

RAPPORT

Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence

Recherche effectuée par le CREDOF
dans le cadre de la convention de recherche signée
avec le Défenseur des droits



CREDOF



Centre de Recherches et d'Études
sur les Droits Fondamentaux





CE QUI RESTE(RA) TOUJOURS DE L'URGENCE

Rapport de recherche
Convention n°2016 DDD/CREDOF

Février 2018

« Les opinions mentionnées dans ce rapport de recherche n'engagent que leurs auteurs et ne reflètent pas nécessairement la position du Défenseur des droits »

SOMMAIRE

I. Etat d'urgence et Etat de droit

Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence fait à l'Etat de droit

Par Véronique Champeil Desplats

De quoi l'état d'urgence est-il le nom ?

Par Vincent Sizaire

L'Etat de droit dans les débats parlementaires : le recours extensif à un concept mouvant

Par William Almeida Pires

II. Les équilibres institutionnels et juridictionnels à l'épreuve de l'état d'urgence

La fabrique législative de l'état d'urgence : lorsque, par la disposition des choses, le pouvoir n'arrête pas le pouvoir

Par Stéphanie Hennette Vauchez

Quel juge pour l'état d'urgence ?

Par Isabelle Boucobza

L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel, ou quand l'Etat de droit s'accommode de normes inconstitutionnelles

Par Véronique Champeil Desplats

III. La circulation géographique et matérielle de l'état d'urgence

Les régimes de crise à l'épreuve de la constitutionnalisation. Comparaison franco-espagnole

Par Francesco Natoli

La liberté de manifestation sous état d'urgence : contribution à l'étude de l'impact de l'état d'urgence sur les libertés publiques

Par Pauline Laborde

IV. L'état d'urgence au prisme contentieux

Analyse transversale de corpus

Par Stéphanie Hennette Vauchez, Maria Kalogirou, Nicolas Klausser, Cedric Roulhac, Serge Slama, Vincent Souty

Les femmes requérantes dans le contentieux de l'état d'urgence

Par Stéphanie Hennette Vauchez et Maria Kalogirou

Le contentieux de l'exploitation des données

Par Vincent Souty

L'état d'urgence préféré au droit commun : quel usage pour quelles conséquences

Par Nicolas Klausser

Le présent rapport de recherche présente les résultats obtenus par une équipe de chercheur/ses de l'équipe CREDOF de l'Université Paris Nanterre qui travaille (UMR 7074 Centre de théorie et analyse du droit), depuis juin 2016 et avec l'appui du Défenseur des Droits¹ (Convention n°2016-DDD CREDOF), sur l'état d'urgence tel qu'il a été proclamé en France le 14 novembre 2015.

Nous tenons à remercier, outre le Défenseur pour le soutien apporté dans le cadre de la convention précitée qui a permis la bonne réalisation de cette recherche, le Conseil d'Etat, qui nous a consenti, dans le cadre d'une convention, l'accès à la base de données interne de la juridiction administrative. Sans cela, nous n'aurions pu réaliser la présente recherche. Nos remerciements s'adressent plus particulièrement à M. Martinie et son service, pour le bon accueil qu'il nous a réservé à chacune de nos visites. Nous remercions également l'ensemble des collègues avec lesquels nous avons pu échanger au cours de la présente recherche, et qui nous ont permis d'affiner notre compréhension de l'objet d'enquête. Les conférences données par Olivier Cahn et Marie Goupy au CREDOF, à notre invitation, ont été particulièrement éclairantes.

De la même manière, les échanges réguliers avec divers avocats, syndicats, associations de défense des droits de l'Homme, dans et en marge du réseau « Antiterrorisme – Droits Libertés », ont considérablement accru et affiné notre connaissance et compréhension de ce phénomène juridique « Etat d'urgence ». Nous remercions en particulier Laurence Blisson (Syndicat de la magistrature), Lila Charef (Collectif contre l'Islamophobie), Jean-Marie Fardeau (VoxPublic), Lana Hollo (OSJI), Bénédicte Jeannerod (Human Rights Watch), Nicolas Krameyer (Amnesty International), Malik Salemkour (Ligue des droits de l'Homme), Laure Salmona (Ligue des droits de l'Homme), Sihem Zine (Association droit des musulmans), et Maîtres Alimi, Borg, Bourdon, Brengarth, Kempf, Pascual, Vinay ainsi que Nicolas Hervieu (Cabinet Spinosi).

Ce rapport fera l'objet d'une présentation et mise en discussion publiques lors d'une journée d'étude organisée à l'Université Paris Nanterre le 6 avril 2018. Une publication s'ensuivra.

Equipe de recherche :

Isabelle Boucobza, professeure de droit public, Université Paris Nanterre
Véronique Champeil-Desplats, professeure de droit public, Université Paris Nanterre
Maria Kalogirou, doctorante en droit public, Université Paris Nanterre
Nicolas Klausser, doctorant en droit public, Université Paris Nanterre
Pauline Laborde, étudiante, M2 Droits de l'Homme, Université Paris Nanterre
Francesco Natoli, doctorant en droit public, Université Paris Nanterre
William Almeida Pires, doctorant en droit public, Université Paris Nanterre
Cedric Roulhac, docteur en droit public, Université Paris Nanterre
Vincent Sizaire, maître de conférences associé en droit privé, Université Paris Nanterre
Serge Slama, professeur de droit public, Université de Grenoble
Vincent Souty, docteur en droit public de l'Université Paris 3 Sorbonne nouvelle

Coordinatrice scientifique : Stéphanie Hennette Vauchez, professeure de droit public, Université Paris Nanterre (directrice du CREDOF)

¹ Les opinions mentionnées dans ce rapport de recherche n'engagent que leurs auteurs et ne reflètent pas nécessairement la position du Défenseur des droits.

Introduction

Stéphanie Hennette Vauchez

Assez vite, nous avons compris que l'épisode allait laisser des traces -traces juridiques, s'entend. Depuis les premières semaines de l'état d'urgence, nombre de chercheurs/ses réuni-es au sein du CREDOF ont eu l'occasion d'échanger sur l'état d'urgence : la première loi dite de « modernisation et de prorogation » du 20 novembre 2015, le débat sur la constitutionnalisation de l'état d'urgence et la déchéance de nationalité, les premières décisions de justice rendues dans le cadre de recours formés contre des mesures prises sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 ou, par voie de QPC, contre certaines dispositions de ce texte même... En quelques mois, il apparaissait clairement que l'état d'urgence proclamé au lendemain des attentats du Bataclan et du Stade de France serait d'une vigueur et d'une rigueur telles qu'il importait de se mettre aussitôt au travail pour réunir, d'emblée, un corpus juridique aussi large que possible sur un régime malgré tout destiné à n'être que temporaire. L'objectif, d'emblée, était multiple. Il s'agissait bien sûr et avant tout de comprendre, dans le détail, l'installation puis l'ancrage de ce régime d'exception dans l'ordre juridique national : quelle(s) rhétoriques, quelle(s) justifications, quelle(s) modalités ? Mais il s'agissait aussi de rassembler les outils permettant de décrire au mieux ce régime d'exception qu'est l'état d'urgence, phénomène juridique par excellence : c'est bien à titre principal dans des mesures administratives, puis, à titre secondaire, dans des actions contentieuses, que l'état d'urgence s'incarne et se donne à voir. Il s'agissait enfin de s'interroger sur les enjeux liés à la proclamation puis aux prorogations répétées de l'état d'urgence : enjeux théoriques, bien sûr (négation ou suspension de l'Etat de droit ?) mais aussi enjeux institutionnels (l'état d'urgence comme révélateur des lignes de pente de notre régime constitutionnel, rôle et action des « freins et contrepoids »), juridictionnels (quel juge pour l'état d'urgence ?) et matériels (l'état d'urgence est-il bel et bien cantonné à la lutte contre le terrorisme ou affecte-t-il d'autres pans du droit -et notamment, altère-t-il de manière générale le régime juridique des droits et libertés ?).

C'est donc dès le début de 2016 qu'au sein du CREDOF, nous avons commencé à rassembler des éléments d'analyse, réfléchir en commun et formuler quelques pistes analytiques. Ceci nous a, dans un premier temps, amenés à organiser, avec d'autres collègues de l'UMR Centre de théorie et analyse du droit, un colloque sur différents aspects théoriques, comparatifs et techniques de l'état d'urgence. Celui s'est tenu à l'Université Paris Nanterre en novembre 2016 et a, depuis, fait l'objet d'une publication². Confortés par l'idée qu'il y avait décidément dans cet état d'urgence qui durait nombre d'éléments qui ne pouvaient laisser indifférents -à la fois sur l'état d'urgence lui-même, mais aussi sur ce qu'il fait au régime constitutionnel de la Vème République ou à différents concepts (Etat de droit) ou catégories juridiques (police administrative / police judiciaire) bien établis-, nous avons poursuivi la réflexion en formulant un projet de recherche qui a bénéficié du soutien financier du Défenseur des droits. C'est dans le cadre d'une convention de recherche avec le DDD que nous avons donc travaillé de septembre 2016 à janvier 2018 ; et le présent rapport est l'aboutissement des travaux menés dans ce cadre. Au terme d'une expérience de recherche collective très riche et fructueuse, je voudrais attirer l'attention sur quelques questions que notre rapport de recherche cherche plus particulièrement à mettre en valeur.

C'est d'abord l'importance théorique des questions posées et des concepts mobilisés à la faveur de l'état d'urgence qui, ayant constitué un trait saillant du débat public -politique et juridique- aura constitué aussi un point d'entrée déterminant, pour nous, dans la réflexion analytique. Rares sont

² Jean-Louis Halpérin, Stéphanie Hennette Vauchez, Eric Millard dir., *L'état d'urgence, de l'exception à la banalisation*, Presses Universitaires de Nanterre, 2017.

en effet les débats publics qui s'organisent de manière aussi intense autour des concepts centraux de nos ordres juridiques et politiques : l'état d'urgence est-il une suspension, une négation, ou simplement un moment critique de l'Etat de droit ? La durée de sa mise en œuvre change-t-elle quelque chose à l'affaire ? Doit-il être constitutionnalisé -et qu'est-ce que cela changerait à l'affaire ? La déchéance de nationalité, un temps évoquée comme sanction possible des auteurs d'attaques terroristes, serait-elle une réponse justifiable ou, au contraire, le signe d'une soumission funeste à la doctrine du droit pénal de l'ennemi qui exclut de la communauté humaine et juridique ceux qu'elle qualifie comme tels ? Toutes ces questions, qui sont apparues en pleine lumière dès le 14 novembre 2015, sont au principe du cadrage et des analyses menées dans le présent rapport.

Et si les questions théoriques sont importantes, c'est qu'elles permettent de mettre en lumière d'autres évolutions qui, d'apparence plus techniques, peineraient, sinon, à être saisies à leur juste valeur. On en veut pour preuve celle qui affecte, aujourd'hui, les critères comme les contours de la distinction entre police administrative et judiciaire.

A n'en pas douter, le présent rapport apporte de l'eau au moulin, déjà actionné par d'autres avant nous, du diagnostic de la mise à mal de la distinction classique entre police administrative et police judiciaire -à l'épreuve, singulièrement, de la lutte anti-terroriste et, plus généralement, des lois et politiques de sécurité publique contemporaines. Nombre des analyses menées ici corroborent largement : la nécessaire remise en cause du caractère finaliste de la distinction entre les deux polices, résultat d'un brouillage (opérationnel et juridique) de la distinction entre prévention et répression ; l'importance accrue, en revanche, d'une prise en compte par le droit de la nature et de l'impact concret des mesures prises au titre de l'une ou l'autre, nombre de mesures pourtant qualifiées de mesures de police administrative pouvant bien être lues comme privatives de liberté³, etc.

Mais plus encore, ce que le présent rapport met en lumière, ce sont les *enjeux* (théoriques, politiques) liés à ces évolutions techniques. Ce que l'observation depuis l'état d'urgence permet particulièrement de mettre en valeur, c'est le fait que le maintien de cette distinction n'est pas seulement décalé ou impropre : il est aussi dangereux en ce sens qu'il invisibilise un phénomène d'abaissement générale des garanties (et donc des droits et libertés)⁴. En ce sens, les analyses présentées ici vont au-delà de l'état d'urgence *stricto sensu*. Elles le situent dans un mouvement plus vaste, qui se donne à voir dans toutes les facettes des lois et politiques contemporaines de sécurité publique (droit pénal de l'antiterrorisme, droit du renseignement, droit militaire⁵...) et invitent plus largement à la réflexion autour de deux axes principaux. D'abord, elles attirent l'attention sur ce qu'il y a de spécifique à la lutte contre le terrorisme (ou, plutôt, au statut qu'elle semble avoir acquis dans les sociétés occidentales contemporaines) qui semble de nature à favoriser la *normalisation* des dispositifs exceptionnels auquel il est recouru pour le combattre. Pour certain-es, ceci tient à la nature et l'ampleur de la menace terroriste, qui « [tendent] à dilater, en quelque sorte, la situation d'exception ». De ce fait, celle-ci perdrait « son caractère exceptionnel, tel qu'appréhendé dans un schéma classique (situation normale / situation d'exception) pour s'inscrire dans un état de

³ Dans le même sens : Raphaële Parizot, « La distinction entre police administrative et police judiciaire est-elle dépassée ? », in Marc Touillier dir., *Le Code de la Sécurité Intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou sèmeur de désordre ?*, Dalloz, 2017, p. 133, p. 139 : « la finalité affichée (prévenir les atteintes à la sécurité et l'ordre public) justifie la qualification retenue (mesure de police administrative) alors que c'est la nature de l'acte (en l'occurrence une privation de liberté) qui devrait guider cette qualification » [à propos de l'assignation à résidence de l'état d'urgence et notamment : CC, 2015-527 QPC, 22 déc. 2015].

⁴ V. Déjà Raphaële Parizot, *Ibid.*, p. 135-36 : « Le maintien d'une distinction artificielle risque de produire un effet insidieux d'aspiration vers la police administrative pour contourner les garanties entourant les missions de police judiciaire ».

⁵ Sur cet aspect, on lira avec profit la mise en perspective globale richement offerte in Julie Alix, Olivier Cahn dir., *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, Dalloz, 2017, Coll. Thèmes et commentaires (v., déjà, dans cet ouvrage, les Propos introductifs d'Olivier Cahn, qui établissent très bien le cadre général).

permanence qui ne dit pas son nom »⁶ ; c'est la « nouvelle normalité »⁷. Ensuite, les analyses rassemblées dans le présent rapport interrogent l'économie générale de cette nouvelle normalité. Dans sa dimension pénale, certaines des mutations en cours sont déjà bien analysées : multiplication des incriminations visant des actes seulement préparatoires (voire préparatoires à d'autres actes préparatoires)⁸, affirmation de nouvelles finalités préventives de la loi pénale -qui poursuit, de plus en plus, un objectif d'évitement⁹ plutôt que de répression des actes terroristes¹⁰, etc. Mais ici encore, l'élargissement de la focale est bienvenu qui, au-delà du brouillage (tenant notamment à l'affirmation d'une dimension préventive de la loi pénale, et d'une dimension répressive de l'action administrative) souligne l'émergence et la consolidation, fût-ce en creux, des logiques de détection, de prédiction, de spéculation (...) au cœur de l'action (sécuritaire) publique. On peut en effet souligner ici combien, de manière générale, les lois et politiques de sécurité publique tendent à converger autour d'un double objectif de détection et neutralisation de la dangerosité. Celui-ci se décline différemment selon les branches du droit considérées : incrimination de l'intention terroriste par la loi pénale, affirmation d'une dimension prédictive de l'ordre public poursuivi par les autorités de police administrative... Mais au-delà des traductions techniques de cette logique nouvelle, on souligne ici leur convergence qui tient au fait que la sécurité publique comme objectif tend à affirmer la « menace » comme élément légitime de déclenchement de l'action des autorités publiques, là où auparavant des éléments relevant davantage de l'ordre du « soupçon » étaient requis¹¹.

Enfin, et plus au-delà encore de la problématique des lois et politiques de sécurité publique, c'est sur la centralité même des droits et libertés dans nos ordres juridiques et politiques qu'une expérience comme celle de l'état d'urgence invite à réfléchir. Parce que les pouvoirs offerts aux autorités administratives par la loi du 3 avril 1955 n'ont pas été strictement cantonnés à la lutte contre le terrorisme, ce sont au moins deux questions qui s'imposent de ce point de vue. Tout d'abord : que

⁶ Stéphane Pierré-Caps, « Constitutionnaliser l'état d'urgence ? », *Civitas Europa*, 2016, n°38, p. 248.

⁷ David Dyzenhaus, « L'état d'exception », in Dominique Chagnollaud, Michel Troper dir., *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, p. 739, p. 747.

⁸ Julie Alix, *Terrorisme et droit pénal. Etude critiques des incriminations terroristes*, Dalloz, 2010.

⁹ Voire d'éviction : c'est la portée de la fameuse doctrine de Günther Jacobs du « droit pénal de l'ennemi » qui théorise la possibilité de réponses pénales de neutralisation de certains 'ennemis' (distingués des 'citoyens' voire des 'personnes' au motif qu'ils se seraient soustraits aux valeurs communes caractérisant le groupe de citoyens) sur le fondement non nécessairement de leur culpabilité mais de leur dangerosité -les garanties normalement apportées par la loi pénale étant ici rendues conditionnelles et susceptibles d'être retirées ou suspendues. V. sur les échos de cette théorie en droit positif : Olivier Cahn, « 'Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre'. Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *Archives de politique criminelle*, 2016, n°38, p. 89 ; et sur cette théorie et sa circulation intellectuelle : Dominique Linhardt, Cedric Moreau de Bellaing, « La doctrine du droit pénal de l'ennemi et l'idée de l'antiterrorisme », *Droit et Société*, 2017, n°97, p. 615.

¹⁰ Julie Alix, « La lutte contre le terrorisme entre prévention pénale et prévention administrative », in Marc Touillier dir., *Le Code de la Sécurité Intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, op. cit., p. 147, p. 151 : « La répression pénale est conçue comme un outil de prévention du terrorisme et l'instauration d'un véritable dispositif de 'prévention pénale' du terrorisme se caractérise par une modification non seulement des finalités du droit pénal mais aussi de son objet (l'infraction) et de ses outils traditionnels (procéduraux) » ; et aussi, de la même auteure, « La place du droit pénal dans la lutte contre le terrorisme », in *Mélanges en l'honneur de G. Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 423.

¹¹ On emprunte cette distinction à Marc Touillier, « La loi sur le renseignement traduit-elle l'émergence d'une procédure para-pénale », in Marc Touillier dir., *Le Code de la Sécurité Intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, op. cit., p. 159, p. 163.

penser du recours à l'état d'urgence pour le tout-venant du maintien de l'ordre¹² : conflits sociaux¹³, événements sportifs, gestion de tensions locales (par exemple, les migrants à Calais)... ? Certes, ce n'est qu'en limitant leur usage « aux seules fins de la lutte contre le terrorisme » que la loi SILT du 30 octobre 2017 fait entrer dans le droit commun les dispositifs-phare¹⁴ de l'état d'urgence. Reste à savoir et comprendre comment, exactement, cette restriction sera mise en œuvre et contrôlée¹⁵. Il faut, ensuite, s'interroger de manière plus vaste encore sur l'avenir d'un régime juridique où l'espace public tend à devenir un lieu de contrôle (social, mais aussi juridique) très intensif -un lieu plus « policier que policé »¹⁶. Comme le montre la convergence transnationale d'interrogations théoriques et politiques sur ces questions¹⁷, il importe de réfléchir à la manière dont la notion même de liberté est interrogée et mise au défi à mesure que l'espace public est privatisé et que s'y appliquent un nombre sans cesse croissant de mesures sécuritaires (des ASBOs [*Anti-Social Behavior Orders*] aux PSPOs [*Public Space Protection Orders*] en passant, aux termes de la loi SILT, par les périmètres de sécurité et autres contrôles intempestifs).

¹² V. déjà, Frédéric Rolin, « L'état d'urgence », in Bertrand Mathieu dir., *Le 50^{ème} anniversaire de la Constitution du 4 octobre 1958*, Dalloz, 2009, p. 611, qui voit dans l'état d'urgence « une nouvelle génération des techniques de maintien de l'ordre ».

¹³ V., à propos de l'état d'urgence déclenché en 2005

en réponse aux émeutes urbaines suite à la mort des adolescents Zyed et Bouna lors d'une poursuite policière, l'analyse de Dominique Rousseau qui interroge l'adaptation de l'outil à la « gestion des conflits sociaux durs » : Dominique Rousseau, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Projet*, 2006, n°2, p. 19 ; l'auteur souligne combien l'état d'urgence de 2005 est une aberration dans l'histoire des usages de ce régime, jusque-là réservé aux situations de revendication d'indépendance d'un territoire ou de violence armée -et s'inquiète de la banalisation dangereuse qu'il emporte.

¹⁴ Les perquisitions administratives (désormais visites et saisies, avec intervention du JLD), les assignations à résidence (désormais MICAS : mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance), les fermetures de lieux de culte, les zones de protection et de sécurité (désormais périmètres de sécurité)... sont autant de mesures qui, autrefois, n'existaient qu'en vertu de la loi du 3 avril 1955 et sont désormais consacrées en tous temps par la loi SILT.

¹⁵ En particulier, la « logique opérationnelle » conceptualisée pendant l'état d'urgence, qui justifie le recours à tel ou tel pouvoir exceptionnel au motif que les forces de l'ordre sont occupées à la préservation de la sécurité publique et ne sauraient être distraites de cette tâche, a-t-elle vocation à perdurer ?

