

Contre le terrorisme, la législation d'exception ?

Entretien avec François Saint-Bonnet

Florent GUENARD

L'état d'exception a en France une longue histoire. Destiné à faire face aux crises de toutes sortes, il est aujourd'hui invoqué pour répondre au terrorisme. Mais rien ne dit, selon le juriste F. Saint-Bonnet, que c'est là la bonne solution au terrorisme qui frappe aujourd'hui.

La Vie des idées : Pourquoi avoir recours à une législation d'exception ?

François Saint-Bonnet : On a longtemps eu recours au concept d'évidente nécessité pour échapper aux limitations des pouvoirs des gouvernants lorsqu'on devait faire face à un péril grave pour la communauté politique. *Salus populi suprema lex est* (le salut du peuple est la loi suprême) ou *necessitas legem non habet* (nécessité n'a point de loi) sont des formules qui ont permis de justifier la transformation d'un *état normal* de limitation du pouvoir en un *état d'exception* illimité. À partir de la Révolution, on a considéré que les lois limitatives du pouvoirs — c'est-à-dire souvent celles qui protégeaient des libertés — ne devaient être suspendues sous aucun prétexte. Mais cela a duré peu de temps car la mise entre parenthèses des lois et même de la constitution a été fréquente, notamment sous la Terreur mais aussi pendant le premier XIXe siècle. Les autorités plaçaient en état de siège des territoires dans lesquels des monarchistes s'agitaient sous la République, des républicains complotaient sous la Restauration ou des bonapartistes fomentaient sous la Monarchie de Juillet. Ces suspensions des libertés se faisaient de manière brutale et servaient à faire basculer des adversaires politiques dans la catégorie d'ennemis du régime, qui parce qu'ils sont en guerre contre lui, ne sauraient prétendre à la même protection juridique que des concitoyens.

C'est la raison pour laquelle la Constituante de 1848 a souhaité qu'un cadre juridique fût donné à l'état de siège. Il s'agissait d'un moyen terme entre la légalité « normale » et le règne de l'arbitraire, une légalité d'exception certes mais une légalité tout de même. Cette logique est à l'origine de la loi du 9 août 1849, toujours en vigueur à travers l'article 36 de la constitution. Elle peut être mise en application dans deux cas opposés : l'un de *consensus* national (un « péril imminent résultant d'une guerre étrangère »), l'autre de *dissensus* (une « insurrection armée » d'une partie de la population). Et elle consiste à transférer l'essentiel des pouvoirs des autorités civiles aux militaires dans les zones déclarées en état de siège.

Cette loi a été appliquée dans une vingtaine de départements pendant la guerre de 1870, pendant les quatre années de la première guerre mondiale sur la totalité du territoire, et à partir de septembre 1939 (les limites constitutionnelles du pouvoir seront elles-mêmes annulées à partir du 10 juillet 1940 et le régime de Vichy).

L'état de siège n'a pas été décrété pendant la guerre d'Algérie. Il fallait absolument

que les membres du FLN n'apparaissent, en leur opposant la force militaire, ni comme des combattants ni comme des insurgés, il fallait qu'ils soient perçus comme de simples délinquants (assassins, auteurs d'attentats) dont le comportement ne pouvait être justifié par aucune cause politique dans un contexte de décolonisation. C'est pourquoi a été adoptée la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence qui met un soin particulier, contre l'évidence, à éviter tout rapprochement avec une guerre d'indépendance : on évoque de manière assez évasive un « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public ». Et pour détourner davantage le regard loin des considérations politiques, l'état d'urgence peut aussi être décrété en cas de « calamité publique », comme une catastrophe naturelle. Il est vrai qu'un tremblement de terre avait été suivi de calamiteuses scènes de pillage quelques mois auparavant, en septembre 1954. Cette loi prévoit que les pouvoirs civils soient renforcés : il n'est pas question de les transférer aux militaires.

