

CE QUI SE PASSE DANS LES PAYS EUROPEENS: RÉPONSES NATIONALES

LE DÉFI DU TERRORISME INTERNATIONAL

POUR EN SAVOIR PLUS

LA REPUBLIQUE FRANÇAISE DANS TOUS SES ETATS

« Les terroristes se nourrissent des peurs. Ils veulent nous faire croire que nous devons choisir entre libertés et sécurité. Or, une démocratie n'a pas à faire ce choix. Un Etat démocratique doit s'opposer à la barbarie du terrorisme en évitant d'affaiblir l'Etat de droit et le respect des droits de l'homme. Ne pas réussir à trouver cet équilibre serait une victoire pour les terroristes. »

Nils Muiznieks Commissaire
aux droits de l'homme du
Conseil de l'Europe

I- LES ACTES TERRORISTES : ACTUALITE, HISTOIRE, GEOPOLITIQUE ET
CONFRONTATION A UNE COMMUNAUTE DE VALEURS

I-1 La France n'est pas le seul peuple de la douleur

Après les attentats meurtriers des 7, 8, 9 janvier 2015, qui avaient provoqué la mort de 17 personnes, ceux du 13 novembre 2015 qui ont coûté la vie à 130 personnes, constituent les plus importants assassinats de population civile, en France métropolitaine, depuis plus de cinquante ans. Sans compter les nombreux blessés au nombre de plus de 350 et les survivants gravement traumatisés par les moments terribles qu'ils ont vécus. Rendre cet hommage à la mémoire des victimes, c'est souligner combien dans la communauté de valeurs, tant européenne qu'universelle, que nous appelons de nos vœux, il est important que la personne de la victime ait sa juste place. L'acte terroriste qui trouvait jusque dans les années 1970-80, bien des gens pour l'excuser ou le légitimer est devenu d'autant plus insupportable qu'il vise des civils, des victimes par excellence.

Et il ne faut pas oublier que nous ne sommes pas les seuls, d'autres peuples sont des peuples de la douleur (Belgique¹, Tunisie, Turquie, Burkina Faso et bien d'autres encore). Il faut penser cette situation française dans une solidarité globale.

La France n'est pas non plus le seul pays touché par le phénomène du Djihad, même si, semble-t-il, elle est un des pays le plus touché, en chiffre relatif, après la

¹ A la date de l'intervention, la Belgique tout en étant un lieu manifestement de haut risque terroriste, avec des menaces très sérieuses, n'avait pas été touchée par les graves attentats qui l'ont endeuillée le 22 mars 2016.

Belgique laquelle est devancée par le Danemark ; cinq ou six mille européens seraient concernés. Pour la France 35% seraient des femmes et 40% des convertis.

Ce phénomène est préoccupant car tout le monde en convient désormais, tous ces attentats n'ont pas pour auteurs des « loups solitaires² ». Des démarches de « déradicalisation » sont actuellement en cours ; ces programmes impulsés par les autorités publiques françaises (ainsi que dans bien d'autres pays) mériteraient un développement autonome qui ne sera pas traité ici.

I-2 Les actes terroristes ne sont pas nouveaux dans l'histoire du monde

Contrairement à bien des idées reçues, le terrorisme n'est pas le fruit du malheur de notre temps mais appartient à une histoire ancienne.

« L'histoire mondial du terrorisme concerne la totalité du monde et ne fait pas de distinction entre continents, aires culturelles et religieuses³ ».

Du terrorisme interne au terrorisme international, les origines en ont été multiples. Y ont été représentées : toutes les religions, divers courants de pensée, des mouvements irrédentistes, ou de résistance à l'oppression ou de conquête d'indépendance face au colonisateur... Certains groupements ont été héroïsés d'autres diabolisés. Certains ont été vaincus par la force ou la répression, d'autres se sont finalement assis à des tables de négociations. Sans oublier de citer le « terrorisme d'Etat » dont l'origine est notamment « la terreur » de la Révolution française, reprise par la Révolution russe et qui peut s'appliquer à bien des situations de terreur d'Etat qui ont sévi ou sévissent encore dans le monde.

I-3 Ni dans l'histoire de la France

Sans évoquer si ce n'est pour mémoire, tous les attentats qui ont émaillé l'histoire française et notamment les attentats anarchistes de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, on doit constater que la France n'a jamais été épargnée.

L'attentat le plus meurtrier sur le territoire métropolitain avant les tragiques événements du 13 novembre était l'attentat OAS du 18 juin 1961, 24 morts et 170 blessés ; à l'époque, il s'agissait de français –dont des officiers supérieurs de l'armée – luttant par le terrorisme contre la marche de l'Algérie vers l'indépendance.

Depuis 1974, un tragique décompte conduit, par ailleurs, à dénombrer près de 100 personnes tuées dans le cadre d'attentats terroristes – sans compter les très nombreux blessés.

I-4 Un terrorisme devenu global

Les attentats du 11 septembre 2001, ont révélé que l'on doit, de plus en plus, faire face à un terrorisme global, en ce qu'il emprunte les moyens de la globalisation technologique et financière pour relier des individus, ou groupes, terroristes,

² Les attentats tragiques du 22 mars 2016 qui ont endeuillé la Belgique en provoquant 31 morts et 270 blessés confirment l'existence d'une organisation relativement structurée, la même cellule franco-belge paraissant être à l'origine de ces assassinats comme de ceux du 13 novembre 2015 en France, cellule dont le noyau semble s'être formé il y a plus d'un an.

