy1.pdf>

(32) Ce privilège a été utilisé en moyenne 6 à 7 fois par an durant les mandats du président G.W. Bush. À comparer avec une moyenne de 2 à 3 durant les 20 précédentes années.

(33) Le *Military commission Act*, ratifié en octobre 2006, a donné la définition du statut « d'ennemi combattant », c'est-à-dire un combattant illégitime ayant soutenu ou participé à des attaques contre les États-Unis ou ses alliés ou qui a été désigné ennemi combattant par une décision de tribunal spécial (*combatant status review tribunal*).

(34) Un confinement de cinq jours pour l'ensemble de la province du Nord du Sierra Leone a été mis en place fin décembre 2014. Il fait suite à la mesure de confinement à toute la population du pays du 17 au 19 septembre 2014 au plus fort de l'épidémie.

(35) Malgré les mouvements d'opposition qui se manifestent de plus en plus, il faut néanmoins reconnaître que la position du parti républicain, fermée à toute évolution de la situation, n'est pas impopulaire et a bloqué, pour l'instant, la position, plus ouverte, du Président Obama. Nous nous trouvons bien là sur une manifestation du principe de légitime défense collective, que nous avons évoqué *supra* et qui légitime des situations d'exception.

Cette puissance de l'idée de mal ne peut être évacuée du débat. C'est bien elle qui permet à l'homme d'affirmer sa puissance en luttant avec les technologies qu'il maîtrise contre les conséquences visibles du mal (pandémie, avec des vaccins ou des médicaments, terrorisme, avec des drones...), mais elle rend aussi visible et palpable nos faiblesses avec leur cortège de peurs et de compromissions inhérentes à toute situation où chacun peut se sentir en danger.

La préservation de la vie et, *in fine*, celle de la société, qui constitue la finalité d'une législation d'exception est un ciment autrement plus fort que la prévention de l'ordre public, mais encore faut-il que la perception de cette notion de sauvegarde de la vie individuelle et de sauvegarde de notre société soit partagée. Cependant, même dans cette hypothèse, qui minore les risques d'abus d'utilisation de la législation, et/ou de rejet de l'autorité, le facteur temps vient interférer pour éroder le consensus. Le sentiment « d'évidente nécessité » qui fonde tout régime d'exception est incompatible avec la durée. Vouloir s'en affranchir porte le risque réel d'abuser les citoyens sur la réalité des menaces.

De tels glissements se font toujours par petites touches, au gré de lois et de politiques de circonstances. Le basculement est malheureusement souvent perçu au dernier instant, car la tentation totalitaire a toujours été proche de la démocratie.

Quel avenir pour les législations d'exception ?

Le risque réside dans la multiplication des textes autorisant des exceptions qui ne peuvent qu'affaiblir les États qui les édictent. Selon nous le débat doit être placé au niveau de la légitimité de l'État plutôt qu'au niveau du contrôle qui est secondaire. L'argument régulièrement avancé que les régimes d'exception dans les pays de droit écrit, comme la France, seraient peu liberticides est peu convaincant. S'il est vrai que les pouvoirs d'exceptions sont, d'une part, encadrés par des textes et exercés de manière temporaire, et, d'autre part, que le Parlement doit toujours confirmer les décisions de l'exécutif, il est tout aussi vrai qu'un parlement, voire le constituant peuvent se révéler liberticides dans des périodes troubles. L'histoire est parsemée d'exemples prouvant la fragilité des convictions démocratiques.

Le vrai défi impose d'éviter une conception artificielle de la sécurité reposant sur la défense d'un État abstrait dans lequel les citoyens peinent à s'identifier, car ils considèrent que la capacité à les protéger est érodée. L'appréciation de cette capacité de protection dépasse largement la sécurité entendue au sens de l'ordre public.

La difficulté semble bien résider aujourd'hui dans la perception que les citoyens peuvent avoir de la souveraineté nationale telle que définie par l'article 3 de la Constitution française³⁶.

La majorité des publicistes français s'accordent à identifier la nation à l'État. Le dictionnaire constitutionnel³⁷ rappelle toute une série de définitions empruntées aux travaux de Carré de Malberg, en 1920, notamment à sa *Contribution à la théorie générale de l'État*. Ainsi, l'une des plus connues « *La nation est l'être qui est personnifié par l'État et identique à lui... Le mot "nation" du fait du système de souveraineté nationale désigne non pas une masse amorphe d'individus, mais bien la collectivité organisée des nationaux en tant que cette collectivité se trouve constituée par le fait même de cette organisation en unité indivisible* ».

