

*Institut des hautes études sur la justice,
Séminaire 2005-2006 « Sécurité, sûreté surveillance »
Séance du 20 février 2006.*

La sécurité peut-elle justifier un droit d'exception ?

Réflexion sur le rôle du juge gardien des libertés

Introduction

Merci à vous de m'accueillir dans un lieu qui symbolise pour moi la réflexion de l'institution judiciaire sur elle-même. Vous m'offrez l'occasion de remettre en perspective la question de la sécurité qui domine actuellement nos sociétés démocratiques. Question qui est venue à ma rencontre car j'avais donné ce sujet bien avant les événements de novembre 2005 et le vote d'un état d'urgence dans notre pays. Ces événements se situent dans le prolongement de la thèse que j'ai soutenue dans mon essai sur le populisme pénal.¹ Je disais, en substance, que nous assistons depuis une période que l'on peut dater du 11 septembre à un investissement spectaculaire des sociétés démocratiques dans les politiques de sécurité. Qu'on l'aborde en juriste, en politiste, en sociologue, en spécialiste de relations internationales, les analyses sont convergentes : partout, face à une insécurité liée à un climat de guerre diffus, où se mêle la figure des ennemis intérieur et extérieur, l'Etat s'arme puissamment. La démocratie devient plus gouvernante et les pouvoirs délégués sont plus larges et moins contrôlés par les citoyens. Le droit de punir, cet attribut de la puissance, sans cesse mis en chantier, à l'épreuve de la moindre secousse de l'opinion et ses inquiétudes les plus contradictoires, se transforme en profondeur. Lui qui a peu à peu modéré sa violence répressive par une sensibilité démocratique (où sens où la peine a su s'individualiser), voici qu'il oublie cette dimension pour des catégories entière d'individus jugées menaçantes (terroristes, pédophiles, récidivistes...). Avec eux, surgissent les figures du nouvel « *homo sacer* », cet homme du droit romain exhumé par Giorgio Agamben, celui que tous peuvent tuer impunément parce qu'il est devenu impur.

Avec l'instauration d'un état d'urgence en novembre 2005 dans notre pays, une nouvelle étape est franchie. La volonté de punir s'accomplit désormais dans l'état d'exception. Mais comment analyser ce moment politique ? Est-ce la résurgence d'un Etat autoritaire où triomphe la sécurité sur les ruines de la liberté ? Faut-il y voir, au

¹ Je me permets de renvoyer à *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Hachette littérature, 2005

contraire, un usage nécessaire de la force face à des violences devenues inacceptables ? Est-ce le signe du renouveau d'une politique de la volonté plus exaltante que la prose de la démocratie ordinaire ?

Mon exposé va prendre appui sur la critique d'une position philosophique dont le socle est la pensée du juriste allemand Carl Schmitt. Je vais partir du point de vue selon lequel l'état d'exception est *une nécessité* (aussi vieille que l'Occident) pour sauvegarder l'Etat en période de crise.² Il suppose la suspension temporaire de la Constitution pour lui éviter de disparaître. Loin de réaliser une rupture avec l'Etat de droit, il le protège et en assure - défensivement en quelque sorte - la continuité. Cette recomposition de l'Etat de droit façonne à court terme un cadre propice à l'action. Mais, à plus long terme, elle permet d'en préserver la restauration. La jonction entre ces deux moments de la démocratie est opérée par le droit. Voilà pourquoi, les événements de novembre 2005 ne révèlent pas la puissance accrue de l'exécutif mais un type inédit de contrôle. La surprise est venue de l'intervention du juge parallèlement à l'action politique. Ce n'est en effet ni le Parlement, ni le juge constitutionnel, mais le Conseil d'Etat qui a joué ce rôle au nom des droits fondamentaux. Telle est la situation que la Vème République a expérimenté en novembre 2005 : un rôle de « tiers pouvoir » du juge administratif - lui passe plutôt pour la conscience de l'Etat, le « double » du pouvoir ? Toute la question est de savoir s'il s'agit d'un approfondissement de notre démocratie ou d'un simple rôle, c'est-à-dire d'une posture plus formelle que réelle.

Après avoir posé la problématique de l'état d'exception (I) je vais analyser si la situation française telle que nous l'avons vécue avec l'état d'urgence issu de la loi de 1955 (II) avant de porter une appréciation sur la pertinence du contrôle auquel il a donné lieu (III).

I - L'état d'exception est-il devenu « paradigme normal de gouvernement »³ ?

S'il est vrai que le cœur du politique est la souveraineté, la *décision* en est la manifestation la plus éclatante. Mais elle contient en germe l'effacement des normes d'autorisation, d'encadrement et de contrôle. La tentation d'une souveraineté sans limite lui est sous-jacente. Qui décide de l'exception ? Qui fait le partage entre la période normale et la période exceptionnelle ? Une fois celle-ci installée, qui décide de sa fin ?

L'exception, révélation de l'essence (non juridique) du politique

² « L'état d'exception se situe au point de rencontre de trois éléments constitutifs : la dérogation, la référence à une situation anormale et la conception d'une finalité supérieure », c'est à dire « la sauvegarde de l'Etat ». François Saint Bonnet, *L'Etat d'exception*, PUF, 2001, p. 27.

³ G. Agamben, *Etat d'exception*, Seuil, 2003, quatrième de couv.

La pensée politique parcourt de longue date ces questions. Je n'évoquerai pas les polémiques auxquelles l'oeuvre de Schmitt donne lieu. Je ne retiens que trois oeuvres qui exposent une thèse qui se radicalise de livre en livre – *La dictature* (1921) *théologie politique* (1922) *La notion de politique* (1927). Que dit Schmitt ? Il fait de l'état d'exception ce moment où le politique coïncide parfaitement avec sa propre essence. L'état d'exception, dit-il, est au droit ce que le miracle est à la théologie. Il révèle, en somme, l'essence de la souveraineté. Peut-être est-il la souveraineté en extase ? Cette conception antilibérale de la souveraineté radicalise la pensée de Hobbes⁴ et surtout s'oppose explicitement à Kelsen.

Remise en contexte, la critique de Schmitt est concomitante de la naissance du régime parlementaire. Le régime de Weimar est à ses yeux l'image même de la décadence allemande. Il refuse que le positivisme – la volonté légalement exprimée par le législateur – soit l'unique source du droit, la forme exclusive de la légitimité politique ; que la loi une fois promulguée soit dotée d'une rationalité positive et autosuffisante ; bref, qu'une norme régulatrice façonne l'ordre politique. C'est cet édifice polycentrique de l'Etat de droit que Schmitt combat livres après livres.