¹⁶ Laure Ortiz, « L'espace public en état d'urgence », *Multitudes*, 2017, vol. 2, n°67, p. 3, p. 4.

¹⁷ Par exemple : David Moeckli, *Exclusion from public space : a comparative constitutional perspective*, Cambridge University Press, 2016 ; Tjerk Timan, Bryce Clayton-Newell, Bert-Jaap Koops eds., *Privacy in Public Space: Conceptual and Regulatory Challenges*, Edward Elgar, 2017 ; et, en langue française : Olivia Bui Xuan, dir., *Droit et espace(s) public(s)*, LGDJ, 2013.

PREMIERE PARTIE

ETAT D'URGENCE ET ETAT DE DROIT

Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence fait à l'état de droit

Véronique Champeil-Desplats

L'expérience de l'état d'urgence déclaré entre le 14 novembre 2015 et le 1^{er} novembre 2017, met à l'épreuve deux questions majeures de la théorie du droit et de la théorie de l'État : d'une part, celle du rapport de la norme à l'exception et, d'autre part, celle, étroitement liée, des rapports entre les concepts d'État de droit et de « régime » ou d'« état » d'exception (le substantif n'étant, on y reviendra, pas neutre). Autrement dit, l'état d'urgence est-il un état d'exception ? Est-il compatible, et dans quelle mesure, avec l'État de droit ? Si oui, quelles incidences a-t-il sur la compréhension de ce concept ?

Répondre rigoureusement à ces questions suppose d'être au clair tant sur les significations conférées aux concepts de droit commun, d'exception, d'état d'exception et d'État de droit que sur la façon de qualifier l'état d'urgence au regard de ces différentes significations. L'affaire n'est pas mince¹⁸, et une confrontation exhaustive de ces concepts les uns aux autres paraît tout aussi fastidieuse que vaine. Deux démarches alternatives peuvent alors être proposées. La première consiste à procéder à une mise en rapport générale du régime de l'état d'urgence avec les principales théorisations des paradigmes de l'exception mobilisées pour l'analyser depuis novembre 2015. Il s'agira alors de rechercher dans quelle mesure celui-ci correspond à celles-là (I). Dans un second temps, il s'agira de prendre au sérieux l'hypothèse — avancée par ailleurs sur un mode péremptoire dans les discours politiques par ses partisans — selon laquelle l'état d'urgence s'inscrit dans le cadre de l'État de droit, ce afin de relever « ce que l'état d'urgence fait à l'État de droit ». En d'autres termes, si l'on admet que l'état d'urgence ne s'oppose pas radicalement au concept d'État de droit mais s'articule à celui-ci, de quels glissements conceptuels est porteuse cette affirmation ? La réflexion sera ici conduite à partir de l'analyse des discours des titulaires successifs aux fonctions exécutives (II).

I - La mise à l'épreuve des concepts

La confrontation, qui ne peut rester ici que schématique, des principales théorisations contemporaines de l'état d'exception avec le régime de l'état d'urgence défini dans la loi du 3 avril 1955 telle que successivement modifiée jusqu'en juillet 2017, fait apparaître des correspondances à géométrie variable. A tout le moins, l'état d'urgence ne peut se comprendre comme un état d'exception qui s'opposerait en tout point et strictement à l'État de droit (A).

Si l'on tient à la distinction analytique entre état d'exception et État de droit, alors l'état d'urgence mis en œuvre entre novembre 2015 et novembre 2017 apparaît comme un « état » hybride qui s'imbrique de façon protéiforme avec le concept d'État de droit et son droit

¹⁸ Voir notamment sur ce point Marie Goupy, « L'état d'exception, une catégorie d'analyse utile ? Une réflexion sur le succès de la notion d'état d'exception à l'ombre de la pensée de Michel Foucault », *RIEJ*, 2017, n° 79, pp. 98-99.

commun. On retiendra pour enseignements généraux de ces deux années d'expérience d'état d'urgence la confortation de l'idée que les États contemporains se qualifiant et qualifiés d'État de droit ou de démocratie, s'accommodent de l'application de régimes juridiques réputés relever de l'exception. L'observation précise de la mise en œuvre de l'état d'urgence laisse ainsi apparaître plusieurs points d'intersection, d'interaction, voire de brouillage entre le droit dit commun et un régime juridique dit d'exception (B).

A - La correspondance variable aux théorisations de l'état d'exception

La confrontation, même rapide, de la loi sur l'état d'urgence et de sa mise en œuvre avec les principales théorisations contemporaines de l'état d'exception – on s'en tiendra en l'occurrence aux plus souvent mobilisées depuis le 14 novembre 2015, à savoir celles proposées par Carl Schmitt¹⁹, Giorgio Agamben²⁰, Bernard Manin²¹ ou François Saint-Bonnet²² – fait ressortir des correspondances à degrés variables. Un des effets de ce décalage est, nous semble-t-il, d'avoir facilité la tâche du pouvoir exécutif (au moins jusqu'à l'élection du nouveau Président de la République) à soutenir que l'état d'urgence n'était pas un état d'exception, et conséquemment à mener une stratégie de négation non pas du caractère exceptionnel de l'état d'urgence, c'est-à-dire de sa *qualification*, mais de sa *qualité* d'« état » d'exception.

L'analyse ne signifie pas que l'état d'urgence ne puisse être pensé à l'aune d'un concept d'état d'exception. Elle invite plutôt à affiner les critères et caractéristiques de celui-ci, du moins si l'on veut montrer ce que l'état d'urgence a (vraiment) d'exceptionnel. La perspective ne sera pas ici de réexposer longuement des théories d'auteurs très bien analysées par d'autres²³, mais de mettre en relief leurs principaux points de rencontre, ou défaut de rencontre, avec le régime particulier de l'état d'urgence. On confrontera successivement le régime de l'état d'urgence aux caractéristiques schmittiennes de la transcendance et de la décision souveraine (1), à la thèse avancée par Agamben de suspension de l'ordre juridique, puis à celle plus circonscrite d'écart ou de dérogation à certaines normes juridiques (2) et, enfin, à la question de la temporalité des états d'exception (3).

1. L'état d'urgence versus la transcendance et la décision souveraine de la dictature schmittienne

L'expérience de l'état d'urgence s'avère éloignée de l'opposition ontologique schmittienne faite entre un État libéral immanent, tout entier encadré par le droit, et un état d'exception qui serait transcendant et dans lequel la décision politique retrouverait sa souveraineté et sa suprématie²⁴. L'observation vaut y compris pour la version la moins brutale que Schmitt confère à l'état d'exception, à savoir celle conduite par un « dictateur commissaire » dans des conditions prévues par le droit pour répondre temporairement à des

¹⁹ Carl Schmitt, *La Dictature*, Paris, Seuil, 2015.

²⁰ Giorgio Agamben, *État d'exception, Homo sacer*, Paris, Seuil, 2003.

²¹ Bernard Manin, « Le paradigme de l'exception. L'État face au nouveau terrorisme », *La Vie des idées*, 15 décembre 2015.

²² François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 27.

²³ Voir Marie Goupy, *L'état d'exception, ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, Paris, édition du CNRS, 2016 ; Marie Goupy, « L'état d'exception, une catégorie d'analyse utile ? une réflexion sur le succès de la notion d'état d'exception à l'ombre de la pensée de Michel Foucault », *op. cit.*, p. 99.

²⁴ Carl Schmitt, *La Dictature*, *op. cit.*

circonstances spécifiques²⁵. On soutiendra donc qu'entre le régime de l'état d'urgence français et la dictature schmittienne, il existe des différences ontologiques et conceptuelles profondes, notamment parce si exception il y a avec l'état d'urgence, celle-ci ne se manifeste pas comme un état alternatif à l'État libéral ou en négation de celui-ci.

La théorie schmittienne de l'état d'exception offre néanmoins certains éclairages pour appréhender l'état d'urgence mais dans certaines limites et pris avec précaution. Telle est tout particulièrement l'idée de décision souveraine qui caractérise pour Schmitt l'état d'exception. En effet, dans le cadre de l'état d'urgence, la volonté politique du pouvoir exécutif reste prédominante. C'est le Président de la République en Conseil des ministres qui décide de déclarer l'état d'urgence. Il est maître de sa durée et de son périmètre d'application. C'est enfin le gouvernement qui demande par un projet de loi sa prorogation au Parlement. C'est le pouvoir exécutif et son administration, enfin, qui est chargé de la mise en œuvre de l'état d'urgence.

Pour autant, juridiquement, ces différentes compétences sont encadrées, partagées et contrôlées. L'hypothèse de la décision souveraine résulte alors moins des dispositions législatives qui définissent le régime de l'état d'urgence lui-même que des rapports de forces politiques et des relations qui s'affirment entre les institutions publiques.

a) Des compétences partagées et contrôlées

Aucune compétence relative à l'état d'urgence n'est, à strictement considérer, détenue par un seul. Déclarer l'état d'urgence et y mettre fin de manière anticipée supposent l'adoption d'un décret en Conseil des ministres, organe collégial qui réunit le Président de la République, le gouvernement et son Premier Ministre. Proroger l'état d'urgence au-delà de 12 jours suppose l'accord du Parlement. Enfin les autorités compétentes pour mettre en œuvre l'état d'urgence, à savoir les préfets et le Ministre de l'intérieur, ne sont pas celles qui le déclarent, hormis le cas de la dissolution d'association ajoutée par la loi du 20 novembre 2015 à l'art. 6-1 de loi du 3 avril 1955. L'état d'urgence n'est donc pas un régime d'auto-habilitation de compétences, comme cela peut être le cas, au bénéfice du Président de la République avec l'article 16 de la constitution française.

Surtout, aucun contrôle, en particulier juridictionnel²⁶, n'est exclu, même s'il reste techniquement restreint et laisse une très large marge d'appréciation au pouvoir exécutif comme au parlement.

S'agissant des décisions du Président de la République de déclaration et de terminaison anticipée de l'état d'urgence, le Conseil d'État a exclu l'hypothèse qu'elles puissent être des actes de gouvernement. Concernant l'opportunité de la déclaration, le Conseil d'État considère *que* « le Président de la République dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu lorsqu'il décide de déclarer l'état d'urgence et d'en définir le champ d'application territorial »²⁷. Mais, il poursuit en exposant les circonstances de l'espèce afin de signifier l'exercice d'un contrôle restreint : « que, dans ce contexte et eu égard à l'aggravation continue

²⁵ Carl Schmitt, *op. cit.*, p. 218.

²⁶ On ne développera pas ici la question plus complexe du contrôle du Parlement.

²⁷ CE, ord. 14 novembre 2005, Rolin, req. n° 286835.

depuis le 27 octobre 2005 des violences urbaines, à leur propagation sur une partie importante du territoire et à la gravité des atteintes portées à la sécurité publique, ne peuvent être regardés comme étant propres à créer un doute sérieux quant à la légalité du décret n° 2005-1386 ». De même s'agissant de l'anticipation de la fin de l'état d'urgence, le Conseil d'État a plus explicitement encore précisé dans l'ordonnance du 9 décembre 2005, Mme A. et autres²⁸, et rappelé dans celle du 27 janvier 2016, Ligue des droits de l'Homme²⁹, « que le silence de la loi sur les conditions de mise en œuvre de la faculté ainsi reconnue au Président de la République » de mettre fin à l'état d'urgence « par décret en conseil des ministres » avant l'expiration du délai de trois mois » « ne saurait être interprété, eu égard à la circonstance qu'un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui dans un État de droit sont par nature limités dans le temps et dans l'espace, comme faisant échapper ses modalités de mise en œuvre à tout contrôle de la part du juge de la légalité ».

Enfin, s'agissant du contrôle des dispositions législatives prorogeant l'état d'urgence, la compétence en reviendrait au Conseil constitutionnel. Mais celui-ci n'en a jamais été saisi ni dans le cadre d'une procédure *a priori*, ni dans celui de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Toutefois au détour des QPC dont il a été saisi sur le fond, le Conseil a pu laisser entendre que « s'agissant d'un régime de pouvoirs exceptionnels » « qui contribue à prévenir le péril imminent ou les conséquences de la calamité publique auxquels le pays est exposé », tel que celui défini dans la loi du 3 avril 1955, ses « effets doivent être limités dans le temps et l'espace »³⁰. Il reste, qu'à la lecture de l'ensemble des décisions que le Conseil constitutionnel a pu adopter en la matière³¹, la question de savoir quelle aurait été l'étendue de son contrôle sur la décision parlementaire de proroger l'état d'urgence, s'il en avait été saisi, reste ouverte.

b) Des décisions souveraines de facto ?

Si le partage des compétences et l'existence de contrôles juridictionnels semblent éloigner le régime de l'état d'urgence du cadre de la décision souveraine schmittienne du point de vue juridique, la question d'ordre sociologique ou de science politique des conditions et de l'intensité d'exercice de ce partage et de ce contrôle ne peut être éludée.

D'un côté, la réalité de la répartition des compétences peut être discutée à l'épreuve des circonstances ou des rapports de force en présence. Dans un régime où priment un fonctionnement présidentieliste et le fait majoritaire, les décisions des différentes autorités compétentes se réduisent souvent à l'entérinement de la volonté présidentielle. L'expression et les chances de succès d'avis discordants deviennent fortement improbables, en particulier sur des questions de sécurité. Face à la situation, le Président de la République a ainsi pu annoncer la nuit des 13-14 novembre 2015 la déclaration de l'état d'urgence un temps avant la réunion d'un Conseil des Ministres exceptionnel. De même, sous l'effet du fait majoritaire et du consensus politique en matière de sécurité, les lois de prorogation de l'état d'urgence et de modification de son régime ont toutes été adoptées à une forte majorité. En raison de la célérité de la procédure permise par la Constitution (art. 42 et 48) pour les lois relatives à des

²⁸ Req. n°287777.

²⁹ Req. n°396220.

³⁰ Voir par exemple décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, cons. 12.

³¹ Voir notre contribution sur le Conseil constitutionnel dans le présent rapport.

situations de crise ou d'exception, le parlement n'a été qu'une chambre d'enregistrement et, à l'occasion, de durcissement des mesures proposées par le pouvoir exécutif.

D'un autre côté, le bilan à tirer de l'effectivité du contrôle juridictionnel n'est pas univoque³². Dans quelle mesure le Conseil d'État s'accorderait-il la possibilité de déclarer illégales les décisions du Conseil des Ministres de déclarer l'urgence ou de ne pas y mettre fin? Dans quelle mesure, le Conseil constitutionnel s'accorderait-il la possibilité de déclarer inconstitutionnelle la décision du pouvoir législatif de proroger l'état d'urgence? La présence de garde-fous est affirmée mais, pour le moment, on suppose que la folie doit être grande pour susciter une annulation de ce type de décisions. On pourrait ajouter s'agissant du contrôle des décisions mettant en œuvre l'état d'urgence que si, là encore, le contrôle du juge administratif a été sans conteste affirmé, sollicité et exercé³³, l'hypothèse de la décision souveraine pourrait bien retrouver sa pertinence s'agissant des décisions fondées sur des informations secret-défense ou entièrement contrôlées par le pouvoir exécutif. Tel est notamment le cas, pour les plus connues, des décisions administratives individuelles s'appuyant sur des notes blanches et des décisions générales reposant sur l'argument des attentats déjoués. Dans ces deux cas, les informations sont détenues et fournies par le ministère de l'intérieur. Elles sont peu, ou pas, vérifiables ni contrôlables³⁴. S'agissant des notes blanches, le juge peut à tout le moins soumettre la matérialité des faits et des éléments rapportés à l'épreuve du contradictoire, ou jouer sur des exigences formelles et procédurales de précision des données figurant dans les notes et retenues contre les requérants³⁵.

Les expériences de l'état d'urgence vécue en 2005 et entre le 14 novembre 2015 et le 1^{er} novembre 2017 portent à conclure que, s'agissant des décisions névralgiques que sont la déclaration, la prorogation et la fin anticipée de l'état d'urgence, les juges affirment leur compétence de principe mais restent en retrait. Ils laissent donc un pouvoir souverain sinon *de jure* du moins *de facto* aux organes exécutif et législatif. Ils tendent ainsi non seulement à valider juridiquement leurs décisions, mais aussi à les légitimer politiquement.

2. L'état d'urgence : suspension, écart ou dérogation ?

L'expérience de la mise en œuvre de l'état d'urgence répond imparfaitement à la caractéristique générale fréquemment associée aux états d'exception de suspension de l'ordre juridique ou, a minima, d'une partie de celui-ci. Ou alors il faut s'entendre sur ce que suspendre veut dire. Quelles sont les caractéristiques juridiques exactes de cette suspension ? En l'occurrence, la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence et ses modifications ne suspendent explicitement rien ; elle n'exclut non plus aucun contrôle juridictionnel. On confrontera d'abord le régime de l'état d'urgence à l'idée générale de suspension du droit soutenue par Giorgio Agamben (a), puis à celles plus contenues d'autorisation à s'écarter des normes constitutionnelles mise en avant par Bernard Manin et de dérogation proposée par François Saint-Bonnet (b).

³² Voir chapitre « L'état d'urgence au prisme du contentieux », dans le présent volume.

³³ *Ibid.*

³⁴ Voir chapitre « L'état d'urgence au prisme du contentieux », dans le présent volume ; voir aussi « État d'urgence - L'empire des notes blanches », *lundimatin*#45, 25 janvier 2016.

³⁵ Cass. Crim, 3 mai 2017, n 1050, 16-86.155.

a) L'absence de suspension de l'ordre juridique

Dans son ouvrage consacré à l'état d'exception, Agamben revient à plusieurs reprises sur la suspension de l'ordre juridique qu'opéreraient les états d'exception³⁶. Or, outre la critique qui a pu être portée tant du point de vue de la philosophie politique à partir des analyses de M. Foucault³⁷ que du point de vue de la théorie générale du droit par M. Troper³⁸ à la thèse que les états d'exception excluraient le droit, en l'occurrence, l'état d'urgence tel qu'il est défini par la loi du 3 avril 1955 n'opère pas de suspension ni totale, ni partielle de l'ordre juridique³⁹, si celle-ci doit se comprendre comme une forme d'anomie.

L'état d'urgence n'a rien d'anomique. Au contraire, il pourrait même se distinguer par un surcroît d'activité normative. A s'en tenir aux chiffres du ministère de l'intérieur, près de 10 000 normes générales (dispositions législative, arrêtés, décrets) et individuelles ont été recensées⁴⁰, sans compter les décisions juridictionnelles qui ont pu s'y rapporter. Autrement dit, si elles peuvent déroger au droit commun et conduire à l'affaiblissement du niveau de garantie des droits et libertés qui caractérisent les États de droit contemporains, les normes constitutives de l'état d'urgence et les actes d'application qu'elles justifient restent du droit, et s'intègrent pour un espace-temps déterminé dans ce droit commun qui demeure.

Par ailleurs, quelle que soit l'évaluation de leur exercice et du degré de contrôle exercé, ni le Conseil constitutionnel, ni les juges administratifs, ni même la Cour européenne des droits de l'homme (*infra*) ne sont dépossédés de leur office. Certaines ordonnances, jugements et arrêts se réfèrent même à la CEDH⁴¹ dont l'application n'est elle-même pas suspendue. L'invocation de l'article 15 de la Convention permet seulement des dérogations strictement encadrées et certains droits restent indérogeables⁴².

La déclaration de l'état d'urgence n'a pas non plus à strictement parler conduit à transférer des compétences d'une autorité vers une autre. En revanche, et cela s'est renforcé au fur et à mesure des différentes lois prorogeant et modifiant l'état d'urgence, ce régime confère davantage de compétences à certaines autorités administratives, entre toutes, les préfets et le Ministre de l'intérieur. Il permet aussi, conséquemment, avec l'aval du Conseil constitutionnel, une intervention accrue des juges administratifs en matière de droits et libertés, au détriment du juge judiciaire s'agissant du champ de la liberté individuelle.

³⁶ Giorgio Agamben, *État d'exception, Homo sacer*, Paris, Seuil, 2003, p. 15 ; p. 42.

³⁷ Marie Goupy, « L'état d'exception, une catégorie d'analyse utile? Une réflexion sur le succès de la notion d'état d'exception à l'ombre de la pensée de Michel Foucault », *op. cit.*, p. 106.

³⁸ Voir pour une critique de cette conception de l'état d'exception, Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, p. 99.

³⁹ En ce sens D. Salas, « L'état d'urgence : poison ou remède au terrorisme ? », *Archives de politique criminelle*, 2016/1, n° 38, p. 77 ; voir aussi Denis Baranger, « L'état d'urgence dans la durée », *RFDA*, 2016, p. 448.

⁴⁰ Synthèse des mesures administratives prises en application de la loi du 3 avril 1955, au 30 octobre 2017.

⁴¹ Patrick Wachsmann, « Contrôle des mesures prises au titre de l'état d'urgence et convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 19 décembre 2016, p. 2425.

⁴² Vincent Souty, La constitutionnalisation des pouvoirs de crise. Essai de droit comparé, 31 janvier 2015, Sorbonne-Nouvelle 3, pp. 115 et s.

b) Sur l'écart et les dérogations aux normes supérieures

A la considération de ces données, l'expérience de ces deux années de mise en œuvre du régime de l'état d'urgence pourrait davantage s'apparenter aux concepts d'« écart aux normes supérieures » proposé par Bernard Manin pour caractériser son paradigme de l'exception ou de dérogation mis en avant par François Saint-Bonnet. Tandis que Bernard Manin définit le « paradigme de l'exception » par trois critères, à savoir l'« autorisation de s'écarter de normes supérieures, telles que celles souvent contenues dans la Constitution », la « soumission à des conditions spéciales visant à assurer que les circonstances exigent » et la limitation temporelle de »⁴³, François Saint-Bonnet caractérise l'état d'exception comme se situant « au point de rencontre de trois éléments constitutifs : la dérogation (ou infraction), la référence à une situation anormale et la conception d'une finalité supérieure »⁴⁴. La dérogation peut se rapporter, matériellement, à des normes garantissant des droits et libertés, ou, sur le plan procédural, aux conditions d'exercice et à l'octroi de compétences spécifiques pour répondre aux circonstances.

