
WANDA MASTOR
FRANÇOIS SAINT-BONNET

DE L'INADAPTATION
DE L'ÉTAT D'URGENCE
FACE À LA MENACE DJIHADISTE

51

En septembre 2001, le président des États-Unis a déclaré la « guerre au terrorisme ». En novembre 2015, le président français lui a emboîté le pas en déclarant : « La France est en guerre. » Il s'agit d'une guerre angoissante et sidérante car on connaît mal l'ennemi. Faut-il aller le débusquer sur son terrain comme l'ont tenté les Américains ? Telle l'Hydre, un autre terroriste prendra la place de celui qui a été subjugué. Faut-il refermer ses frontières et se barricader ? Tels des chevaux de Troie, les djihadistes agissent à l'intérieur des États occidentaux. Faut-il surveiller l'ensemble de la population en caressant l'espoir de prévenir la commission d'attentats ? Tel Argus (ou Panoptès : « celui qui voit tout ») avec ses cent yeux, endormi par quelque musique, l'ennemi est en mesure de tromper la vigilance des plus sagaces agences de renseignement. Même si la connaissance du terrorisme djihadiste progresse, elle reste lacunaire. Or, si l'on en croit Sun Tzu : « Qui connaît l'autre et se connaît lui-même peut livrer cent batailles sans jamais être en péril. Qui ne connaît pas l'autre mais se connaît lui-même, pour chaque victoire, connaîtra une défaite. Qui ne connaît ni l'autre ni lui-même perdra inéluctablement toutes les batailles » (*L'Art de la guerre*). Il n'est pas impossible de penser que, si les États occidentaux se connaissent convenablement eux-mêmes, ils connaissent mal ce nouvel ennemi et que, s'ils sauront déjouer des attentats, ils subiront encore des attaques terroristes massives, pour un temps que chacun espère court.

Une partie du discours de François Hollande le 16 novembre 2015 est à cet égard intéressant. Après avoir constaté que le recours aux pouvoirs

spéciaux de l'article 16 de la Constitution ou la mise en application de l'état de siège de l'article 36 n'étaient pas adaptés à la situation et rappelé que « pourtant nous sommes en guerre », le Président en déduit que « cette guerre *d'un autre type* face à un adversaire *nouveau* appelle un régime constitutionnel permettant de gérer l'état de crise¹ ». Ce régime constitutionnel n'aurait pas à être imaginé *ex nihilo* mais prendrait la forme d'une adaptation de la loi de 1955 relative à l'état d'urgence ainsi que de sa constitutionnalisation², de manière à disposer d'un « outil approprié pour fonder la prise de mesures exceptionnelles *pour une certaine durée*, sans recourir à l'état de siège et *sans compromettre l'exercice des libertés publiques*³ ».

Les ambiguïtés de novembre restent entières à l'heure où ces lignes sont écrites. 1) L'état d'urgence est conçu en effet « pour une certaine durée », celle de l'imminence du péril⁴, or la menace djihadiste – tous les spécialistes l'affirment – va durer : elle ne se compte pas en semaines ou en mois mais en années voire en décennies. L'état d'urgence va-t-il demeurer en application « aussi longtemps que la menace est présente [...], jusqu'à ce qu'on puisse, évidemment, en finir avec Daech »⁵ ? Une telle formule en rappelle d'autres. Saint-Just avait affirmé, le 10 octobre 1793, que le gouvernement serait « révolutionnaire jusqu'à la paix⁶ », inaugurant ainsi une phase nouvelle dans la Terreur (d'État). La loi du 5 août 1914 disposait, tant contre la lettre du texte que contre l'esprit de la loi de 1849, que l'état de siège demeurerait en vigueur « pendant toute la durée de la guerre⁷ ». Saint-Just inspira l'effroi, Poincaré et Viviani la détermination, Valls l'étonnement. La question reste posée et reste à poser : l'état d'urgence, qui est une mesure par définition temporaire, est-il adapté à la menace terroriste qui, elle, ne l'est pas. 2) Le nouveau régime constitutionnel d'état d'urgence que François Hollande appelait de ses vœux le 16 novembre aurait eu pour caractéristique de ne pas « compromettre les libertés publiques ». L'idée de non-compromission est équivoque, elle mérite que l'on s'y arrête. Dans une acception large, elle suggère que les libertés ne vont pas être durablement malmenées quand bien même elles

1. Nous soulignons.

2. C'est ce qu'avait proposé, en 2007, le comité présidé par Édouard Balladur qui réfléchissait sur l'évolution de notre Constitution. Il suggérait de modifier l'article 36 de notre Constitution pour y faire figurer l'état de siège ainsi que l'état d'urgence, et sa proposition renvoyait à une loi organique le soin de préciser les conditions d'utilisation de ces régimes.