Il déplace le centre de gravité de l'analyse de l'Etat. Pour lui, ce n'est pas *la norme* qui est au cœur du politique mais *la décision*. Son décisionnisme s'appuie sur une critique du positivisme. Kelsen dissocie la norme (ce qui doit être) et la décision (ce qui est). A l'inverse, pour Schmitt, la décision n'est pas extérieure au droit, elle lui est inhérente ; elle est la marque de son autonomie. Sa théorie de l'action politique s'oppose à une théorie pure du droit selon laquelle une décision doit être déduite d'une norme.

Le normativisme issu de Kelsen subit une lourde charge. Il oublie, selon Schmitt, que le noyau central de la décision échappe à la norme. La décision politique ne se réduit jamais à un exposé des motifs pas plus que la loi à son formalisme. L'élément décisionniste de la souveraineté est conçu par les théoriciens du droit comme un système clos de normes. Or, seule « *l'exception (l'extremus necessitatis casus)* » exprime la composante décisionniste pure, son principe, sa condition d'effectivité⁵. La seule question qui compte est : « qui décide effectivement ? » Ce sont les conditions d'effectivité et non les normes qui définissent la souveraineté. « *Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle.* »⁶

La défaite de l'Etat libéral est totale. Comment accepter qu'une décision puisse être fragmentée, contestée structurellement ? Comment tolérer qu'un tiers de justice, qui est une institution de contestation, affaiblisse la force de l'Etat ? L'esprit libéral procède d'une dépolitisation et d'une modération du pouvoir qui dissout l'essence du politique. Le Léviathan (unité organique du pouvoir) s'oppose à Béhémot

⁴ Voir Lucien Jaume, « Carl Schmitt, la politique de l'inimitié », *Historia constitutionnal*, n° 5, 2004.

⁵ JF. Kervegan, *Hegel, Carl Schmitt, Le politique entre la spéculation et positivité*, PUF, 1992 (reed. Quadrige, 2005), p. 35

⁶ C. Schmitt, *Théologie politique*, p. 15. « Le cas d'exception manifeste de la façon la plus claire l'autorité de l'Etat. C'est ici que la décision se sépare de la norme juridique et que pour s'exprimer paradoxalement l'autorité prouve qu'elle n'a pas besoin pour mettre en œuvre le droit d'en avoir le droit ». Ibid, p. 12-20.

(anarchie et dispersion du pouvoir). La contradiction est irréductible entre les principes libéraux de l'Etat de droit et les principes de l'Etat comme puissance. Le triomphe de l'un suppose la défaite de l'autre.

Depuis le 11 septembre : un droit pénal de la menace ?

La conclusion du livre de Giorgio Agamben *Etat d'exception* prolonge cette entreprise de réenchantement du politique. « La politique a subi une éclipse durable parce qu'elle a été contaminée par le droit... En revanche ce qui est véritablement politique c'est seulement l'action qui tranche le lien entre violence et droit. »⁷ L'état d'exception révèle une « vie » sous jacente de la société politique et le retour à une « action pure ». Il n'est donc nullement assimilable à une dictature. Il est plutôt un espace vide de droit, une zone d'anomie. L'action politique y devient un « pur moyen » s'exposant elle-même, « sans relation à un but » et sans passer par des normes. L'acte du souverain se tient entre violence et droit. Sans doute, Agamben prend-t-il la précaution de situer l'état d'exception dans un champ de tension entre ces deux pôles. Mais qu'est ce qui sépare le droit de la violence ? Qu'est-ce qui nous préserve de la violence de la décision si la norme n'est qu'un levier pour agir ?

Avec lui, beaucoup pensent que la lutte contre le terrorisme présentée comme une « guerre civile mondiale » contre un ennemi constamment redéfini nous place devant une tâche sans fin : vaincre une menace virtuelle. Mais comment y parvenir ? Il nous faudrait imaginer des ripostes multiples et permanentes. N'est-ce pas indispensable pour notre sécurité dès lors que la guerre contre le terrorisme est à la fois sans limite spatiale et sans fin temporelle ? A travers l'état d'exception, la démocratie reste sur le pied de guerre, perpétuellement en situation d'auto-défense. « En étendant à des milliers de suspects Américains et non Américains la catégorie de « combattants ennemis » privés de toute défense juridique et de tout droit en s'appliquant à tous les Etat suspects de soutenir le terrorisme... l'état d'exception permanent devient la règle, la suppression de la différence entre la guerre et la paix, l'intérieur et l'extérieur, la norme et l'exception. »⁸

Pourtant, cette dualité antagonique - le droit *contre* la décision chez Schmitt, le droit *contre* le commandement chez J. Freund, le droit *contre* la violence « pure » chez Agamben - ne va pas de soi. Pourquoi opposer la molle démocratie libérale et la souveraineté exaltée dans l'état d'exception ? Ne sommes-nous pas tributaires d'une conception de la violence dans l'histoire que célèbre la philosophie politique ? On cherche en vain chez Agamben, au-delà de la critique de l'état d'exception, *un concept positif d'Etat de droit*, qui permette d'en sortir.

⁷ Giorgio Agamben, *Etat d'exception*, Seuil, 2003, p. 148.

⁸ Pierre Hassner, « L'état d'exception permanent », *Le Monde*, 24 juin 2003. Voir aussi JC Paye, *La fin de l'Etat de droit, La lutte antiterroriste de l'état d'exception à la dictature*, La Dispute, 2004.

Cette vision binaire répugne à l'esprit de compromis propre à la pensée libérale. Comme le dit Paul Ricœur dans l'avant propos du *Juste I*, nous avons été intellectuellement captivés par une philosophie politique dont le thème lancinant est la guerre alors que la paix est le thème d'une philosophie du droit quelque peu oubliée.⁹ Pour échapper à cet envoûtement, il faut entrer dans un autre vocabulaire : alors viennent d'autres mots comme tiers, parole, conflit, consensus... Cela suppose de faire confiance aux institutions de la démocratie libérale, de créditer le droit d'une force instituante et non en faire un pur instrument.

Trois précédents historiques

N'oublions pas en effet que l'état d'exception est un produit de cet Etat libéral. Il traduit, dans son principe, un assouplissement du droit afin d'anticiper une crise grave. Tantôt, il arme l'exécutif face à un évènement redouté, tantôt il lui donne une habilitation par la voie législative. Sans remonter à la dictature romaine, il suffit de mentionner la Constitution de l'an VIII (« La loi peut suspendre dans les lieux et les temps qu'elle détermine l'empire de la Constitution », article 92) et les premières lois sur l'état de siège (1849). La loi, en cas de crise, prévoit sa propre suspension. Quand nécessité fait loi, le salut de la patrie est la seule Constitution qui vaille. Il est significatif qu'on parle, à propos de l'article 16 de la Vème République de « constitution supplétive ». Le régime d'exception est une manière « d'assumer ou tenter de surmonter la tension entre l'autorité et la liberté, entre le droit sans force et la force sans droit. »¹⁰ Il permet de substituer une crise *dans* le régime à une crise *de* régime.

