

CONCLUSION DE LA JOURNÉE DU 20 AVRIL 2017

I. Ce qu'est et ce que permet l'État de droit

Nous avons invité à cette journée en lançant un appel contre le démantèlement de l'État de droit. Sans doute faut-il rappeler que l'État de droit est devenu un thème politique et est considéré aujourd'hui comme une caractéristique essentielle de la démocratie parlementaire mais n'est cependant pas un élément constitutif de ce seul régime. Il s'agit en effet à l'origine d'un modèle théorique dont l'étendue et l'application sont fort variables. Hans Kelsen en a donné la définition suivante : « [...] *État dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées de telle sorte que sa puissance s'en trouve limitée* ». Ce dernier a pu regretter qu'au regard de la science juridique, l'Allemagne nazie pouvait être considérée comme un État de droit. Cette mise en perspective permet de comprendre comment, sous l'État d'urgence proclamé par les nazis peu après leur accession au pouvoir, les actes commis l'ont été conformément à la loi d'exception alors en vigueur.

Il n'en demeure pas moins que, plus actuellement, au vu des différents exposés auxquels nous avons assisté, il est patent que la définition traditionnelle de la notion d'État de droit se trouve largement remise en question. En effet, si l'on considère l'État de droit comme celui qui fonde sa légitimité sur le droit (plutôt que sur la force ou encore sur l'autorité d'un despote), on peut dégager trois grands principes qui semblent le caractériser dans un système démocratique :

1. Le respect de la hiérarchie des normes

Le respect de ce principe implique que les lois et normes internationales priment sur les dispositions de droit internes qui leur seraient contraires. Les législations antiterroristes et les régimes dérogatoires qu'elles permettent, tant au niveau préliminaire de l'enquête que dans les régimes spéciaux d'incarcération nés de la pratique administrative et dont Nicolas Cohen nous a donné un aperçu alarmant, s'accommodent mal des normes juridiques supérieures énonçant les droits et libertés de chacun.

2. L'égalité devant la loi

Ce principe implique une égalité de tous devant la loi, personnes physiques ou morales. Force est de constater que les législations anti-terroristes, tant par les mesures intrusives qu'elles recèlent en amont du procès que par le flou des incriminations d'intentions ; la nouvelle possibilité de déchéance de nationalité ou encore la nouvelle loi permettant l'expulsion d'étrangers nés en Belgique, en séjour régulier et constituant une menace pour l'ordre public (en l'absence de condamnation pénale), placent des personnes dans une position d'inégalité flagrante face à la norme, créant une gradation entre les individus dans la jouissance de droits et libertés.

3. L'indépendance de la justice (corollaire essentiel du principe de séparation des pouvoirs)

Ici encore, on constate que l'indépendance de la justice est mise à mal par des manœuvres du gouvernement visant à avoir la mainmise sur les décisions de justice (Turquie), le glissement de l'initiative pénale vers le seul Ministère public sans qu'il ne devienne un organe indépendant (et dont M. Van Cauwenberghe nous a tracé l'historique et l'actualité), ou encore la revendication bruyante par un secrétaire d'État de son non-respect des décisions judiciaires.

Face à ces différents constats, il apparaît que le système tel qu'il se présente actuellement répond à une notion nouvelle et éprouvée à la fois, celle de l'État d'exception, qui, en l'occurrence, se pérennise.

II. Vers l'état d'exception permanent

Jean-François Kervégan constate qu'un état d'exception se fonde sur deux ordres de moyens, *«qui favorisent le renforcement du pouvoir et la concentration de son exercice»*, les *«restrictions ou suspension des libertés publiques et de certaines garanties constitutionnelles»* et la *«transgression plus ou moins étendue du principe de séparation des pouvoirs au bénéfice de l'exécutif.* ¹»

¹ J.-F. Kervégan, « Etat d'exception », in P. Raynaud, S. Rials, Dictionnaire de philosophie politique, Paris, PUF, 1996, , p. 252

Ces dernières années ont vu se multiplier mais surtout, et c'est là que se situe l'essence de ce que nous dénonçons, se pérenniser les moments et les lieux de suspension de la règle de droit. Le droit et l'exception coexistent dans un même système où la gestion par l'exception devient un modèle intégré, constitutif de l'État de droit contemporain et qui se manifeste à travers diverses pratiques (pérennisation d'un État d'urgence, intégration de législations antiterroristes dans le code pénal, extension des pouvoirs répressifs des autorités administratives).

Cette nouvelle forme de gouvernamentalité a été définie par Giorgio Agamben et ensuite par Jean-Claude Paye. Ce dernier nous dit à son propos : « *La procédure d'exception se substitue à la Constitution et à la loi comme formes d'organisation du politique. Il s'agit d'une transformation du rapport société état.*² »

On constate que les prémices de l'état d'exception se trouvent dans l'État de droit qui devient donc moins un modèle idéal à ranimer qu'une condition d'émergence d'un État d'exception permanent ; l'État de droit est le réceptacle des mesures d'exception – la cohabitation même de l'exception et de la règle dans la norme de droit implique une reconsidération drastique du statut des droits et libertés fondamentaux.