3. Nous soulignons.

4. Art. 1^{er} de la loi de 1955.

5. Déclaration de Manuel Valls à la BBC, le 22 janvier 2016.

6. *Archives parlementaires*, vol. 76, 1793, p. 311-312.

7. *Bulletin des lois, nouv. série, année 1914*, t. 6, n° 135, 1914, p. 2268.

peuvent l'être pour un temps donné, bref qu'elles ne seront pas emportées par une vague sécuritaire qui conduirait à leur disparition. Dans une acception plus étroite, elle suggère qu'aucune liberté ne sera atteinte, ni à long terme ni immédiatement. Tout dépend en réalité de la conception des libertés à laquelle on se réfère : trois perspectives sont envisageables. Si on considère que le niveau de liberté doit être absolument constant, alors la suspension de certaines d'entre elles à l'occasion de la mise en application d'une législation d'exception les « compromet » même si ce n'est pas de manière durable. Si l'on estime au contraire que le niveau de liberté doit être toujours adapté à la menace, alors la législation d'exception est parfaitement protectrice des libertés « possibles » compte tenu de la situation : elles ne sont jamais compromises. Il est une dernière manière de considérer la question. Il faut alors distinguer nettement deux situations : l'état *normal* dans lequel les libertés doivent être parfaitement protégées et l'état *d'exception* dans lequel certaines d'entre elles pourraient être temporairement occultées sans pour autant disparaître, car c'est la loi (ou la Constitution) qui prévoit cette suspension. Cette dernière perspective suppose – et l'on en revient à la première ambiguïté – que ce qui est l'état exceptionnel ne se métamorphose pas en état normal à la (dé)faveur d'une mise en application longue de l'état d'urgence.

53

On entend ici montrer que l'état d'urgence, même « rénové » par la loi du 20 novembre 2015 et même s'il avait été constitutionnalisé, n'est pas le régime *adapté* à la lutte contre le terrorisme, ce qui ne lui ôte aucune pertinence pour faire face à d'autres situations particulières telles que des insurrections, révoltes, rébellions et autres séditions armées circonscrites à un ou des « foyers » donnés. On entend montrer également que le constat de cette inadaptation conduit à estimer que la suspension des garanties des libertés affectées par l'état d'urgence (aller et venir, réunion, manifestation, inviolabilité du domicile) est excessive et liberticide, ce qui ne préjuge pas du fait que d'autres libertés puissent être affectées par des mesures adaptées à la lutte contre le terrorisme. Pour ce faire, on peut prendre appui sur des données historiques et comparatistes.

L'ADAPTATION DE L'ÉTAT D'URGENCE À LA LUTTE CONTRE L'ENNEMI INTÉRIEUR

Le contexte de l'adoption de la loi sur l'état d'urgence en 1955 prouve que tant l'objet que l'objectif de celle-ci étaient radicalement différents de ceux prévalant aujourd'hui. Il en allait de même dans les grandes démocraties occidentales, qui se sont dotées d'arsenaux législatifs et

parfois constitutionnels pour lutter avant tout, et dans l'urgence, contre un ennemi intérieur.

Généalogie de la loi de 1955

C'est avec la Révolution que les législations d'exception voient le jour en France. Si la Constitution et la loi constituaient désormais des bornes qui encadraient l'action des pouvoirs, alors le franchissement de ces bornes – l'affaiblissement des contre-pouvoirs et la réduction des libertés – devait absolument être prévu légalement.

54 Le premier ennemi auquel on a songé à faire face est « extérieur », c'est l'État étranger qui est susceptible de menacer les frontières. La Constituante adopte le 8 juillet 1791 une loi sur les « places de guerre », qui constituent une sorte de cordillère de forteresses en forme de « ceinture de fer » (Vauban) aux marches du royaume, afin de préciser les conditions dans lesquelles peut s'exercer le pouvoir. Complétée en 1811, cette loi identifie trois situations : l'état *de paix*, dans lequel la répartition des compétences entre autorités civiles et militaires est « normale » ; l'état *de guerre*, lorsque le pays est en conflit mais que la place n'est pas sous le feu, qui conduit à l'élargissement du pouvoir militaire ; enfin l'état *de siège*, quand les communications entre l'extérieur et l'intérieur de la place sous le feu sont coupées, qui suppose le transfert de la totalité du pouvoir à l'autorité militaire. Cette loi concerne ce qu'il était convenu d'appeler l'état de siège *réel* ou *militaire*.