³ Henry Laurens, historien, professeur au collège de France, in « Terrorismes, histoire et droit ». CNRS éditions sous la direction de Henry Laurens et Mireille Delmas Marty.

⁴ Ainsi, le 24 juin 1894, Sante Caserio, un anarchisant, tue le président français Sadi Carnot. Cet attentat marque l'apogée d'une série perpétrée, en France, par des anarchistes. La société internationale tout entière se sentit menacée, car la France n'était pas le seul pays victime d'attentats.

indépendamment de leur base territoriale. Et ils savent aussi utiliser parfaitement une communication sophistiquée.

Cette nouvelle dimension a facilité la montée en puissance du terrorisme se revendiquant du radicalisme islamique lequel, actuellement, serait responsable de la majorité du nombre de victimes⁵.

Mais il faut se garder, d'interpréter cette situation comme une manifestation du « choc guerrier des civilisations » car ce serait tomber dans le piège tendu par ce terrorisme.

I-5 La reconnaissance d'une communauté mondiale de valeurs⁶ ?

Ce caractère global a plus que jamais motivé la volonté de coopération internationale. Après l'échec de la SDN, l'ONU peine à l'établir de façon compatible avec la sauvegarde des droits fondamentaux comme l'illustre le système des « listes noires » finalement annulé par la Cour de justice des communautés européennes⁷.

Cette communauté de valeurs paraît avoir été mieux sauvegardée au niveau européen, à tout le moins, par le rôle des juridictions, Cour Européenne des droits de l'homme et Cour de justice des communautés européennes.

La Cour européenne des droits de l'Homme n'a-t-elle pas proclamé : « Consciente du danger de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, la Cour affirme que les États ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée » (arrêt Klass⁸)

Mais comme il va être vu, l'évolution de la situation française tend vers un éloignement très fort d'une communauté de valeurs telle que résumée par la CEDH et/ou sert une dégradation de celle-ci.

II- DESCRIPTION DE LA SITUATION FRANÇAISE ACTUELLE : MAIS OU SONT PASSEES NOS VALEURS ?

II-1 Le recul des valeurs

La France qui se dit attaquée en raison de ses valeurs de libertés tant de mode de vie que liées aux principes fondamentaux, n'est pas en capacité, actuellement, du moins au niveau de ses dirigeants, de les porter haut et fort.

Et pourtant, si la France est dans le deuil des victimes elle doit être dans la volonté de bâtir une société libre et respectueuse de chacun et engager un processus de résilience sans se soustraire, bien au contraire, à une analyse en profondeur de la situation. Passé le temps de l'émotion et du recueillement, ces crimes qui ont provoqué ces victimes appellent des réponses à la hauteur de leur gravité et il ne doit pas être fait l'économie d'une analyse critique de l'organisation des services anti-terroristes et de la communauté

⁵ Dans un tel contexte, avant ou après la France, bien des pays européens, et non européens, connaissent ou ont connu des vagues de terrorisme parfois très meurtrières, par exemple : l'Espagne en 2004, 200 morts, l'Angleterre en 2005 60 morts, le Danemark le 14 février 2015, 3 morts,. La Tunisie a été victime de trois attentats en moins d'un an, 11 jours après les attentats en France, un « kamikaze » a fait 12 morts dans un bus de la garde présidentielle ; cinq mois plus tôt, le 26 juin, un tireur avait abattu 38 personnes sur une plage et dans un hôtel de Sousse, le 18 mars 21 touristes avaient perdu la vie dans une attaque au musée du Bardo, à Tunis, un agent de sécurité ayant également perdu la vie. Des attentats tous revendiqués par le groupe Etat islamique.

Toutefois, d'autres formes de terrorisme, sans base islamique, continuent de sévir comme l'illustre l'attentat perpétré en Norvège en 2011 par Anders Behring Breivik qui a coûté la vie à 77 personnes.

⁶ Intitulé emprunté à Mireille Delmas Marty in « Terrorismes, histoire et droit » op.cité supra.

⁷ 3 septembre 2008 Cadi et Al Barakaat.

⁸ 6 septembre 1978.

du renseignement qui malgré un arsenal juridique conséquent n'ont manifestement pas pris la juste mesure de la menace terroriste dont la France était l'objet.

Or les décisions prises par le gouvernement français, largement soutenu par l'ensemble de la classe politique française – à quelques exceptions près appartenant tant à la majorité politique qu'à l'opposition- sont particulièrement inquiétantes en ce que, écornant l'Etat de droit, elles remettent en cause les principes fondamentaux de la légalité républicaine et occupent la scène politique et médiatiques par des mesures inutiles et dangereuses.

Et si l'indéniable gravité de la criminalité terroriste peut justifier des mesures d'investigations particulières, elles doivent s'exercer dans un cadre judiciaire qui garantisse leur nécessité, leur proportionnalité et partant leur efficacité.

II-2 La rhétorique guerrière

Ces décisions sont, en outre, orchestrées par une rhétorique guerrière : la guerre contre Daech. Or, « L'état de guerre est une situation où les règles de droit et plus particulièrement, les droits fondamentaux se trouvent gravement réduits voire même disqualifiés et qui autorise toutes les dérives. Il convient donc de rester vigilants : de totale, la guerre pourrait devenir totalitaire.⁹ ». De surcroît, ce serait reconnaître le statut de combattants à des personnes qui doivent être qualifiées de délinquants et dont le comportement doit être appréhendé par le droit pénal. Céder ainsi à la rhétorique guerrière constitue un aveu de faiblesse à l'égard de groupes criminels qu'on ne saurait ainsi élever à la dignité de belligérants. S'il y a des « opérations de guerre » elles ne sont pas sur notre territoire (elles-mêmes devant au reste être soumises à une réflexion approfondie), et ne doivent pas conduire à une globalisation incluant le territoire national ; le faire serait tomber dans le piège de Daech.