L'exemple italien dont nous avons eu un éclairage particulier à travers les procès contre le mouvement No-Tav, est éclairant en ce sens : le recours aux dispositions d'exception est constitutif de son modèle pénal et cependant personne ne conteste le fait que ce pays demeure une démocratie parlementaire et un État de droit.

1. Les manifestations de l'état d'exception

La notion de gouvernement par l'exception recouvre deux aspects essentiels : d'une part, la centralisation des pouvoirs dans les mains de l'exécutif et d'autre part, la création d'une figure de l'ennemi.

a. La centralisation du pouvoir dans les mains du pouvoir exécutif

D'une part, on assiste à un déséquilibre des trois pouvoirs et à une centralisation du pouvoir dans les mains de l'exécutif et de l'administration, ce qui se traduit notamment :

- Par une prédominance du gouvernement dans l'initiative législative :

² PAYE J.-C., La lutte antiterroriste : un acte constituant de l'Empire, in Les temps modernes, ouvrages collectifs, juin 2005, p.277

Les projets de lois en Belgique qui constituent plus de 90% de l'initiative législative, et traduisent l'impulsion de l'exécutif, soucieux de légiférer sur une « question politique » précise- souvent en matière répressive ou d'immigration ; le recours à l'article 49.3 de la Constitution en France; en Turquie la volonté affirmée du gouvernement de prendre les devants est confirmée par les modifications induites par le référendum du 16 avril dernier ;

- Et par le recours à des procédures administratives en lieu et place de procédures judiciaires, qui elles-mêmes se caractérisent par le rôle prédominant du Ministère public :

Ici je pense à l'exposé exhaustif de M. Van Cauwenberghe et à la gestion administrative dans les prisons exposée par M. Cohen mais aussi aux différentes mesures de perquisitions et assignations à résidence décidées par les préfets en France, au recours de plus en plus diffus (aussi en ce qui concerne des mineurs) aux sanctions administratives communales, au recours aux interdictions d'accès (DASPO) contre les militants italiens.

b. La construction d'une figure de l'ennemi

D'autre part, le deuxième grand trait de cette situation est la construction de la figure d'un ennemi intérieur qui fait basculer les dispositifs de répression du fait incriminé vers des mesures visant à prévenir la dangerosité de certaines catégories de la population qui sont ainsi particulièrement visées.

Ceci a pour effet de créer une importante discrimination entre ces catégories de la population et celles qui ne sont pas visées par les mesures exceptionnelles, et de créer pratiquement des catégories différentes de citoyens en fonction de leur possibilité effective de jouir de droits et libertés dès lors qu'ils sont visés par ces dispositifs.

En Belgique, nombreux sont les cas de personnes de confession musulmane visées par des perquisitions, des mesures de contrôle sur base d'un profilage effectué en amont de tout acte infractionnel. La loi visant la déchéance de nationalité ainsi que la possibilité d'expulser des étrangers en situation régulière sur la base d'une atteinte supposée à l'ordre public en

l'absence de condamnation ou en cas de condamnations de tout type (le secrétaire d'État a indiqué dans une interview qu'il pouvait s'agir également de la multiplication d'infractions de roulage), montre le profil de la menace choisi : l'autre, l'éternel étranger, qui, bien qu'il soit né ici, ne sera jamais un sujet de droit à part entière, sera toujours un citoyen de second rang. Il est difficile dans ces circonstances de mener une politique d'égalité tant les questions identitaires sont mises en avant.

Les cas turc, italien et français qui ont été brillamment illustrés par les différents intervenants, nous montrent que la figure de l'ennemi se profile également autour des opposants politiques au système en place : de l'emprisonnement massif de toute forme d'expression en Turquie (enseignants, journalistes, avocats, fonctionnaires), en passant par l'assignation à résidence des militants anti « COP 21 » en France et par l'utilisation des mesures d'enquête que permettent les lois anti-terroristes contre les inculpés de Tarnac ou contre les militants *No-Tav* en Italie à la généralisation de pratiques administratives de répression (*DASPO*) et au recours à l'armée pour neutraliser un territoire ainsi qu'une lutte sociale et politique.

L'utilisation des législations d'exception contre les mouvements sociaux, contre les mouvements des travailleurs et contre les non-sujets de droit que sont les migrants est bien la réalité actuelle. Je salue l'intervention de M. Gaby Jaenen qui a mis en avant les pratiques de criminalisation et de délégitimisation des luttes sociales qui sévissent depuis plusieurs décennies.

2. Effets sur le droit pénal et société de contrôle

Le droit pénal est désormais censé agir en amont de tout fait répréhensible. Un individu n'est plus dangereux en fonction des actes qu'il pose mais sur base de sa potentielle dangerosité sociale et des intentions qui lui sont prêtées (à cet égard je me permets de rappeler le contenu de l'article 140 bis du Code pénal qui incrimine l'incitation indirecte à la commission d'une infraction terroriste, encore récemment modifié). Nous assistons à une véritable torsion du droit pénal, qui passe d'un système fondé sur une responsabilité personnelle à un système fondé sur la raison d'État.