Le deuxième ennemi que la Révolution a dû combattre est intérieur. L'état de siège a été appliqué à des communes de l'intérieur en vertu d'une loi du 10 fructidor an V (27 août 1797)⁸. Ce régime a été abondamment utilisé et extensivement interprété pour lutter contre ces concitoyens-ennemis : monarchistes sous la République, républicains sous l'Empire ou la Restauration, bonapartistes sous Juillet. La doctrine désigne ce régime comme celui de l'état de siège *politique* ou *fictif*. En effet, si siège il y a, il s'agit de celui que subissent les insurgés, situation diamétralement inverse de celle de la loi de 1791 où la place de guerre est assiégée. Cet ennemi intérieur est considéré comme rebelle, séditieux, insurgé. Lui se prévaut du droit naturel de résistance (art. 2 de la Déclaration de 1789) ou à l'insurrection (art. 35 de la Déclaration de 1793). Son objectif est de renverser le régime politique, comme l'ont fait ceux qui exercent actuellement le pouvoir.

8. Cf., sur ce point, Sébastien Le Gal, *Origines de l'état de siège en France (Ancien Régime-Révolution)*, thèse en droit, dactyl., Université Jean-Moulin Lyon 3, 2011.

L'utilisation extensive de la loi de 1797 a conduit le constituant (art. 106) et le législateur de la II^e République (loi du 9 août 1849, aujourd'hui art. 36 de la Constitution et art. L. 2121-1 et suiv. du code de la défense) à prévoir un dispositif plus précis et plus contraignant. La loi relative à l'état de siège permet de placer des zones sous contrôle, soit pour les libérer de l'ennemi étranger, soit pour les libérer de l'ennemi intérieur grâce à des opérations de police très intrusives réalisées par des militaires (art. 9 de la loi et L. 2121-7 du code de la défense). Ces opérations sont bornées dans le temps et dans l'espace : c'est pourquoi les zones *en état de siège* ne sauraient être que celles, limitativement énumérées, qui sont en état *actuel* de « péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée ».

Lors de la vague de terrorisme anarchiste des années 1893-1894, pourtant extrêmement violente (avec l'assassinat du président Sadi Carnot, notamment), nul ne songe à recourir à la loi de 1849 car la menace n'est pas spatialement circonscrite⁹. De même, le placement en état de siège de *l'ensemble* du pays et pendant *toute la durée* de la guerre par la loi du 5 août 1914 susmentionnée a été considéré par la doctrine de l'époque comme une illégalité évidente¹⁰, certes « légitimée » par la gravité de la situation et plus tard « dissipée » grâce à la bienveillante jurisprudence du Conseil d'État dite des circonstances exceptionnelles.

Le troisième ennemi auquel l'État doit faire face n'est ni véritablement extérieur ni réellement intérieur : il s'agit d'un front de libération nationale qui prospère dans le contexte de la décolonisation. Cependant, la logique spatio-temporelle inspire encore le législateur de 1955. La loi sur l'état d'urgence, adoptée peu après le début de ce que l'on qualifiait alors d'« événements d'Algérie », reste conçue comme un contrôle de zones¹¹ : il s'agit de circonscrire un territoire (le massif des Aurès ou des quartiers d'Alger pendant la guerre d'Algérie, des zones agitées de Nouvelle-Calédonie en 1985 ou des quartiers périphériques en 2005), d'en reprendre le contrôle total et de le rendre à la légalité *normale* au plus vite.

9. En revanche, ce fut le cas à Barcelone après que l'anarchiste Santiago Salvador eut lancé deux bombes sur le public au Grand Théâtre du Liceu, le 7 novembre 1893.

10. Spécialement Joseph Barthélémy dans ses articles à la *Revue du droit public*. Cf. François Saint-Bonnet, « L'abnégation des hommes, le sacrifice de la légalité. La Grande Guerre et l'impossible naissance d'un droit administratif d'exception », JusPoliticum.com, janvier 2016.

11. Même si l'article 1^{er} n'exclut pas que la totalité du territoire métropolitain soit placée sous ce régime, ce qui ne préjuge pas du fait que les « zones » effectivement affectées à l'intérieur des « circonscriptions » arrêtées par décret soient beaucoup plus restreintes, et cela pour un temps donné (art. 3). Sur cette distinction, cf. Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *ibid.*

La lutte contre le terrorisme répond à une logique différente de celle qui est adaptée à ces trois catégories d'ennemis.

Il serait inutile et vain, dans une optique comparatiste, de tenter de trouver des contextes étrangers proches de celui de la guerre d'Algérie. En revanche, certains autres pays, à l'instar des États-Unis, ont dû combattre contre les deux types d'ennemis évoqués plus haut, « extérieurs » et « intérieurs ». C'est notamment pour tenter d'éradiquer une forme de terrorisme domestique que certaines démocraties européennes se sont dotées d'arsenaux législatifs proches de la législation française d'urgence.