II-3 La position du SM

Le SM réfutant le mauvais procès en impuissance fait à l'État de droit, qui conduit à brader les garanties qu'il procure, défend une telle approche. Lors de son dernier congrès fin novembre 2015, il a

- rappelé la nécessité absolue de lutter contre la criminalité terroriste et de prévenir de nouveaux attentats en attribuant des moyens suffisants aux acteurs de la lutte anti-terroriste ;*
- insisté sur l'importance du travail coordonné des services de renseignements, de police et de justice pour assurer, dans le cadre de l'État de droit, la poursuite des infractions commises et empêcher la commission de celles qui sont en préparation.*

II-4 Les critiques montent en puissance mais vainement pour le moment

Plébiscitée par les sondages – les personnes sondées étant questionnées de façon simpliste par des options binaires- cette politique fut, cependant, progressivement critiquée et remise en cause par une partie significative de la société civile.

Si au début le SM se sentait assez isolé, lui et ses alliés furent rejoints par cette partie de la société civile attachée aux libertés fondamentales et prête, refusant de se laisser piéger par une opposition simpliste « liberté/sécurité », à se pencher lucidement sur les moments que nous avons vécus et que nous vivons. C'est, en effet, une réalité complexe qu'il faut affronter en se lançant dans une réflexion nourrie de questions que la surenchère répressive du gouvernement a escamotées.

⁹ Damien Vandermeeersch magistrat et professeur de droit pénal belge in « Juger le terrorisme dans l'Etat de droit » collection Magna carta BRUYLANT.

Mais, pour le moment, la politique gouvernementale reste inchangée malgré de nombreuses critiques éclairées comme celles du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe et des Institutions de notre système démocratique chargées de veiller sur les droits de l'homme et leur effectivité comme « le défenseur des droits » ou la « Commission consultative des droits de l'homme ». Ces institutions ne seraient-elles que des alibis !

Les mécanismes de supervision de la loi, ont été certes sollicités grâce à l'activisme de la société civile mais le contrôle qui s'appliqua, sans être nul, fut de basse intensité. Il faut rappeler que le Premier ministre, a exhorté, avec succès les parlementaires à ne pas avoir recours au contrôle du Conseil constitutionnel lequel fut saisi exclusivement grâce à des Questions Prioritaires de Constitutionnalité.

III- RESUME DE LA POLITIQUE MISE EN PLACE

III-1 Un état d'urgence qui n'en finit pas : de l'adoption à la constitutionnalisation en passant par la prolongation

III-1.1 Qu'est-ce que l'état d'urgence ?

Instauré par une loi du 3 avril 1955¹⁰, donc avant l'adoption de la Constitution du 4 octobre 1958 :

« L'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain ou des départements d'outre-mer, soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique. »

L'état d'urgence est déclaré par décret en conseil des ministres et ne peut être prolongé au-delà de douze jours que par la loi.

La déclaration de l'état d'urgence donne pouvoir aux préfets de département : d'interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté ; d'instituer, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé ; d'interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics.

Le ministre de l'intérieur, pour l'ensemble du territoire, et le préfet, dans le département, peuvent : ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature ; et également interdire à titre général ou particulier les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre.

L'état d'urgence donne pouvoir au ministre de l'intérieur d'assigner à résidence des personnes.

Le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peuvent : conférer aux autorités administratives le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit.

Ces dernières dispositions sont les plus problématiques au regard de leur cadre juridique ainsi que de leur potentialité de dérives.

Assignation à résidence par le ministre de l'intérieur contre toute personne « à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement

¹⁰ Les précédentes déclarations d'état d'urgence : appliqué en Algérie après la promulgation de cette loi, l'état d'urgence prorogé par la loi du 7 août 1955 pour six autres mois, n'avait été appliqué en métropole qu'à trois reprises jusqu'à présent : après le retour au pouvoir du général de Gaulle, suite aux événements du 13 mai 1958, pour faire face à un éventuel « coup de force », en 1961, après le « putsch des généraux », et en novembre 2005, deux semaines après le début des « émeutes urbaines ». Il avait été déclaré, en outre, en Nouvelle-Calédonie en décembre 1984.

constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics » [ancienne version : « dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics »] la personne ainsi assignée à résidence « peut être astreinte à demeurer dans le lieu d'habitation déterminé par le ministre de l'intérieur, pendant la plage horaire qu'il fixe, dans la limite de douze heures par vingt-quatre heures. »

Perquisition sur ordre du préfet : Le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peut, par une disposition expresse, conférer aux autorités administratives le pouvoir d'ordonner des perquisitions en tout lieu, y compris un domicile, de jour et de nuit, [sauf dans un lieu affecté à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics.] (ajouté par la loi du 20 novembre 2015)».

III-1.2 L'inutilité de l'état d'urgence

Or l'état d'urgence n'a jamais été utile à la répression de la criminalité terroriste. Une analyse juridique approfondie¹¹ démontre, au contraire, que ce régime d'exception hérité de la guerre d'Algérie a pour seul effet d'accroître l'arbitraire des pouvoirs publics tout en émoussant singulièrement la capacité des services à détecter et prévenir des projets d'attentats avérés. Il est déraisonnable et inefficace d'affecter autant de moyens à la surveillance généralisée de la population. Les piètres résultats en sont la meilleure illustration : sur près de 3300 perquisitions administratives, six saisines seulement du parquet antiterroriste¹².