Pour autant, ces références respectives à « l'écart » et à la « dérogation » restent très générales. Les deux auteurs ne les ont pas, à notre connaissance, confronter précisément au régime spécifique de l'état d'urgence tel qu'il a été mis en œuvre depuis 14 novembre 2015. On les retiendra donc en les soumettant à quelques éléments de discussion.

Si l'on entend par le concept « d'écart » l'impossibilité pour une autorité normative ou un particulier de se prévaloir d'une norme pour, respectivement, justifier une décision générale ou fonder une prétention juridique individuelle, aucune norme supérieure ne semble « écartée » dans le cadre de l'état d'urgence. A ce titre, le vocabulaire de l'article 15 de la CEDH est plutôt celui de la dérogation, la portée et les limites de celles-ci étant susceptibles d'être soumises au contrôle de la Cour EDH. C'est alors sur l'intensité et l'effectivité du contrôle exercé que la question de l'écart peut être posée, pour la Cour comme pour les juridictions internes.

S'agissant de la Cour européenne, celle-ci n'a jusqu'à présent pas été appelée à se prononcer sur la mise en œuvre de l'état d'urgence français. Pour les cas soumis à son contrôle, force est de constater qu'elle laisse une forte marge d'appréciation aux États mais qu'elle a déjà déclaré contraires à la Convention certaines invocations d'état d'exception restrictifs de droits et libertés⁴⁵.

Dans l'ordre interne, le contrôle des actes administratifs semblent à géométrie variable selon les droits et libertés en cause, les mesures adoptées, le profil des requérants et les juridictions saisies⁴⁶. Toutefois, les juges n'ont « écarté » l'invocation d'aucune norme constitutionnelle. A tout le moins, ils soumettent leur application à une exigence de proportionnalité ou de nécessité dont l'issue penche le plus fréquemment en faveur des

⁴³ Bernard Manin, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁴ François Saint-Bonnet, *op. cit.*, p. 27

⁴⁵ Voir Vincent Souty, *op cit.* ; A. Lambert, L. Braconnier Moreno, « La marge de manœuvre de la France dans le déclenchement d'un régime dérogatoire aux libertés fondamentales, une dénaturation de l'article 15 de la CEDH ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 22 janvier 2015.

⁴⁶ Voir les contributions sur le contrôle des juges administratifs dans ce rapport.

exigences sécuritaires et de la décision administrative restrictive de droit ou liberté. S'agissant du contentieux constitutionnel, les juridictions saisies et le Conseil constitutionnel ont accueilli, dans leur principe, les questions prioritaires de constitutionnalité. Toutefois, on peut s'interroger sur les conséquences de certaines décisions du Conseil constitutionnel qui déclarent l'inconstitutionnalité de dispositions de la loi du 3 avril 1955 ou de ses modifications mais neutralisent sa portée par le jeu de la modulation des effets dans le temps permis par l'article 62 de la Constitution. Ce jeu revient en effet à admettre que des normes inconstitutionnelles, et contraires aux droits et libertés que la constitution garantit, peuvent être temporairement —jusqu'au moment déterminé par le Conseil lui-même— valides et effectives. Or ce procédé a été régulièrement utilisé par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de l'état d'urgence⁴⁷.

Dès lors, s'il y a écart de loi sur l'état d'urgence et des décisions administratives qu'elle permet avec les normes constitutionnelles, celui-ci résulte en grande partie de l'organisation et du fonctionnement général du contrôle de constitutionnalité qui conduit, sinon à l'aménager, du moins à le ménager. D'un côté en effet, et sur ce point le Conseil constitutionnel n'y peut en principe rien, il n'a pas été saisi dans le cadre de la procédure *a priori* des lois de prorogation. De l'autre, et surtout, la constitution laisse au Conseil dans le cadre de la QPC la possibilité de neutraliser les effets de ses décisions dans le temps et, dès lors d'entretenir un écart avec la norme constitutionnelle. Cet écart est certes temporaire, mais associé à d'autres jeux avec le temps (décision d'inconstitutionnalité rendue tardivement privant de tout effet utiles les décisions)⁴⁸, il permet en l'occurrence le maintien dans l'ordre juridique français de normes relatives à l'état d'urgence reconnues contraires à la constitution restrictives de droits et libertés.

3. L'état d'urgence et la temporalité : la pérennisation de l'exception

Nombreux sont ceux à en faire l'une des caractéristiques principales⁴⁹ des régimes d'exception : ces derniers sont en principe conçus pour être limités dans le temps. Cette limitation est analysée comme la contrepartie des mesures dérogatoires et exceptionnelles qu'ils permettent.

L'encadrement de la durée de l'état d'urgence a été l'une des principales modifications apportées par l'ordonnance du 17 avril 1960. Tandis que la version initiale de la loi du 3 avril 1955 ne précisait aucune indication sur la durée de l'état d'urgence - l'article 3 prévoyait que « la loi fixe la durée de l'état d'urgence qui ne peut être prolongée que par une nouvelle » - et laissait au parlement une appréciation discrétionnaire, la rédaction issue de l'ordonnance du 17 avril 1960 prévoit que l'état d'urgence peut être proclamé jusqu'à 12 jours. Toute prorogation « au-delà » de ces 12 « jours ne peut être autorisée que par la loi » (art. 2) qui fixe « sa durée définitive » (art. 3). Pourtant, en dépit de cette formulation sur un mode négatif

⁴⁷ Décisions n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017 ; n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 ; n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 ; n° 2016-536 QPC, 19 février 2016 ; n° 2016-535 QPC, 19 février 2016 ; n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015 (voir l'étude jointe à ce rapport d'étape).

⁴⁸ Décisions n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017 ; n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018. Voir l'étude sur le Conseil constitutionnel dans le présent dossier.

⁴⁹ Bernard Manin, *op. cit.* ; Wanda Mastor, François Saint-Bonnet, « De l'inadaptation de l'état d'urgence face à la menace djihadiste », *Pouvoirs*, 2016, n° 158, p. 53.

qui aurait pu être lue comme un encouragement à limiter la décision de proroger, les états d'urgence déclarés en France ont tous été prolongés par le parlement.

Bien plus, les deux années écoulées ont montré que ni l'exigence de fixation d'une « durée définitive », ni *l'affirmation répétée sous plusieurs formes que* « l'état d'urgence n'a pas vocation à durer plus longtemps qu'il n'est nécessaire⁵⁰ » n'ont interdit au parlement de proroger successivement cette durée définitive. On le sait, non moins de 6 lois de prorogation ont été adoptées pour porter la durée de l'état d'urgence à tout près de deux ans (14 novembre 2015 - 1^{er} novembre 2017), soit, historiquement, la période de mise en œuvre la plus longue. Alors que la référence à la durée « définitive » aurait pu être interprétée au sens de « point final », « de 'fusil à un coup' prohibant tout renouvellement de la prorogation par des lois ultérieures »⁵¹, l'expérience des deux années passées invite à rechercher une autre interprétation, à moins d'admettre la présence d'une contradiction systémique entre les lois de prorogations adoptées depuis février 2016 et leur « loi-condition »⁵² dans la mesure où celles-ci n'ont pas eu pour effet d'abroger celle-là.

Pour lever la contradiction, plusieurs pistes possibles. On peut tout d'abord considérer que l'application des lois spéciales (de prorogation) prime sur celle de la loi générale (celle de 1955 révisée en 1960) qui en prévoit l'existence, ou que les lois plus récentes dérogent à la loi ancienne. Mais l'on peut aussi écarter la contradiction de deux autres façons. La première consiste à interpréter la référence au caractère définitif de la durée de la loi de prorogation au moyen d'une méthode dite historique. En se replongeant dans le contexte de l'adoption de l'ordonnance de 1960, la mention du « définitif » de la durée semble devoir se comprendre par opposition à la rédaction initiale de l'article 3 loi du 3 avril 1955 qui ne livrait aucune indication au législateur quant à la durée de l'état d'urgence (« la loi fixe la durée de l'état d'urgence qui ne peut être prolongée que par une nouvelle »). Dès lors, la mention du caractère définitif de la durée s'oppose à son indétermination initiale et elle n'interdit pas au parlement « de prolonger la prolongation »⁵³. Rien ne l'interdit, certes, mais rien ne le permettait non plus expressément.

L'absence de contradiction peut enfin être établie par une analyse « réaliste » (au sens des théories réalistes de l'interprétation) de l'attitude du législateur. Celle-ci consiste en l'occurrence à ne pas préjuger du sens juridique des mots utilisés dans les textes législatifs et à considérer que les acteurs leur confèrent celui qui justifie une solution prédéterminée, d'autant plus lorsque c'est le législateur qui s'interprète lui-même. A supposer dès lors que les rédacteurs des projets de lois se soient interrogés sur le sens à conférer à l'expression « durée

⁵⁰ Ministre de l'Intérieur (Bernard Cazeneuve), *Débats au Sénat*, 9 février 2016, repris mot pour mot par le Ministre de l'Intérieur (B. Leroux), *Débats Assemblée Nationale*, 13 décembre 2016. Voir aussi CE ord., 9 décembre 2005, *Mme Allouache*, n° 287777 ; CE ord., 27 janvier 2016, *Ligues des droits de l'homme*, n° 396220 ; CE, avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, 11 décembre 2015 ; avis sur le projet de loi prorogeant l'état d'urgence, 2 février 2016 ; Jean-Marc Sauvé : « L'état d'urgence ne peut être renouvelé indéfiniment », *Le Monde*, 18 novembre 2016 ; CE, avis sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et modifiant son article 6, 8 décembre 2016.

⁵¹ Denis Baranger, « L'état d'urgence dans la durée », *op. cit.* p. 448 ; voir en ce sens Paul Cassia, « L'avis du Conseil d'État sur la prorogation de l'état d'urgence : tout va très bien, madame la marquise », *blog mediapart*, 5 févr. 2016 ; CNCDH, avis, 15 janvier 2016.

⁵² Olivier Beaud, Cécile Guérin-Bargues, *L'état d'urgence. Etude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, LGDJ, 2016, p. 35.

⁵³ Jean-Philippe Derosier, « L'état d'urgence : un régime exceptionnel et provisoire », *JCP Ad.*, 2015, AR, 957.

définitive », la répétition des prorogations devient possible et réputée compatible avec la condition du caractère définitif de la durée fixée par une première loi tout simplement parce que le législateur en manifeste la volonté, et qu'aucune instance n'a contrôlé celle-ci. On le rappelle, le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi de la question de la constitutionnalité des dispositions législatives elles-mêmes portant prorogation de l'état d'urgence.

Ces prorogations à répétition du régime de l'état d'urgence, suivies de l'adoption de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (SILT) qui en transpose *mutatis mutandis* certaines dispositions dans le droit commun, tend alors à accréditer la propension relevée par Giorgio Agamben comme par d'autres⁵⁴ à la suite de Walter Benjamin ou de Michel Foucault⁵⁵, des régimes d'exception à être normalisé⁵⁶. Ces régimes passeraient alors du cadre de « mesure provisoire et exceptionnelle à » celui de « technique de gouvernement »⁵⁷. Ainsi, dès la première loi de prorogation de l'état d'urgence, les risques de normalisation, de survivance « des mesures extraordinaires » « aux circonstances qui les ont fait naître » ou encore de « propension à se pérenniser, mais aussi s'émanciper de sa raisons d'être »⁵⁸ n'ont pas manqué d'être relevés. Et l'on peut se ranger à la conclusion que le phénomène quantitatif provoqué par la répétition du temps provisoire de l'exception a fini par engager un processus qualitatif d'institutionnalisation rendant « insensible le passage de l'état d'urgence à la situation 'normale' »⁵⁹, ce que couronne le vote de la loi SILT.

B - Le brouillage exception-droit commun

Que ce soit par les rapports étroits qu'il entretient avec les mesures sécuritaires inscrites dans le droit commun ou par sa durée, la « banalisation de l'exception » n'est plus un simple slogan de « droit-de-l'hommes » au bon cœur ou de philosophes friands de formules paradoxales. En l'occurrence, la « banalisation de l'état d'urgence », d'ailleurs relevée par un Ministre de la justice⁶⁰, a ses traces tangibles dans la législation dite de droit commun. Par plusieurs aspects, outre les questions de temporalité et de pérennisation de l'exception qui viennent d'être évoquées, la mise en œuvre de l'état d'urgence depuis novembre 2015, contribue à brouiller les frontières entre ce qui est supposé ressortir du régime d'exception et du droit commun. Ces brouillages se manifestent sur un triple plan procédural (1), téléologique (2) et matériel (3).

1. Les jeux d'aubaines procédurales

⁵⁴ Guy Braibant, « L'État face aux crises », *Pouvoirs*, 1979, p. 8 ; Nicole Questiaux, *Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des développements récents concernant les situations dites d'état de siège ou d'exception*, Nations unies (Conseil économique et Social), E/CN.4/sub.2/1982/15, 27 juillet 1982.

⁵⁵ Pour une analyse des thèses foucaaldiennes à ce sujet, voir Marie Goupy, *op. cit.*, p. 106.

⁵⁶ Giorgio Agamben, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Olivier Beaud, Cécile Guérin-Bargues, *op. cit.*, p. 150.

⁵⁹ Denis Baranger, « L'état d'urgence dans la durée », *op. cit.*, p. 453.

⁶⁰ Discours de M. Jean-Jacques Urvoas, garde des Sceaux, ministre de la Justice, « Déjeuner avec le vice-président du Conseil d'État et les présidents des juridictions administratives », Mercredi 15 mars 2017 ; voir aussi voir aussi CNCDH, avis sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure, 6 juillet 2017, p. 12.

L'état d'urgence, ses prorogations et ses modifications ont été le lieu de plusieurs entrecroisements procéduraux.

En premier lieu, le régime de l'état d'urgence a été modifié par quatre des lois qui, dans le même temps, le prorogeaient (lois des 20 novembre 2015, des 21 juillet 2016, 19 décembre 2016 et 21 juillet 2017). La procédure spécifique et accélérée prévue par les articles 42 et 48 de la constitution pour des lois relatives à des situations de crise ou d'exception, a donc bénéficié tant à la décision de proroger le régime d'exception qu'aux règles qui le définissent. Pour le dire autrement, les règles du jeu ont été modifiées en même temps que celui-ci se jouait et était prolongé.

En deuxième lieu, la loi sur l'état d'urgence a également été modifiée par une loi « ordinaire », à savoir celle du 28 février 2017 relative à la sécurité publique. Cette loi est en l'occurrence revenue sur le principe de perquisition administrative de jour et de nuit pour désormais prévoir que « la perquisition ne peut avoir lieu entre 21 heures et 6 heures, sauf motivation spéciale de la décision de perquisition fondée sur l'urgence ou les nécessités de l'opération ».

En dernier lieu, la célérité procédurale dont bénéficient les lois relatives à des situations de crise a bénéficié non seulement aux décisions de proroger de l'état d'urgence, mais aussi, surtout, à des dispositions externes à ce régime. La loi du 21 juillet 2016 modifie en effet plusieurs dispositions du Code pénal, du code de procédure pénale et du Code de sécurité intérieure en vue de renforcer le droit de la lutte contre le terrorisme. Le procédé avoisine le détournement de procédure législative et l'existence de « cavaliers législatifs » n'a pas manqué d'être évoquée⁶¹. Ces cavaliers ne seront de toutes les façons jamais sanctionnés puisque le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi d'un contrôle *a priori* et qu'il n'examine pas ce moyen dans le cadre des QPC qui interviennent après la promulgation de la loi.

2. Le flou des finalités : l'état d'urgence au-delà de la lutte contre le terrorisme

Il s'agit ici sans doute de l'un des points les plus problématiques, le régime de l'état d'urgence n'a pas seulement servi à prévenir d'autres attentats semblables à ceux qui ont justifié sa déclaration. Il n'a pas seulement fondé des décisions restrictives de libertés afin de prévenir un « péril imminent » mais a été utilisé au-delà de sa « raison d'être »⁶².

Parmi les cas les plus polémiques qui ont nourri les contentieux administratif et constitutionnel, on signalera ici l'assignation à résidence de militants écologistes au moment de la COP 21⁶³, des centaines d'interdictions individuelles de séjour ou de participer à des rassemblements publics à l'encontre des militants du mouvement « Nuit Debout » ou de

⁶¹ Olivier Le Bot, « Prorogation de l'état d'urgence et mesure de lutte anti-terroristes », *AJDA*, 2016, p. 1914 ; Paul Cassia, « État d'urgence : le pot « pourri » de la loi du 21 juillet 2016 », *26 juillet 2016, Blog Mediapart*.

⁶² Olivier Beaud, Cécile Guérin-Bargues, *L'état d'urgence. Etude constitutionnelle, historique et critique, op. cit.*, p. 150.

⁶³ CE, 11 décembre 2015, *Mme C. D.*, n° 394991 ; CC, décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015 ; voir Frédéric Rolin, « Quand la menace terroriste justifie l'assignation à résidence d'activistes engagés contre la COP 21 », *Dalloz Etudiants*.

manifestants opposés à la réforme du code du travail⁶⁴, la délimitation de zones de protection dans des camps de réfugiés à Calais⁶⁵, ou encore l'évacuation d'un squat en banlieue parisienne⁶⁶.

On aurait attendu beaucoup, si elle en avait été saisie, d'une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme sur ces usages détournés de l'état d'urgence. Aurait-elle partagé l'appréciation du Conseil d'État sur l'absence d'atteinte grave à l'exercice de droits et libertés conventionnellement garantis⁶⁷ ?

3. Les imbrications matérielles : l'état d'urgence par d'autres moyens

Enfin, le brouillage et les imbrications entre exception et droit commun se manifestent par l'intégration *mutadis mutandis* dans la législation ordinaire de mesures qui étaient auparavant conditionnées par la déclaration du régime d'exception que constitue l'état d'urgence. L'adoption de la loi SILT, présentée comme la condition de sortie de ce régime, parachève ce processus.

Le droit de l'état d'urgence s'est ainsi d'abord diffusé par « capillarité »⁶⁸ dans plusieurs « branches du droit » (libertés publiques, police administrative, droit pénal et procédure pénale, droit des étrangers...) au moyen de l'adoption de certaines mesures qui le prolongent ou le renforcent. Parmi toutes, on rappellera le controversé, et partiellement censuré⁶⁹, délit de consultation habituelle de sites djihadistes (art. 421-2-5-2 du Code pénal). Ce renforcement de la législation en matière de sécurité et de lutte contre le terrorisme⁷⁰ avait porté, début juillet 2016, le Garde des Sceaux de l'époque, Jean-Jacques Urvoas, à évoqué l'inutilité d'une nouvelle prorogation de l'état d'urgence, façon aussi de justifier et de préparer politiquement sa sortie, solennellement annoncée par le Président de la République le 14 juillet 2016 en milieu de journée. L'attentat de Nice, dans la soirée, a conduit à en décider autrement.

La même rhétorique s'est retrouvée à l'œuvre au moment où le nouveau Président de la République, Emmanuel Macron, a annoncé la perspective d'une fin de l'état d'urgence. On en sortira oui, mais en rassurant les Français sur le fait que des mesures qui pouvaient être adoptées sur son fondement pourront continuer de l'être. Bien que le nouveau Ministre de

⁶⁴ Amnesty international, *France : le droit de manifester menacé*, 2017 : consultable ici ; voir aussi CNCDH, avis sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure, 6 juillet 2017, p. 9.

⁶⁵ GISTI, « A. Calais : l'état d'urgence pour mieux contrôler les exilé·e·s » : consultable ici. Le tribunal de Lille a transmis une QPC au Conseil d'État sur la constitutionnalité de l'article permettant la création de ces zones de protection, TA Lille, Ord., 12 juillet 2017, n°1610295.

⁶⁶ TA de Melun, 23 septembre 2016, n° 1600664 ; Conseil d'État, avis, 6 juillet 2016.

⁶⁷ CE, 11 décembre 2015, *Mme C. D.*, précit.

⁶⁸ Stéphanie Hennette-Vauchez, Véronique Champeil-Desplats, *Chronique Libertés publiques, relations avec les citoyens*, RFAP, 2016, n° 159, p. 911.

⁶⁹ Décision n° 2016-611 QPC, 10 février 2017.

⁷⁰ Entre autres, les lois n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, n° 2016-339 du 22 mars 2016 relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs et n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale auxquelles se sont ajoutées ensuite les lois n°2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste et n°2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

l'intérieur ait pu nier tout copier-coller intégral⁷¹, la transposition de l'état d'urgence dans le droit commun est bien l'esprit de la loi SILT⁷². Le Conseil d'État le relève lui-même dans son avis n° 393347 du 15 juin 2017 sur le sixième projet de loi prorogeant l'état d'urgence : « le Gouvernement souligne dans l'exposé des motifs du projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme examiné le même jour [par le Conseil d'État⁷³] que plusieurs mesures permanentes de ce texte visant à prévenir de manière plus efficace les actes de terrorisme —protection de lieux et d'évènements soumis à un tel risque, fermeture temporaire de lieux de culte, surveillance des personnes, visites et saisies— 'permettront une sortie maîtrisée de l'état d'urgence' et qu'il pourra y être mis fin par décret en Conseil des ministres avant le terme de la prorogation si la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme est publiée avant cette date ». Et le Conseil ajoute alors : « les menaces durables ou permanentes pourront être traitées dans le cadre du droit commun », notamment « par les instruments juridiques de la lutte contre le terrorisme, significativement renforcés par les lois adoptées ces dernières années dans le domaine du renseignement, de la police administrative et de la procédure pénale ».