La similarité des logiques étrangères

56 Historiquement, c'est également au nom de la lutte contre l'ennemi extérieur que la plupart des pays étrangers ont adopté des mesures permettant des restrictions aux libertés à titre exceptionnel. C'est sans doute aux États-Unis que le glissement conceptuel est le plus frappant, les ennemis ayant désigné tour à tour l'ancien colonisateur, l'ennemi extérieur, l'ennemi intérieur, puis le « combattant illégal ». Il faut commencer par rappeler que la Constitution des États-Unis, adoptée dans le contexte belliqueux que l'on connaît, peut être qualifiée de *guerrière*. Dès le Préambule, le peuple affirme comme objectif celui, entre autres, de « former une union plus parfaite, d'établir la justice, d'assurer la paix intérieure, de pourvoir à la défense commune [...] ». La Constitution prévoit même que certains droits fondamentaux peuvent être restreints selon les circonstances, à l'instar de l'*habeas corpus* : « le privilège de l'*habeas corpus* ne pourra être suspendu, sauf dans les cas de rébellion ou d'invasion, si la sécurité publique l'exige » (art. I, 9-2). La Constitution des États-Unis contient donc des références multiples à la guerre, la rébellion, l'invasion, la piraterie, la milice, les armes, qu'il s'agisse de répartir les pouvoirs entre l'Union et les États, d'encadrer la protection de ces derniers ou de préciser le domaine d'application des libertés fondamentales.

La Cour suprême s'est souvent penchée sur la problématique des atteintes aux droits fondamentaux en période exceptionnelle. La guerre de Sécession, les deux guerres mondiales, la guerre froide, la guerre du Viêt Nam et, aujourd'hui, la guerre contre le terrorisme se sont toutes retrouvées, d'une manière ou d'une autre, au cœur du raisonnement des neuf juges. L'état d'exception a ainsi souvent servi d'élément justificateur aux atteintes portées à des libertés de valeur constitutionnelle, la liberté d'expression ayant été la victime principale des restrictions imposées par les circonstances. Le *Sedition Act* de 1918, amendement

à la loi sur l'espionnage (*Espionage Act* de 1917) permettait ainsi au gouvernement d'engager des poursuites contre ceux qui critiquaient la guerre. Ces lois ont donné l'occasion à la Cour suprême de justifier ces entorses au premier amendement de la Constitution en temps de guerre. À propos de militants qui furent poursuivis pour avoir distribué des tracts exhortant les jeunes recrues à ne pas partir combattre en Europe, la Cour répond, dans l'arrêt *Schenck v. United States* de 1919: « La question, dans chaque cas, est de savoir si les mots utilisés le sont dans un tel contexte et avec une telle portée qu'ils sont créateurs d'*un danger manifeste et pressant* (*clear and present danger*) de nature à engendrer des maux que le Congrès se doit de prévenir. C'est une question d'urgence et de degré. Bien des choses qui pourraient être dites en temps de paix s'avèrent en temps de guerre compromettre les efforts de la nation à un tel point qu'il devient impossible d'en tolérer l'expression pendant la durée des combats¹². »

57

C'est également au nom de ce « danger manifeste et pressant » que la Cour valida en 1951 l'*Alien Registration Act*, qui permettait au gouvernement de poursuivre les militants ou simples sympathisants communistes. Dans le célèbre arrêt *Dennis v. United States*, elle estima que « le renversement par la force et la violence du gouvernement constitue sans aucun doute un intérêt suffisamment important pour que le gouvernement limite la liberté d'expression¹³ ». Doivent encore être cités parmi les dispositions liberticides la décision du président Lincoln de suspendre les recours d'*habeas corpus* pendant la guerre civile ou l'*Executive Order* du président Roosevelt de 1941, mesure ouvertement fondée sur la race ayant pour objet de maintenir, non les Japonais, mais les Américains d'ascendance japonaise dans des camps d'internement. Mesure validée par une Cour suprême relevant la présence d'« un nombre indéterminé de traîtres au sein de ce groupe » et déclarant que « lorsque, en raison des conditions de la guerre moderne, nos côtes sont menacées par des forces ennemies, le pouvoir de les protéger doit être proportionnel à la menace du danger »¹⁴.

Finalement, l'ennemi a rarement, sauf pendant les deux guerres mondiales, été « extérieur », qu'il s'agisse des loyalistes, des Indiens, des sudistes pour les nordistes et inversement, des Américains d'ascendance japonaise, des communistes, pour ne citer qu'eux. La question des limitations aux droits

12. *Schenck v. United States*, 249 US 47 (1919).

13. *Dennis v. United States*, 341 US 494 (1951).

14. *Korematsu v. United States*, 323 US 214 (1944).

fondamentaux en période exceptionnelle se pose, aux États-Unis, plus de manière stato-centrée: ce ne sont pas les ennemis qui sont réellement identifiés, mais les besoins impérieux d'un État qui s'estime « en guerre ». La réaction aux attaques du 11-Septembre semble valider cette théorie, le gouvernement fédéral étant certain d'être en guerre face à un ennemi incertain¹⁵. Mais, dans tous les exemples précités, le contexte permettait d'identifier une situation d'urgence, susceptible de s'éteindre sur un court terme.

