

« Le droit d'exception risque de devenir la règle »

LE MONDE | 17.11.2015 à 11h43 • Mis à jour le 17.11.2015 à 11h52 | Propos recueillis par Jean-Baptiste Jacquin (*/journaliste/jean-baptiste-jacquin/*)



Opération du RAID dans les milieux islamistes dans le quartier du Mirail (Toulouse), le 16 novembre 2015
THIERRY BORDAS /MAXPPP

Agrégée de droit privé et de sciences criminelles, ancienne professeure des universités Lille-II, Paris-XI, Paris-I-Panthéon-Sorbonne, ex-membre de l'Institut universitaire de France, puis au Collège de France de 2003 à 2011, Mireille Delmas-Marty a été professeure invitée dans la plupart des grandes universités européennes, ainsi qu'aux Etats-Unis, en Amérique latine, en Chine, au Japon et au Canada.

Peut-on être en guerre contre le terrorisme ?

Il est très difficile de qualifier juridiquement ce terrorisme global. Les attentats du 11 septembre 2001 auraient pu être qualifiés de crimes contre l'humanité au sens du statut de la Cour pénale internationale : une attaque « *généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque* » par un Etat ou par « *une organisation ayant pour but une telle attaque* ». Les Etats-Unis ont préféré la qualification d'acte de guerre, ce qui permettait à la fois de transférer les pleins pouvoirs au président et d'invoquer l'agression, au sens du droit international, pour justifier la légitime défense dans une conception dite préventive qui va très loin puisqu'elle a conduit à l'intervention en Irak, avec la suite que l'on sait.

Le terrorisme est incriminé par le code pénal français, où l'on trouve aussi le crime contre l'humanité. On peut parler de guerre, pour marquer la dimension tragique, mais l'Etat islamique n'est pas un Etat au regard du droit international, même s'il devient de plus en plus un Etat de fait. On raisonne avec des outils, antérieurs à la mondialisation, qui postulent des Etats souverains et un droit international de type interétatique.

Quel cadre international serait adapté pour lutter contre ces nouvelles menaces ?

La mondialisation a renforcé les interdépendances entre Etats. Une communauté mondiale est en train de se constituer, mais sans les concepts juridiques qui répondraient à cette situation nouvelle dite « postmoderne », où se confondent, comme dans les sociétés pré-étatiques, guerres et crimes.

On aurait besoin d'une déclaration d'interdépendance à l'échelle mondiale accompagnée d'un principe de solidarité planétaire et de coresponsabilité. De ce point de vue, le terrorisme pose la même question que le réchauffement climatique : qui est le gardien de la Terre face aux dérèglements climatiques ? Qui est le gardien d'une paix durable face au terrorisme global ? Comment adapter la gouvernance mondiale afin de garantir l'intérêt mondial d'une terre habitable ?

Un nouveau cadre juridique international est nécessaire pour assurer la protection de ces biens communs mondiaux. Au XVIII^e siècle, la communauté internationale luttait contre ceux que l'on appelait à l'époque les ennemis du genre humain, c'est-à-dire les pirates. Les terroristes sont peut-être les pirates du XXI^e siècle.

L'état d'urgence est-il une mesure adaptée et une décision légitime ?

Il valait mieux utiliser la loi de 1955 qui permet l'état d'urgence que l'article 16 de la Constitution qui confère les pleins pouvoirs au président de la République. Le chef de l'Etat n'avait pas d'autre choix s'il voulait riposter de façon extrêmement rapide et visible contre les agresseurs. En revanche, dans la durée, cette situation appelle sans doute une mise à jour de nos institutions. Mais cela ne peut se faire, comme le président l'a rappelé, que dans le cadre de l'Etat de droit et des engagements internationaux de la France.

Au premier rang de ceux-ci figure la Convention européenne des droits de l'homme, qui admet des dérogations en cas « *de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation* », mais dans « *la stricte mesure où la situation l'exige* ». En ce cas, un Etat peut déroger à un certain nombre de droits fondamentaux en prévoyant des mesures limitant, par exemple, le respect de la liberté, de la vie privée ou de la liberté d'expression. Tout ceci à la condition qu'on ne touche pas à ce qui est qualifié de droit indérogable, c'est-à-dire essentiellement le droit au respect de la dignité qui interdit la torture et autres actes inhumains, même contre des « barbares ». Les perquisitions extrajudiciaires, qui restreignent le respect de la vie privée, tout comme l'assignation à résidence dans des conditions dérogeant au respect de la liberté d'aller et venir, seraient sans doute admises dès lors que le Conseil de l'Europe serait informé des mesures prises et des motifs indiqués. La situation est très différente aux Etats-Unis, où l'état d'exception ne peut être invoqué qu'à travers l'état de guerre, et sans contrôle international.

Proroger d'emblée de trois mois l'état d'urgence n'est-il pas risqué ?

Si nous sommes effectivement engagés dans une « guerre » contre le terrorisme global, elle va durer longtemps. Le risque est, au motif de défendre les valeurs humanistes, de les mettre en danger, comme l'ont fait les Américains en autorisant la torture et en ouvrant Guantanamo. Le risque est aussi que le droit dit d'exception devienne la règle car la difficulté sera de mettre un terme à ces mesures. Dans une guerre, les processus habituels de pacification sont des traités de paix. Là, on imagine mal avec qui conclure un traité de paix. Dans une telle situation dont on ne voit pas la fin, il serait nécessaire d'adapter le cadre juridique international. En attendant, on est contraint de faire du « bricolage » et d'utiliser le cadre ancien pour faire face à une situation nouvelle.

La multiplication des lois sur la sécurité ces vingt dernières années ne réduit-elle pas l'intérêt relatif de l'état d'urgence ?

Il est vrai que, en droit interne, les textes permettent déjà beaucoup de choses et sans doute, y a-t-il aussi un effet d'affichage dans le recours à la loi sur l'état d'urgence. L'inquiétant est que chaque attentat terroriste est suivi d'un renforcement de l'arsenal législatif, sans résultat satisfaisant. Il y a là une sorte de course qui, à terme, pourrait être mortelle pour la démocratie.

Comment nos voisins traitent-ils ces sujets ?

La loi fondamentale allemande a prévu un « *état de nécessité* », intérieur et extérieur, mais se limite à un transfert de pouvoirs au chancelier, sans suspension des droits fondamentaux. Le droit constitutionnel allemand est dominé par la volonté de maintenir, dans la mesure du possible, toutes les garanties de l'Etat de droit, même dans des circonstances exceptionnelles. En Espagne, la Constitution de 1978 définit trois états dits provisoires (état d'alerte, état d'exception et état de siège) et distingue le cas du terrorisme, mais précise les droits qui pourraient être suspendus.

En France, il n'y a dans la Constitution aucune disposition sur le terrorisme. Or, la situation a changé depuis 1958, avec l'ampleur qu'a pris le terrorisme, mais aussi avec l'entrée en vigueur de la Convention européenne des droits de l'homme. Si l'on change le cadre des transferts de pouvoirs, il faudra préciser la durée, les conditions, les garanties et les limites, y compris les droits auxquels il ne peut, même temporairement, être dérogé.