Nation, État et indivisibilité sont ainsi proclamés, tels des actes de foi. Accepter l'un oblige à accepter les autres, les trois apparaissant réunis dans une trinité républicaine quasi divine.

Les constitutions de la France, depuis la Révolution, ont transformé en principes juridiques deux de ces concepts :

- la souveraineté nationale transfère à la collectivité la souveraineté : « *aucune section du peuple, aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice...* » ;
- l'indivisibilité résulte de ce transfert. Elle confie le pouvoir normatif au seul État, incarnation palpable de la nation pour les citoyens. L'indivisibilité prive les collectivités territoriales de tout pouvoir d'auto-organisation et s'oppose aux transferts de souveraineté au profit d'organisations supranationales.

Depuis une vingtaine d'années, les faits démontrent que la souveraineté est un simple fait et non un droit. La construction européenne et la décentralisation ont donné des exemples concrets de ce glissement. Pourtant le caractère factuel de la souveraineté est ancien. Depuis l'abandon des théories fondant la souveraineté sur le droit divin, force est de constater que la souveraineté n'est que l'expression de la puissance d'un État. Il n'existe

(36) « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum, aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice* ». Cet article est une reprise de l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

(37) Duhamel(o), Meny (Y) (dir.), 1992, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF.

aucune différence de nature entre un État dictatorial et un État démocratique. Tous deux disposent de la capacité d'imposer à leurs habitants les normes qu'ils produisent. Ces deux catégories d'État ne se différencient que par le mode de production de la norme. Dans la première, une seule personne ou une poignée disposent de la force, dans l'autre ces mécanismes de concertation vont permettre à des quantités de plus en plus grandes de citoyens d'être associés à la prise de décision.

Autre constat majeur, dans les deux catégories d'État, l'obéissance à la loi est possible sans recours à des données métaphysiques ou à la médiation par un concept de nation légitimant l'État.

Accepter l'État est un fait social suffisant pour permettre l'application des normes produites. Une règle devient règle de droit quand les membres d'un groupe admettent entre eux que toute violation de la règle sera sanctionnée par une réaction socialement organisée.

Le droit de souveraineté d'un État lui permet de formuler des normes qui s'imposeront à tous, y compris à lui-même. Cela implique évidemment qu'il puisse changer à sa guise la règle si la collectivité en accepte majoritairement le principe.

La conception française qui voudrait que la nation dispose d'une conscience distincte des consciences individuelles qui la composent permet de soutenir que la volonté générale qui s'exprime à travers le vote des représentants de la nation est distincte de la somme des volontés individuelles. Dans cette vision, la nation préexiste à l'État qui constitue le corps qui va recevoir délégation pour exercer la souveraineté. Nous voyons bien qu'à ce stade de la démonstration, la souveraineté nationale ne peut être qu'un acte de foi. Comment démontrer l'échange de consentement entre le mandant (la nation) et le mandataire (l'État) ?

La théorie française permet de se donner bonne conscience et d'affirmer que si l'État tire sa puissance de la nation, son pouvoir est limité. Quand l'État, personne juridique, accomplit des actes rejetés un jour par l'opinion publique, il devient commode d'affirmer que cet État n'est plus la République, car il aurait violé le mandat initial confié par la nation.

Or, l'État n'existe et ne prend des décisions, y compris contestables, que si cet État décide de lui-même de disposer de la personnalité juridique. Certains ont

alors tenté de démontrer qu'il existerait deux types de personnalité, une personnalité de puissance publique, soumise à la volonté de la Nation et une personnalité patrimoniale, chargée d'effectuer les actes de gestion courants. Seule cette dernière partie de l'État disposerait de la personnalité juridique et serait véritablement sujet de droit.

Le droit de souveraineté d'un État lui permet de formuler des normes qui s'imposeront à tous, y compris à lui-même. Cela implique évidemment qu'il puisse changer à sa guise la règle si la collectivité en accepte majoritairement le principe.