En effet, en mettant en place une répression aveugle et incontrôlée – car malgré leurs qualificatif d'« administratives » ces mesures sont bien de nature répressive- ces mesures dispersent inutilement des forces de police qui seraient bien mieux employées à la détection et la prévention de projets criminels avérés. En mettant en cause des individus sur la base de simples suspicions, voire de leur appartenance religieuse (voir infra la position du commissaire aux droits de l'homme) elles concourent directement, par une stigmatisation arbitraire et inutile, à cette radicalisation que l'on prétend combattre. C'est ainsi que l'on contribue à façonner le terreau du terrorisme de demain.

Proclamé par un décret pris dans la nuit du 13 au 14 novembre dernier, confirmé par une loi du 20 novembre 2015 -aggravant le texte d'origine du 3 avril 1955- l'état d'urgence a été à nouveau prolongé par une loi du 19 février 2016 pour une nouvelle période de 3 mois à compter du 26 février 2016.

L'inscription dans la constitution de « l'Etat d'urgence » n'est pas nécessaire au plan technique dans la mesure où le Conseil Constitutionnel a admis qu'une telle loi n'était pas contraire à la Constitution¹³.

¹¹ <http://www.syndicat-magistrature.org/-L-urgence-d-en-sortir-4-.html> L'URGENCE D'EN SORTIR ! Analyse approfondie du régime juridique de l'état d'urgence et des enjeux de sa constitutionnalisation. le Syndicat de la magistrature, aux côtés de chercheurs, d'étudiants, de militants et de praticiens juristes, a participé fortement à la réalisation de ce document.

¹² Outre 23 délits d'apologie d'actes de terrorisme traduisant bien souvent un esprit irréfléchi de provocation ou d'injures, de la part des auteurs des propos, qu'une volonté réelle d'inciter autrui à commettre des actes de terrorisme.

¹³ Le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, a jugé que : « en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés publiques ne saurait être assuré ».

Voir aussi Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016 cité infra.

Extraits des critiques du commissaire aux droits de l'homme
du Conseil de l'Europe :

« Parmi les effets les plus préoccupants de la mise en œuvre de l'état d'urgence figurent les perquisitions administratives réalisées sans autorisation judiciaire préalable et les assignations à résidence de bon nombre de personnes sans lien avec le terrorisme...

des abus ont été commis par les forces de police.

En particulier des interventions violentes fondées sur des informations incorrectes ont causé une grande souffrance morale et des dommages matériels lourds chez des personnes n'ayant aucun lien avec le terrorisme.

Les victimes de ces opérations – qui sont parfois des familles avec enfants – n'ont que des recours limités pour contester le bien-fondé des mesures dont elles ont fait l'objet...

Un très grand nombre de mesures mises en œuvre dans le cadre de l'état d'urgence ont visé des personnes de confession musulmane, ou supposées telles¹⁴.

Des responsables religieux et des organisations non gouvernementales ont publiquement fait état du profond malaise que cela suscite parmi la population musulmane, qui se sent ciblée, discriminée, et craint d'être assimilée au fanatisme et au terrorisme dans lesquels elle ne se reconnaît pas...

La cohésion sociale est en danger

Cet état exceptionnel pourrait bientôt devenir ordinaire. Il est compréhensible et justifié que l'Etat se mobilise pour protéger sa population face à une menace terroriste qui reste réelle. Toutefois, continuer dans la voie tracée jusqu'à présent n'est pas souhaitable, car la pérennisation de l'état d'urgence aggraverait la polarisation de la société et affaiblirait l'Etat de droit. Continuer à donner plus de pouvoir à l'exécutif tout en réduisant celui de l'autorité judiciaire risque de saper le système de poids et contrepoids nécessaire dans une démocratie et de conduire à une augmentation du nombre d'opérations abusives et attentatoires aux libertés, sans pour autant rendre la France plus sûre.»

III- 2 La constitutionnalisation de la déchéance de nationalité

Ce processus – dont il n'est nullement certain qu'il aboutisse- est en cours de concert avec la constitutionnalisation de l'état d'urgence. Cette double constitutionnalisation est au stade du débat devant le Sénat dont le texte adopté doit être identique à celui de l'assemblée nationale pour permettre une réforme constitutionnelle ; ce qui n'est pas actuellement le cas.

L'objectif de cette démarche est présenté ainsi : « il s'agit notamment de procéder à l'éloignement durable du territoire, par la voie de l'expulsion, des personnes dont le caractère dangereux est avéré par la condamnation définitive. Sur ce sujet, le Conseil d'État a rendu un avis le 11 décembre 2015, relevant que ce dispositif "répond à un objectif légitime consistant à sanctionner les auteurs d'infractions si graves qu'ils ne méritent plus d'appartenir à la communauté nationale" (sic). Lors de l'examen à l'Assemblée nationale, cet article du projet de loi constitutionnelle a été largement réécrit afin, d'une part, de supprimer toute référence à la binationalité et, d'autre part, d'étendre aux personnes condamnées pour un "délit constituant une atteinte grave à la vie de la Nation" cette possibilité de prononcer la déchéance de nationalité. Mais le Sénat vient de revenir à la nécessité de binationalité pour encourir la déchéance.

¹⁴ Il faut préciser qu'en outre une dizaine de lieux de culte ont été fermés (mosquées et salles de prière).