En substance⁷⁴, la loi SILT intègre, avec un vocabulaire teinté d'euphémisme, des dispositions directement inspirées du régime de l'état d'urgence : compétences des préfets pour déterminer des « périmètres de protection », ordonner la fermeture de certains lieux de culte, prononcer des mesures de contrôles administratifs et de surveillance - ex-assignations à résidence-, procéder à des visites et saisies - ex-perquisition- sous le contrôle dorénavant du juge des libertés... Elle complète le dispositif par le renforcement de techniques de renseignement et de surveillance des communications hertziennes ou par l'extension des contrôles d'identité qui peuvent être réalisés dans un rayon de dix kilomètres des zones frontalières, avec quelques garde-fous (limitation à douze heures consécutives dans un même lieu ; interdiction de contrôles systématiques).

La pérennisation de l'état d'urgence ne résulte donc plus dorénavant de ses prorogations formelles à répétition mais de son intégration matérielle *mutatis mutandis* dans le droit commun sans plus de limitation temporelle, ni de circonstances exceptionnelles conditionnant sa mise en œuvre. Autrement dit, le droit formellement ou procéduralement commun intègre matériellement des dispositions qui relevait d'un régime d'exception. Le droit dit « commun » le devient donc de moins en moins⁷⁵ et en vient à être défini en négatif du droit d'exception. Il est un droit dont la mise œuvre n'est pas conditionnée à la survenance d'une circonstance ou d'un évènement exceptionnel.

⁷¹ Jean-Baptiste Jacquin, « Le Conseil d'État donne son feu vert au projet de loi antiterroriste », *Le Monde*, 21 juin 2017.

⁷² CNCDH, avis sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure, 6 juillet 2017, p. 4 ; voir aussi l'entretien de Jacques Toubon, Défenseur des droits, propos recueillis par Jean-Baptiste Jacquin, « Jacques Toubon : le projet de loi antiterroriste est 'une pilule empoisonnée' », *Le Monde*, 23 juin 2017.

⁷³ Conseil d'État avis n° 393348 sur un projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

⁷⁴ Pour une première analyse de la loi, voir Marc Touillier, « La marche du contrôle : ou l'intégration de l'état d'urgence dans un droit hors du commun par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », *Lexbase éd. privée*, 16 nov. 2017, n° 719, pp. 12-21 (Lexbase : N1281BXQ).

⁷⁵ Isabelle Boucobza, Stéphanie Hennette-Vachez, « L'état d'urgence dans la durée : comédie dramatique en plusieurs actes », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne ici], 12 | 2017.

II - Le glissement des discours : l'exemple des titulaires des fonctions exécutives

La lecture de près d'une centaine de discours, déclarations et entretiens publiés sur les sites officiels de l'Elysée, de Matignon, des ministères de l'intérieur et de la Justice permet un premier panorama général des registres discursifs mobilisés par chacun des membres du pouvoir exécutif impliqués dans la mise en œuvre de l'État d'urgence depuis le 14 novembre 2015.

S'agissant du Président de la République, François Hollande, les discours présentent une forte insistance sur l'idée que l'état d'urgence n'est pas un état d'exception, mais qu'il s'inscrit dans le cadre de l'État de droit. On relèvera ainsi une tendance, si ce n'est une stratégie, de minimisation et d'euphémisation de la nature de l'exceptionnalité de l'état d'urgence : si la qualification d'« exceptionnel » ou de « dérogatoire » ne semble pas poser de problème, en revanche, les références à la qualité « d'état » sont soigneusement évitées. Cette attitude caractérise aussi à de rares exceptions près qui arrivent tardivement les autres membres de l'exécutif.

Cette idée-force est en effet reprise par les Premiers ministres successifs qui insistent également de façon très prononcée sur l'efficacité de l'état d'urgence. La sémantique sécuritaire se trouve de la sorte très souvent mêlée à un vocabulaire de type managérial : la déclaration de l'état d'urgence poursuit des objectifs ; sa mise en œuvre produit des résultats efficaces.

Enfin, du côté du ministère de l'intérieur, on ne relève pas d'arguments spécifiques, si ce n'est une déclinaison plus pratique, précise et illustrée des lignes directrices mises en avant par les deux têtes de l'exécutif. Il s'agit de montrer, si possible en chiffre, que l'état d'urgence s'inscrit dans le cadre de l'État de droit parce qu'il existe, d'une part, des mécanismes de contrôle parlementaires et juridictionnels et, d'autre part, des données et statistiques qui attestent de son efficacité. Ainsi, alors que les arguments des Présidents de la République et des Premiers Ministres se situent à un niveau élevé de généralité —ils convoquent fréquemment l'appui sur des valeurs ultimes (la démocratie, l'État de droit, l'unité et les valeurs de la République, l'unité ou la préservation de la Nation, la sécurité, la guerre contre l'ennemi), ceux des Ministres de l'intérieur successifs, déclinent ces concepts en s'inscrivant dans un registre plus technique.

On s'attardera ici plus particulièrement sur les confrontations de l'état d'urgence aux concepts d'état d'exception et d'État de droit. On verra comment les différents membres de l'exécutif ont situé l'état d'urgence (A), avant de proposer une analyse critique des glissements conceptuels que les différentes prises de position impliquent. Plus particulièrement, on essaiera de mettre en exergue les conceptions de l'État de droit qui ressortent des discours des titulaires des fonctions exécutives (B).

A - L'état d'urgence : quand l'exception s'inscrit dans l'État de droit

Les discours des principaux titulaires du pouvoir exécutif s'accordent pour présenter l'état d'urgence comme un régime dérogatoire, comme un ensemble de mesures exceptionnelles. Au moins jusqu'à la démission du gouvernement Valls, on ne peut qu'être frappé par la très grande précaution sémantique consistant à relever ce caractère exceptionnel

tout en dissociant rigoureusement l'état d'urgence de la catégorie « des états d'exception ». Cet évitement du concept « état d'exception » et, comme celui, plus généralement, du substantif « exception » pour préférer l'usage de l'adjectif « exceptionnel » rapporté à des mesures, des actes ou un régime, n'est en rien anodin. Il procède d'une stratégie d'euphémisation (1) qui permet de soutenir en leitmotiv la compatibilité de l'état d'urgence avec l'État de droit. En résumé, exceptionnel, l'état d'urgence ne serait pas pour autant un état d'exception : il s'inscrit dans le cadre de l'État de droit (2).

1. Les stratégies d'euphémisation

Le rejet de la qualité « d'état d'exception » a été particulièrement fort jusqu'à la démission du gouvernement Valls (a). L'association état d'urgence/état d'exception finira par être effectuée dans quelques discours des derniers Ministres de l'Intérieur en exercice, mais elle reste saupoudrée (b).

a) Novembre 2015-décembre 2016 : le rejet de l'état d'exception

Jusqu'à la démission de Manuel Valls et de son gouvernement, les membres de l'exécutif se sont particulièrement employés à ne pas qualifier l'état d'urgence « d'état d'exception ». Bien plus, le Président de la République, François Hollande a même pris la peine dans un discours du 9 septembre 2016 sur « La démocratie face au terrorisme »⁷⁶ d'opposer strictement l'État de droit dans lequel est supposé prendre place, en l'occurrence implicitement, l'état d'urgence à l'état d'exception : « Il y a deux voies et deux voies seulement pour les démocraties », nous dit-il, « pour répondre aux attaques terroristes. La première, c'est l'état d'exception. C'est de considérer que puisque nous sommes en guerre il faudrait suspendre l'État de droit aussi longtemps que la menace perdurera » (...) « Pour défendre le droit, voilà qu'il faudrait commencer par l'abaisser, recourir à des internements administratifs dans des camps, enfermer les suspects sans discernement et sans jugement. J'en entends même qui veulent ressusciter la Cour de sûreté de l'État ; revenir sur l'indépendance de la justice ; la séparation des pouvoirs ; renier les Droits de l'Homme et la convention internationale qui les soutient (...). Les principes constitutionnels ne sont pas des arguties juridiques (...). Non, la Constitution n'est pas un texte flexible avec des points de suspension, avec des parenthèses et la Déclaration des Droits de l'Homme n'est pas un vieux parchemin que l'on devrait encadrer pour le mettre dans les salles où nous recevons le public. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen est le pilier de notre vie commune avec notre Constitution ». Il affirme alors plus loin : « je refuse l'État d'exception ». « L'autre voie, la seule qui vaille, la seule qui soit efficace c'est celle de l'État de droit. C'est le choix que j'ai fait au nom de la France (...). Nous avons donc fait en sorte d'agir et de répondre avec le droit, le droit international. Quand nos forces interviennent (...) c'est dans le cadre des Nations unies, où nous ne menons aucune opération de guerre préventive contre une menace présumée, nous agissons en légitime défense pour détruire les bases où sont conçues et commanditées des attaques contre notre pays. A l'intérieur, c'est avec nos lois, conformément à nos règles constitutionnelles, que nous traquons les djihadistes, démantelons les réseaux criminels, luttons contre la radicalisation et l'endoctrinement ». Et il conclut : « il est faux de prétendre que l'État de droit entraverait la lutte antiterroriste ou que les démocraties seraient impuissantes face à la menace ».

⁷⁶ <http://democratie2012.fr/wp-content/uploads/2016/09/discoursfrancoishollande.pdf>.

Il reste que ces propos sont moins le fruit d'une réflexion théorique in abstracto sur les rapports entre les concepts d'État de droit et d'état d'exception, qu'une réponse directe à certaines propositions de l'opposition qui se sont durcies depuis les attentats de juillet 2016 à Nice ou à Saint-Etienne du Rouvray : organisation de camps d'internement administratif, réactivation d'une Cour de sûreté de l'État, suspension des droits et libertés. La stricte distinction avancée entre État de droit et état d'exception apparaît par conséquent comme un moyen de déconsidérer les propositions de l'opposition. Elle permet de situer celles-ci du côté de l'état d'exception pour mieux justifier le fait que l'état d'urgence, tel qu'il est mis en œuvre par le pouvoir exécutif, n'en est pas un mais s'inscrit dans le cadre de l'État de droit, du respect de la constitution et de ses droits et libertés.

Pour autant, si l'état d'urgence français est dissocié du concept d'état d'exception, les mesures adoptées sur son fondement sont réputées présentées un « caractère exceptionnel »⁷⁷ : l'état d'urgence est conçu comme un régime dérogatoire⁷⁸. On l'a évoqué, l'insistance sur l'adjectif plutôt que sur le substantif n'est pas insignifiante. Elle concourt à un effet de d'euphémisation des mesures adoptées. Pour le dire de façon phénoménologique, celles-ci ne constitueraient pas un « état en soi » —le terme « état » est soigneusement évité lorsqu'il s'agit de catégoriser l'état d'urgence—, mais une situation pragmatique, un « étant », n'intervenant qu'à titre réactif à des éléments extérieurs. L'état d'urgence est alors présenté comme un ensemble de « dispositifs », de « mesures », de « moyens et de procédure »⁷⁹ ou encore comme un « régime ». A cet égard, on peut aussi relever que c'est sous la catégorisation de « régime civil de crise » *que* le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation visant à sa constitutionnalisation de l'état d'urgence l'avait présenté⁸⁰.

b) Décembre 2016-juillet 2017 : la levée d'une qualification taboue

Une évolution sémantique voit progressivement le jour à partir de la nomination du nouveau ministre de l'intérieur, Bruno Le Roux. Elle intervient tout d'abord au détour des débats parlementaires des 13 et 15 décembre 2016 relatifs à la cinquième loi de prorogation, c'est-à-dire non pas encore au moment du discours général de présentation de la loi. Bruno Le Roux a ainsi pu faire état de la conviction qui avait été la sienne « de l'opportunité d'inscrire

⁷⁷ Discours de Manuel Valls, Examen du projet de loi de révision constitutionnelle, Assemblée Nationale, vendredi 5 février 2016 ; voir aussi discours de Manuel Valls sur le projet de loi de prorogation de l'état d'urgence devant l'assemblée Nationale du 19 novembre 2015. Pour le Ministre de l'intérieur, Bernard Cazeneuve, Première séance du jeudi 19 mai 2016, Assemblée Nationale, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2015-2016/20160191.asp> : les « mesures de police administrative que nous prenons en application de l'état d'urgence présentent un caractère exceptionnel ». Voir enfin, Bruno Le Roux, Assemblée Nationale, 3ème séance, 13 décembre 2016.

⁷⁸ Discours de Manuel Valls, Examen du projet de loi de révision constitutionnelle, Assemblée Nationale, vendredi 5 février 2016.

⁷⁹ Allocution du Premier Ministre, Manuel Valls, du 23 décembre 2015. Voir aussi l'exposé des motifs de la loi de prorogation de juillet 2016 (Projet de loi n° 3968, enregistrée à l'Assemblée nationale le 19 Juillet 2016) ou encore le discours de Manuel Valls sur le projet de loi de prorogation de l'état d'urgence devant l'assemblée Nationale du 19 novembre 2015.

⁸⁰ Voir exposé des motifs : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3381.asp>

cet état d'exception dans notre constitution » et du « devoir de prévoir » dans « tout État démocratique » « un dispositif d'exception »⁸¹.

La qualification est affirmée plus nettement, cette fois, dans les discours même d'ouverture de la discussion générale de la sixième loi de prorogation par l'actuel Ministre de l'intérieur. Après avoir rappelé l'intensité de la persistance des menaces et avant de présenter les mesures qui peuvent être prises dans le cadre de l'état d'urgence, Gérard Collomb affirmait aux sénateurs: « vous savez tous dans cette Haute Assemblée quel est le contenu de cet d'exception »⁸². Deux jours plus tard, il réitérait devant les députés pour en minimiser la portée de mesures à venir : « J'entends bien sûr ceux qui s'opposent à cet état d'exception, arguant du fait qu'il serait attentatoire aux libertés. J'ai déjà évoqué la façon très ciblée dont étaient désormais utilisés les moyens de l'état d'urgence »⁸³.

2. De la compatibilité avec l'État de droit à la condition de l'État de droit

Cette dissociation opérée entre l'état d'urgence et l'état d'exception vise le plus souvent à soutenir la compatibilité de l'état d'urgence avec les exigences de l'État de droit. Le Président de la République, le Premier Ministre et le Ministre de l'intérieur⁸⁴ l'affirment à l'envi et à l'unisson : « Cet état d'urgence s'inscrit pleinement dans l'État de droit »⁸⁵. De même ; pour Jean-Jacques Urvoas, Garde des Sceaux : « nous avons su nous adapter à une situation dramatique, tout en ménageant la règle de l'État de droit et la protection des libertés individuelles »⁸⁶. Lorsque ce rappel provient du Ministre de l'Intérieur, il fait fréquemment office de mise au point politique. Il prend en effet part dans des échanges en prise directe avec les parlementaires, ou bien ceux de l'opposition de droite qui estiment que les mesures adoptées ne vont pas assez loin, ou bien ceux plus à gauche qui considèrent, à l'inverse, que les mesures sont disproportionnées et qu'elles contrarient les libertés. Le Ministre de l'Intérieur invoque alors l'État de droit à l'égard des premiers pour freiner leurs propositions les plus sécuritaires, et à l'égard des seconds pour se montrer rassurant.

Cette compatibilité affirmée de l'état d'urgence avec l'État de droit s'appuie sur la valorisation de l'existence des mécanismes de contrôle. Il est ainsi mis en avant que l'état d'urgence est soumis à plusieurs formes de contrôle : contrôle hiérarchique au sein de

⁸¹ Bruno Le Roux, ministre de l'intérieur, séance de l'Assemblée Nationale, 13 décembre 2016 ; voir aussi séance au Sénat, 15 décembre 2016.

⁸² Gérard Collomb, Ministre de l'intérieur, Assemblée Nationale, séance du 4 juillet 2017.

⁸³ Gérard Collomb, Ministre de l'intérieur, session extraordinaire, Assemblée Nationale, 6 juillet 2017.

⁸⁴ Voir par exemple, Président de la République, François Hollande, discours du 20 juillet 2016, au Centre d'entraînement des forces de gendarmerie, suite à la justification de la prorogation de l'état d'urgence ; voir aussi Discours de Manuel Valls sur le projet de loi de prorogation de l'état d'urgence devant l'Assemblée Nationale, 19 novembre 2015 ; voir aussi Ministre de l'Intérieur, Bernard Cazeneuve, Séance de questions au gouvernement à l'Assemblée nationale, 24 novembre 2015.

⁸⁵ Premier Ministre, Manuel Valls : allocution 23 décembre 2015 : « Menaces terroristes : protéger les français dans la durée » :

<http://www.gouvernement.fr/partage/6124-menaces-terroristes-protger-les-francais-dans-la-duree>

⁸⁶ Jean-Jacques Urvoas, Discours prononcé à l'occasion d'un déjeuner avec le vice-président du Conseil d'État et les présidents des juridictions administratives, 15 mars 2017 : « l'accoutumance à cette situation hors norme serait pour notre démocratie un risque : celui de la banalisation de l'exception ».

l'administration, contrôle juridictionnel, contrôle parlementaire⁸⁷, contrôle de la société civile⁸⁸, contrôle de la presse. S'agissant de cette dernière, il est ainsi sciemment rappelé, qu'elle reste à même de « jouer pleinement son rôle de contre-pouvoir »⁸⁹, et ce d'autant que, depuis, la loi de prorogation et de modification de l'état d'urgence du 20 novembre 2015, elle ne peut plus faire l'objet de décision de restriction dans le cadre de l'état d'urgence.

Mais les membres du pouvoir exécutif ne se contentent pas d'affirmer la compatibilité de l'état d'urgence avec l'État de droit. La présentation des rapports entre les deux concepts connaît une évolution semblable à celle qui prévaut, depuis la fin des années 1970, pour le tandem « sécurité et liberté ». Les deux concepts ne sont plus présentés dans un rapport d'antagonisme, ni même seulement dans un rapport de conciliation, mais bien plutôt dans un rapport de conditionnement : la sécurité devient la condition de la liberté. Le Président de la République, François Hollande pouvait-il ainsi affirmer : « dans ce combat long, ce que la France défend c'est ce qu'elle a de plus cher, c'est ce qui la constitue : la liberté et la sécurité, sans laquelle la liberté ne peut pas s'exprimer »⁹⁰. De même, *pour Premier Ministre, Manuel Valls*, « la sécurité, c'est la première des libertés »⁹¹ : « ne l'oublions jamais : sans sécurité, il n'y a pas de grandes libertés possibles, pas de grandes libertés publiques. La sécurité, c'est un principe fondamental à l'organisation de notre société démocratique »⁹².

Par analogie, alors que qualifier l'état d'urgence d'état d'exception aurait pu porter à le concevoir dans un rapport d'opposition à l'égard de l'État de droit, la dissociation de ces deux « états » aide à présenter ce premier non seulement comme étant conciliable, compatible avec l'État de droit mais, bien plus, comme une condition de réalisation, voire de garantie de l'État de droit. Ce déplacement conceptuel est perceptible dans nombre d'allocutions. Pour le Premier Ministre : « la force de notre droit, c'est notamment l'état d'urgence »⁹³. Ou encore : « l'état d'urgence n'est pas contraire à l'État de droit, à nos libertés fondamentales. C'est une modalité d'application de l'État de droit. Inscrire dans la Constitution ce régime dérogatoire et provisoire —aujourd'hui prévue par la loi—, c'est conforter notre démocratie »⁹⁴. Mais c'est dans les discours du Ministre de l'intérieur Bernard Cazeneuve que la présentation de l'état d'urgence en tant qu'élément de consolidation de l'État de droit est

⁸⁷ Bernard Cazeneuve, Ministre de l'intérieur, déclaration sur la mise en œuvre et le contrôle de l'état d'urgence, Séance Assemblée Nationale, 2 décembre 2015 ; voir aussi séance au Sénat du 9 février 2016 et à l'Assemblée nationale, le 11 février 2016 ; Première séance Assemblée Nationale, jeudi 19 mai 2016. Pour le Premier Ministre, voir l'allocution du 23 décembre 2015, précit. ; voir aussi, discussion en procédure accélérée du projet de loi de prorogation de l'état d'urgence au Sénat 20 juillet 2016 : l'état d'urgence est « un dispositif qui s'inscrit pleinement dans notre État de droit, puisque la justice administrative et le Parlement continueront de contrôler étroitement toutes les mesures mises en œuvre ». Enfin pour Bruno Le Roux, ministre de l'intérieur, séance de l'Assemblée Nationale, 13 décembre 2016 et séance au Sénat, 15 décembre 2016.

⁸⁸ Bernard Cazeneuve, Ministre de l'intérieur, déclaration sur la mise en œuvre et le contrôle de l'état d'urgence, 2 décembre 2015.

⁸⁹ Manuel Valls, Premier ministre, *Allocution du 23 décembre 2015, précit.*

⁹⁰ Discours à « *la Nation à l'issue du Conseil restreint de défense* », vendredi 22 juillet 2016 à l'Élysée.

⁹¹ Discours de Manuel Valls sur le projet de loi de prorogation de l'état d'urgence devant l'Assemblée Nationale du 19 novembre 2015

⁹² Discours de Manuel Valls sur le projet de loi de prorogation de l'état d'urgence devant le Sénat du 20 novembre 2015.