Les premiers écrits de Schmitt contre le régime parlementaire de la République de Weimar se placent dans ce champ de tensions. L'article 48 de sa Constitution permet au président, en cas de guerre ou de crise de régime, de prendre toutes les mesures nécessaires mais sous le contrôle du Parlement. Cet article, amputé de sa dimension de contrôle, illustre pour Schmitt « la dictature de commissaire »¹¹. Il y voit l'avenir de l'Etat allemand. Le pouvoir du chef incarne la puissance de l'Etat. Lui seul est le gardien de la Constitution. A nouveau, il s'oppose à Kelsen qui fait du juge constitutionnel, le seul légitime détenteur de ce rôle. L'entrée dans un état d'exception suppose la négation de tout pouvoir parlementaire ou juridictionnel. Plus rien ne sépare plus une démocratie débarrassée de toute contrainte juridique d'une dictature pure et simple.

Pendant la guerre d'Algérie, le gouvernement eut seul des pouvoirs d'exception sur habilitation du Parlement entre 1955 et 1962. L'état d'urgence résulte une loi d'habilitation du 3 avril 1955 sans contrôle ni parlementaire, ni juridictionnel. L'article 16 va plus loin que l'article 48 du régime de Weimar. Il réalise le rêve de

⁹ Paul Ricœur, *Le Juste I*, Esprit, 1995, p. 10

¹⁰ J. F Kervegan, « Etat d'exception », *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 2001 p. 232

¹¹ Voir sur ce point J. Hummel, *Carl Schmitt, L'irréductible réalité du politique*, Michalon, 2005, p. 59 etss.

Schmitt c'est-à-dire la concentration de tous les pouvoirs entre les mains d'un seul : les autres pouvoirs ne sont que consultés (le Parlement notamment), l'exécutif absorbe la fonction législative¹², les décisions sont des actes de gouvernement donc sans contrôle du juge. La célèbre affaire Canal - seul cas d'annulation d'une ordonnance créant une cour militaire spéciale dénuée de droits de la défense – reste exceptionnelle.¹³

La guerre du Golfe (suite à l'invasion du Koweït par l'Irak, 1990) illustre la même hégémonie du pouvoir exécutif. On retrouve la concentration du pouvoir et la mise à l'écart du Parlement. François Mitterrand s'est même demandé s'il s'agissait d'une opération de sécurité collective ou d'une guerre qui, à ce titre, ne devait pas être « déclarée ». Après avoir approuvé l'engagement de la France, le Parlement est mis « en vacances » alors que son homologue britannique n'a cessé de siéger, que le Congrès américain suivait de près l'évolution des opérations. Le président français tenait informé l'opinion par des points presse télévisés. Bref, on retrouve la nécessité, en ces circonstances, de donner une « tête à l'Etat » dans l'esprit gaullien des origines de la Vème République. Reste qu'en raison de l'éloignement du champ de bataille, aucun dispositif d'atteinte aux libertés publiques n'a été mis en œuvre.¹⁴

Dans tous ces cas, le processus constitutionnel de la décision politique est mis entre parenthèse. Entre un juge le plus souvent absent et un Parlement désactivé, l'exécutif *incarne* le pays en guerre. Cette défaite de la représentation assure le triomphe de la dimension incarnative du pouvoir. Le pouvoir de décider se recompose dans les petites unités (conseils restreints) et des points d'information en dehors des circuits de la démocratie représentative. Le Chef de l'Etat gouverne en rendant compte directement au peuple de ses choix. Il vérifie, en quelque sorte, l'identité de vue entre gouvernés et gouvernants. Tout se passe comme si cette « démocratie d'acclamation » (Schmitt), n'était légitimée ni par des élections qui isolent les individus, ni par un contrôle politique. Elle est rythmée par un plébiscite permanent qui réunit le peuple en un chœur commun à l'appel de son chef. La question est de savoir si cet exercice du pouvoir se retrouve au moment où nous réactivons, face aux violences urbaines, la loi de 1955 sur l'état d'urgence ?

¹² Même si le Parlement se réunit de plein droit (article 16), de Gaulle exclut explicitement tout rôle législatif et toute motion de censure pendant cette période. Voir G. Carcassonne, *La Constitution*, Point-Seuil, p. 110.

¹³ Le Parlement est pris dans le syndrome de l'union dans la guerre. Pendant la guerre d'Algérie, il a sans cesse reconduit les pouvoirs spéciaux demandés par le gouvernement depuis 1955. En 1957, lors d'une nouvelle demande de reconduction, une nouvelle majorité se dégage. Rien n'a été fait pour contrôler l'armée alors qu'on savait qu'elle torturait. Contre elle certains protestent contre cette instrumentalisation des élus juste bons à donner à l'exécutif un blanc seing tel Pierre Cot qui veut exercer un contrôle sur des cas dont les journaux ont montré que des « méthodes inadmissibles étaient utilisées dans la poursuite des criminels ». Tel aussi Pierre Henri Teitgen qui demande des enquêtes indépendantes et une date d'expiration des pouvoirs spéciaux. R. Branche, « Torture, la République en accusation », in *La guerre d'Algérie*, L'Histoire, mars 2002, p. 52 et ss. Le juge administratif n'exerce que tardif et très faible contrôle. Voir Arlette Heymans, *Liberté publiques*, LGDJ, 2001, p. 85 et ss

¹⁴ Voir le numéro 58 de la revue *Pouvoirs La France en guerre*, PUF, 1991.

II – Que nous enseigne l’expérience française de l’état d’urgence (novembre 2005-janvier 2006) ?

« L’Etat d’urgence est *déclaré* à compter du 9 novembre 2005 à zéro heure... »¹⁵ On ressent à ce ton la posture souveraine : décider de l’exception hors de toute règle. La situation de danger a-t-elle pour seule conséquence de libérer l’action politique de toute contrainte inutile ? Ou bien, au contraire, ce que je vais essayer de montrer, la démocratie libérale reste-t-elle toujours au travail ? En 1955, le Parlement était désactivé et le juge absent. Aujourd’hui, on retrouve les mêmes acteurs mais leur rôle change profondément. En 2005, le contrôle « opérationnel » ne vient ni du Parlement, ni du Conseil constitutionnel. Il vient du *seul* juge administratif en position inattendue de gardien des libertés fondamentales.