Il faut préciser que cette disposition existe déjà dans notre droit¹⁵ et qu'il s'agit de l'étendre encore et de lui donner un statut supérieur.

Ce projet -indigne- suscite des débats en France avec des clivages qui, comme pour le précédent, dépasse majorité/opposition.

Il a provoqué la démission de la ministre de la justice Christiane Taubira. Dans le livre qu'elle a publié après celle-ci, elle stigmatise d'abord « l'inefficacité » de la mesure et ses « effets nuls en matière de dissuasion » et ensuite le « symbole » qu'elle représente. « Osons le dire, écrit-elle : un pays doit être capable de se débrouiller avec ses nationaux. Que serait le monde si chaque pays expulsait ses nationaux de naissance considérés comme indésirables ? Faudrait-il imaginer une terre-déchetterie où ils seraient regroupés ».

Elle voit, fort pertinemment dans le risque de créer des apatrides une « dérobade morale et politique »¹⁶.

III-3 La contamination du droit commun par l'état d'urgence

Un projet de loi majeur, actuellement en débat devant l'assemblée nationale, vise à transcrire dans le droit commun une partie des mesures jusque-là réservées à l'état d'urgence. Ce texte est l'un des trois fers au feu sécuritaire du gouvernement avec le projet de réforme constitutionnelle et la prolongation pour trois mois supplémentaires de l'état d'urgence.

Il s'agit du « projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ». Ce texte a provoqué des inquiétudes au sein de la magistrature même la plus élevée hiérarchiquement (cour de cassation, conférence des premiers présidents) qui y voit une marginalisation de la justice, tandis que les associations de défense des droits de l'homme dénoncent une dérive vers l'état d'urgence permanent.

Le SM a émis des critiques très fortes¹⁷.

Ce texte œuvre à la marginalisation de l'autorité judiciaire, consacrant ainsi un recul supplémentaire de la garantie constitutionnelle des libertés individuelles. Il introduit des dispositifs administratifs quasi-pénaux (d'assignation à résidence ou de retenue de personnes) c'est-à-dire non soumis à l'autorisation préalable d'un juge mais soumis seulement à un contrôle a posteriori du juge administratif : par exemple la retenue de quatre heures après contrôle d'identité, et un contrôle administratif au retour du djihad.

¹⁵ Article 25 du code civil

« L'individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'Etat, être déchu de la nationalité française, sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride :

1° S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme ;

2° S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit prévu et réprimé par le chapitre II du titre III du livre IV du code pénal ;

3° S'il est condamné pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui du code du service national ;

4° S'il s'est livré au profit d'un Etat étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France. »

¹⁶ Elle poursuit : « *A qui parle et que dit le symbole de la déchéance de nationalité pour les Français de naissance ? Puisqu'il ne parle pas aux terroristes [...], qui devient, par défaut, destinataire du message ? Celles et ceux qui partagent, par totale incidence avec les criminels visés, d'être binationaux, rien d'autre. [...] C'est à tous ceux-là que s'adresse, fût-ce par inadvertance, cette proclamation qu'être binational est un sursis. Et une menace : celle que les obsédés de la différence, les maniaques de l'exclusion, les obnubilés de l'expulsion feront peser, et le font déjà par leurs déclarations paranoïaques et conspirationnistes, sur ceux qu'ils ne perçoivent que comme la cinquième colonne.* »

¹⁷ <http://www.syndicat-magistrature.org/Questions-reponses-critiques-du-2443.html>

Il renforce considérablement les pouvoirs des procureurs, à un moment où la France semble incapable de garantir statutairement l'indépendance des parquets à l'égard de l'exécutif¹⁸. Le parquet fait de plus en plus d'ombre au juge d'instruction – dont l'indépendance est garantie par son statut de juge – déjà cantonné à une petite fraction des affaires (3 % des dossiers).

Si cette loi est adoptée, il va pouvoir recourir aux nouvelles techniques d'enquête comme les « IMSI catchers », ces valises-antennes qui captent les données de connexions mobiles. Il obtiendrait également la possibilité, sous conditions, de demander la sonorisation, la vidéosurveillance ou la captation de données informatiques d'un suspect.

Certains de ces outils étaient jusqu'ici réservés aux juges d'instruction, d'autres inconnus de la sphère judiciaire (les « IMSI catchers »).

Même le premier président de la Cour de cassation a mis en garde les députés contre les nouveaux équilibres que cette réforme dessine ; il s'inquiète notamment de l'émergence d'un couple «formé du procureur et du juge des libertés, ce juge apparaissant comme le contrôleur d'un procureur qui tend à se substituer au juge d'instruction pour beaucoup d'actes, notamment en matière de perquisitions».

Ce haut magistrat souligne que «ce duo ne présente pas les mêmes garanties pour le citoyen, au stade où nous en sommes du statut du ministère public dans notre pays».

Le juge des libertés, qui n'a pas, de fait, un accès approfondi au fond du dossier et reste d'un statut fragile (en ce qu'il peut être déchargé de ses fonctions par une décision arbitraire du président du tribunal), paraît mal armé pour contrôler le procureur...

Il comporte en outre une extension de la possibilité pour les services de police, de gendarmerie et de douane, de faire usage de leurs armes, créant ainsi une sorte de légitime défense dérogatoire car propre aux détenteurs de la violence légitime.

Brève présentation du système de la justice en France

La dualité des ordres de juridictions

En France l'organisation de la justice, est le reflet d'une histoire complexe qui a conduit à une dualité de juridictions : l'ordre judiciaire coexiste avec l'ordre administratif.