Reste le cas de l'article 16 de la Constitution de 1958 dont la caractéristique reste, y compris après sa réforme en 2008, d'être un pouvoir absolument discrétionnaire du président de la république. Il est applicable lorsque « le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels » est interrompu, en clair, lorsque les institutions politiques de l'État ne peuvent plus accomplir normalement leurs missions à cause d'un péril gravissime. Il n'a été mis en application qu'une fois, le 23 avril 1961, lors du *putsch* des généraux d'Alger. Le général de Gaulle le maintient en vigueur près de six mois.

Trois législations d'exception (état de siège, état d'urgence, article 16) marquées par des histoires singulières mais qui ont en commun de chercher à faciliter la résolution des crises intenses mais brèves (insurrection) ou un peu moins brèves mais génératrices d'unanimité nationale (guerre comportant une invasion du territoire). Tel n'est pas le cas du terrorisme djihadiste que nous connaissons depuis une quinzaine d'années au moins et qui n'est pas près de s'éteindre. Il ne saurait être question d'appliquer une législation d'exception pendant de longues années : la réponse est ailleurs.

La Vie des idées : La mise en application de l'état d'urgence est-elle une menace pour nos principes démocratiques ?

François Saint-Bonnet : La notion de principes démocratiques comprend trois rubriques : les égards pour la volonté du peuple, le respect des droits et libertés fondamentaux et le souci de contrôler du pouvoir. Les législations d'exception ont tendance à rogner les trois.

Primo, lorsque sont appliquées ces dispositions, les processus électoraux sont souvent interrompus ou suspendus. Ce fut le cas pendant la première guerre mondiale : on pense en effet que la compétition électorale qui consiste à souligner les différences et les oppositions entre les offres politiques est de nature à nuire à la nécessaire unité nationale. L'unité supposerait l'unanimité. Il semble toutefois que nul n'ait songé à repousser les élections régionales prévues les 6 et 13 décembre. Après quelques heures d'unanimisme national, la discussion politique a repris ses droits, nonobstant l'état d'urgence. Mais la prorogation et la modification de la loi de 1955 n'ont quasiment pas donné lieu à un débat et le vote a été acquis à la quasi-unanimité les 19 et 20 novembre 2015.

Secundo, ces législations entraînent une atrophie des libertés et une dilatation de la puissance politique et administrative. S'agissant de l'état d'urgence, les libertés rognées peuvent concerner les individus, les espaces, les groupes de personnes et les flux. Des individus peuvent se voir privés du respect dû à leur vie privée : assignation à résidence (dont

la faculté est facilitée par la modification du 21 novembre 2015), atteinte à la vie privée par des surveillances à leur insu, zones interdites, perquisitions ordonnées par l'administration (et non le juge) y compris la nuit. Des espaces peuvent être bouclés, ce qui se traduit par des restrictions de circulation ou des arrêtés de couvre-feux (limitations à la liberté d'aller et venir). Les groupes de personnes peuvent être empêchés par l'interdiction de réunion, de représentations théâtrales ou de projections cinématographiques (les actualités cinématographiques avaient un grand rôle pendant la guerre d'Algérie : ces dernières interdictions ont été abrogées en novembre 2015) ou, nouveauté de 2015, l'interdiction d'associations ou de groupements de fait, c'est-à-dire des personnes qui ont des liens réguliers et un minimum d'organisation mais qui n'ont rien déclaré aux autorités. Les flux qui peuvent être arrêtés concernent l'information et la communication : contrôle des journaux ou de radios (cette disposition est aussi sortie de la loi en novembre 2015), mais aussi, les communications orales ou écrites empêchées ou limitées par les mesures relatives aux individus.