Le débat sur la souveraineté nationale, comme toute discussion philosophique est inépuisable. Cela n'avait que peu d'importance quand l'État était fort et centralisé. Ce type de discussion ne sortait pas ou peu de la sphère universitaire et des traités de droit constitutionnel. Depuis 1982, avec la mise en œuvre de la décentralisation et encore plus depuis la révision

constitutionnelle du 17 mars 2003 qui a modifié l'article premier de la Constitution en proclamant que « *l'organisation de la France est décentralisée* » tout en demeurant une république indivisible, le débat est désormais dans la rue.

Une cohabitation sans nuage de la souveraineté nationale, de l'indivisibilité et de la décentralisation est désormais impossible.

Si la souveraineté est attachée à un État indivisible, aucune collectivité locale ne peut en exercer ou détenir une quelconque parcelle. Cela est si vrai que la loi de 1884 qui définissait les pouvoirs des communes précisait que le maire était agent de l'État quand il s'occupait d'état civil ou de police judiciaire.

Les lois de 1982 n'ont pas touché à cette distinction. Les transferts de compétence organisés depuis cette date et ceux envisagés dans un futur proche vont faire des collectivités locales des agents de l'État à une échelle inégale.

De même, le raisonnement qui consiste à dire que la souveraineté nationale et l'indivisibilité de l'État continuent d'être intactes comme en 1789 est purement intellectuel. Comme en 1789, il fait appel à un postulat métaphysique. Pour y croire, il faut rappeler ce que dénonçait Léon Duguit en 1914, dans son *Traité de droit constitutionnel*, à savoir l'obligation faite aux défenseurs de la théorie de la souveraineté nationale de distinguer entre la « *substance* » de la souveraineté qui ne serait pas divisible et ses « *attributs* », qui eux peuvent être délégués. Nous voyons bien la difficulté d'accepter un tel raisonnement. Comment un État laïque peut-il accepter de faire appel au système de pensée de Spinoza pour expliquer ses fondements ?

Cette critique est forte. Même le Conseil constitutionnel doit parfois verser dans la métaphysique pour ne pas censurer certaines dispositions. Il le fera notamment lors de l'examen de la loi de ratification du traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992, en distinguant des degrés dans les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Si l'on suit le raisonnement du Conseil dans sa décision du 2 septembre 1992³⁸, une disposition d'un traité international peut porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (un transfert de compétence au profit de l'UE en l'occurrence) à la condition qu'une révision constitutionnelle vienne rendre conforme la disposition incriminée à la Constitution. Le Conseil s'est bien gardé d'aller au bout de son raisonnement, car le principe même de l'adhésion aux traités communautaires est contraire au principe français de souveraineté nationale. Une révision purge l'inconstitutionnalité d'une mesure, mais pour reprendre le terme métaphysique employé par les défenseurs de la théorie de la souveraineté nationale, « l'essence » de l'inconstitutionnalité demeure.

Que peut encore pour la cohésion nationale le principe de souveraineté nationale au XXI^e siècle ? Sa proclamation et ses multiples célébrations n'ont pas empêché les citoyens de constater que le pouvoir de commander, de décider appartient à une majorité issue d'un corps électoral ou majorité de force exprimée par un groupe de pression.

La subordination à l'État ne peut être que volontaire. Que pourrait un État démocratique confronté à une fronde de plusieurs dizaines de milliers de contribuables décidés à ne pas s'acquitter de l'impôt ? Les groupes de pression, agriculteurs, médecins, enseignants, mouvements nationalistes, testent régulièrement la capacité de l'État à exercer la souveraineté nationale. Force est de constater que les gouvernants se trouvent toujours dans l'obligation de faire droit à des demandes qui bénéficient d'un fort taux d'adhésion dans la population. Quand l'État apparaît aujourd'hui ferme, c'est quand il peut s'appuyer sur la conviction profonde, partagée par une large majorité de citoyens, qu'une réforme est inéluctable.

Seuls des individus ou des regroupements de citoyens ou de catégories de citoyens poursuivent des buts d'intérêt collectif.

Qui peut isoler l'expression de la nation de l'expression de la volonté des électeurs ?

Maintenir à l'identique, plus de deux siècles après leur proclamation, des concepts qui étaient adaptés à une situation historique – la France en guerre, attaquée par une coalition de pays, menacée à l'intérieur par la contre-révolution – ne peut qu'exacerber les revendications et la violence utilisée par certains groupes.