➔ Les adhérents du Syndicat de la Magistrature sont exclusivement des magistrats de l'ordre judiciaire.

- **l'ordre administratif** traite les instances mettant en cause les autorités publiques et singulièrement l'Etat et son administration ;

- **l'ordre judiciaire** traite tous les autres contentieux –civils, commerciaux et sociaux- et assure l'application des lois pénales.

Au sommet de la hiérarchie de l'ordre administratif se trouve le Conseil d'Etat et de l'ordre judiciaire la Cour de cassation.

¹⁸ A plusieurs reprises, la CEDH a mis en exergue l'absence d'indépendance des « magistrats » du parquet français ainsi : « la Cour considère que, du fait de leur statut ainsi rappelé, les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « magistrat » au sens de l'article 5 § 3. (...) » arrêt de grande chambre Medvedyev c/ France du 29 mars 2010, arrêt Moulin c/ France du 23 novembre 2010, arrêt Vassis c/ France du 27 juin 2013

Ce ne sont pas les mêmes juges qui œuvrent dans les deux ordres, leur recrutement et leur carrière sont distincts. L'une des différences essentielles est la place réservée aux juges judiciaires dans la Constitution, au contraire de l'ordre administratif qui y est absent.

Ainsi, le statut des juges judiciaires est prévu, dans ses grandes lignes, par la Constitution laquelle proclame l'indépendance du pouvoir judiciaire, appelé « autorité judiciaire ». Cela ne signifie pas que le principe de l'indépendance est dénué de pertinence pour les juges de l'ordre administratif, mais, tout en étant reconnu, il n'est pas inscrit dans la Constitution. L'indépendance de ces juges est cependant protégée par la coutume, le Conseil Constitutionnel ayant érigé en principe constitutionnel l'indépendance des juridictions administratives (Conseil constitutionnel, décision n° 80-119 DC, 22 juillet 1980). Cependant, on peut estimer qu'ils n'ont pas la même culture que les juges judiciaires même si des juges administratifs s'émancipent, leur culture est installée dans une normativité de fidélité très forte aux jurisprudences du Conseil d'Etat alors qu'il existe chez les juges judiciaires une tradition de possible résistance –voire de « rébellion»- à la jurisprudence de la Cour de cassation qui parfois provoque un revirement de jurisprudence. En tout cas, il est certain que la justice judiciaire est plus « aléatoire » pour le pouvoir exécutif.

On peut par ailleurs citer l'avis d'un chercheur qui rejoint pas mal de points de vue sur cette question dans le contexte de l'état d'urgence¹⁹ :

Antoine Vauchez Directeur de recherche au CNRS au Centre européen de sociologie et de science politique (Université Paris 1-Sorbonne-Ehess). 6 FÉVRIER 2016

L'état d'urgence a placé le Conseil d'Etat en première ligne de la riposte antiterroriste. Par la dilatation sans précédent des pouvoirs administratifs et la marginalisation du juge judiciaire, c'est à lui, juge de l'administration, qu'est confiée la délicate mission de faire entendre l'exigence des droits et des libertés au cœur même d'une politique antiterroriste dont on signale d'ores et déjà les dérives. Par la position qui est la sienne au cœur même de la machine administrative, le Conseil d'Etat semble pourtant aujourd'hui bien mal placé pour accomplir pleinement cette tâche essentielle.

Ce qui ne veut pas dire que la justice judiciaire soit parfaite dans ce rôle ; elle n'est pas non plus au-dessus de tout soupçon.

On doit rajouter que dans l'ensemble, le juge judiciaire intervient a priori pour autoriser alors que le juge administratif intervient a posteriori pour apprécier la légalité d'une décision administrative ; dans le domaine des mesures propres à l'état d'urgence, il apprécie en fonction d'informations dont il n'a pas la maîtrise du recueil, savoir, par exemple, des « notes blanches anonymes » (établi par « les services secrets ») que la personne en cause n'a qu'infiniment peu de chances de contester.

Cette dualité d'ordre juridictionnel est une question, franco/française, complexe qui a été réanimée par le rôle de la justice administrative dans le contrôle de l'état d'urgence.

¹⁹ « La juridiction administrative a toujours eu un rôle central dans le recours à l'exception. Le Conseil d'Etat doit être consulté avant un projet de loi. Dans l'Histoire, le bilan du Conseil est très mitigé. Il a légitimé ce recours à l'exception pendant la guerre l'Algérie, il a donné son accord pour l'état d'urgence et les pouvoirs spéciaux. Mais il s'est aussi opposé très fermement à l'exécutif, comme le montre l'arrêt Canal de 1962 qui a annulé les condamnations à mort d'une cour militaire de justice voulue par le général de Gaulle. Le Conseil a ainsi un rôle complexe. Après l'arrêt Canal, Jean Foyer, le ministre de la justice, avait déclaré : « La juridiction administrative a aliéné sa raison d'exister, c'est-à-dire la défense de l'Etat. » A-t-il trouvé sa place ? Il est le seul, avec le Conseil constitutionnel, à pouvoir limiter les effets de l'exception, voire à en obtenir la suppression. Extrait d'une interview parue dans le Monde du 17.12.2015 de Vanessa Codaccioni maîtresse de conférences en science politique à l'université Paris-VIII. »

Auteure de « Justice d'exception. L'état face aux crimes politiques et terroristes » (CNRS éditions)

L'unité du corps

Comme dans certains pays, tels que la Belgique et l'Italie, l'ordre judiciaire est constitué d'un seul corps de magistrats : magistrats du parquet (qui constitue «le ministère public») et magistrats du siège. Au cours de sa carrière un magistrat peut passer du parquet au siège et réciproquement. Le Conseil constitutionnel estime (11 août 1993, Décision n°93-326 DC) que « L'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet » (il l'a encore redit dans une décision du 30 juillet 2010 relative à la garde à vue).