D’un juge qui comprend ...

Voyons le débat juridique. Décréter l’état d’urgence, c’est suspendre un ordre politique régulier et lui en substituer un autre sans pour autant déboucher sur l’arbitraire. Il ne faut chercher ni du côté du Parlement, ni du Conseil constitutionnel pour y voir la trace d’un contrôle. Le Parlement est investi du seul pouvoir de proroger l’état d’urgence. Aucun regard n’est porté sur la décision, ni sur le déroulement des opérations. C’est devant l’opinion que l’état d’urgence est décidé en France.¹⁶ Tout se passe comme si on ne pouvait associer la représentation nationale à la décision sans altérer l’unité du commandement. Même raisonnement implicite pour le Conseil constitutionnel. Il ne sera en effet pas saisi par la minorité pourtant opposée (dans les médias) à la prorogation de l’état d’urgence mais silencieuse (dans les actes). Là encore c’est un consensus politique qui désactive toute contestation possible par les voies du droit. Assiste-t-on pour autant le triomphe de la décision au sens schmittien du terme ?

Une institution – le Conseil d’Etat - va pourtant faire entendre sa voix. Longtemps celui-ci a donné une lecture compréhensive des actes de l’exécutif en période de crise. C’est lui qui, de longue date, a forgé la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles destinée à valider *a posteriori* les actes illégaux.¹⁷ Il est, dit-on, le *complément* de l’action administrative. Dans notre culture de l’Etat

¹⁵ L’état d’urgence est *décidé* en France par le décret du 8 novembre 2005, *prorogé* dans les 12 jours qui suivent, pour 3 mois par la loi du 18 novembre et *levé* par décret à partir du 4 janvier 2006.

¹⁶ A l’inverse, en Espagne et au Portugal, il faut l’autorisation du Parlement. En Allemagne, c’est davantage le respect des droits qui est garanti. Dans les deux cas, certains droits ne peuvent être suspendus (liberté de réunion des partis en Espagne, droits de la défense au Portugal) En Angleterre, le Parlement doit proroger dans les 7 jours (réforme de 2004). *L’état d’urgence*, Document de travail du Sénat, législation comparée, janvier 2006.

¹⁷ Depuis l’arrêt Heyries (CE 28 juin 1918) et l’arrêt Dol et Laurent (CE, 28 février 1919), le juge valide les interdictions qui frappent des débits de boisson. Il ne s’agit pas de voies de fait en raison des circonstances exceptionnelles (donc pas de recours au juge judiciaire) comme le furent les internements et arrestations arbitraires à la Libération (TC, 7 mars 1952, Dame de la Murette). Même jurisprudence en mai 1968 (CE, 12 juillet 1969, Chambre de commerce et d’industrie de Saint Etienne) et en 1985 pendant les événements en Nouvelle Calédonie (CE, 3 novembre 1989, Gallot). Voir Arlette Heyman-Doat, *op.cit.* 88-89.

administratif, celui-ci doit posséder *son* juge parce qu'il défend un intérêt général sans commune mesure avec les intérêts particuliers.¹⁸ Il suffit d'entendre comment les commissaires du gouvernement font en période de crise vibrer une passion commune, le salut de la patrie. « Vous devez *admettre*, dit l'un d'entre eux en 1919, que le ministre puisait dans la situation de guerre le pouvoir élargi, exceptionnel, et implicite de déléguer sans l'appui d'un décret à une autorité subordonnée le soin d'agir en ses lieux et place ». ¹⁹ On ne raisonne plus, on admet l'évidence nécessité.

Au fond, en certaines circonstances, affirme le juge, le droit doit s'effacer devant les nécessités de l'action. Il n'est point temps de soulever des atteintes aux droits. Il s'agit de reconnaître une évidence. « *En temps normal, la liberté est la règle, en temps de guerre, c'est la légitime défense de l'Etat* » (Hauriou). ²⁰ L'adage « juger l'administration c'est encore administrer » prend ici tout son sens. Face à l'ample délégation de pouvoir donnée au gouvernement par la loi du 3 avril 1955 (plus importante que l'état de siège car il prévoit un « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public »), le Conseil d'Etat a opposé un simple contrôle minimum sur les mesures de police. Sa philosophie se résume par la formule de Jean Foyer au moment de l'affaire Canal : « le Conseil d'Etat n'est pas extérieur à l'administration, il est l'administration qui se juge ». ²¹

...à un juge qui gouverne ?

La loi du 30 juin 2000 créant le « *référé liberté* » devant le Conseil d'Etat va quelque peu brouiller cette image. Désormais, celui-ci peut jouer, au même titre que le juge judiciaire, un rôle de gardien des libertés. Tel est le sens du discret article 521-2 du Code de justice administrative. En cas d'« atteinte grave et manifestement illégale » à une liberté fondamentale, le juge administratif peut annuler la décision, la suspendre, ou encore donner des injonctions à l'administration... ²²

Bref, comme la loi ne définit pas ce qu'est une liberté fondamentale, le Conseil d'Etat va par *ordonnances en référé* en décider. Il ne se borne pas à interpréter la légalité pour fonder son contrôle. Il ne découvre pas à cette occasion, comme il le fit dans le passé, un principe général du droit bafoué par l'administration. Paradoxalement, il

¹⁸ « La juridiction est le complément de l'action administrative » (Portalis, 1834) cité par Lucien Jaume, *L'Individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997, p. 354.

¹⁹ F. Saint Bonnet, op. cit., p. 355. Je souligne.

²⁰ Cité par saint Bonnet, op. cit. p. 356.

²¹ Cité par Alain Bancaud, *Une exception ordinaire*, Gallimard, 200, p. 483

²² « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de 48h ». Par exemple, à la fin 2002, le Front national voulait tenir son université d'été à Annecy mais les autorités locales ont refusé de mettre à sa disposition une salle. Une action en « référé liberté » a conduit à annuler ce refus, le juge a ordonné de mettre une salle à la disposition du FN au nom de la liberté d'opinion. Voir le commentaire sous l'arrêt CE *Commune de Venelles*, 18 janvier 2001, in *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2005, p. 846.

transforme une « atteinte grave » (un fait) en « liberté fondamentale » au moyen d'une procédure d'urgence. Garant des libertés (par la finalité de cette action), il reste proche d'un administrateur (par une intervention au moment de l'action). Il se place ainsi *dans les conditions* pratiques d'une décision politique. Ici encore, « juger c'est encore administrer ». La présence de ce juge administrateur appartient à un « imaginaire inquisitoire » français qui aime mélanger dans la même institution des fonctions opposées.