58 L'étude des législations européennes relatives à l'état d'urgence permet de mettre en relief des critères communs de définition de la mise en œuvre de mesures exceptionnelles: l'absolue nécessité et justification de ces dernières, leur proportionnalité et caractère temporaire. La comparaison invite souvent à la prudence, parfois à la méfiance, mais elle est ici particulièrement opportune. Les dispositifs européens relatifs à des équivalents de notre état d'urgence poursuivent le même objectif: ils ne sont pas un moyen préventif de lutte contre le terrorisme mais un instrument de réaction quasi instantanée. En France, l'état d'urgence a été pensé pour ne s'appliquer que pendant douze jours avant l'intervention éventuelle du Parlement. L'idée non seulement du provisoire, mais aussi du très court terme est donc incluse dans sa définition même. Dans quelques semaines, quelques mois, quelques années, le risque ne sera pas moindre. Face à un péril qui ne s'éteindra pas sur le moyen terme, voire sur le long terme, l'état d'urgence devient sans fondement et perd toute légitimité. Cette logique du provisoire se retrouve au Royaume-Uni, où l'état d'urgence peut être déclaré pendant sept jours au moins et trente jours au plus¹⁶; quinze jours renouvelables au Portugal¹⁷ et trente jours renouvelables en Espagne¹⁸. La plupart des constitutions contemporaines réservent une disposition à la réaction face à une situation « exceptionnelle », de « crise », d'« urgence », de « siège », d'« exception ». Beaucoup plus rares sont celles qui prévoient des restrictions de certains droits fondamentaux pour les nécessités de la lutte contre le terrorisme, à l'instar de celle du Royaume d'Espagne. L'article 55 de sa Constitution, donnant

15. Cf. Wanda Mastor, « L'état d'exception aux États-Unis: le *USA PATRIOT ACT* et autres violations "en règle" de la Constitution », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 24, 2008, p. 461-475, et « La prison de Guantanamo: réflexions juridiques sur une zone de non-droit », *Annuaire français de droit international*, vol. 54, 2008, p. 23-44.

16. *Civil Contingencies Act* de 2004.

17. *Lei Orgânica 44/86, de 30 de setembro, Regime do estado de sítio e do estado de emergência*.

18. *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio*.

compétence au législateur organique, envisage une telle « suspension » au cours d'« investigations liées aux agissements de bandes armées ou d'éléments terroristes ». Éléments terroristes qui, à l'époque de l'adoption de cette disposition, désignaient essentiellement un ennemi intérieur, l'ETA. Il n'est d'ailleurs pas certain que la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme lui accorde plus de force¹⁹. En France, les débats dont on connaît l'issue politique pathétique se sont focalisés ces derniers temps sur l'introduction de l'état d'urgence dans la Constitution. Une telle volonté était parfaitement inopportune, tout comme la prolongation de l'état d'urgence est inadaptée à la menace d'un nouveau genre, prenant les traits d'un nouvel ennemi.

Les arguments historique et comparatiste prouvent une double inopportunité de l'état d'urgence tel qu'il est en ce moment appliqué sur le territoire français. Le contexte de l'adoption de la loi de 1955 nous rappelle que son objectif était difficilement comparable avec celui affiché aujourd'hui. L'ennemi était *intérieur* et l'objectif politique susceptible d'être atteint. Il en allait de même dans les autres démocraties européennes qui ont dû éradiquer des fléaux domestiques, comme aux États-Unis où le danger naissait surtout de l'intérieur. L'ennemi de notre nouvelle ère est radicalement différent et poursuit une autre logique. Le nouveau visage de la terreur n'est pas celui d'un délinquant, d'une victime à plaindre, d'un soldat, d'un combattant étranger (et gardons-nous bien de créer la catégorie des « combattants illégaux » qui a permis à Guantánamo de devenir une zone de non-droit), d'un insurgé. Le droit doit s'inventer face à une forme nouvelle d'hostilité, l'état d'urgence n'étant plus adapté.

59

L'INADAPTATION DE L'ÉTAT D'URGENCE À LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME

La généalogie de la loi française de 1955 a permis de rappeler les raisons d'être d'une norme adoptée pour faire face à un danger essentiellement national. L'argument historique prouvant cette inadaptation originelle se double de l'argument factuel né de l'observation de ce nouvel ennemi qu'aucune des constitutions ou législations ne pouvait prévoir. Inadapté, l'état d'urgence l'est encore plus face au péril djihadiste.