⁹³ Discours de Manuel Valls sur le projet de loi de prorogation de l'état d'urgence devant l'Assemblée Nationale du 19 novembre 2015.

⁹⁴ Discours de Manuel Valls, Premier Ministre, examen de la révision constitutionnelle, Sénat séance du 16 mars 2016.

la plus fréquente et atteint son paroxysme : il présente, dans un vocabulaire militaro-managérial l'état d'urgence comme « le bouclier » de l'État de droit, image qui sera reprise plusieurs fois, par lui-même et ses successeurs : « Je souhaite insister sur le fait que les pouvoirs confiés aux autorités civiles dans le cadre de l'état d'urgence sont des pouvoirs exceptionnels. Si nous visons une efficacité maximale, pour autant nous ne devons jamais oublier que nous sommes en République et par là même les lois de la République doivent s'appliquer en toutes circonstances. L'état d'urgence n'est pas le contraire de l'État de droit, il en est quand la situation l'exige, le bouclier »⁹⁵. L'état d'urgence est alors destiné à protéger dans la durée tout autant l'État de droit que les valeurs démocratiques et républicaines de la France : « Si nous sommes si déterminés sur la sécurité, c'est parce que nous savons qu'elle est la condition de la protection de nos valeurs et de nos principes républicains et démocratiques. C'est pour permettre au Gouvernement d'atteindre ces objectifs que nous proposons la prolongation de l'état d'urgence »⁹⁶.

Un même renversement rhétorique est opéré *dans le discours de Gérard Collomb, devant l'Assemblée Nationale pour solliciter la 6ème loi de prorogation* : « contrairement à ce que certains peuvent penser, l'état d'urgence est, non pas une atteinte aux libertés, mais un moyen de les préserver. En effet, c'est l'état d'urgence qui a permis aux Français de continuer à assister à de grands spectacles et manifestations sportives. C'est l'état d'urgence qui a permis de défendre notre mode de vie, celui que les terroristes entendaient précisément mettre en cause »⁹⁷.

B - Les réductions à l'œuvre du concept d'État de droit

L'affirmation que l'état d'urgence français n'est pas un état d'exception mais s'inscrit dans le cadre de l'État de droit peut paraître jouer sur les mots pour qui serait habitué à opposer strictement l'État de droit et l'état d'exception, et considérerait l'état d'urgence comme relevant de ce dernier. En la prenant toutefois au sérieux, d'autant qu'elle n'est pas forcément invalidée par toutes les conceptions disponibles de l'état de l'exception (supra), on s'interrogera plus particulièrement ici sur les effets de cette compatibilité affirmée sur le concept d'État de droit. Quelles conceptions de l'État de droit résultent-elles de l'affirmation que l'état d'urgence s'y intègre, voire en est la condition ? On en relèvera trois. Accepter que l'état d'urgence s'inscrive dans le cadre de l'État de droit tend à faire glisser la conception que l'on qualifiera de substantielle-libérale de l'État de droit qui ont structuré la reconstruction des ordres juridiques des démocraties contemporaines (l'État de droit est l'État soumis aux droits et libertés) vers des conceptions formelle-sécuritaire (l'État soumis au droit, un droit qui assure la primauté de la sécurité) (1), indemnitaire (l'État qui indemnise) (2), et enfin discriminante (l'État qui cible l'application des mesures d'exception) (3).

1. Une conception formelle-sécuritaire de l'État de droit

⁹⁵ Discours la présentation de la première loi de prorogation de l'état d'urgence devant la Commission des Lois à l'Assemblée nationale prononcé le 20 novembre 2015. Voir aussi, Séance de questions au gouvernement à l'Assemblée nationale, 1er décembre 2015 ; Déclaration sur la mise en œuvre et le contrôle de l'état d'urgence, 2 décembre 2015 ; Séance au Sénat du 9 février 2016 et le même discours devant l'Assemblée nationale le 11 février 2016 ; phrase reprise par Bruno Le Roux, Séance au Sénat, 15 décembre 2016.

⁹⁶ Séance Assemblée Nationale, 19 mai 2016.

⁹⁷ Gérard Collomb, Ministre de l'intérieur, session extraordinaire, Assemblée Nationale, 6 juillet 2017.

Les titulaires du pouvoir exécutif n'ont pas manqué d'affirmer en entame de leurs discours leur attachement à une conception substantielle ou libérale de l'État de droit. La République française reste attachée et soucieuse du respect des droits et libertés. Pour autant, les mêmes discours ruissellent de propositions qui s'avèrent plus préoccupées de répondre à des exigences sécuritaires. L'État de droit s'en trouve progressivement réduit à une conception que l'on peut qualifier de formelle en ce qu'elle revient à affirmer que, dans le cadre de l'état d'urgence, ce concept signifie finalement que l'action de l'État est soumise au droit sans plus de considération du contenu de celui-ci. Bien plus, si considération du contenu il y a, c'est pour affirmer la primauté d'exigences sécuritaires. La conception formelle de l'État de droit se révèle alors étroitement liée à une conception sécuritaire.

Cette tendance à une réduction de l'État de droit à une conception formelle transparaît à plusieurs reprises dans les discours du Premier Ministre, Manuel Valls et de son Ministre de l'Intérieur Bernard Cazeneuve. S'agissant de ce premier tout particulièrement, on peut tout d'abord relever le paradoxe d'une affirmation du respect de l'État de droit alors que, dans le même temps, le Premier Ministre appelait les parlementaires à ne pas saisir le Conseil constitutionnel de la première loi de prorogation et de modification de l'état d'urgence en raison des « risques d'inconstitutionnalité » qu'elle aurait comporté. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs confirmé à l'occasion des questions prioritaires de constitutionnalité dont il a été saisi⁹⁸.

Paradoxe encore, s'agissant du projet de constitutionnalisation de l'état d'urgence dont l'effet était de réduire la portée des droits et libertés constitutionnels au bénéfice de la prévention de l'ordre public et du maintien de la sécurité. Certes, c'est bien au nom de l'État de droit que le projet de constitutionnalisation est soutenu. Pour le Président de la République « nous devons faire évoluer notre Constitution pour permettre aux pouvoirs publics d'agir, conformément à l'État de droit, contre le terrorisme de guerre »⁹⁹, et pour le Premier Ministre : « L'état d'urgence est un régime dérogatoire (...). Inscrire l'état d'urgence dans la norme suprême, c'est subordonner son application au droit. C'est la définition même essentielle, de l'État de droit »¹⁰⁰. Il reste qu'entre les premières propositions qui identifient l'État de droit à un niveau de protection des droits et libertés constitutionnelles et les dernières selon lesquelles l'état d'urgence est un régime dérogatoire soumis au droit car il est inscrit dans la Constitution, la conception sous-jacente de l'État de droit a changé. L'état du droit de l'État de droit n'est plus le même aux deux moments des discours car, dans le second, il intègre la possibilité d'un régime dérogatoire aux droits et libertés constitutionnels. Le Premier Ministre le confirme lui-même : après avoir rappelé l'extension du bloc de constitutionnalité et le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il éprouve la nécessité de « pouvoir justifier au regard de celle-ci « l'ensemble des pouvoirs temporaires et dérogatoires conférés aux autorités civiles dans le cadre de l'état d'urgence. Conférer une base constitutionnelle à l'état d'urgence, c'est consolider les mesures de police administrative définies par la loi de 1955 »¹⁰¹. Ce qui compte donc, est que l'état d'urgence soit mis en œuvre

⁹⁸ Décisions n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017 ; n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018 ; n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017 ; n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 ; n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 ; n° 2016-536 QPC, 19 février 2016 ; n° 2016-535 QPC, 19 février 2016.

⁹⁹ Discours du Président de la République du 16 novembre 2015 devant le Congrès.

¹⁰⁰ Discours de Manuel Valls, Premier Ministre, Examen du projet de loi de révision constitutionnelle, 5 février 2016

¹⁰¹ Audition en Commission des lois à l'Assemblée nationale, 27 janvier 2016.

conformément à des normes juridiques préalables, peu importe ce qu'elles prescrivent et l'étendue des limites apportées au pouvoir de police¹⁰². Comme le suggèrent Wanda Mastor et François Saint-Bonnet, ce sont « deux états » relatif au niveau de garantie des libertés qu'il convient ici de distinguer : « un 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 », ou cette limitation¹⁰³.

Mais le paroxysme du déplacement conceptuel nous semble atteint, lorsque, comme on l'a vu (supra), l'état d'urgence n'est plus seulement présenté comme un régime d'exception mis en œuvre au sein de l'État de droit et devant donc, somme toute, composer avec ses normes, mais comme une condition, un « bouclier » de l'État de droit. Tandis que, on le rappelait, le Premier Ministre, Manuel Valls pouvait soutenir que « l'état d'urgence n'est pas contraire à l'État de droit, à nos libertés fondamentales », son Ministre de l'intérieur Bernard Cazeneuve renchérisait : « L'état d'urgence n'est pas le contraire de l'État de droit, il en est quand la situation l'exige, le bouclier »¹⁰⁴. Prime alors non plus l'idée de la coexistence de deux « états » relatif au niveau de garantie des droits et libertés mais celle que « la législation d'exception » devient « parfaitement protectrice » de l'ensemble de ceux-ci, « compte tenu de la situation »¹⁰⁵.

2. Une conception indemnitaire de l'État de droit

Les références à l'État de droit durant l'état d'urgence tendent également à faire émerger une conception indemnitaire de celui-ci. L'important n'est plus tant d'éviter les restrictions ou violations des droits et libertés lorsque des raisons de sécurité le justifient, mais plutôt de les assumer dans la mesure où ceux qui ont de ce fait subi un préjudice peuvent recevoir une indemnisation. L'État de droit est alors réduit à la possibilité et à l'éventualité laissées d'être indemnisé en cas de préjudice.

Comme l'affirmait Manuel Valls, « cet état d'urgence s'inscrit pleinement dans l'État de droit. L'accroissement des moyens d'action des préfets et des services de polices ne diminue en rien les prérogatives du juge » (...) « Bien évidemment, toute mesure administrative est susceptible de recours. Et il y a des recours ». Et « s'il y a eu des personnes visées à tort, (...) elles seront indemnisées »¹⁰⁶. L'État de droit n'est donc plus la garantie que les droits et libertés constitutionnelles ne seront pas violés mais la perspective que leur violation fera l'objet d'une réparation pécuniaire... plusieurs mois après l'intervention des agents de police. Compte tenu

¹⁰² Voir aussi en ce sens Bernard Cazeneuve, Ministre de l'intérieur, Première séance, Assemblée Nationale, jeudi 19 mai 2016.

¹⁰³ Wanda Mastor, François Saint-Bonnet, « De l'inadaptation de l'état d'urgence face à la menace djihadiste », *Pouvoirs*, 2016, n° 158, p. 53.

¹⁰⁴ Discours la présentation de la première loi de prorogation de l'état d'urgence devant la Commission des Lois à l'Assemblée nationale prononcé le 20 novembre 2015 ; voir aussi, Séance de questions au gouvernement à l'Assemblée nationale, 1er décembre 2015. Déclaration sur la mise en œuvre et le contrôle de l'état d'urgence, 2 décembre 2015 ; Séance au Sénat du 9 février 2016 et le même discours devant l'Assemblée nationale le 11 février 2016 ; phrase reprise par B. Le Roux, Séance au Sénat, 15 décembre 2016.

¹⁰⁵ Wanda Mastor, François Saint-Bonnet, « De l'inadaptation de l'état d'urgence face à la menace djihadiste », *Pouvoirs*, 2016, n° 158, p. 53.

¹⁰⁶ Allocution de Manuel Valls, Premier Ministre, 23 décembre 2015, précit.

des statistiques disponibles en septembre 2017, la garantie de l'État de droit dans le cadre de la mise de l'état d'urgence équivaut en moyenne à 800 euros pour une cinquantaine de personne, près d'un an après l'exécution des actes¹⁰⁷.

On relèvera d'ailleurs que l'existence de procédures de contrôle est souvent survalorisée et interprétée de façon favorable par les titulaires du pouvoir exécutif, et ce quelles que soient les décisions rendues au fond. La possibilité de contrôles parlementaires et surtout juridictionnels est, on l'a vu, l'un des arguments centraux pour soutenir l'inscription de l'état d'urgence dans l'État de droit. Pour autant, la seule existence de mécanismes de contrôle ne suffit pas toujours pour se prononcer sur la garantie de l'État de droit. Encore faut-il que ceux-ci satisfassent les prétentions des requérants lorsqu'elles sont fondées, et qu'à défaut les décisions de rejet soient rendues sur le fondement de critères et d'informations qui puissent être connus par chacune des parties concernées.

Or, l'appréciation que les titulaires du pouvoir exécutif portent sur le contrôle exercé par les juges en reste souvent à l'existence en surface de celui-ci et en vient toujours à être positive. Quel que soit le nombre de jugement concluant à l'illégalité des actes administratifs adoptés, il est conclu que l'État de droit fonctionne, qu'il est respecté, ou bien parce que peu d'actes administratifs ont été déclarés illégaux, ou bien parce ces décisions d'illégalité montrent que les juges exercent leur fonction de contrôle.

Cette rhétorique « gagnante-gagnante » est fréquente dans les discours du Ministre de l'Intérieur, Bernard Cazeneuve. D'un côté, il s'est appuyé sur le faible nombre d'annulations de la part des tribunaux administratifs et de déclarations d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel pour conforter l'idée que l'état d'urgence est bien défini et qu'il est mis en œuvre conformément aux droits et libertés constitutionnels, et partant à l'État de droit¹⁰⁸. Mais, d'un autre côté, a contrario, il prend aussi argument des quelques annulations intervenues pour considérer que l'État de droit fonctionne convenablement : « S'agissant des contentieux administratifs, 160 référés —dont 125 référés-libertés et 35 référés-suspension— ont été soumis à la juridiction administrative ; 12 suspensions seulement ont été prononcées, ce qui traduit tout à la fois le sérieux des procédures engagées par le ministère de l'Intérieur et la parfaite indépendance de la juridiction administrative qui n'hésite pas à prononcer des annulations quand la situation l'exige »¹⁰⁹. Quelques semaines auparavant, il faisait également valoir : « Je ne dis pas que ça m'a fait plaisir qu'une assignation à résidence a été annulée par le Conseil d'État ». Mais « c'est donc bien qu'il existe un juge, c'est donc bien qu'il existe un contrôle, c'est donc bien que ce que nous faisons se fait dans le cadre rigoureux de l'État de droit et j'y tiens »¹¹⁰.

Pour autant, on pourrait à l'inverse aussi soutenir, s'agissant tout d'abord du Conseil constitutionnel, que les censures opérées qui se sont d'ailleurs progressivement multipliées à

¹⁰⁷Voir : <http://www2.assemblee-nationale.fr/15/commissions-permanentes/commission-des-lois/controle-parlementaire-de-l-État-d-urgence/controle-parlementaire-de-l-État-d-urgence> ; Paul Cassia, « indemnisation des perquisitions administratives de l'état d'urgence », *Blog Médiapart*, 25 mars 2017.

¹⁰⁸ Bernard Cazeneuve, Ministre de l'intérieur, séance à l'Assemblée nationale, 11 février 2016 ; Voir aussi Gérard Collomb, Ministre de l'intérieur, séance à l'Assemblée nationale, le 6 juillet 2017.

¹⁰⁹ Bernard Cazeneuve, Ministre de l'intérieur Séance à l'Assemblée nationale, 11 février 2016.

¹¹⁰ Bernard Cazeneuve, entretien sur France 5, 24 janvier 2016.

partir de février 2016¹¹¹, attestent de la fragilité du régime de l'état d'urgence et de ses modifications eu égard aux standards de l'État de droit. Par ailleurs, on l'a souligné (*supra*) la majorité des censures a été neutralisée par la modulation des effets dans les temps des décisions ou par l'intervention tardive de la décision¹¹².

Du côté des juges administratifs, également, l'interprétation des résultats est réversible. D'une part, le faible nombre de recours ne signifie pas un faible nombre d'illégalités commises. Il peut être la conséquence d'une méconnaissance des procédures ou d'une défiance à leur égard. D'autre part, un faible nombre d'annulations des actes administratifs peut aussi résulter d'une présomption de légalité au bénéfice de l'administration ou d'un contrôle, certes, techniquement normal, mais pratiquement restreint¹¹³.

3. Une conception discriminante de l'État de droit

Enfin, et ce glissement relève en l'occurrence davantage de l'observation de la mise en œuvre de l'état d'urgence¹¹⁴ que de la lecture des discours, les mesures qu'habilite ce régime ont eu tendance à cibler des profils d'individus, des quartiers. Autrement dit, indolores et presque imperceptibles pour une grande partie de la population —ce qui peut aussi expliquer que les contestations ont eu très peu de prise au-delà des acteurs traditionnellement mobilisés dans la défense des droits et libertés—, les mesures justifiées par l'état d'urgence se sont avérées en revanche plus intrusives et contraignantes pour une plus partie. Tous les individus ne sont donc pas considérés à égalité dans les échelles nouvelles de la « société de suspicion »¹¹⁵ qui se dessine. Face à l'état d'urgence ou à d'autres normes d'exception, il ne vaut mieux ne pas être musulmans et présenter une caractéristique qui pourrait être interprétée comme un signe de radicalisation, un militant activiste ou présenter des troubles psychiatriques... Pour certains, les pratiques policières liées aux législations d'exception et à la surenchère de pratiques sécuritaire pourraient alors en venir à transformer l'État de droit en «un état de police discriminatoire »¹¹⁶.

En guise de conclusion

On retiendra tout d'abord de l'expérience de deux années d'état d'urgence la confirmation de la propension plusieurs fois relevée des régimes d'exception à être pérennisés et à s'inscrire formellement puis matériellement dans la durée.

¹¹¹ Décisions n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017 ; n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018 ; n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017 ; n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 ; n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 ; n° 2016-536 QPC, 19 février 2016 ; n° 2016-535 QPC, 19 février 2016.

¹¹² Décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 : voir notre étude jointe au dossier.

¹¹³ Arlette Heymann-Doat, « L'état d'urgence. Un régime juridique d'exception pour lutter contre le terrorisme ? », *Archives de politique criminelle*, 2016/1 (n° 38), p. 19. Voir les contributions sur le contrôle des juges administratifs dans ce rapport intermédiaire de recherche.

¹¹⁴ Nils Muiznieks, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Luttons contre le terrorisme dans le respect du droit, 9 février 2016. Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité*, 2016.

¹¹⁵ Mireille Delmas-Marty, « De l'état d'urgence au despotisme doux », *Libération*, 16 juillet 2017.

¹¹⁶ Patrcik Weil, « Le projet de loi antiterroriste rappelle le code de l'indigénat », *Le Monde*, 2 septembre 2017.

On retiendra aussi que cette expérience contribue à faire ressortir la capacité des démocraties contemporaines présentées comme des États de droit à s'accommoder de régimes d'exception dérogatoires au droit commun et restrictifs des droits et libertés, à les intégrer et à les agencer dans le fonctionnement ordinaire et régulier des pouvoirs publics. Cette situation rend inappropriée une lecture en termes d'opposition stricte entre, d'une part, la norme et l'exception, et, d'autre part, l'État de droit et l'état ou le régime d'exception. Ou plus précisément si des oppositions conceptuelles sont possibles et pertinentes sur un plan analytique, l'expérience de la mise en œuvre de régimes d'exception au sein des États de droit contemporains met en lumière l'aptitude des gouvernants à les faire coexister et à les imbriquer, plutôt qu'à les inscrire dans un jeu d'alternative de formes d'exercice du pouvoir. Avec l'état d'urgence français comme avec d'autres régimes ou législation d'exception, nous n'avons pas à faire à des suspensions générales et absolues de l'État de droit et de ses droits et libertés au profit de l'empire exclusif d'un régime d'exception, mais à des limitations et dérogations partielles. Ces limitations sont en principe procéduralement et formellement circonscrites aux actes se rapportant aux circonstances pour lesquelles le régime d'exception a été déclaré.

Mais là encore, on retiendra de ces deux années passées la prédisposition des régimes d'exception à être invoqués pour régir des situations et des comportements extérieurs et dépourvus de tout lien avec ces circonstances ainsi qu'à déborder sur le droit commun. Autrement dit, l'application de régimes d'exception dans le cadre de l'État de droit est facteur de porosité, de flou et de brouillage entre le droit relevant de l'exception et le droit commun, et ce tant sur les plans pratique que conceptuel. En l'occurrence, à la pérennisation du régime d'état d'urgence dans le temps s'ajoute un effet de débordement normatif au plan matériel.

Il se pourrait donc bien que l'expérience de l'état d'urgence soit un des laboratoires testant le degré jusqu'auquel les sociétés des États de droit contemporains sont capables d'accepter des limitations aux droits et libertés au nom d'exigences sécuritaires. Il se pourrait aussi qu'elle soit une des illustrations *in vivo* des réflexions clairvoyantes que Michel Foucault ouvrait sur l'exceptionnalité dans les États libéraux. Comme le résume Marie Goupy, celle-ci n'impliquerait en effet « en rien » une « suspension du droit, ni « l'affirmation brutale du pouvoir de souveraineté », mais illustrerait « un tout autre mode d'exercice du pouvoir , qui permet d'ailleurs de comprendre pourquoi ce que l'on qualifie couramment 'd'état d'exception' recouvre à notre époque des phénomènes très divers : l'application de législations d'exception 'classiques' (état d'urgence, USA Patriot Act), la multiplication de législations antiterroristes qui ne sont pas à proprement parler des législations d'exception, ou encore l'emploi des technologies de surveillance (...). Dans une optique foucaldienne, de telles pratiques, normes, technologies, sont l'expression même du 'pacte de sécurité', c'est-à-dire la mise en œuvre de formes de gestion des populations passant par la régulation des flux et le contrôle du cas particulier (...) Une telle forme de gouvernement » dessinerait alors « une nouvelle étape dans le développement de l'État libéral », celle « où l'État n'est jamais que le nom donné à un ensemble de techniques de gouvernement agissant notamment par le contrôle et la prévention des risques »¹¹⁷.