Est-ce pour autant juger au sens où le ferait un tiers pouvoir ? L'intervention d'un juge en référé va dans ce sens. Porté par une société civile qui plaide, le Conseil d'Etat se situe *entre* la décision politique et la contestation citoyenne que suscite la violation concrète d'un droit fondamental.²³ Le vieux recours pour excès de pouvoir était imprégné par une philosophie du contrôle flexible, graduée, serrant de près la légalité, tout en se gardant d'entrer dans les choix d'opportunité. Le référé-liberté donne au contraire la priorité à la liberté fondamentale créée par le juge. C'est un renversement qui touche les relations entre droit et politique. L'objet du contrôle n'est plus de protéger la décision au nom de « l'évidente nécessité » ; c'est de protéger une liberté contre une décision étatique présumée liberticide.

Une certaine créativité jurisprudentielle trouve à s'exprimer. La loi ne donne en effet ni liste, ni définition ce qu'est une liberté fondamentale. Louis Favoreu a raison de comparer le référé-liberté au recours en *amparo* espagnol qui permet de se plaindre d'une atteinte à un droit fondamental devant le tribunal constitutionnel ou encore au recours direct devant la cour de Karlsruhe en Allemagne.²⁴ Le juge élève au rang de « droit fondamental » la contestation qui est portée devant lui. Il opère la jonction entre la protestation d'une citoyenneté et un patrimoine de principes qui, sans lui, resterait purement déclaratif. Il confronte des principes libéraux à une décision verticale, brutale, lourde d'une négation des droits au nom du « privilège » de l'administration.

Si l'état d'exception est le miracle de la souveraineté, la création d'une liberté par le juge pourrait bien être un miracle de la démocratie. On y voit la transmutation de ces vagues principes en droit à travers une situation de violence subie, une plainte particulière. Les droits de l'homme sont tout entier compromis quand les droits *d'un* seul homme sont ignorés. La singularité du cas est un lieu d'émergence d'un universel.

La prorogation préventive de l'état d'urgence ou l'ambivalence du contrôle

Reste que ce schéma doit être mis à l'épreuve des faits. Comment est intervenu le Conseil d'Etat saisi d'un recours en référé sur l'état d'urgence instauré par le décret du 8 novembre 2005 ? Une première *ordonnance* (14 novembre 2005) rendu sur la

²³ Je me permets de renvoyer le lecteur à mon livre *Le Tiers pouvoir*, Pluriel, 2000.

²⁴ Louis Favoreu, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif », *Dalloz*, 2001, p. 1744.

requête du professeur de droit Frédéric Rolin déclare qu'il n'y a « pas de doute sérieux » sur leur légalité de l'état d'urgence compte tenu de l'aggravation continue des violences urbaines. Le juge pose le cadre légal : les mesures prises sont temporaires, graduées et leur prorogation (au-delà de 12 jours) doit être autorisée par la loi. Mais il rappelle aussi au gouvernement qu'il ne peut pas tout faire : les assignations à résidence (compétence ministre de l'intérieur) si elles ont lieu doivent être soumises aux commissions départementales ; les perquisitions à domicile de jour et de nuit prévues par le décret du 8 novembre 2005 ne sont pas du seul pouvoir du préfet (l'ex art. 30 du CPP est aboli depuis 1955) et doivent être contrôlée par l'autorité judiciaire.²⁵

La seconde *ordonnance en référé* (9 décembre 2005) répond à une demande de non prorogation de l'état d'urgence compte tenu de l'apaisement intervenu.²⁶ Le juge des référés répond qu'il y a une atteinte grave aux libertés fondamentales et entérine la position du gouvernement (la prorogation de trois mois dans le contexte d'une fin d'année possiblement agitée) même s'il reconnaît que la situation est plus calme. Il va donc accepter la « doctrine de la prorogation préventive ». Il se réserve de mettre fin à l'état d'urgence avant les trois mois si aucun trouble à l'ordre public ne se produit notamment. Il dit, en somme, que l'exception ne doit pas rester la règle, que le droit commun garde sa place. Il se situe non dans le registre du degré d'atteinte à l'intérêt général (risque pour l'Etat) mais dans celui du contrôle de l'atteinte aux libertés (risque pour les droits).

On peut être pourtant déçu par ce contrôle minimum. Aucune réserve sur la distinction entre les « zones à risques » (Ile de France et grandes villes) et les autres. Pas davantage devant l'atteinte à la liberté d'aller et de venir et à la liberté de réunion toutes deux indiscutablement fondamentales. Certes, dans la première ordonnance, le Conseil d'Etat prend le contre-pied de l'appel à la « mobilisation » des parquets, de la coordination avec les préfets et de l'autonomie des perquisitions intervenues dans le cadre administratif²⁷; il resitue l'autorité judiciaire dans son rôle de gardien des libertés. Alors que le décret annonce que « le ministre de l'intérieur et les préfets peuvent ordonner des perquisitions », il propose *une autre doctrine d'interprétation* de l'état d'urgence réintégrant le rôle des magistrats que les circulaires ultérieures des ministres reprendront.²⁸

Mais, dans sa seconde ordonnance, il fait sienne la doctrine de la prorogation préventive (reprise par les circulaires qui reconnaissent la décrue des phénomènes de

²⁵ Voir frederic-rolin.blogspot.com

²⁶ Cette requête est signée par 74 personnes.

²⁷ « Les violences urbaines qui se développent sur l'ensemble du territoire national imposent que vous mobilisiez l'ensemble de vos parquets pour assurer la nécessaire *réactivité* et l'indispensable *fermeté* vis-à-vis des actes de délinquance » (Circulaire du 7 novembre 2005 signée par le garde des sceaux)

²⁸ C'est la circulaire signée de N. Sarkozy et de P. Clément en date du 16 novembre 2005 sur le contrôle des autorités judiciaires sur les perquisitions qui se réfère à l'ordonnance en référé du président de la section de contentieux du CE du 14 novembre : « la perquisition prévue par la loi du 3 avril 1955 doit se dérouler avec l'accord préalable du procureur de la République et être menée sous sa direction par les officiers de police judiciaire ». La circulaire rappelle la présence et l'accord de la personne dans son domicile, le pouvoir de contrôle *a priori* du parquet et *a posteriori* des tribunaux : bref le retour au droit commun.

violence urbaine). Rien, sauf un principe de précaution, ne justifiait une telle décision en raison d'une réelle accalmie des violences. Elle traduit une volonté d'instaurer un état d'exception moins permanent que préventif. Elle s'inscrit dans la dérive de notre droit pénal actuel qui est mu ni par l'infraction, ni par l'état dangereux mais par la menace.²⁹ La légalité d'exception devient légalité d'anticipation ; la restriction des droits prévient un danger hypothétique ; en somme, l'état d'exception est orienté par l'hypothèse de prédatons qu'il faut anticiper et non par des actes qui appellent une peine. Voilà qui souligne l'ambivalence d'un contrôle surplombé par un besoin de sécurité renforcé qu'il partage. Un rôle de gardien des libertés doit être investi pour être crédible. Il s'affirme par des actes capables aux yeux de tous de poser des limites. Il suppose un contrôle indépendant parce que distancié. Nullement une critique bienveillante ou un soutien conditionnel.