Dans ce système, seul le chimérique droit à la sécurité, dont Monsieur Sizaire dénonce très justement le caractère d'imposture dans son ouvrage, est considéré comme devant être mis à tout prix en avant, au mépris manifeste et même en contradiction évidente avec les droits et libertés traditionnellement admis. Sans doute n'est-il pas inutile de rappeler que l'article 5 de

la Convention européenne des Droits de l'Homme, lorsqu'il énonce le droit à la sécurité, se réfère à la sécurité des citoyens contre les abus de l'État. Ces mêmes politiques sécuritaires et de contrôle posent par ailleurs question en termes d'efficacité, ce point fera l'objet de l'exposé de mon collègue Pieter Staes.

Le « populisme pénal » peut nous servir à cerner la vision d'un droit pénal obnubilé par un impossible droit à la sécurité, qui implique l'adoption de mesures dans l'urgence. Beck a souligné le rôle de la surmédiatisation de la criminalité par rapport à d'autres problèmes sociaux, ce qui encourage l'idée d'une nécessité urgente dans le domaine de la répression « préventive » au détriment d'autres domaines du social³.

Enfin, un aspect particulier et qui interpelle quant à l'ancrage de la pratique de l'exception dans le système judiciaire est celui de la justice d'exception.

La France a en effet connu à travers les époques diverses juridictions d'exception caractérisées essentiellement par les pouvoirs policiers qu'elles accordaient en amont de la procédure. Le pays a récemment institué un état d'urgence qui se prolonge dans le temps, ce qui ne manque pas de poser la question de la possibilité-même de circonscrire l'exception. Pour citer Madame Vanessa Codaccioni qui résume la tendance actuelle : « *on est passé d'une justice d'exception judiciaire, du juge, à une justice d'exception policière et administrative, qui a pour objectif d'arrêter, de fichier, de contrôler, d'assigner, de perquisitionner.* »

Conclusion

Nous devons à notre tour faire preuve de radicalisme en ce sens que nous devons nous intéresser aux racines-mêmes de l'émergence de formes d'action nihilistes, dans un contexte où le système n'avance que des « solutions » répressives et de contrôle présentées comme la panacée et fondées sur un discours sécuritaire.

Nous avons rappelé que la notion d'État de droit est avant tout un modèle théorique et est en tant que tel, susceptible de connaître diverses applications pratiques. Ce constat doit nous amener à sentir la limitation inhérente d'une approche qui ne se centrerait que sur le droit comme clé de compréhension et comme outil de sauvegarde des droits et libertés fondamentaux.

3 Beck, U., Risk Society: Towards a New Modernity, London, Sage, 1992, 272 p

Le radicalisme doit nous pousser à agir pour une déjudiciarisation de la « guerre » contre le terrorisme. Actuellement, c'est sur le terrain du droit et des mesures répressives que se prolonge le terrain d'un conflit asymétrique dont nous ne sommes pas prêts à assumer la réalité.

La mobilisation populaire est ce qui a, à de nombreuses reprises, permis le recul de politiques liberticides, de mesures autoritaires. Il faut réinvestir le champ du social et ne pas se sentir contraints, oser sortir du soi-disant réalisme politique ambiant qui s'exprime dans la rhétorique sécuritaire.

Au niveau interne, c'est la redéfinition de politiques d'éducation et d'enseignement, d'« intégration », et des politiques socio-économiques qui fassent sens et intègrent tous les habitants, qui s'impose.

Il est impératif de relier les situations d'émergence d'actes de nihilisme au contexte politique et socio-économique qui les entourent et réfléchir aux itinéraires de déprise des jeunes de la société dans laquelle ils ont grandi, qu'il s'agisse de jeunes plus désœuvrés ou de jeunes étudiants ou universitaires.

La question du radicalisme doit cesser d'être posée en termes identitaires ou strictement sécuritaire mais être posée en termes d'égalité et donc économiques et politiques.

En effet, il est symptomatique de constater que les politiques de contrôle et de répression dénoncées ci-dessus visent actuellement la même communauté que les politiques de déradicalisation : ceux qui sont stigmatisés, d'une part, sont l'objet de politiques locales qui se veulent inclusives, d'autre part (on pense notamment aux initiatives communales à l'instar de la ville de Malines qui contrastent avec la vision fédérale qui veut « fouiller » toutes les maisons de Molenbeek).

Il est impératif de faire ce lien nécessaire entre des initiatives locales et la vision sociale dont on veut se doter, dans des formes qui s'inscrivent dans un vrai horizon pour le plus grand nombre.

Enfin, une partie des auteurs d'attentats ont un passé criminel et sont passés par la prison, ce qui doit nous amener à réfléchir sur ce que cela dit des systèmes judiciaire et carcéral et des réponses qu'ils donnent aux différentes formes de délinquance. Il y trois ans, notre colloque portait sur le sens de la politique carcérale expansionniste et remettait en question cette

politique pénitentiaire. Le thème est d'une actualité toujours aussi pressante et doit occuper une place centrale dans toute réflexion sur l'inflexion sécuritaire de l'État de droit démocratique dans lequel nous vivons.