¹¹⁷ Marie Goupy, *op. cit.* p. 106.

De quoi l'état d'urgence est-il le nom ?

Vincent Sizaire

Ubu n'est plus roi, il est empereur.

Alors que, de son propre aveu, le taux de réussite des mesures de l'état d'urgence dans la lutte contre le terrorisme aura été de moins de 1%¹¹⁸, le gouvernement entend aujourd'hui inscrire durablement ce dispositif d'exception dans notre ordre répressif au nom... de la lutte antiterroriste. Pudiquement renommées « mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance » et « visites »¹¹⁹, les assignations à résidences et perquisitions administratives, mesures les plus emblématiques et les plus attentatoires aux libertés, accèdent au rang de dispositifs permanents, aux côtés de dispositions augmentant encore les prérogatives du pouvoir répressif en matière de contrôle d'identité et de fermeture des lieux de cultes.

Si l'on veut bien aller au-delà du diagnostic de l'aveuglement ou de l'inconséquence, une telle incohérence invite à s'interroger sur les ressorts profonds de cette évolution. Ce qui suppose de questionner plus sérieusement les motifs ayant présidé à la proclamation de l'état d'urgence en vigueur depuis le 14 novembre 2015.

Si l'on s'en tient à la lettre de la loi du 3 avril 1955, ce dispositif singulier a en effet pour vocation le relâchement de l'encadrement textuel et juridictionnel de l'action du pouvoir exécutif pour, affirme-t-on, lui permettre de faire face à un péril d'une particulière gravité qui, par hypothèse, est supposé être temporaire¹²⁰. Or, si la criminalité terroriste est un phénomène indéniablement préoccupant, il ne peut hélas être caractérisé d'exceptionnel, se nichant au contraire au cœur des contradictions de nos sociétés néolibérales¹²¹. Autrement dit, c'est pour conjurer le risque... de commission d'infractions —d'une particulière gravité certes, mais des infractions tout de même— que l'état d'urgence aura été proclamé. Aussi, c'est fort logiquement que, tout en ne cessant de répéter que cet état d'exception ne saurait se prolonger éternellement, gouvernement, conseil d'Etat et Parlement n'auront eu de cesse que de le maintenir en vigueur, depuis maintenant bientôt deux ans.

Dans cette perspective, l'état d'urgence apparaît comme la manifestation —ou plutôt l'une des manifestations— d'une logique répressive propre qui, loin de compléter la logique pénale et judiciaire, vient au contraire la concurrencer, voire la supplanter. Car il ne s'agit pas d'ajouter à l'arsenal répressif existant un dispositif préventif mais bien de promouvoir une réponse para-pénale fondée sur la suspicion (I).

¹¹⁸ L'étude d'impact du projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, n° 587, déposé le 22 juin 2017, fait état de 30 procédures ouverte du chef d'association de malfaiteurs terroriste pour « plus de 4300 » mesures de perquisitions. La loi a été promulguée le 30 octobre 2017.

¹¹⁹ Articles L. 228-1 et suivants et L. 229-1 et suivants du code de la sécurité intérieure.

¹²⁰ L'article 1^{er} de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 dispose en effet que l'état d'urgence peut être déclaré « 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 ».

¹²¹ V. Olivier Roy, *Le Djihad et la mort*, Seuil, Paris, 2016.

En autorisant la prise de mesures coercitives à l'égard de personnes sans avoir à démontrer l'existence de faits matériels de nature à révéler la commission d'une infraction, cette approche relève d'une logique répressive qui puise ses racines dans la vieille réaction autoritariste à la mise en œuvre effective et pérenne du projet pénal des Lumières (II).

I - Un système répressif para-pénal

La promotion de la pérennisation de l'état d'urgence est assise sur un double mythe. Au grand public, l'on argue de la nécessité de se doter de dispositifs juridiques que le droit commun n'autoriserait pas. Aux initiés, l'on précise que ces outils s'inscrivent dans une logique exclusivement préventive qui, ne portant pas directement atteinte à la liberté individuelle, peut légitimement être menée dans un cadre administratif.

Or, non seulement les mesures de l'état d'urgence ne font que dupliquer celles de la procédure pénale (A), mais elles déploient une coercition telle qu'elles ne peuvent, dans un Etat de droit, ressortir au domaine de la prévention administrative (B).

A - Le détournement des outils du procès pénal

Cela a déjà été largement documenté mais rappelons tout de même qu'il n'est aucune des mesures de l'état d'urgence qui ne puissent déjà être ordonnées en application des textes de droit commun¹²². Certaines sont des mesures de police administrative pouvant être décidées par le préfet sans avoir à justifier, contrairement au droit commun, de leur nécessité et de leur proportionnalité. Il s'agit pour l'essentiel des mesures visant à limiter la libre circulation des personnes¹²³. Mais d'autres, les plus emblématiques et les plus usitées depuis la proclamation de l'état d'urgence —mais aussi les plus coercitives— sont directement importées de la procédure pénale. Il s'agit des perquisitions administratives, des interdictions de séjour, des assignations à résidence, et, introduits par la loi n°2016-987 du 21 juillet 2016, des contrôles d'identité.

Mesure destinée exclusivement à l'investigation, la perquisition n'a vocation qu'à permettre la constatation ou l'élucidation d'une infraction¹²⁴. Elle s'inscrit ainsi nécessairement dans un cadre répressif et, en la matière, l'état d'urgence a pour seule fonction de permettre au préfet d'ordonner des actes à caractère pénal en lieu et place du procureur de la république ou du juge d'instruction et sans les garanties propres au procès pénal. Relevons à cet égard que, contrairement à ce qui a pu être affirmé à chaque prolongation de ce régime d'exception, les perquisitions pénales peuvent parfaitement, s'agissant des crimes et délits terroristes, être ordonnées de nuit, au terme d'une procédure qui n'a rien à envier au sursis au sursis au sursis

¹²² *L'urgence d'en sortir ! Analyse approfondie du régime juridique de l'état d'urgence et des enjeux de sa constitutionnalisation dans le projet de loi dit « de protection de la nation »*, rapport collectif du syndicat de la magistrature, du syndicat des avocats de France, de l'observatoire international des prisons, de la quadrature du net, du groupe d'information et de soutien des immigré-es et d'enseignants-chercheurs du Centre de recherche sur les droits fondamentaux de la faculté de droit de l'université Paris Nanterre, Paris, 2016 ; http://www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/analyse_regime_juridique_etat_urgence-2.pdf

¹²³ Article 5 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

¹²⁴ Article 56 du code de procédure pénale.

arraché à un secrétaire général de préfecture à l'heure où blanchit la campagne¹²⁵. Le même effet de substitution de l'autorité administrative à l'autorité judiciaire dans la conduite d'actes de procédure pénale s'observe s'agissant des contrôles d'identité autorisés au nom de l'état d'urgence, l'article les règlementant se bornant à renvoyer aux dispositions du code de procédure pénale¹²⁶.

L'assignation à résidence est, quant à elle, la lointaine héritière de la peine complémentaire de surveillance de haute police qui, jusqu'en 1885, pouvait être ordonnée à l'encontre d'un condamné que l'on voulait pouvoir surveiller quelques temps après sa libération¹²⁷. Aujourd'hui la possibilité d'obliger une personne soupçonnée de préparer un attentat terroriste —et, à ce titre, mise en examen du chef d'association de malfaiteurs ou d'entreprise terroriste individuelle— à demeurer à résidence et à se présenter périodiquement aux services de police peut être ordonnée dans le cadre d'un contrôle judiciaire¹²⁸. Quant à l'interdiction de séjour, il s'agit d'une peine complémentaire pouvant couramment être prononcée en matière correctionnelle¹²⁹.

En définitive, les seules différences avec les mesures ordonnées sur le fondement de l'état d'urgence tiennent, outre la mise à l'écart du pouvoir judiciaire, au critère permettant d'y recourir. Alors qu'en matière pénale on exige, *a minima*, un commencement de preuve matérielle, les perquisitions et assignations à résidence administratives peuvent être mises en œuvre à l'encontre de toute personne dont le simple « comportement » est perçu par les autorités publiques comme menaçant « la sécurité et l'ordre public »¹³⁰. Une définition suffisamment confuse et imprécise pour que les perquisitions conduites sur le fondement de l'état d'urgence n'aient révélées aucune infraction dans près de 85% des cas et que, « lorsqu'elles ont été fructueuses [...], [elles] ont plus souvent permis la découverte de stupéfiants, d'armes ou d'infractions au droit du travail ou au droit des étrangers (étrangers en situation irrégulière) ou d'argent liquide (numéraire) »¹³¹. Mais une définition suffisamment malléable pour autoriser, ainsi que l'a validé le conseil d'Etat, des mesures de perquisition au domicile de militants écologistes ou l'assignation à résidence de personnes au nom de leur appartenance présumée à une mouvance d'extrême gauche supposément radicale¹³².

Relevons enfin que s'il existe réellement des raisons, étayées par des éléments objectifs, de penser que le comportement d'une personne menace gravement l'ordre public, c'est qu'il existe nécessairement des indices graves ou concordants permettant de la mettre en examen du chef d'association de malfaiteurs terroriste soit « le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou

¹²⁵ Articles 706-89 à 706-91 du code de procédure pénale qui s'appliquent, au-delà des infractions qualifiées de terroristes, à l'ensemble des crimes et délits commis en bande organisée.

¹²⁶ Article 8-1 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

¹²⁷ Article 44 du code pénal de 1810.

¹²⁸ Article 138 du Code de procédure pénale.

¹²⁹ Article 131-31 du code pénal.

¹³⁰ Articles 6 et 11 de la loi du 3 avril 1955.

¹³¹ Assemblée nationale, rapport d'information de MM. Dominique RAIMBOURG et Jean-Frédéric POISSON au nom de la commission des lois, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 décembre 2016, p.49.

¹³² CE, 11 décembre 2015, *M. Joël Domenjoud*, n° 394989.

plusieurs faits matériels », d'un acte de terrorisme¹³³. Ainsi, contrairement à ce qu'indique l'exposé des motifs du projet de loi portant pérennisation de l'état d'urgence, il est parfaitement possible d'appréhender des auteurs de crimes terroristes au stade des actes préparatoires, de sorte que la transcription de cet état d'exception apparaît sous ce rapport totalement inutile. En réalité, loin d'être sans objet, la mise en œuvre de l'état d'urgence dans le champ pénal révèle la mise en place d'une logique répressive parallèle, fondée sur une répression préventive de la délinquance que n'autorise pas le droit pénal.

B - La promotion d'une répression préventive

Directement issues de la procédure pénale, les mesures de l'état d'urgence n'ont donc pour objet, et pour effet, que de restreindre, parfois de façon considérable, les droits et libertés des personnes qui y sont soumises. C'est ici que la contradiction avec le discours officiel qualifiant ces mesures de police administrative devient saillante. Car s'il est admis — et admissible — que l'exercice par l'administration de son pouvoir de police restreigne l'exercice de la liberté individuelle du citoyen, c'est à la condition que cette atteinte demeure strictement limitée dans sa nature comme dans le temps et dans l'espace¹³⁴. Dans une société démocratique où la liberté est le principe, il n'est possible d'y porter atteinte de façon importante et durable que pour sanctionner la commission d'un acte qu'on savait prohibé — c'est-à-dire la commission d'une infraction ou d'une quasi-infraction¹³⁵.

Or les dispositifs de l'état d'urgence sont à l'origine d'une coercition sensiblement plus élevée qu'une mesure de police administrative ordinaire. Ainsi en est-il évidemment de la perquisition qui, pouvant être menée de jour comme de nuit, porte une atteinte particulièrement vive au droit à la vie privée, à tel point que le conseil constitutionnel comme la Cour européenne des droits de l'homme exigent, du moins hors régime d'exception, l'autorisation préalable d'un juge indépendant. Ainsi en est-il également de l'assignation à résidence, qui permet d'obliger une personne à se présenter aux services de police jusqu'à trois fois par semaine, lui interdisant de la sorte toute vie sociale ou professionnelle normale¹³⁶. Depuis la loi n°2015-1501 du 20 novembre 2015, elle peut même être ordonnée en un autre lieu que son domicile, s'apparentant dès lors à une peine privative de liberté. Une assimilation que poursuit sans complexe le projet de loi portant pérennisation de l'état d'urgence, en prévoyant que l'assignation puisse demain être assortie d'une surveillance électronique¹³⁷. Les mesures de l'état d'urgence s'inscrivent en outre dans la durée —certaines personnes étant assignées à résidence depuis la proclamation de l'état d'exception le 14 novembre 2015.

A dire vrai, la contradiction entre leur qualification officielle et une réalité autrement coercitive est nichée au cœur même de la notion française de police administrative, dès lors

¹³³ Article 421-2-1 du code pénal.

¹³⁴ Cette position du Conseil d'Etat, arrêtée dans le célèbre arrêt Benjamin du 1933, est observée avec une remarquable constante depuis, à l'exception notable du droit des étrangers et, depuis 2015, du droit de l'état d'urgence.

¹³⁵ Articles 5 et 7 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789

¹³⁶ Article 6 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955. Notons qu'avant l'introduction de cette limitation par la loi n°2017-258 du 28 février 2017, certaines décisions d'assignation prévoyaient une fréquence de présentation plus importante encore...

¹³⁷ Article 4 du projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

qu'elle autorise la prise de mesures coercitives préventives à l'égard d'un individu nommément ciblé. Mais la controverse doctrinale qui peut agiter certains milieux sur le point de savoir si la fermeture d'un débit de boisson ou le retrait d'une carte de commerçant ambulant constituent davantage une sanction qu'une mesure de police prend tout de suite une autre dimension dès lors qu'il est question de restreindre d'une façon générale la liberté individuelle d'une personne...

Face à la quadrature de ce cercle répressif, la position adoptée par le conseil constitutionnel ne fait que souligner encore un peu plus les contradictions du régime de l'état d'urgence. C'est ainsi que, s'il affirme que l'assignation à résidence d'une personne en dehors de son domicile ne constitue pas une mesure privative de liberté, c'est à la condition qu'elle n'excède pas douze heures, soit, fort opportunément, la durée maximale prévue par le législateur¹³⁸ —on n'ose imaginer quelle aurait été son appréciation si cette durée avait été portée à une journée voire une semaine... De la même façon, le conseil ne valide la possibilité de saisir et examiner le contenu de données informatiques, mesure demeurant qualifiée d'acte de police administrative, qu'à la condition que cette perquisition numérique soit préalablement autorisée par le juge administratif, ainsi placé dans la position classique du juge pénal¹³⁹. Ainsi, on ne parvient à éluder la contradiction entre le régime particulièrement coercitif de ces mesures d'exception et leur nature supposément administrative et préventive qu'au prix d'une sévère confusion des genres —et, bien sûr, au bénéfice de la proclamation de l'état d'urgence, érigé en clause générale d'arbitraire.

Au demeurant, il est difficile de déterminer en quoi, en dépit de leur caractère éminemment attentatoire aux libertés, ces mesures sont susceptibles de prévenir le passage à l'acte de celui ou celle qui aura vraiment décidé de commettre un crime terroriste, fut-ce entre deux présentations au commissariat. En revanche elles contribuent, à la suite de dispositifs telle la rétention de sûreté (sic.) introduite en 2008, à distiller l'opinion selon laquelle il serait légitime et même nécessaire de priver quelqu'un de sa liberté au nom des infractions qu'il pourrait commettre. Et il est à craindre que l'inefficacité flagrante du dispositif actuel soit demain le prétexte à l'aggravation de cette fuite en avant répressive. Le jour, inévitable, où une personne assignée à résidence commettra un acte qualifié de terrorisme, combien de voix s'opposeront à la mise en place de cette fameuse rétention administrative des personnes fichées auprès des services de renseignement, très sérieusement brandie par nombre de parlementaires et jugée suffisamment sérieuse par le gouvernement précédent pour qu'il saisisse le conseil d'Etat de cette proposition ?

Paraphrasant sans le savoir le vénérable Henrion de Pansey, les promoteurs de la pérennisation de l'état d'urgence semblent considérer que réprimer c'est encore prévenir la délinquance. Alimentant ainsi la vieille tradition de l'autoritarisme répressif, fer de lance de la résistance à la mise en œuvre durable et conséquente du modèle pénal républicain.

¹³⁸ CC, Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, considérant n°6.

¹³⁹ CC, Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, considérant n°14.

II - Une logique répressive autoritaire

La mise en œuvre contemporaine de l'état d'urgence dessine ainsi les contours d'un système répressif où l'on peut sanctionner quelqu'un pour son simple comportement ou, pire encore, ses intentions supposées. Ce faisant, elle prend l'exact contre-pied de la logique répressive républicaine, fondée sur le primat de la liberté et l'exigence corrélative de sûreté, qui veut qu'aucune mesure privative ou même restrictive de liberté ne puisse être ordonnée à l'égard d'un individu par l'autorité répressive sans qu'elle ait à démontrer la violation effective d'une règle préalablement fixée par la loi.

Dans cette perspective, la promotion de l'état d'urgence comme outil normal de réponse à la criminalité terroriste apparaît comme l'une des manifestations de la vieille résistance autoritariste au projet pénal des Lumières¹⁴⁰. Une résistance qui, usant de la vieille rhétorique de l'excuse de gravité (A) se traduit par la promotion décomplexée de l'arbitraire répressif (B).

A - La mise en scène de l'excuse de gravité

Le terrorisme constitue de longue date un terrain privilégié d'épanouissement de la tradition autoritaire dans notre ordre pénal. Depuis l'adoption du code pénal napoléonien de 1810 qui, dans le discours officiel, marque la consécration de la philosophie pénale révolutionnaire, cette tradition avance en effet masquée, opposant à la progression de la logique répressive libérale de 1789 de supposées « nécessités » de la répression que seul dicterait un bien commode pragmatisme —et non, par exemple, l'hostilité idéologique.

L'un des outils privilégiés des thuriféraires de ce « bon sens » répressif est un artifice qui se donne à voir comme une singulière excuse de gravité. Héritière de l'excuse d'atrocité qui, sous l'ancien droit pénal, permettait de justifier le déchaînement de la répression¹⁴¹, cette figure rhétorique permet, tout en affirmant son attachement formel à l'encadrement du pouvoir répressif, de revendiquer sinon son abolition, du moins son relâchement en présence de faits présentés comme étant d'une particulière gravité. Elle constitue notamment une figure imposée du débat public sur la récidive depuis la fin du XIX^e siècle et l'introduction, en 1885, de la peine complémentaire de relégation pour ceux que l'on nomme alors les « irréductibles »¹⁴².

Depuis 1986, elle a trouvé une nouvelle terre d'élection avec la création d'une procédure spécifique aux actes de terrorisme. Instituée dès l'origine au motif de la complexité de ce type de criminalité mais aussi de sa particulière... gravité¹⁴³, ce régime dérogatoire n'a cessé de se renforcer au fil des réformes successives. Relevons en particulier la création de la perquisition de nuit par la loi n°96-647 du 22 juillet 1996, l'augmentation de la durée

¹⁴⁰ V. Vincent Sizaire, *Sortir de l'imposture sécuritaire*, La dispute, 2016.

¹⁴¹ Jean-Marie Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2010, p.286.

¹⁴² René Garraud, *La Relégation et l'interdiction de séjour, explication de la loi du 27 mai 1885*, Larose et Forcel, 1886, p.2.

¹⁴³ En application de l'article 421-1 du code pénal, ce qui permet de qualifier un crime ou un délit de « terroriste » est son lien avec « une entreprise individuelle ou collective visant à troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ».

maximale de garde à vue de quatre à six jours par la loi n°2011-392 du 14 avril 2011¹⁴⁴ ou encore la création par la loi n°2016-987 du 21 juillet 2016, d'un régime d'application des peines méconnaissant ouvertement le principe d'individualisation des sanctions pénales¹⁴⁵. A chaque fois, il s'agit de limiter toujours un peu plus les droits et garanties des personnes poursuivies et condamnées au nom de la gravité supérieure des faits qu'on leur reproche d'avoir commis.

Néanmoins nous sommes arrivés au bout d'un cycle en ce sens qu'il n'est plus possible de renforcer encore la coercition du régime répressif sans méconnaître de façon manifeste les garanties constitutionnelles et conventionnelles les plus élémentaires des personnes pénalement mises en cause. C'est ainsi que les dernières innovations du législateur visant à étendre encore un peu plus le filet pénal aux actes perçus comme favorisant la criminalité terroriste ont été sensiblement remises en cause par le Conseil constitutionnel, qui a censuré intégralement le délit de consultation d'un site faisant l'apologie du terrorisme institué par la loi du 3 juin 2016 et partiellement le délit d'entreprise terroriste individuelle institué par la loi du 13 novembre 2014¹⁴⁶. A chaque fois, c'est le caractère par trop arbitraire des incriminations en cause, permettant de poursuivre et condamner un individu sans avoir à établir d'élément matériel révélant de façon univoque la volonté de commettre ou, à tout le moins, de faciliter la commission d'un acte criminel, qui a justifié la censure.