Qu'aurait fait le Conseil constitutionnel ?

Il n'est pas évident pour une juridiction d'affronter directement un gouvernement élu. Peut-on imaginer que le Conseil constitutionnel investisse un jour ce rôle ? Avec quels arguments et quelles ressources ? La montée en puissance du Conseil d'Etat sur le terrain des libertés rend d'autant plus cruelle l'absence du Conseil constitutionnel sur ce plan. Le fossé ne va-t-il pas se creuser entre ces deux « conseils » à la faveur de la définition concurrente de la « fondamentale » d'une liberté ?

Tel qu'il est, notre Conseil constitutionnel ne peut jouer son rôle de « tiers pouvoir » en raison de son mode de saisine purement politique. Il ne fut pas saisi, entre autres, de la prorogation de l'état d'urgence par la loi alors que nombre de députés de l'opposition l'ont déclaré inopportune.³⁰ Tant que le Conseil constitutionnel ne sera pas ouvert au recours individuel (ou à tout le moins à la question préjudicielle), on ne voit guère comment, il pourra jouer ce rôle de gardien de la Constitution. Il faut ajouter que le Conseil en outre *s'autolimité* : en 1985, au moment lors des événements de Nouvelle Calédonie, saisi de la prorogation de la loi sur l'état d'urgence, il s'était borné à dire que la Constitution de 1958 n'avait pas abrogé la loi de 1955 sans contrôler la conformité de cette loi à la Constitution (CC, 25 janvier 1985). Serait-il allé plus loin aujourd'hui ? Sa prudence a-t-elle été anticipée par le refus des parlementaires d'y voir un authentique recours offert à la minorité ?

L'offensive du Conseil d'Etat sur le terrain des libertés peut-elle déclencher une audace analogue du côté du Conseil constitutionnel ? Celui-ci rencontrerait la demande latente des citoyens et ferait avancer notre démocratie grâce à trois leviers :

²⁹ « Il suffit que ces comportements soient perçus comme menaçant et s'ensuit une extension du filet pénal... C'est le risque d'atteinte aux personnes plutôt que la violence qui est visé. C'est un comportement jugé lourd de menaces plutôt qu'un état qui révélerait une dangerosité ». Jean Danet, *Justice pénale, le tournant*, Folio-essais, 2006, p. 44.

³⁰ On estime à 50% les lois qui ne sont pas déférées au Conseil constitutionnel. M. J-M. Ayrault (PS) déclare : « Pour nous l'Etat de droit doit être respecté et retrouver la confiance de l'électorat populaire passe aussi par le droit à la sécurité ». *Le Monde*, 10 décembre 2005.

une volonté politique (qui reste à construire) une demande citoyenne (elle bien présente) et une « transgression fondatrice » (analogue à la décision de 1971 qui étend le contrôle de la loi au bloc de constitutionnalité). Cette avancée est paralysée pour le moment par une culture politique où la loi garde une prééminence symbolique appuyée sur des positions de pouvoirs. Notre Conseil constitutionnel reste moins un juge qu'un co-législateur – un « législateur négatif » disait Kelsen. Il écarte rarement la loi pour non conformité au bloc de constitutionnalité. Il ne s'autorise à la réécrire que par des réserves d'interprétation neutralisantes ou créatrices. Sa jurisprudence – on l'oublie trop – est soucieuse d'équilibrer les droits *subjectifs* de valeur constitutionnelle et les *objectifs* de la politique gouvernementale placés au même niveau de protection. La singularité française demeure surtout si on la compare avec les autres démocraties européennes : l'absence de véritable *tiers* juridictionnel pour le contrôle de la loi.

III) Une nouvelle étape dans la recomposition démocratique ?

On peut en déduire que l'état d'urgence agit comme un révélateur de ce qu'est devenue notre démocratie. La puissance de l'exécutif n'est plus seule en scène. La société civile conserve, via le juge, une capacité d'intervention sur la scène de la démocratie. C'est le travail - certes difficile - de l'idée libérale dans le processus de construction de la démocratie qu'il faut maintenant souligner. Un tiers pouvoir est-il compatible avec la montée des pouvoirs d'exception ? N'a-t-il pas pour effet immédiat de l'écarter ? Comment le juge pourrait arbitrer dans ce partage des risques liés à l'insécurité alors que le préjudice porté à la liberté est devenu plus supportable dans ce contexte ? Les acteurs de la société civile absents en 1955 trouvent désormais des canaux d'expression pour faire entendre leurs voix. Alors que les impératifs de l'action pourraient l'emporter sur la patience de la délibération, l'état d'exception n'empêche pas l'expression des formes pluralisées du politique.

Mais les deux acteurs qui restent en scène – l'administration et « son » juge - se différencient-ils suffisamment ? Ne sont ils pas trop proches – fonctionnellement et culturellement - pour diverger, organiser un « consensus conflictuel » ? Le rôle du juge administratif a-t-il pour fonction d'encadrer l'usage de l'état d'urgence ou au contraire de le légitimer ?

Enoncer la loi, mettre en œuvre le droit

Prenons un peu de recul historique pour analyser ce fait : le juge, reste actif y compris en période exceptionnelle. Au regard de l'historien, *a fortiori* en période de crise, il disparaît derrière les seuls acteurs politiques. Il est le plus souvent réduit à

l'état d'instrument d'une volonté politique. Mais cela n'est vrai qu'en partie. C'est négliger les facteurs de modération ou d'accélération venant ceux qui mettent en œuvre les normes. On oublie qu'au contact d'une réalité multiple et changeante, il faut en, quelque sorte recréer la loi pour la rendre applicable. Cette application qui n'a rien d'automatique suppose engagement, imagination, interprétation. Voilà pourquoi, il faut penser les institutions non à partir du haut, de ceux qui feraient la « grande » histoire - celle des décideurs souverains - mais aussi du point de vue de ceux qui la mettent en œuvre. Tout est fait pour que cette scène reste dans l'ombre. Surtout dans les périodes de crise où l'unité du commandement occulte tout le reste.