Tertio, les législations d'exception réduisent les contre-pouvoirs. Il peut s'agir du contrôle politique : même s'il doit consulter, le président décide seul de mettre en application l'article 16. En revanche, l'état de siège ou l'état d'urgence ne peut être prorogé au-delà de douze jours que par les chambres, lesquelles peuvent, même si cela est improbable, renverser le gouvernement. Il peut s'agir également du contrôle juridique, c'est-à-dire des garanties procédurales peuvent être réduites de deux manières : en transférant des compétences des autorités civiles aux militaires (comme dans le cas de l'état de siège) ou des autorités judiciaires aux autorisés préfectorales, comme des mesures « administratives » d'assignation à résidence. En principe, toute limitation à une liberté, comme l'interdiction de se déplacer au delà d'un certain périmètre, ne peut avoir de caractère préventif et ne peut être ordonnée que par le juge judiciaire, gardien des libertés individuelles.

L'état d'urgence décrété le soir même des attentats du 13 novembre restreint les libertés. Cependant l'approbation populaire semble réelle : le 18 novembre, 84% des personnes interrogées étaient prêtes « à accepter davantage de contrôles et une certaine limitation de (leurs) libertés » (IFOP). On assiste donc à une forme d'acceptation démocratique de recul des libertés démocratiques. Mais cette justification à première vue solide comporte toutefois trois faiblesses.

Première faiblesse : elle résulte d'une approbation émotive plus que raisonnée. La sidération liée à l'horreur des attaques djihadistes tend à altérer le discernement. Ce n'est pas à dire que l'état d'urgence n'est pas justifié pour quelques jours voire quelques semaines mais il importe au plus haut point de lutter contre notre propre émotion pour restaurer une analyse froide et raisonnée de la réalité de la situation. Le pouvoir cède souvent à la tentation d'entretenir l'émotion pour faire adopter des mesures qui, en temps de calme, eussent été jugées inacceptables. Le président Georges Bush a largement abusé du procédé naguère.

Deuxième faiblesse : elle procède d'une confusion entre sauvegarde de l'État ou de la société face à un péril et instauration de l'ordre. Le recours à la législation d'exception se justifie par l'urgence, par l'absolue nécessité d'agir avec célérité, bref, par l'immédiateté de la réaction liée au sentiment de légitime défense, qui relève de l'instinct ou du réflexe. Il permet de « sauver » ce qui doit l'être. Mais ces régimes n'ont nullement vocation à apporter une réponse durable à une menace qui ne l'est pas moins. Passé le moment d'extrême péril, il faut revenir à la légalité « normale », quitte à adopter des mesures nouvelles et spécifiques pour faire face plus efficacement à une menace particulière, et quitte à modifier, en pleine connaissance de cause et en pleine raison, l'équilibre entre la sécurité et les libertés.

Troisième faiblesse : elle se traduit par un renoncement fâcheux à l'exigence de contrôle. Plus le pouvoir rogne les libertés et plus les citoyens doivent être vigilants, tant pour faire face à la menace que pour défendre leurs libertés. Cette tendance à donner un blanc-seing au pouvoir, très marquée en 1961 parce que la situation devait être rétablie par le « sauveur » Charles de Gaulle est toutefois beaucoup moins marquée aujourd'hui. Le retrait du contrôle des journaux et des radios de la loi de 1955 va dans ce sens.

La Vie des idées : La législation d'exception peut-elle raisonnablement être adoptée dans l'urgence ?

François Saint-Bonnet : Le président de la république a évoqué deux choses : immédiatement, la prorogation de l'état d'urgence pour trois mois et le « toilettage » de cette loi, rapidement une révision de la constitution pour permettre d'agir « conformément à l'état de droit, contre le terrorisme de guerre ».

La prorogation pour trois mois ne veut pas dire que l'état d'urgence sera maintenu trois mois, le président peut décider d'y mettre fin avant. Il peut en outre y être contraint par le juge s'il s'abstient de le faire alors que la situation ne le justifie plus (jurisprudence du Conseil d'État de 2005). Le toilettage de la loi de 1955 est différent : il n'est jamais très bon de légiférer sur l'urgence dans l'urgence. Était-il absolument nécessaire d'assouplir les exigences relatives aux assignations à résidence et aux perquisitions en révisant la loi car cette célérité prive d'un débat serein et apaisé ? Était-il impératif de donner en contrepartie la fin du contrôle de la presse ? Il suffisait de ne pas activer cette disposition et de l'ôter ultérieurement de la loi.