Mais ce constat ne saurait conduire à une conclusion nihiliste : la menace est puissante mais l'inadaptation de l'état d'urgence ne doit pas

19. Cf., sur ce point, Carolina Cerda-Guzman, « La Constitutionnalisation : une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », *RFDC*, n° 73, 2008, p. 41-63.

empêcher les réflexions sur d'autres moyens de prévention du terrorisme. La surveillance et la coopération, encore imparfaites, pourraient être une voie de progression dans la lutte contre ce fléau d'un nouveau type.

L'inadéquation de la loi de 1955 au péril djihadiste

60 Le quatrième ennemi, djihadiste, se distingue des trois premiers en ce qu'il n'obéit pas à une logique spatio-temporelle, c'est-à-dire la poursuite d'un objectif politique (permettant de penser un terme au combat) qui se concrétise par une maîtrise territoriale (un espace conquis). Ces « combattants » n'entendent pas contrôler tout ou partie du territoire français selon une rationalité politique ou étatique moderne. Leur communauté est celle des croyants qui ont fait allégeance (*bay'at*) au calife Ibrahim (al-Baghdadi), qu'importe leur nationalité. Leur espace est universel. Tout territoire qui ne vit pas sous l'empire de la charia est réputé terre de djihad. Leurs objectifs ne sont pas politiques : ils entendent convertir ou rendre la justice en « vengeant les injures » faites au Prophète en tuant. Enfin, ils n'espèrent aucune sécurité ici-bas car leur véritable sécurité est dans la certitude d'obtenir les félicités célestes promises aux martyrs (*shahîd*), telles les fameuses soixante-dix vierges.

L'ennemi djihadiste se nourrit de sources et de références médiévales et prémodernes tout en s'inscrivant dans la perspective, à certains égards postmoderne, de la mondialisation et du dépassement des frontières des États territoriaux. Ces références sont parfaitement assumées par le « Califat » dont la rhétorique est amplement alimentée par les écrits et les images de ce Moyen Âge de l'islam, une période regardée comme heureuse, prospère, glorieuse. De manière symptomatique, les personnes tombées sous les balles des djihadistes le 13 novembre 2015 sont qualifiées de « croisés »²⁰. Ces références ne renvoient pas à un Moyen Âge spécifiquement islamique car, précisément, cette idéologie djihadiste a été largement revivifiée pour répondre à la volonté occidentale de « reprendre » Jérusalem et de reconquérir la « Terre Sainte ». Lorsqu'en 1095 Urbain II appelle les chrétiens à la croisade en leur promettant la *remissio peccatorum* et la vie éternelle s'ils venaient à mourir pendant le voyage²¹

20. Revendication des attentats du 13 novembre 2015 : « Allah a conquis par leur [des « combattants »] main et à jeter [*sic*] la crainte dans le cœur des croisés dans leur propre terre. » Plus bas : « Et la France et ceux qui suivent sa voie doivent savoir qu'ils restent à [*sic*] les principales cibles de l'État islamique et qu'ils continueront à sentir l'odeur de la mort pour avoir pris la tête de la croisade [...] . »

21. L'exhortation est connue par le texte de Foucher de Chartres, *Historia Hierosolymitana* (*Histoire de Jérusalem*), rédigé plusieurs années après.

ou lorsque Bernard de Clairvaux assure, en 1128, que les moines soldats de l'ordre du Temple²² auront la vie éternelle s'ils massacrent des infidèles ou s'ils sont massacrés par eux, les logiques sont proches. Dans les deux cas, celle de la *respublica christiana* et celle de la *respublica mahumetana*, la logique est théocratique, non politique.

L'état d'urgence, héritier d'une logique issue de la Révolution et du XIX^e siècle, permet de répondre pertinemment à de futures menaces territorialisées, mais il est impuissant pour faire face efficacement au djihadisme et s'avère largement liberticide pour ceux qui ont été assignés à résidence ou perquisitionnés pour des raisons étrangères aux activités terroristes. Pour près de trois mille perquisitions réalisées entre le 13 novembre 2015 et le 8 janvier 2016, une seule a abouti à une mise en examen *en lien* avec le terrorisme²³.

Faut-il en conclure que l'état d'urgence ne sert à rien dans le contexte du terrorisme ? On doit souligner une forme de productivité psychologique à ce dispositif. L'opinion attend du pouvoir qu'il réagisse rapidement et fermement. Elle n'aurait pas facilement compris que le gouvernement s'abstînt de réaction dans l'urgence, d'autant que l'organisation en 2015 de la Conférence de Paris sur le climat pouvait justifier un contrôle de zone en Île-de-France. Dans un pays traumatisé, l'effet rassurant de l'annonce d'une mesure (même si elle n'est pas très utile) n'est pas moins important que les mesures elles-mêmes. Les législations d'exception prévoient souvent une annonce ou une proclamation dont le but est de faire ressentir à la population et de partager avec elle la nécessaire cohésion en période d'état d'exception²⁴.