L'étude d'Alain Bancaud sur la magistrature entre 1930 et 1950 montre son rôle d'acteur en un temps où tout était fait pour qu'elle occupe la place seconde que sa tradition et les circonstances lui assignent. D'un côté, la justice obéit au politique et banalise la législation d'exception (il y aura près de dix juridictions d'exception créées) ; elle rationalise l'exception en la coulant dans le moule de son langage, son rituel, son système de croyance (la Loi, le Droit...). Mais, d'un autre côté, elle lui impose des limites - et ce pas seulement en 1943 où l'opinion bascule vers la Résistance.³¹

Le monde judiciaire banalise l'exceptionnel sans se borner à le couvrir d'un manteau de légitimité. Ses traditions, son rituel et son vocabulaire contribuent à réduire les écarts et les effets de rupture. Elle maintient une continuité notamment avec des principes juridiques auxquels elle se dit attachée (non rétroactivité de la loi, circonstances atténuantes, valeur des preuves...). Il y a donc un espace de jugement (de la poursuite au jugement proprement dit) qui semble bel et bien irréductible à la volonté politique ce que Bancaud appelle à propos du procès de Riom la « scène aléatoire du procès »³². A l'énonciation d'un état d'exception sur la scène politique s'ajoutent les normes autonomes de la scène judiciaire. La décision politique se réalise au moyen d'une pluralité d'acteurs qui joue souvent un rôle modérateur.

Ce déploiement d'acteurs ne transforme pas seulement notre lecture de l'histoire. Il permet de modifier notre regard sur les événements actuels. Il suffit de rappeler que l'état d'exception a été appliqué avec sagesse au moment des violences urbaines de novembre 2005. La politique pénale se résumait dans un seul programme : mobilisation, comparution immédiate, prison ferme. La réalité vue du terrain est plus nuancée. Tantôt, les acteurs (police, parquet) jouent un rôle d'accélérateur ; tantôt, ils freinent les élans, travaillent la violence, l'usent, la vident de son énergie. Bien que possibles les mesures exceptionnelles (perquisitions, assignation à résidence, atteintes aux libertés publiques) n'ont pas été appliquées par les préfets. Les juges n'ont pas tous relayé la posture martiale du gouvernement. Les choix

³¹ Dès 1940, il y a 21,5% d'acquittements dans les sections spéciales. Sur la résistance des juristes, voir *Robes noires, années sombres*, Liora Israel, Fayard, 2005, p. 188 et ss. Voir notamment la reformulation de la querelle Fuller/Hart sur le rôle du positivisme des juges dans leur application (ou non) du droit nazi. Pour Fuller, il n'y a pas de droit sans une « moralité interne » qui doivent nous servir de référence pour éviter l'hégémonie d'un droit nazi ; pour Hart, il n'y a de droit que positif sans principe supérieur. Pour Osiel, chaque juriste qu'il ait un profil positiviste ou naturaliste a des ressources morales pour résister. Seuls les moyens changent. op. cit. p. 203.

³² Alain Bancaud, *Une exception ordinaire*, op. cit., p. 393.

organisationnels (chambre spéciale ou ordinaire pour ces affaires), les décisions procédurales (usage du témoin assisté) et la diversité des peines (peine de prison mais aussi travail d'intérêt général, réparation pénales) en témoignent. C'est une trame continue de décisions entre la loi et son application qu'il faut appréhender pour avoir une vue complète du tableau. On peut parler ici d'une sagesse pratique au sens d'une prudence devant le déferlement des urgences. Au droit pénal de la menace affiché en haut se superpose à la base une individualisation procédurale, administrative et judiciaire. Les normes d'application s'inscrivent tantôt dans le sens de la prudence du temps juridique, tantôt dans la voie de l'accélération du message politique.

Un tiers pouvoir en trompe l'œil

Tel est le paradoxe : en démocratie, l'état d'exception réveille la part décisionniste du pouvoir mais ne désactive pas le travail de la norme juridique. Alors même qu'il aurait pu nous conduire à renforcer la dimension verticale du pouvoir, la défense de libertés ne désarme pas l'Etat. Certes, quand le danger est là, quand s'impose la « guerre contre le terrorisme » à l'extérieur ou contre les violences urbaines à l'intérieur, quand dominant les deux faces de la mondialisation négative au dehors et de la fragmentation sociale au-dedans, le réflexe d'union sacrée passe au premier plan. Mais la division libérale et les contrepouvoirs qui s'y attachent ne sont pas sans influence.

Prenons l'exemple américain. Après le 11 septembre, seule compte la riposte armée contre le terrorisme lors de la guerre d'Afghanistan puis contre l'Irak. La rhétorique guerrière l'emporte. Il faut attendre la révélation par la presse de la torture pratiquée dans le camp de Guantanamo et les prisons irakiennes pour que les voix discordantes se fassent entendre. Certains rappellent la résistance des juges lors de la suspension de *l'habeas corpus* pendant la guerre de sécession. On évoque aussi la décision de Roosevelt en 1942 de faire juger les nazis à huit clos par un tribunal militaire. Les premières plaintes dénoncent la protection moindre (le statut de « combattants irréguliers ») reconnue aux non Américains. Le temps de la justice semble venu. La Constitution, dit-on, ne prévoit-elle pas les mêmes droits à toute personne se trouvant sur le territoire américain ? Le statut de prisonnier étranger sans droits sur la base de Guantanamo (ni *habeas corpus*, ni droit de défense...) n'est plus acceptable. Il sera réfuté par la Cour suprême dans ses arrêts certes trois ans après le 11 septembre.

Le pari français est plutôt de renforcer le contrôle préventif. Il se place au moment de la décision. Il confie cette mission au juge le moins dangereux car le plus proche de l'appareil d'Etat. Rien de comparable à la suprématie de la Cour suprême des Etats-Unis. On peut douter que le juge administratif façonne, à cette occasion, une nouvelle distance à l'égard d'un appareil dont il est issu et partage la culture. Peut-être se détachera-t-il ainsi du vieux mimétisme qui le conduisait à forger un droit à la convenance de l'administration ? La distance peut venir de l'acte par lequel les

citoyens saisissent les tribunaux et peuvent ainsi peser sur l'action politique. Face à *une loi* sur « l'état d'urgence » (loi de 1955) pour la protection des intérêts de l'Etat, nous voyons poindre *un droit* d'urgence et une procédure en référé pour protéger nos libertés. On peut en juger l'application encore bien faible. C'est pourtant un signe : nous vivons bel et bien une révolution où le pouvoir de juger reconfigure l'architecture de nos démocraties. ³³

N'est-ce pas la confirmation, du côté inattendu du juge administratif, de la montée du « tiers pouvoir » ? ³⁴ Là où ne l'attendait pas forcément, dans le champ de la justice administrative dont on sait la « confraternité » de ses membres avec l'appareil d'Etat ³⁵. Voilà qu'elle est traversée par un mouvement de « décentrement » de l'Etat « en plaçant le justiciable et non plus le producteur de l'action publique au centre du système » ³⁶. On le voit : c'est la révolution démocratique du juge en marche à *un moment* – un contexte d'état d'urgence – *et en un lieu* (le Palais royal) où on ne l'attendait guère. Autrement dit, il cesserait de produire un droit pour une administration mais, à l'inverse, en vue de renforcer les libertés fondamentales des citoyens. La poussée européenne s'ajoute à cette mutation identitaire. De l'arrêt Procola (CEDH, 28 septembre 1995) à l'arrêt Kress c/ France (CEDH, 7 juin 2001), le juge est invité à concevoir son cadre d'intervention en adéquation avec un public qui ne doute pas de son impartialité.