La Vie des idées : Comment le droit peut-il prendre en charge la question du terrorisme sans passer par la législation d'exception ?

François Saint-Bonnet : Il faut s'efforcer d'identifier la spécificité du terrorisme djihadiste. Ces individus ne sont ni des délinquants ni des combattants « classiques ». Ils ne sont pas des délinquants car ils ne craignent pas la mort, ils la souhaitent même car elle est susceptible de leur apporter la gloire aux yeux de leurs frères. Or le délinquant « traditionnel » la craint : le voleur veut jouir du bien qu'il a soustrait, le violeur veut continuer à pouvoir le faire. Ce sont des délits ou des crimes que la société doit combattre. Elle pense pouvoir les empêcher de poursuivre cette activité en les menaçant de la peine de mort pour les crimes les plus graves jadis et naguère, de la détention longue aujourd'hui. Tout le système pénal de la modernité repose sur cette logique que la peine de mort sans cruauté excessive est le *summum* de la répression possible. Lorsque l'on a affaire à des gens qui ne la craignent pas et qui l'anticipent avec des ceintures de bombes, c'est tout le système répressif des modernes, donc tout le droit pénal qui semble dérisoire les concernant. C'est pourquoi il semble qu'il faille sortir du droit pénal le traitement juridique du terrorisme et résister à la tentation d'une sorte de super droit pénal, ce que Günther Jacobs appelle le droit pénal de l'ennemi. Les terroristes djihadistes ne sont pas non plus des combattants. Cette catégorie juridique renvoie aux conventions internationales relatives au droit de la guerre qui, tout en reconnaissant à certains le droit de tuer dans certaines circonstances, les soumettent à des conditions que l'on peut résumer par l'idée de loyauté : ne pas s'en prendre à des gens désarmés, sans uniforme, ne pas utiliser d'armes interdites, proportionner l'usage de la force, faire des prisonniers en les traitant dignement plutôt que de les éliminer, etc. Bref, il s'agit de reconnaître dans le combattant de l'autre camp un « juste ennemi », un *alter ego*. Dans cette logique, le combat

est jusqu'à un certain point « ritualisé ». La réalité n'est jamais en phase avec cet idéal, mais il posé parce qu'il a été pensé. Le terrorisme djihadiste ne ressemble en rien à ce combattant-là, lui qui tire sur des gens désarmés, qui les achève tandis qu'ils gisent et supplient, et qui se fait exploser lâchement lorsque le moment du combat survient. Il ne faut donc pas tenter de rapprocher le combattant du terroriste djihadiste en inventant une catégorie telle que celle de « combattant illégal » imaginée par les différents *Patriot acts* de 2001. Bref, il ne faut pas déstabiliser les catégories lentement construites par la modernité, d'une part celle du droit pénal désormais enserré par des droits et libertés qui sont des motifs légitimes de fierté pour les démocraties modernes, d'autre part celle du droit des conflits armés également corseté par des normes contraignantes dues à un siècle et demi d'efforts de juristes et de dirigeants pétris d'humanité.

La voie serait de construire *ex nihilo* un droit spécifique applicable aux terroristes djihadistes, droit qui ne polluerait ni le droit pénal (droit de la délinquance) ni le droit international (droit de la guerre). Cela suppose d'identifier avec des critères les plus précis possibles ces djihadistes qui nourrissent une telle haine pour la modernité afin de ne pas ouvrir un trop grand filet dans lequel pourrait être pris des gens qui n'ont rien à voir avec le terrorisme comme on a pu le déplorer aux États-Unis dans les années 2000. Cette identification passerait nécessairement par des mesures de surveillances assez intrusives, d'où la nécessité de contrôles juridiques et politiques renforcés. Si l'on augmente la puissance globale de l'État sur les individus, il faut « compenser » cette augmentation par celle du contrôle, lequel doit passer par des voies de recours efficaces, une vigilance accrue des juridictions qui contrôlent l'administration et par une société civile en éveil : presse, associations de défense des droits, organisations de magistrats, d'avocats, etc.