Mieux vaudrait abandonner ces concepts métaphysiques au profit de concepts simples ne nécessitant pas le recours à la foi, fût-elle républicaine.

La véritable réforme semble se situer à ce niveau. La solidarité dans la prise de décision est un ciment plus fort que la souveraineté nationale pour assurer la cohésion de l'État, seule réalité visible et palpable par les citoyens. Encore faut-il que l'État soit perçu comme un protecteur efficace et à travers lui que la justice le soit. Or, le basculement est aussi visible dans le secteur de la justice, notamment parce que les activités transnationales sont de plus en plus gérées par le contrat et donc par les juristes, et non plus par la loi, quasi inexistante au niveau transnational. C'est cette absence qui conduit de manière dramatique à la lente fusion de l'économie légale et criminelle.

Tout cela participe à creuser l'écart de légitimation entre État et citoyens³⁹ et partant, rend de plus en plus inopérante l'édition de législations d'exception. La raison d'État qui les fonde est de moins en moins acceptée pour la simple raison que les quatre strates qui la composent ne font plus consensus⁴⁰. La première strate est l'idée de dérogation au droit établi à la condition qu'il n'y ait pas d'équivoque dans la détermination de l'intérêt supérieur. La seconde strate est l'idée de rationalité supérieure qui rend acceptable l'exception. Mais cela sous-tend que cette rationalité supérieure n'est pas accessible à tous.

(38) Décision 312 DC, GD, 9^e édition, p. 783, Paris, Dalloz.

(39) La théorie de l'écart de légitimation a été développée par Jurgen Habermas, mais également Paul Ricoeur. Elle permet d'apprécier comment les détenteurs de l'autorité publique réussissent à la faire accepter par la population. Tout pouvoir politique réclame un crédit à ses administrés et apporte en contrepartie à ces derniers des justifications. Plus la justification de ces exigences est dégradée, plus l'écart de légitimation se creuse et conduit à une crise.

Jurgen Habermas a actualisé ses travaux en 2001 à la lumière des crises frappant la plupart des démocraties européennes, notamment en ce qui concerne la construction de l'Union. L'écart de légitimation se constate aujourd'hui entre les « flux de légitimation » historiques, provenant des États nations et ceux issus d'institutions internationales. Celles-ci génèrent de plus en plus de normes ne bénéficiant pas du même niveau de légitimation dans la population que celles provenant des États. Le cumul de deux écarts de légitimation, l'un dans l'ordre interne, l'autre au niveau supranational, ne peut donc qu'accentuer la crise des institutions.

(40) Zarka (Y.C.), 2003, « Raison d'État », *Dictionnaire de philosophie politique* ; 3^e édition, Paris, PUF.

La troisième strate est la notion de secret, car la fonction de gouverner est indissociable de la dissimulation entendue comme positive, car participant de la conservation de l'État lui-même. La quatrième strate est constituée par la violence légitime qui permet à l'État de se défendre.

La période actuelle qui se caractérise par une montée en puissance des droits opposables, qui provoquent une mutation irrésistible de l'action publique, s'accommode mal des fondements historiques philosophiques de la République et de la nation vécues comme un instrument juridique. C'est pour cela que la défense de la société n'a rien à gagner à la multiplication des droits d'exception. Le seul risque est de glisser vers l'arbitraire. Mieux vaut pour l'instant conserver la souplesse que donne la théorie des circonstances exceptionnelles sous le contrôle du juge administratif que de vouloir multiplier des textes législatifs

dont on s'apercevra un jour qu'ils auront participé à aggraver l'écart de légitimation entre le pouvoir et les administrés. Le seul véritable enjeu réside bien dans la recherche des moyens tendant à recréer un consensus autour d'un État au périmètre légitimé et efficace. Il y a urgence à revenir aux fondamentaux des principes constitutionnels qui ont forgé la République. Ces principes ont bénéficié d'outils puissants tels que l'école et l'armée qui ont contribué efficacement au « réarmement moral ». Et c'est bien le droit public qui a concomitamment donné sa force aux libertés et aux prérogatives de puissance publique. C'est cette combinaison qui a permis de matérialiser l'intérêt général et de traverser les crises. Les valeurs républicaines sans l'outil du droit public ne peuvent être qu'incertaines⁴¹ ■

(41) Teyssier (A.), 2015, « La République était une religion civile, peut-elle revivre ? » Tribune, *Le Figaro* du 12 février.