Cependant, le parquet est subordonné au ministre de la Justice. Ainsi se trouve caractérisée une réelle contradiction entre subordination du parquet et indépendance de la justice. Des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (spécialement, arrêt Moulin contre France 23/11/2010, voir note 16), insistent sur cette imperfection française qui reste à ce jour sans réelle modification.

La question du statut du parquet et de son lien avec le pouvoir exécutif est devenue, en France, un sujet de crispation important.

IV- UN CONTROLE TANT CONSTITUTIONNEL QU'ADMINISTRATIF DE BASSE INTENSITE

On voit bien que tant le contrôle du Conseil constitutionnel que le contrôle de la juridiction administrative, ces contrôles ne sont pas inexistantes mais sont de basse intensité. Les exemples qui suivent en sont l'illustration.

IV-1 La Constitution proclame que les juges judiciaires sont gardiens de la liberté individuelle

Elle ajoute qu'ils assurent le respect du principe selon lequel « *nul ne peut être arbitrairement détenu* ». C'est ce principe qui fonde la compétence exclusive des juges de l'ordre judiciaire chaque fois qu'une décision peut porter atteinte à la liberté individuelle.

Le conseil constitutionnel, dans son rôle de fixation de la ligne de partage entre ce qui est du ressort du pouvoir exécutif et partant du contrôle a posteriori du juge administratif et du ressort de l'autorisation préalable de « l'autorité judiciaire » a une conception de plus en plus restrictive de cette fonction de « gardien de la liberté individuelle ». On peut y voir au reste, dans la mesure où les membres du Conseil constitutionnel sont globalement, depuis sa création et encore actuellement, plus pétris de culture « administrative » et politique, le résultat de cette parenté avec le monde politico-administratif évoquée supra.

En témoignent les décisions rendues par le Conseil constitutionnel relativement à l'état d'urgence :

IV-2 Sur l'assignation à résidence : Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 ceci n'est pas une atteinte à la liberté individuelle (pour paraphraser Magritte ayant intitulé un tableau représentant une pomme « ceci n'est pas une pomme).

« Considérant qu'aux termes de l'article 66 de la Constitution : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. – L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi » ; que la liberté individuelle, dont la protection est confiée à l'autorité judiciaire, ne

saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis ;

Considérant, en second lieu, que, dans le cadre d'une assignation à résidence prononcée par le ministre de l'intérieur, la personne « peut également être astreinte à demeurer dans le lieu d'habitation déterminé par le ministre de l'intérieur, pendant la plage horaire qu'il fixe, dans la limite de douze heures par vingt-quatre heures » ; que la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile dans le cadre de l'assignation à résidence, fixée à douze heures par jour, ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution ; »

12 heures par jour de privation de liberté ce n'est pas une atteinte à la liberté individuelle !

De fait, le bilan –bien sûr susceptible d'évoluer continuellement jusqu'à la fin de l'Etat d'urgence- relatif au recours démontre le peu d'effectivité de celui-ci : 392 mesures 103 contestations, soit un peu plus d'un quart, 7 suspensions, une suspension partielle, quatre aménagements et une annulation.

IV-3 Sur les perquisitions administratives : Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016 ; ceci est une conciliation équilibrée

« -ces mesures de perquisition, qui relèvent de la seule police administrative, y compris lorsqu'elles ont lieu dans un domicile, ne peuvent avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ; que, d'autre part, ces mesures n'affectent pas la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution ; que, par suite, ces perquisitions administratives n'ont pas à être placées sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire ; que le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution doit être écarté ;

-la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence ; qu'il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que parmi ces droits et libertés figurent le droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile, protégés par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;

- aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; qu'il ressort de cette disposition qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ;

-la décision ordonnant une perquisition sur le fondement des dispositions contestées et les conditions de sa mise en œuvre doivent être justifiées et proportionnées aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence ; qu'en particulier, une perquisition se déroulant la nuit dans un domicile doit être justifiée par l'urgence ou l'impossibilité de l'effectuer le jour ; que le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure qui doit être motivée est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit ;

-si les voies de recours prévues à l'encontre d'une décision ordonnant une perquisition sur le fondement des dispositions contestées ne peuvent être mises en œuvre que postérieurement à l'intervention de la mesure, elles permettent à l'intéressé d'engager la responsabilité de l'État ; qu'ainsi les personnes intéressées ne sont pas privées de voies de recours, lesquelles permettent un contrôle de la mise en œuvre de la mesure dans des conditions appropriées au regard des circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence ; »

- les mesures en cause « opèrent, s'agissant d'un régime de pouvoirs exceptionnels dont les effets doivent être limités dans le temps et l'espace et qui contribue à prévenir le péril imminent ou les conséquences de la calamité publique auxquels le pays est exposé, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre les exigences

de l'article 2 de la Déclaration de 1789 et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ; que ne sont pas non plus méconnues les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ».

Le Conseil constitutionnel a seulement censuré les saisies de données informatiques faute de garanties procédurales suffisantes.