Cependant, les mesures psychologiques ne sauraient se substituer à des politiques. Pas plus d'ailleurs que les mesures symboliques telles que le projet d'extension de la déchéance de nationalité. Ces politiques peuvent s'orienter dans deux directions : le droit pénal de l'ennemi et le renseignement. La première est largement vouée à l'échec car tout le droit pénal repose sur la peur de la mort du délinquant – la peine de mort est même jugée excessive aujourd'hui – lors même que le terroriste non seulement ne craint pas la mort, mais la désire car elle lui procurera la gloire terrestre et le ciel éternel. En revanche, faire sortir le droit pénal de ses rets pour combattre non des délinquants mais des ennemis conduit à malmener sérieusement les principes forgés en la

22. *De laude novae militiae* (Louange de la nouvelle milice).

23. *Le Monde*, 8 janvier 2016.

24. François Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, Paris, PUF, 2001, p. 371 et suiv.

62 matière depuis la Révolution française. Le droit pénal ne peut ni ne doit servir à prévenir la commission d'infractions, seulement à les punir. La dimension préventive repose sur une anthropologie moderne à laquelle les djihadistes sont étrangers. Le renseignement, quant à lui, liberticide également, peut s'avérer pertinent pour la prévention d'attentats. Mais il comporte deux défauts essentiels : parce qu'il est et doit rester largement secret, il ne peut être brandi comme la contre-mesure d'urgence qui rassure les populations, et il le peut d'autant moins qu'il est lui-même anxigène précisément parce que tout le monde peut potentiellement être surveillé. L'efficacité du renseignement est toutefois largement conditionnée par la logique de coopération internationale. De même que les djihadistes n'ont pas de territoire et qu'ils peuvent agir partout, ceux qui les traquent par la surveillance doivent dépasser le cadre étatique et territorial auquel ils sont habitués et coopérer. La chose est d'autant plus difficile que la coopération est parfaitement étrangère à la culture des agences de renseignement.

La pertinence de la logique de coopération

Le terrorisme est une menace a-territoriale, un monstre aux tentacules exponentielles privilégiant les outils électroniques sans frontières, les réseaux sociaux étant un élément clé du recrutement. La modernité apparaît donc comme un obstacle supplémentaire à la maîtrise de ce nouvel ennemi ubiquiste. Dès le 11 septembre 2001, un arsenal de dispositions législatives a été adopté en France pour tenter de lutter contre le terrorisme. Le droit pénal, traditionnellement nationalement cloisonné, a dû faire face à l'internationalisation de la répression, l'Europe devenant aussi un espace de liberté, sécurité et justice. De la simple coopération à la confiance puis reconnaissance mutuelle des décisions répressives, le droit pénal est devenu européen²⁵. Menant une guerre contre le terrorisme, selon ses propres mots adressés à l'Assemblée générale des Nations unies le 23 septembre 2014, le président de la République a exhorté l'ensemble des gouvernants à agir efficacement mais rapidement. Refusant de n'utiliser que des outils répressifs – peu efficaces à l'encontre de terroristes désirant la mort –, ces gouvernants ont donc réfléchi à d'autres possibilités préventives. Mais, la plupart du temps, la logique de la prévention a donné naissance à de nouvelles infractions, à l'image de celle qui a animé l'adoption de la loi du 13 novembre 2014 renforçant les

25. Cf. Guillemine Taupiac-Nouvel, *Le Principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2011.

dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme. Désireuse de s'attaquer au terroriste « à la source » en quelque sorte²⁶, la loi crée le délit de préparation individuelle à l'acte terroriste, comme si toute volonté de lutter contre ce fléau devait fatalement se muer en mesure pénale. La loi sur le renseignement du 24 juillet 2015, opportune dans son principe, a souffert de deux principaux maux : la comparaison inopérante avec le *Patriot Act* et les attaques de Paris successives dont la violence a entraîné une indignation nationale. Indignation et émotion qui, au lieu de permettre aux spécialistes de plaider pour l'application de cette loi, ont entraîné des débats délirants sur la constitutionnalisation de l'état d'urgence et la déchéance de nationalité. La loi n'est pas exempte de toute critique : l'option de finalités extrêmement larges et imprécises tout comme « l'évacuation » de la question des surveillances internationales (réparée par le législateur le 30 novembre de la même année²⁷) et le choix de l'autorisation préalable par une nouvelle – et énième – autorité administrative indépendante étaient critiquables. Mais le principe était louable et les récents attentats de Bruxelles ont malheureusement redonné vie à l'argument de l'importance de la logique de coopération, non seulement pénale, mais également en matière de renseignement.