Mais cette mutation peut-elle donner lieu à un contrôle réellement indépendant ? Rien n'est moins sûr. La proximité des cultures du Conseil d'Etat et du monde politico-administratif ne crée guère les conditions favorables à un tel écart. Comment l'imaginer dans une même institution règne l'osmose entre les fonctions de juge et celle d'administrateur ? Comment serait-il possible dans un Etat centralisé où la coutume veut que les directeurs de cabinet des ministres soient des membres du Conseil d'Etat ? La condition de possibilité du bien juger est de préserver une juste distance. La continuité légendaire entre juger et administrer est fatale à un contrôle qui doit paraître impartial pour être insoupçonnable.

Le paradoxe peut s'avérer insoluble pour le juge. « Qu'ils cèdent d'un pouce, l'administration les grignotera ; qu'ils embêtent trop l'administration elle les ignorera ou les contournera ». « Etrange écologie », ajoute l'anthropologue, où « dans le même bâtiment, les mêmes couloirs, *le même corps* se déploie une activité entièrement différente du contentieux celles des sections administratives chargées de conseiller le gouvernement sur les projets de loi mais aussi de l'aider à rédiger des décrets »... ³⁷ Cette confusion des rôles qui surprenait déjà Tocqueville n'est guère dissipée tant elle est constitutive d'un pli anthropologique inhérent à l'institution.

³³ Voir Marcel Gauchet, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation*. Gallimard-NRF, 1995.

³⁴ Le référé suspension permet au CE de suspendre l'exécution d'une décision en cas de « doute sérieux quant à la légalité de l'acte » (article 521-1 du code de justice administrative issu de la loi du 30 juin 2000) .

³⁵ Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996. .

³⁶ Jacques Caillosse, « La justice administrative », *Dictionnaire de la justice*, L. Cadiet (dir.), PUF, 2004, p. 730.

³⁷ Bruno Latour, *La fabrique du droit, Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, 2002, p. 40. Je souligne.

D'autant que, du point de vue fonctionnel, la proximité des niveaux décisionnels renforce la confusion. A vouloir être rapide et efficace, la procédure de référé se confond avec l'action administrative. La parenté entre l'administration et le juge est renforcée paradoxalement au nom de l'efficacité. Julien Freund distingue le droit qui est de l'ordre du détour procédural et la décision qui suppose la décision immédiate. L'une est constituée par le débat contradictoire ; l'autre par le commandement. « L'instrument juridique du droit est le procès non la contrainte qui est d'essence politique ; la raison juridique est de procédure non de puissance. ³⁸ » Sans doute une démocratie, au sens du partage de la décision par la délibération, rapproche les deux types de décision. Mais rabattre l'un sur l'autre donne crédit à la thèse du « juge qui gouverne » et le replace celui-ci dans l'orbite de la décision souveraine. Le moment *volontaire* de la décision et le moment *prudent* du contrôle appartiennent au même continuum.

Pour qu'on parle de pouvoir de juger, il faudrait que ces deux moments se détachent visiblement l'un de l'autre. Qui a osé critiquer l'opportunité de l'état d'urgence qui, du strict point de vue des faits, n'allait pas de soi ? Seule une instance tierce pouvait s'y autoriser dans un contexte d'unanimité d'où toute divergence, même partielle, est inaudible. Faute de quoi, le juge fait intrusion dans un processus décisionnel qui l'absorbe et le retourne à son profit. A un contrôle réduit aux marges s'ajoute *un effet de légitimation* crée par l'intervention d'une instance supposée dire le droit. La norme redouble et scelle la décision politique. *Auctoritas* et *potestas* fusionnent au lieu de s'appuyer sur leurs différences.

Conclusion

Voilà ce que je voulais dire sur ce sujet sans prétendre l'avoir épuisé. Je prie les spécialistes du droit public de me pardonner mon incursion dans leur territoire. Je crois avoir montré que notre démocratie expérimente des compromis où le libéralisme politique s'exprime dans les formes de notre vieil Etat administratif (et de son juge) faute d'imaginer celles qui lui seraient nécessaires. Hélas, ces compromis ne donnent guère un nouvel élan à notre démocratie. Au contraire, ils me semblent contredire l'avancée de l'idée libérale. Est-ce un excès de pessimisme ? Cette contradiction ne surprend pas l'historien qui constate la nature substantiellement étatique du libéralisme à la française. Celui-ci passe, dans notre culture politique, non par les droits défendus par un juge à la manière anglo-saxonne mais par des institutions administratives, telle le Conseil d'Etat, où on fait entrer le souci des libertés. Donner en 2000 au juge administratif le rôle de gardien des libertés, c'est en somme perpétuer une conception de la séparation des pouvoirs ignorant le judiciaire. Comment ne pas songer au mot de Vidaillan, conseiller d'Etat, qui s'élevait en 1841 contre la reconnaissance d'un juge administratif distinct de l'administration : « La justice déléguée est contraire à la séparation des pouvoirs. Elle en sape le principe ;

³⁸ Julien Freund, *L'essence du politique*, Sirey, 1986, p. 122-123.

elle en rend la barrière flottante. Un corps investi d'attributions contentieuses deviendra judiciaire quoiqu'il provienne de la nature administrative. *Alors, il sera difficile de décider où finit l'administration où commence la justice* »³⁹ La peur du juge appartient à un imaginaire français où le despotisme n'est pas le fait de l'Etat mais de l'*hybris* judiciaire porté par la tyrannie des intérêts particuliers. A ce trait de notre culture politique sommes nous décidément voués ? Le débat est ouvert.

Merci de votre attention.

Denis Salas,

Secrétaire général de l'AFHJ, responsable du Centre de recherche sur les pratiques judiciaires (CRPJ-ENM)

³⁹ Cité par Lucien Jaume, *L'individu effacé*, op. cit. p.363. Je souligne.