V- LES DOUZE LIGNES DE FAIBLESSE DE LA POLITIQUE FRANÇAISE

1. *Un tournant sidérant dans la conception de notre loi fondamentale. « Une constitution est la garantie de la liberté d'un peuple » disait Benjamin Constant. Pour la première fois, depuis 1958, la révision constitutionnelle envisagée est conçue non pour limiter le Pouvoir mais comme un appareil à augmenter le Pouvoir pour plus d'atteintes aux libertés.*

2. *La préférence, d'une façon générale pour la réaction en urgence plutôt que la réflexion et la délibération. Des textes soumis au vote dans la précipitation.*

3. *Une occupation de l'espace politico-médiatique par des débats qui ne permettent pas à la population de s'installer dans une pensée approfondie mais au contraire permet à celle-ci, dans un contexte de montée en puissance de l'audience du Front National, de se laisser aller, parfois à des dérives nationalistes, xénophobes, voire islamophobes²⁰.*

4. *L'absence de lucidité, voire la cécité sur le coût de « l'état d'urgence permanent » :*

- *perte d'efficacité dans la lutte contre le phénomène criminel que l'on veut combattre, notamment perte d'efficacité de la police de fait concentrée sur certaines mesures peu ou pas utiles, au lieu d'être concentrée sur des mesures qui le seraient ;*

- *affaiblissement de la légitimité du pouvoir par l'affaiblissement de l'équilibre des pouvoirs caractérisé, notamment, par une atteinte au pouvoir judiciaire.*

- *coût pour la cohésion sociale, une partie de la population musulmane se sent cible privilégiée des mesures prises. La politique c'est pourtant de permettre le vivre ensemble²¹ !*

5. *L'absence de volonté de faire une analyse critique de l'organisation des services anti-terroristes et de la communauté du renseignement*

6. *L'accentuation du déclin du droit, qualifié de « juridisme étroit », au profit d'une « gestion » de crise par la « gouvernance » administrative et policière.*

7. *Une marginalisation grandissante de la justice judiciaire ; la police prenant les rôles de l'initiative de l'action dans le cadre des mesures arrêtées avec un simple*

²⁰ Le nombre d'actes contre les musulmans a très largement augmenté en un an (+ 223 % entre 2014 et 2015), qu'il s'agisse des menaces (+ 291 %) ou des actions effectivement commises (+ 125 %).

²¹ Cet objectif essentiel est d'autant plus important que comme le souligne l'un des nombreux chercheurs français sur ce thème, Gilles Kepel, la stratégie de Daech semble celle d'instaurer la « guerre civile » en Europe, dans cette optique les attentats du 13 novembre 2015 ont constitué une erreur fondamentale de la part de Daech, en engendrant une unité nationale certaine malgré certaines fragilités.

contrôle, a posteriori, de basse intensité de la justice administrative, prenant de la sorte l'habitude –néfaste- d'une déliaison avec la justice judiciaire.

8. *Une souveraineté très forte de « la situation exceptionnelle » créant un raz de marée détruisant le droit commun.*

9. *La rhétorique de guerre omni présente.*

10. *La peur plutôt que la résilience sous tendue dans l'approche de la situation. Et la stratégie de Daech est précisément de faire le pari de l'absence de capacité de résilience des sociétés mises en péril.*

11. *L'absence de volonté d'affronter la complexité de la situation²² alors que connaître les causes d'une menace est la première condition pour s'en protéger*

12. *L'absence de volonté pour trouver un chemin raisonnable pour que nos institutions dans un Etat laïc –composante forte de notre démocratie - sachent côtoyer et respecter une situation « multiculturelle » intégrant l'Islam qui appartient à la France comme les autres religions.*

VI- UNE PERSPECTIVE D'AVENIR

Comme un chercheur français Dominique Linhardt²³, l'a mis en avant à propos du terrorisme en Allemagne dans les années de plomb en évoquant la lutte de la société civile pour que le combat contre le terrorisme se fasse dans les limites de l'État de droit : les critiques de ces mouvements ont été entendues et ont permis de rendre adéquats les dispositifs antiterroristes avec ce qui paraissait collectivement acceptable, conforme à l'état de droit et donc légitime. Et ces mouvements de la société civile ont sûrement contribué, de la sorte, à l'avènement de la fin du terrorisme. Comparaison n'est pas toujours raison, mais nous devons nous inspirer de ce type de mouvements pour mobiliser largement en faveur du respect des droits fondamentaux dans la lutte contre le terrorisme en mettant en avant que contrairement à ce que d'aucuns prétendent, agir ainsi c'est se mobiliser contre l'impuissance de l'Etat.

Version écrite close le 25 mars 2016

Simone GABORIAU présidente de chambre honoraire de la cour d'appel de Paris (France) ancienne présidente du Syndicat de la Magistrature.

²² « J'en ai assez de ceux qui cherchent en permanence des excuses ou des explications culturelles ou sociologiques à ce qui s'est passé », avait déclaré le premier ministre au Sénat, deux semaines après les attaques de novembre 2015. Il avait enfoncé le clou le 9 janvier, lors d'un hommage aux victimes de l'attaque de l'Hyper Cacher : « Il ne peut y avoir aucune explication qui vaille. Car expliquer, c'est déjà vouloir un peu excuser. » Ces propos réitérés avaient suscité un tollé parmi les chercheurs qui, chacun dans leur domaine, mènent des travaux parfois de longue haleine. Non pas pour « excuser » mais pour « comprendre ». Et contribuer ainsi, à leur manière, à la prévention de nouveaux actes terroristes.

²³ Sociologue, chargé de recherche au Centre National de Recherche Scientifique.