Ces critères identifiés, de quelles libertés des modernes pourrait-on priver ceux qui haïssent la modernité ?

Sans doute pas celles qui touchent à l'expression et à la communication. Ce n'est jamais en faisant comme si une idée n'existait pas, fût-elle odieuse et criminelle, qu'on la combat. C'est pourquoi la fermeture de sites internet djihadistes ou la pénalisation de la consultation habituelle de ces sites (loi du 13 novembre 2014) n'est pas nécessairement la bonne solution. Il est préférable d'éduquer sur ce qu'est le djihadisme dans son volet idéologique et d'expliquer les mécanismes propagandistes qui sont en œuvre. On ajoutera que c'est la force de la démocratie d'être prête à affronter des idées : elle doit mener ce combat. Et surtout ne pas offrir à ses ennemis le loisir de passer pour des victimes ou des martyrs de la liberté d'expression.

Sans doute pas davantage celles qui concernent les garanties procédurales et, de manière générale, la faveur donnée au juge, et spécialement au juge judiciaire. Plus on porte atteinte à des libertés, et plus le contrôle est nécessaire. On a coutume de dire en droit des libertés qu'il est préférable qu'un coupable soit en liberté plutôt qu'un innocent en prison, il faut encore le penser face à la menace terroriste, même si cela est difficile.

Sans doute pas non plus le droit de la nationalité. Priver un individu de son passeport français n'aura aucun impact sur quelqu'un qui déteste déjà la France : il ne se perçoit déjà plus comme un concitoyen. S'agit-il de satisfaire les « bons Français » que les « mauvais » ne soient plus parmi eux ? C'est sans doute une échappatoire rassurante et une sorte de cécité volontaire. Et cela prive de la perspective de faire de l'ennemi, *via* les programmes de « déradicalisation », un ami et un futur modèle.

En revanche, la question cardinale de l'*habeas corpus*, à savoir de l'impossibilité de détenir un corps, bref de retenir un individu, alors qu'il n'a pas commis de fait délictueux ou criminel, doit être posée. Et de même, la question du respect dû à la vie privée et donc de la surveillance d'une personne à son insu pour déterminer si elle entre dans la catégorie visée.

Depuis 1945, le niveau de protection de nos libertés n'a jamais cessé de croître tandis que fléchissait celui des menaces, spécialement après la chute du mur. On en est arrivé à penser que ce niveau élevé de protection était immuable. On évoquait même la théorie du « cliquet » pour décrire le fait que la protection juridique des libertés progressait toujours et ne régressait jamais. Ce temps n'est plus. Les libertés ont un prix qu'ont payé fort cher ceux qui ont résisté dès 1940 ou qui ont pris le maquis par la suite. Un prix en vies humaines ou un prix en libertés. Le système juridique des modernes repose sur la sortie de l'état de nature décrit par tous les philosophes comme un état d'insécurité « insupportable » et sur le fait de confier à l'État le soin de garantir la sécurité des individus qui ont renoncé à la violence, c'est la condition même du possible épanouissement des droits fondamentaux. L'équilibre entre sécurité et libertés est nécessairement mouvant et il est sans cesse « actuel » : il peut être réévalué démocratiquement à condition toutefois de sortir rapidement de l'émotion et des arguments d'autorité et de renouveler ceux de la raison.

Propos recueillis par Florent Guénard.

Publié dans laviedesidees.fr, le 23 novembre 2015

© laviedesidees.fr