Paradoxalement, la nécessité d'une procédure spécifique à la criminalité terroriste est née de la suppression des juridictions de sûreté de l'Etat, qui, jusqu'à leur abolition en 1981, connaissait, en outre, des faits ainsi qualifiés aujourd'hui¹⁴⁷. Dans cette perspective, l'utilisation de l'état d'urgence à des fins répressives et sa pérennisation annoncée apparaissent comme le moyen d'approfondir encore, au nom de la lutte contre le terrorisme, l'arbitraire du pouvoir répressif.

B - La promotion de l'arbitraire répressif

Le recours à une procédure para-pénale conduite par l'administration pour suspendre les garanties inhérentes au procès pénal —fussent-elles particulièrement limitées— constitue au reste une pratique aussi vieille que la proclamation de l'ordre pénal républicain. Dès le premier empire, des procédures d'exception sont mises en place pour juger ce qu'on nomme alors les ennemis de l'Etat et qui, à ce titre, se trouvent soumis à l'arbitraire répressif le plus absolu¹⁴⁸. Le même souci d'échapper aux supposées contraintes du cadre judiciaire préside à

¹⁴⁴ Article 706-88-1 du code de procédure pénale.

¹⁴⁵ Articles 720-1, 721-1-1 et 723-1 du code de procédure pénale.

¹⁴⁶ CC, Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 et Décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017.

¹⁴⁷ Aux termes de l'ancien article 698 du Code de procédure pénale, la Cour de Sûreté de l'Etat était compétente pour connaître non seulement des crimes et délits contre la Sûreté de l'Etat mais également à certaines infractions « en relation avec une entreprise individuelle ou collective consistant ou tendant à substituer une autorité illégale à l'autorité de l'Etat » ainsi qu'aux infractions connexes.

¹⁴⁸ Annoncé par l'article 5 du Code pénal de 1810, qui exclut de son domaine « *les crimes et délits militaires* », le décret impérial du 1er mai 1812 institue pour en connaître des tribunaux d'exception, compétents tant à l'égard des militaires que des civils et devant lesquels l'arbitraire constitue la règle ; l'article 1er du décret dispose ainsi : « les juges appliqueront en leur âme et conscience, et d'après toutes les circonstances du fait, une des peines du Code pénal, civil ou militaire qui leur paraîtra proportionnelle au délit ». Plus arbitraire encore est la procédure réservée aux infortunés « prisonniers d'Etat », que Bonaparte ne souhaite « ni traduire devant les tribunaux, ni

la création du tribunal et de la Cour de sûreté de l'Etat en 1963. Institués pour juger les actes commis par les membres de l'organisation armée secrète et les auteurs du putsch manqué d'Alger, sans avoir à s'embarrasser des garanties du procès équitable¹⁴⁹, ces juridictions continueront à fonctionner bien après la fin de la guerre d'Algérie, observant une procédure laissant une très grande latitude au pouvoir répressif¹⁵⁰.

C'est dans cette continuité historique que s'inscrit la consécration de l'état d'urgence comme mode normal de réponse à la criminalité terroriste. Contrairement à ce que soutiennent ses promoteurs, la loi du 30 octobre 2017 n'apporte aucune garantie supplémentaire contre l'utilisation des mesures à d'autres fins que la lutte contre la criminalité terroriste. Au bénéfice d'une lecture superficielle, les critères permettant d'ordonner une « mesure individuelle de contrôle administratif et de surveillance » ou une « visite(sic.) » administrative peuvent certes apparaître plus resserrés, ne pouvant être ordonnées qu'aux « seules fins de prévenir des actes de terrorisme », à l'encontre de « toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui, soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes »¹⁵¹.

En réalité, ces dispositions s'appliquent potentiellement à tout citoyen. Loin de borner l'action des autorités, la référence au terrorisme permet au contraire d'étendre très largement le filet répressif. Cette catégorie juridique est en effet des plus malléables puisque la seule chose qui permet de qualifier une infraction de terroriste est le fait qu'elle soit commise « en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur »¹⁵². Une définition on ne peut plus imprécise qui fait que le basculement d'un acte délictueux dans la catégorie du terrorisme résulte en dernière analyse du fait du prince¹⁵³. Pour ne prendre qu'un seul exemple, aucune raison juridique ne permet d'expliquer que la destruction d'un bureau de poste en Corse soit qualifiée de terroriste quand celle d'un portique de péage en Bretagne, tout autant motivée par la volonté d'intimider les pouvoirs publics, ne le soit pas.

Mais le dispositif coercitif administratif désormais pérennisé porte l'arbitraire à son paroxysme. En matière pénale, si la qualification terroriste relève d'un indéniable arbitraire, elle suppose néanmoins que soit établie au préalable l'existence d'une infraction de droit commun¹⁵⁴. Or cette exigence minimale d'un élément matériel de nature à objectiver une adhésion à un projet criminel disparaît complètement dans le cadre de l'état d'urgence. Lorsque le seul fait d'être en relation avec des personnes qui, sans commettre elles-mêmes

faire remettre en liberté » et que le décret impérial du 3 mars 1810 soumet à un internement administratif d'un an renouvelable indéfiniment.

¹⁴⁹ V. Vanessa Codaccioni, *Justice d'exception*, CNRS éditions, Paris, 2015.

¹⁵⁰ Prévue par la loi n°63-23 du 15 janvier 1963, cette procédure se caractérisait notamment par l'extension de la durée initiale de garde-à-vue à 48h, la possibilité de la prolonger jusqu'à cinq jours et la faculté de procéder à des perquisitions de nuit.

¹⁵¹ Art. L. 228-1 du code de la sécurité intérieure.

¹⁵² Article 421-1 du Code pénal.

¹⁵³ V. Vincent Sizaïre, « Quand parler de terrorisme ? », in *Le monde diplomatique*, août 2016.

¹⁵⁴ Article 421-1 du Code pénal.

d'actes concrets, sont réputées les faciliter ou, pire encore, adhérer à des thèses qui, sans glorifier elles même la commission de crimes, sont supposées y inciter, on comprend que seules les personnes dépourvues de toute relation sociale et renonçant à toute expression publique peuvent réellement prétendre échapper à cette répression administrative.

Ce risque d'arbitraire est encore aggravé par un contrôle juridictionnel qui, confié à la juridiction administrative, n'interviendra que de façon ponctuelle et limité. Alors que le juge judiciaire est appelé à statuer de façon systématique et préalable pour autoriser —ou non— les mesures coercitives ordonnées au cours du procès pénal, le juge administratif ne vérifie la légalité des mesures d'exception que postérieurement à leur réalisation et uniquement lorsqu'il en est saisi par la personne y ayant été soumise. Conscient de cette difficulté, la loi du 31 octobre 2017 a d'ailleurs confié au juge des libertés et de la détention le soin de décider des nouvelles perquisitions administratives quand seul le tribunal administratif était compétent pour apprécier leur régularité sous état d'urgence. Eu égard à l'extrême imprécision des critères permettant d'ordonner une telle mesure, il n'est toutefois pas certain que cette évolution assure aux personnes qui y seront soumises une garantie suffisante contre l'arbitraire.

La consécration des mesures de l'état d'urgence comme outil pérenne de lutte contre la criminalité terroriste signe donc la volonté d'introduire dans notre système juridique une répression para-pénale d'une coercition encore jamais égalée. Ce dernier avatar de la vieille résistance autoritariste à la mise en œuvre du modèle répressif des Lumières heurte de plein fouet certains des principes les plus élémentaires de notre ordre pénal républicain. A cet égard, il est permis de s'interroger sur la constitutionnalité de dispositions attentatoires aux libertés qui n'ont jusqu'à présent été validées par le conseil constitutionnel qu'en raison de la proclamation de l'état d'urgence. De même, leur conformité à la convention européenne des droits de l'homme, dont la suspension devrait en toute logique prendre fin en même temps que la levée officielle de l'état d'urgence, est tout sauf évidente.

Il convient également de souligner avec force à quel point cette logique répressive administrative se révèle largement inefficace, laissant prospérer la criminalité terroriste quand elle ne la renforce pas. Et de rappeler que l'on ne peut prétendre renforcer la sûreté du citoyen en malmenant sa liberté, sous peine, pour paraphraser Benjamin Franklin, de le priver de l'une et l'autre.

L'Etat de droit dans les débats parlementaires : le recours extensif à un concept mouvant

William Almeida Pires

Du 16 novembre 2015, date de la réunion du Congrès à Versailles, à la séance à l'Assemblée nationale du 6 juillet 2017 au cours de laquelle fut votée la dernière loi de prorogation de l'état d'urgence, tous les débats parlementaires relatifs à l'état d'urgence ont eu pour caractéristique commune de mentionner l'État de droit. Que ce soit au sein des commissions ou au cours des séances publiques, devant le Président de la République ou à l'occasion de la sixième et dernière prorogation de l'état d'urgence, l'expression est invoquée avec la même intensité sans pour autant revêtir un sens déterminé et unanimement reconnu. Devenu l'argument pivot autant pour les défenseurs de l'état d'urgence que pour ses détracteurs, ses occurrences ont été les plus nombreuses aux instants les plus sensibles de la période de mise en œuvre de l'état d'urgence : novembre 2015, première prorogation, et juillet 2016, au lendemain de l'attentat de Nice. L'expression apparaît ainsi intrinsèquement liée à l'état d'urgence, et même à la sécurité intérieure.

À la lecture des débats parlementaires et en prêtant attention à l'usage de l'expression « État de droit », force est de constater qu'à quelques rares exceptions près, aucun intervenant ne justifie le recours à cette formule : l'État de droit *limite*, l'État de droit *includ*, l'État de droit *garantit* mais l'État de droit *n'est pas*. La présente contribution n'a pas pour objectif de confronter une quelconque conception préétablie de l'État de droit afin de vérifier si l'usage qu'en font les parlementaires y est conforme. Trouver une définition consensuelle de ce que pourrait être l'État de droit est en soi un exercice difficile, et la comparer à la manière dont les parlementaires évoquent l'expression serait peu pertinent, au regard de la diversité des profils de nos élus. Nous partirons alors sans conception préalable sur ce que peut être l'État de droit et en tracerons les contours au gré de ses mentions dans les débats qui ont eu lieu dans les deux chambres à l'occasion des votes des six lois de prorogation de l'état d'urgence. « C'est quoi l'État de droit ? »¹⁵⁵ demande le député Yves Nicolin au cours des discussions sur le vote du quatrième projet de loi tendant à la prorogation de l'état d'urgence. Partageons cette interrogation, et complétons-la : « c'est quoi l'État de droit » pour les parlementaires ?

En raison du nombre conséquent d'interventions servant de base pour aborder cette question, plusieurs éléments de réponse apportés par les parlementaires se contredisent. Cette contrainte mise à part, les éléments évoqués au cours des débats convergent autour des idées qui vont être développées ici. La diversité des invocations de l'État de droit permet une vue d'ensemble de ce concept. Il nous est alors possible en premier lieu de décrire l'environnement de l'État de droit (I), et poursuivre en déterminant le contenu de ce concept (II).

¹⁵⁵ J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., 2^e séance du 19 juill. 2016, p. 5474.

I - L'environnement de l'État de droit

Commençons l'étude par le cadre le plus général, celui qui entoure l'État de droit. En gardant le point de vue le plus général, on peut observer l'État de droit sous trois facettes différentes : il peut s'agir d'une organisation où une activité prédomine (A), d'un symbole (B) ou d'un système (C). C'est également en maintenant un point de vue global que l'on peut déterminer ce que l'État de droit n'est pas (D).

A - L'État de droit en tant qu'activité

A plusieurs reprises, l'État de droit est évoqué en parallèle des notions d'État policier¹⁵⁶, État sécuritaire, autoritaire voire arbitraire¹⁵⁷. À l'image de ces notions, l'État de droit serait une manière de désigner un État dans lequel une activité prédomine : en effet, dans le cadre de l'État policier, le droit en vigueur prévoirait des « procédures toujours plus simples pour les forces de l'ordre »¹⁵⁸ ; dans le cadre de l'État sécuritaire, celui-ci « nécessite de gouverner par la peur et conduit à la dépolitisation des citoyens, auxquels il faut proposer des ennemis de l'intérieur faute de débats et d'explications »¹⁵⁹. État autoritaire et État arbitraire ne sont pas développés au-delà de l'idée que le Gouvernement, ou du moins l'autorité exécutive, y prédomine et son action ne saurait être limitée. La question qui se pose dès lors qu'on associe l'État de droit à ces autres notions est la suivante : quelle est l'activité prédominante quand on évoque l'État de droit ? Un début de réponse sera apporté ultérieurement lorsque nous étudierons le contenu du concept.

B - L'État de droit en tant que symbole

Plus difficile à comprendre est l'association de l'État de droit avec la notion de démocratie¹⁶⁰, telle un synonyme. Il « incarne nos valeurs démocratiques »¹⁶¹, permet au « contrat démocratique »¹⁶² de perdurer, mais on ne saurait agir sans fermeté et en dehors de la légalité, deux principes qui paraissent caractéristiques de la démocratie, sans quoi « c'est l'État de droit qui disparaîtra »¹⁶³. Cette association entre État de droit et une forme de gouvernement ne nous donne que peu d'informations sur les contours du concept. En parallèle, l'État de droit est associé à la République, la force de cette dernière semblant procéder de l'État de droit¹⁶⁴. Cette hypothèse est corroborée par l'affirmation selon laquelle ne pas respecter l'État de droit revient à « bafouer[ions] la République »¹⁶⁵. Dans la même représentation, l'État de droit fonderait la République¹⁶⁶ mais pas plus qu'avec la référence à

¹⁵⁶ Intervention de David Rachline, J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 9 fév. 2016, p. 2914.

¹⁵⁷ Intervention d'André Chassaigne, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., 2^e séance du 19 juill. 2016, p. 5476 ; association entre État de droit et État policier et État sécuritaire également Cécile Duflot, J.O. Ass. Nat., séance du 13 déc. 2016, p.8648.

¹⁵⁸ Intervention de David Rachline précitée.

¹⁵⁹ Intervention de Noël Mamère, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 16 fév. 2016, p. 1314.

¹⁶⁰ Intervention de Bruno Leroux, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 20 nov. 2015, p. 9582.

¹⁶¹ Intervention de Danielle Auroi, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 20 nov. 2015, p. 9595.

¹⁶² Intervention de Bariza Khiari, J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 20 nov. 2015, p. 11150.

¹⁶³ Intervention de Eduardo Rihan Cypel, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., 2^e séance du 19 juill. 2016, p. 5491.

¹⁶⁴ Intervention de Bariza Khiari précitée.

¹⁶⁵ Intervention de Michel Mercier, J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 9 fév. 2016, p. 2909.

¹⁶⁶ Intervention de Manuel Valls, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., 2^e séance du 19 juill. 2016, p. 5508.

la démocratie, les liens ne sont justifiés. Au mieux apprend-on que l'État de droit fonde la République ou que l'État de droit disparaîtra si on ne respecte pas des principes démocratiques, mais à quoi reconnaît-on l'État de droit ?

C - Le système de l'État de droit

Avant d'entrer en détail sur ce point, les parlementaires laissent entendre une dernière caractéristique pour l'État de droit : il serait un système dynamique, *a priori* inclus dans un ensemble plus large et interagissant avec les autres éléments de cet ensemble.

En premier lieu, si on part du postulat qu'il s'agit d'un ensemble de règles, l'État de droit est soit l'ensemble du droit positif, soit une partie de ce dernier ; la prise de parole du sénateur Christian Favier paraît abonder en ce sens¹⁶⁷. Mettons de côté dès à présent l'hypothèse selon laquelle il s'agirait de l'ensemble du droit positif, en fondant cette exclusion sur le doute entretenu au sujet de l'appartenance ou non de l'état d'urgence à l'État de droit¹⁶⁸. L'État de droit, en tant que partie du droit positif, semble avoir une valeur hiérarchique importante. Prenons d'abord pour exemple l'intervention de la sénatrice Esther Benbassa¹⁶⁹ : marquant le lien entre fonctionnement régulier des institutions, règles matériellement constitutionnelles, et l'État de droit, celui-ci semble élevé au rang le plus haut de notre système juridique. Au sénateur Michel Mercier de poursuivre en ce sens : « lorsque l'on veut réformer la Constitution, cela signifie que l'on est attaché à l'État de droit. Sinon, à quoi bon établir une règle suprême ? »¹⁷⁰ Selon lui, il existerait donc une relation entre Constitution et État de droit, celui-ci semblant même précéder la « règle suprême ».

En second lieu, il est dynamique dans la mesure où celui-ci nécessiterait de s'adapter en fonction des contextes¹⁷¹, et il existerait même un « État de droit de temps de paix »¹⁷², impliquant qu'un État de droit de temps troublés existe en parallèle.

D - Ce que n'est pas l'État de droit

Très tôt dans les débats parlementaires est cité Robert Badinter, celui-ci affirmant que « l'État de droit n'est pas un état de faiblesse »¹⁷³, laissant ainsi entendre que l'État de droit se caractérise par des actions fortes, voire efficaces. Suivant la même rhétorique, le député Guillaume Larrivé expose ce qui selon lui est la conséquence d'un « État de droit faible » : « il

¹⁶⁷ « L'état d'urgence [...] est un état d'exception et instaure une mise entre parenthèses, plus ou moins forte, de l'État de droit en vigueur [...] », J.O.R.F. déb. parl. Sén., 2^e séance du 20 juill. 2016, p. 13829. L'essentiel de cette affirmation, qui en réalité a été prononcée sous forme de question rhétorique, réside dans l'expression « en vigueur ».

¹⁶⁸ De nombreuses interventions traitent ce lien d'appartenance : l'état d'urgence serait contenu dans l'État de droit ou au contraire, en serait exclu.

¹⁶⁹ « La lutte implacable que nous devons mener contre le terrorisme ne nous impose pas inéluctablement de maintenir l'état d'urgence et de suspendre ainsi l'État de droit et le fonctionnement normal de nos institutions. » J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 15 déc. 2016, p. 19452.

¹⁷⁰ J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 9 fév. 2016, p. 2909.

¹⁷¹ Intervention d'Eric Ciotti, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., 1^{re} séance du 6 juill. 2017, p. 1243.

¹⁷² Intervention de Nicolas Dupont-Aignan, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., 2^e séance du 19 juill. 2016, p. 5487.

¹⁷³ Intervention de Carole Delga, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 20 nov. 2015, p. 9591. Citation reprise de nombreuses fois dans la suite des débats, tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat.

[l'État de droit] ne serait plus l'État, il n'y aurait plus de droit »¹⁷⁴. Par conséquent pouvons-nous conclure que nous ne sommes pas dans un État de droit faible, sans pour autant que nous usions d'une sorte de dynamomètre de l'État de droit, car, encore une fois, nous ne savons pas, à la lecture de cette intervention, comment mesurer cette « force » de l'État de droit. Nous savons juste que, *a contrario*, l'État de droit serait la somme de l'État et du droit. De manière plus concrète, le sénateur Jacques Mézard s'étonne de la relation d'égalité entre état d'urgence et État de droit¹⁷⁵ ; tout au plus pouvons-nous en déduire que l'État de droit n'est pas l'ensemble des moyens mis à disposition des autorités administratives en cas de péril imminent résultant d'une atteinte grave à l'ordre public ou en cas d'événements présentant par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique¹⁷⁶.

D'autres invocations de l'État de droit en donnent un contenu un peu plus précis : « s'il n'y a que l'autorité ou l'ordre sans la liberté, c'est la prison ; telle n'est pas notre conception de l'État de droit »¹⁷⁷. L'État de droit n'est donc pas la situation où la liberté est absente lorsque « l'autorité ou l'ordre » est de mise. Pour certains, la guerre est incompatible avec l'État de droit¹⁷⁸, affirmant ainsi qu'il faut sortir de l'État de droit pour mener la guerre¹⁷⁹. La nature de l'État de droit semble se préciser dès lors qu'entrent en jeu les libertés, fondamentales ou individuelles. Répondant à la question « qu'est-ce que l'État de droit » que lui-même pose, le député Alain Tourret affirme alors que « c'est un État qui assure les libertés »¹⁸⁰. Plus encore, on nous dit que des mesures qui portent atteinte aux libertés sont préjudiciables à l'État de droit¹⁸¹ : sans doute est-ce la raison pour laquelle le ministre de l'Intérieur de l'époque n'interdit pas les manifestations¹⁸². Quoiqu'il en soit, l'État de droit semble être un cadre d'exercice des libertés¹⁸³, et n'est pas la situation de « suspension partielle ou totale de l'ordre constitutionnel et des libertés fondamentales garanties par la Constitution »¹⁸⁴. Par ailleurs, on remarque que le recours au terme de « suspension » transcende les débats parlementaires, presque aussi fréquemment que l'expression étudiée d'État de droit qui lui est associée. Considérer que l'on peut suspendre l'État de droit¹⁸⁵, voire l'abroger¹⁸⁶ reviendrait à dire que l'État de droit est une règle, ou un ensemble de règles. S'il s'agit d'une règle, celle-ci peut être un moyen d'action, un principe ou encore une procédure.

Au mieux, avons-nous acquis au terme de cette première analyse générale la certitude

¹⁷⁴ J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., 2^e séance du 6 juill. 2017, p. 1272.

¹⁷⁵ « Il m'a semblé entendre que l'état d'urgence, ce serait l'État de droit. C'est une curieuse dérive que de considérer qu'il en serait ainsi ! » J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 15 déc. 2016, p. 19449.

¹⁷⁶ Art. 1^{er} de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, J.O.R.F. du 7 avril 1955.