63

Les observateurs ont été nombreux à pointer la faille dans les échanges de renseignements, alors même que la France est dotée de services d'une grande renommée. La faiblesse ne viendrait pas de la qualité de chaque service national de renseignement, mais bien des échanges entre eux. Traditionnellement, le monde des services secrets est opaque, et l'image fantasmée que nous en avons collectivement est régulièrement confirmée par des révélations inouïes. Surtout, les progrès en ce domaine semblent lents : l'un des apports du livre blanc de 2008 fut la facilitation, non des échanges d'informations entre pays, mais entre... les services français. D'où la création de la coopération interservices, favorisée par l'émergence d'une « communauté du renseignement », composée de six services²⁸. Le livre

26. Philippe Ségur, « Le terrorisme et les libertés sur l'internet », *AJDA*, vol. 71, n° 3, 2015, p. 160.

27. Loi 2015-1556 du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales.

28. La Direction générale de la sécurité extérieure (DGSE) et la Direction centrale du renseignement intérieur (DCRI), services à compétence générale, et quatre services spécialisés : la Direction du renseignement militaire (DRM), la Direction de la protection et de la sécurité de la défense (DPSD), la Direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières (DNRED) et le Service de traitement du renseignement et d'action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN). Cf. le décret n° 2014-474 du 12 mai 2014, codifié à l'article D. 1122-8-1 du code de la défense.

blanc de 2013 confirme le rôle central du renseignement dans la stratégie de défense et de sécurité nationale, et souligne l'émergence d'une « culture partagée ». Or le partage s'entend ici *au sein* de la communauté française du renseignement, et non entre services de pays différents. Les agences de renseignement semblent avoir toujours un temps d'avance sur le droit en vigueur. Ce dernier, inadapté car dépassé, découvre un nouvel ennemi que les services de renseignement connaissaient déjà. C'est ainsi que les citoyens français et belges ont appris que quasiment tous les suspects arrêtés dans le cadre des enquêtes sur les attentats avaient fait l'objet d'un fichage et/ou d'une surveillance. Notre nouvelle ère exige que lesdites informations circulent d'un pays à un autre : l'aspect a-territorial de la menace terroriste doit nous obliger à repenser le droit en dehors de toute frontière.

64 Un outil juridique est d'autant plus inadapté qu'il a pour conséquence la restriction des libertés : il en devient illégitime. Ceux qui estiment que l'état d'urgence préserve nos libertés se fourvoient et placent les curseurs au mauvais endroit. Pensé pour être un outil provisoire de réaction à une menace quasi instantanée, l'état d'urgence doit demeurer exceptionnel. Le caractère impérieux de l'élément déclencheur ne doit pas faire oublier les conséquences attentatoires aux libertés. Si le droit permet ces dernières, c'est uniquement parce qu'il le permet de manière *provisoire*. Au-delà de sa nécessité politique, l'état d'urgence prolongé entraîne l'obligation de réfléchir au champ des limites des droits fondamentaux. La plupart des constitutions contemporaines les ont explicitement prévues en cas de crise grave et de mise en œuvre de pouvoirs exceptionnels.

Cette question des restrictions possibles des libertés, et des limites aux limites, prend une teinte très particulière en période de lutte contre le terrorisme, où le règne – pour ne pas dire la dictature – de l'émotion obscurcit le débat argumentatif des juristes. Quel que soit l'instrument juridique utilisé, et malgré l'aspect provisoire des atteintes qui découlent de son application, les libertés ne devraient jamais être dénaturées. L'état d'urgence ne doit pas supplanter l'État de droit. La Constitution espagnole se réfère d'ailleurs à ce « contenu essentiel » (art. 53, al. 1^{er}), tandis que la Loi fondamentale allemande énonce qu'« en aucun cas il ne doit être porté atteinte à la *substance* d'un droit fondamental » (art. 19, al. 2).

L'ère de la menace terroriste a rompu ces subtilités. Tout semble se passer comme si ce danger-ci était si imminent, si grave, qu'il serait presque déraisonnable de rappeler la nécessité de l'existence de garde-fous, qu'ils soient institutionnels ou temporels. Certains juristes paraissent s'épuiser dans le rappel d'évidences tautologiques : un état d'exception doit demeurer... exceptionnel.

R É S U M É

L'état d'urgence n'est pas adapté à la lutte contre le terrorisme. Conçu en 1955 pour maîtriser des « insurgés », il ne saurait convenir pour combattre les djihadistes dont les objectifs sont différents. Comme la France, les grandes démocraties occidentales se sont dotées, dans l'urgence, de dispositifs pour lutter contre un ennemi intérieur. Liberticide, l'état d'urgence donne néanmoins le « sentiment » que le gouvernement agit. Il est toutefois plus opportun d'accentuer la coopération en matière de renseignement pour faire face aux djihadistes.