¹⁷⁷ Intervention de Bruno Retailleau, J.O.R.F. déb. parl. Sén., 2^e séance du 20 juill. 2016, p. 13845.

¹⁷⁸ Intervention de Jacques Bompard, Ass. Nat., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép., n°102, 19 juill. 2016, p. 14.

¹⁷⁹ Intervention de Jacques Bompard reprenant en forme d'argument d'autorité une suggestion du journaliste politique Eric Zemmour, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., 2^e séance du 19 juill. 2016, p. 5504.

¹⁸⁰ J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 20 nov. 2015, p. 9591.

¹⁸¹ Intervention de Marie-Françoise Bechtel, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 20 nov. 2015, p. 9596.

¹⁸² « On m'a demandé pourquoi je n'interdisais pas ces manifestations : tout simplement parce que nous sommes dans un État de droit. » Intervention de Bernard Cazeneuve, Sén., Compte rendu comm. des lois const., de la législation, du suff. univ., du règlement et d'ad. gén., 2 fév. 2016.

¹⁸³ « Chacun peut bien entendu défendre ses libertés, car nous demeurons dans un État de droit », intervention de Jacques Myard, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 19 mai 2016, p. 3479.

¹⁸⁴ Intervention d'André Chassaigne, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 13 déc. 2016, p. 8668.

¹⁸⁵ Par ex. intervention de Noël Mamère, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 20 nov. 2015, p. 9591.

¹⁸⁶ Par ex. intervention de Guillaume Larrivé, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 16 fév. 2016, p. 1326.

que l'État de droit « n'est pas quelque chose d'éthéré ou un bel objet que l'on encadre »¹⁸⁷, mais bien un élément juridique concret, ne serait-ce que par l'influence qu'il paraît exercer. Parce que l'expression est utilisée à de nombreuses reprises pour exprimer un ensemble de règles dont la valeur hiérarchique apparaît importante, tentons désormais d'en dégager le contenu.

II - Le contenu de l'État de droit

En forme de propos liminaires, on montrera ici que l'État de droit est un objet juridique, c'est-à-dire qu'il est composé de commandements juridiques (A). Nous verrons ensuite le lien entre État de droit et état d'urgence (B), avant de dresser une vue d'ensemble des règles que semble contenir l'État de droit (C).

A - L'État de droit, objet juridique

Comme il a été évoqué précédemment, une grande partie des interventions des parlementaires laisse entendre que ces derniers envisagent l'État de droit comme une règle ou un ensemble de règles. C'est, en premier lieu, ce que l'on peut dégager de l'association de l'expression « État de droit » avec les termes de dérogation¹⁸⁸, suspension¹⁸⁹, respect¹⁹⁰, conformité¹⁹¹ ou encore prolongation¹⁹². Plus explicitement, il est parfois fait référence aux « règles de notre État de droit »¹⁹³, à ses « règles habituelles »¹⁹⁴, et parfois à ses « garanties ». À ce titre, l'usage du terme « garanties » se décline selon que l'État de droit offre lesdites garanties¹⁹⁵, ou que l'on abuse de ces garanties¹⁹⁶. Étonnamment, la possibilité qu'on puisse abuser de l'État de droit, qu'il s'agisse d'une règle ou d'un ensemble de règles, est régulièrement avancée : l'État de droit n'est plus défendu en ce que l'état d'urgence ou la menace terroriste lui porteraient atteinte, mais parce que citoyens ordinaires ou personnes suspectées de vouloir commettre un acte terroriste, voire accusées d'un tel acte peuvent profiter à mauvais escient de ses garanties¹⁹⁷. À l'opposé, on trouve parfois trace d'un éventuel contournement de l'État de droit, pour dénoncer l'usage de l'état d'urgence dans la lutte antiterroriste¹⁹⁸.

¹⁸⁷ Intervention de Michel Mercier, J.O.R.F. déb. parl. Sén., 2^e séance du 20 juill. 2016, p. 13816.

¹⁸⁸ Intervention de Guillaume Larrivé, Ass. Nat., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép., n°16, 18 nov. 2015, p. 15 ; Jean-Frédéric Poisson, J.O. Ass. Nat., séance du 19 mai 2016, p. 3480.

¹⁸⁹ Intervention de Cécile Duflot, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 13 déc. 2016, p. 8650.

¹⁹⁰ Intervention de Corinne Bouchoux, J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 20 nov. 2015, p. 11143.

¹⁹¹ Intervention de Marie-Françoise Bechtel, Ass. Nat., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép., n°16, 18 nov. 2015, p. 10 ; Bernard Cazeneuve, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 16 fév. 2016, p. 1310.

¹⁹² Intervention de Jean-Yves Leconte, Sén., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép., 19 & 20 nov. 2015 ; Philippe Bas, *ibid.*

¹⁹³ Intervention de Bernard Cazeneuve, Ass. Nat., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép., n°16, 18 nov. 2015, p. 9.

¹⁹⁴ Intervention de Jean-Jacques Urvoas, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 20 nov. 2015, p. 9580.

¹⁹⁵ Intervention de Colette Capdevielle, Ass. Nat., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép., n°16, 18 nov. 2015, p.10.

¹⁹⁶ Intervention de François Zocchetto, J.O.R.F. déb. parl. Congrès, séance du 16 nov. 2015, p.15.

¹⁹⁷ « Sans sous-estimer le travail de nos services de sécurité, combien sont-ils [individus prêts à passer à l'acte] qui continuent à se jouer de notre État de droit ? » intervention d'Emmanuelle Ménard, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., 1^{re} séance du 6 juill. 2017, p. 1255.

¹⁹⁸ Intervention d'Ugo Bernalicis, *ibid.*

B - Le lien entre état d'urgence et État de droit

En écho à ce qui a été relevé précédemment au sujet de la conception dynamique de l'État de droit, la possibilité d'intégrer de nouveaux dispositifs dans l'État de droit est très tôt évoquée¹⁹⁹. À partir de là, nous pouvons commencer à observer les règles contenues dans l'État de droit. Commençons de manière spéciale par l'étude du lien qui existe entre état d'urgence et État de droit. En premier lieu, l'état d'urgence semble être un élément de l'ensemble constituant l'État de droit : que ce soit « comme l'enseignement tous les professeurs de droit »²⁰⁰ ou évoqué de manière plus humble²⁰¹, l'état d'urgence entendu lui-même comme un ensemble de moyens d'action semble appartenir à l'ensemble plus large et moins précis que constitue l'État de droit. Cette relation d'appartenance est avancée autant que contestée, l'état d'urgence étant tantôt qualifié de « dérogation à l'État de droit commun et habituel »²⁰², tantôt d'« atteinte à l'État de droit »²⁰³. Il existerait même parfois une relation d'identité entre état d'urgence et État de droit ; ainsi a-t-on pu entendre que l'état d'urgence est un État de droit, mais un État de droit exceptionnel »²⁰⁴ sans pour autant que l'on sache avec certitude ce qui en confère le caractère exceptionnel, bien que l'on suspecte que celui-ci soit dû au caractère temporaire —ultérieurement battu en brèche— du régime de l'état d'urgence. Le député Jean-Christophe Lagarde poursuit sur la relation d'identité²⁰⁵, et ces deux dernières interventions ont pour point commun de mentionner « un » État de droit, et non « l' » État de droit. Ainsi, le flou est maintenu : existe-t-il plusieurs ensembles que l'on dénommerait État de droit ? Si plusieurs ensembles distincts coexistent, cela signifie que leurs éléments diffèrent. Dès lors, n'aurait-on pas intérêt à préférer un ensemble *État de droit* plutôt qu'un autre ? Et comment concrétiser ce choix ? Ces questions resteront en suspens, étant donné que la suite des débats parlementaires ne se dirige pas vers de telles considérations. Le sénateur Michel Mercier apporte sa conception du lien d'identité entre état d'urgence et État de droit, de façon moins vague que ses collègues députés : « l'état d'urgence, c'est aussi l'État de droit, organisé »²⁰⁶. Cette fois-ci, l'État de droit n'est pas un parmi d'autres mais un ensemble unique protéiforme. Une question différente se pose alors : comment connaître le niveau d'organisation de l'État de droit ? Il apparaît que la relation d'identité relevée par les parlementaires entre état d'urgence et État de droit soulève trop de questions pour s'avérer pertinente. À l'opposé, le sénateur Jacques Mézard avance, au sujet de la relation d'identité entre état d'urgence et État de droit, que « c'est une curieuse dérive que de considérer qu'il

¹⁹⁹ Intervention de Manuel Valls, J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 20 nov. 2015, p. 11148.

²⁰⁰ Encore un argument d'autorité tiré de l'intervention de Gilbert Collard, qui se poursuit ainsi : « l'état d'urgence fait partie de l'État de droit », Ass. Nat., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép., n°16, 18 nov. 2015, p. 17.

²⁰¹ « [...] le recours à l'état d'urgence et sa prorogation pour trois mois qui est un outil de l'État de droit » intervention de David Rachline, J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 20 nov. 2015, p. 11143 ; « mobiliser tous les moyens de l'État, dont l'état d'urgence » intervention de Guillaume Larrivé, Ass. Nat., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép., n°50, 12 fév. 2016, p. 14 ; « l'état d'urgence [...] est un élément de l'État de droit » intervention de Françoise Descaps-Crosniers, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 16 fév. 2016, p. 1335.

²⁰² Intervention de Jean-Frédéric Poisson, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 19 mai 2016, p. 3480.

²⁰³ Intervention d'André Chassaigne, J.O.R.F., déb. parl. Ass. Nat., séance du 13 déc. 2016, p. 8668.

²⁰⁴ Intervention de Marie-Cécile Untermaier, Ass. Nat., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép., n°16, 18 nov. 2015, p. 13.

²⁰⁵ « [...] l'état d'urgence – qui est certes un État de droit », *ibid.* p. 15.

²⁰⁶ J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 20 nov. 2015, p. 11138.

en serait ainsi »²⁰⁷. Cette affirmation a le mérite de ne soulever aucun questionnement superfétatoire.

Une corrélation semble persister entre état d'urgence et État de droit. Ainsi peut-on entendre que l'état d'urgence « procède de l'État de droit », c'est-à-dire que l'État de droit en fonde l'existence²⁰⁸, ou encore que l'état d'urgence existe au bénéfice de l'État de droit. Ce point nous sera utile pour la suite de l'étude, et se décline au gré des interventions. Il est avancé que l'état d'urgence prolonge l'État de droit²⁰⁹, et plus précisément encore qu'il le prolonge « dans des circonstances exceptionnelles »²¹⁰, impliquant par conséquent que certaines règles nouvelles sont intégrées temporairement à l'État de droit et permettent de fonder la validité d'autres règles. On peut entendre également que l'état d'urgence renforce l'État de droit²¹¹, si tant est que rendre plus fort une règle ou un ensemble de règles ait un sens, du moins lorsque ce renforcement provient d'un texte législatif. Suivant cette rhétorique guerrière, l'état d'urgence serait également amené à défendre l'État de droit²¹², rapprochant paradoxalement l'État de droit d'un objet symbolique que d'un objet juridique.

C - Les règles de l'État de droit

Les interventions impliquant que l'État de droit est une règle ou un ensemble de règles peuvent se distinguer selon que ces règles sont des principes (1), des droits et libertés fondamentaux ou individuelles (2), ou encore des moyens d'action et de contrôle (3).

1. L'État de droit comme ensemble de principes

Il s'agit ici sans doute de la catégorie la plus floue envisagée dans les débats parlementaires. La distinction que l'on peut d'ores et déjà opérer entre cette catégorie et les suivantes réside dans l'usage de la terminologie « principes », laissant alors entendre que ces règles ont un fondement plus contestable et, curieusement, plus fort que les autres. Ainsi, trouve-t-on très tôt cet usage de l'expression principes²¹³ ; elle est déployée dès lors qu'il s'agit de contester l'état d'urgence au regard desdits principes²¹⁴. Corps est donné à ces principes, ou du moins à certains de ces principes, et force est de constater qu'ils sont indissociables du droit pénal : ainsi trouve-t-on en premier lieu le principe cher à ce domaine du droit, celui de légalité des délits et des peines²¹⁵. On trouve également l'évocation d'un autre principe rattaché à la matière pénale lorsqu'il s'est agi de s'opposer à la rétention de sûreté : « quand

²⁰⁷ J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 15 déc. 2016, p. 19449.

²⁰⁸ Intervention d'Eduardo Rihan Cypel, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., 2^e séance du 19 juill. 2016, p. 5491.

²⁰⁹ Intervention de Jean-Yves Leconte, Sén., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép., 19 & 20 nov. 2015.

²¹⁰ Intervention de Philippe Bas, J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 20 nov. 2015, p. 11136.

²¹¹ Interventions de Manuel Valls, *ibid.*, p. 11148 et de Michel Mercier, J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 15 déc. 2016, p. 19447.

²¹² Intervention de Jean-Luc Laurent, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 19 mai 2016, p. 3485.

²¹³ Par ex. intervention de Pascal Popelin, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 20 nov. 2015, p. 9589.

²¹⁴ « Nous courons le risque d'entrer dans une forme d'état d'urgence permanent qui n'est pas compatible avec les principes de l'État de droit », intervention de Jean-Frédéric Poisson, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 19 mai 2016, p. 3480.

²¹⁵ Intervention de Stéphane Claireaux, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., 1^{re} séance du 21 juill. 2016, p. 5591.

une peine est purgée, elle est purgée : c'est un principe fondamental de notre État de droit »²¹⁶. Enfin, on peut voir derrière l'usage de l'expression équilibres structurels un synonyme de principe, et la séparation des pouvoirs en ferait partie²¹⁷. Ces trois principes, légalité des délits et des peines, interdiction des mesures privatives de liberté à titre préventif et séparation des pouvoirs ont pour point commun de figurer dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, respectivement aux articles 8, 7 et 16. À côté, on retrouve l'idée déjà brièvement évoquée que l'État de droit disparaîtra si l'on renonce au principe de fermeté et au principe de légalité²¹⁸, impliquant que ces deux principes seraient au fondement de l'État de droit. On peut alors se demander s'il existe des principes *encore plus principes* que d'autres, et ce qui fait de ces derniers des principes plus importants ou du moins ayant de plus lourdes conséquences sur l'ensemble. On remarque que parmi les deux principes dont la méconnaissance entraînerait la disparition de l'État de droit se trouve le principe de légalité. S'il est entendu dans le sens reconnu par les juristes, revenant alors à dire que l'action de l'administration doit être conforme au droit, alors on peut comprendre le caractère fondateur de ce principe.

2. L'État de droit comme ensemble de droits et libertés

Dès le discours du Président de la République devant le Congrès est évoqué le lien entre État de droit et droits et libertés. C'est d'ailleurs pour apporter un début de définition de l'État de droit qu'intervient la députée Cécile Duflot : « l'État de droit, c'est la garantie que la force de l'État respecte les droits de chacun pour défendre les droits de tous. »²¹⁹ Encore plus explicitement, le député Alain Tourret fit de la garantie des libertés un élément de définition de l'État de droit²²⁰. Le lien entre État de droit et droits et libertés fondamentaux apparaît également, au cours de la même séance publique, dans le propos de Marie-Françoise Bechtel, lorsque sont évoquées « des mesures liberticides préjudiciables à l'État de droit »²²¹. En écho à ce qui a été formulé autour des équilibres institutionnels, la séparation des pouvoirs a été évoquée en lien avec les libertés individuelles²²², ne manquant ainsi pas de rappeler les fondements théoriques de la notion enfantée par Locke et Montesquieu selon qui la séparation des pouvoirs permettrait l'exercice des libertés.

Plus précisément, il est possible de dresser une liste —sans doute non exhaustive— des droits et libertés comprises dans l'État de droit. Selon Alain Tourret, la première d'entre elles serait la sécurité²²³. Il ajoute d'ailleurs moins explicitement le droit au recours dans le champ

²¹⁶ Intervention de Jean-Pierre Sueur, J.O.R.F. déb. parl. Sén., 2^e séance du 20 juill. 2016, p. 13840. Pour un autre exemple de privation de liberté attentatoire aux « principes de l'État de droit », v. intervention d'André Chassaigne, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 13 déc. 2016, p. 8655.

²¹⁷ Intervention de Chirstian Favier, J.O.R.F. déb. parl. Sén., 2^e séance du 20 juill. 2016, p. 13826. Plus tôt, le député André Chassaigne évoqua « la protection de nos libertés fondamentales et des équilibres structurels de notre État de droit et de la séparation des pouvoirs » : ici, le caractère de *principe* de la séparation des pouvoirs est moins marqué. J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 20 nov. 2015, p. 9587.

²¹⁸ V. note n°9.

²¹⁹ L'intervention se poursuit ainsi : « On ne peut toucher aux libertés publiques qu'en tremblant, parce que les défendre, c'est défendre le pays tout entier, son histoire [...] », J.O.R.F. déb. parl. Congrès, séance du 16 nov. 2015, p. 16.

²²⁰ J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 20 nov. 2015, p. 9586.

²²¹ *Ibid.*, p. 9596.

²²² Intervention de Stéphane Peu, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., 1^{re} séance du 6 juill. 2017, p.1248.

²²³ J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 20 nov. 2015, p. 9586.

des droits prévus par l'État de droit²²⁴. L'inclusion de la sécurité dans l'ensemble est reprise de manière plus masquée par le sénateur David Rachline qui évoque un « État de droit dans tous les quartiers de notre territoire » qu'il conviendrait de « restaurer »²²⁵ par des saisies d'armes. On trouve par la suite une confirmation de l'appartenance de la liberté de manifester à l'État de droit²²⁶, de la protection du domicile et de la liberté d'aller et venir²²⁷, cette dernière confirmée par la négative lorsqu'il est indiqué qu'assigner à résidence de manière permanente porte atteinte à l'État de droit²²⁸ ou encore du droit à l'audience dans le cadre d'un référé-liberté²²⁹. De façon surprenante, et prenant le contrepied de ce qui a été relevé jusque-là, le député Philippe Goujon emploie la périphrase très adroitement décorée de « contraintes salvatrices » afin d'évoquer les restrictions aux libertés, par des moyens prévus dans l'État de droit, et justifiés par l'État de guerre dans lequel se trouverait la France²³⁰. Alors qu'habituellement, l'État de droit a été présenté comme garant des libertés, ici, il est montré comme permettant les restrictions de libertés.

3. L'État de droit comme ensemble d'instruments

Ce dernier extrait des débats parlementaires évoque l'idée que l'État de droit ne serait pas un ensemble de droits et libertés, mais un ensemble d'instruments. D'autres interventions vont en ce sens, et pour certains de ces instruments, la frontière entre la catégorie de principe et d'instrument est ténue. Ces instruments semblent d'ailleurs se rattacher à des règles procédurales. Ainsi, il est possible de faire entrer dans cette catégorie le « contrôle de la proportionnalité »²³¹ des mesures prises sous l'égide de la loi de 1955, les « recours juridiques »²³², la préservation de la « chaîne judiciaire »²³³, ou encore la mise à l'écart de preuves qui ne sont pas recueillies dans le cadre d'une enquête judiciaire mais seulement en s'appuyant sur les mesures de l'état d'urgence²³⁴. L'association de l'autorité judiciaire aux perquisitions administratives²³⁵ semble également être un élément important de l'État de droit, et s'inscrit dans l'importante distinction entre autorité judiciaire et autorité administrative²³⁶. Par ailleurs, au regard du nombre significatif d'occurrences à l'autorité judiciaire, celle-ci semble être un élément non négligeable de l'État de droit : ainsi, le

²²⁴ « L'État de droit, c'est aussi un État qui assure le contrôle, le contrôle des citoyens, leur capacité de saisir les juridictions de droit commun [...] », *ibid.*

²²⁵ J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 4 juill. 2017, p. 1288.

²²⁶ Intervention de Bernard Cazeneuve, Sén., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép.

²²⁷ Intervention de Jacques Bigot, Sén., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép.

²²⁸ Intervention de Sébastien Pietrasanta, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 13 déc. 2016, p. 8661.

²²⁹ Intervention de Michel Mercier, J.O.R.F. déb. parl. Sén., 2^e séance du 20 juill. 2016, p. 13832.

²³⁰ J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 13 déc. 2016, p. 8662.

²³¹ Intervention de Colette Capdevielle, Ass. Nat., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép., n°16, 18 nov. 2015, p. 14.

²³² Intervention de François de Rugy, Ass. Nat., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép., n°50, 12 fév. 2016, p. 18.

²³³ Intervention d'Éliane Assassi, J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 20 nov. 2015, p. 11139.

²³⁴ Intervention d'Ugo Bernalicis, Ass. Nat., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép., n°3, 5 juill. 2017, p. 8.

²³⁵ Intervention de Bernard Cazeneuve, J.O.R.F. déb. parl. Sén., séance du 9 fév. 2016, p. 2906 puis répétée devant l'autre chambre, Ass. Nat., Compte rendu comm. des lois const., de la législation et de l'ad. gén. de la Rép., n°50, 12 fév. 2016, p. 6.

²³⁶ Intervention d'Eric Coquerel, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., 2^e séance du 6 juill. 2017, p. 1264.

gouvernement a été mis en garde de ce que la mise à l'écart de l'autorité judiciaire constituait « une entorse à l'État de droit »²³⁷. Suivant la même optique, le « contrôle du juge judiciaire » apparaît dans le propos de Noël Mamère comme élément de l'État de droit²³⁸. De façon très étonnante, Bernard Cazeneuve évoqua l'idée que des assignations à résidence qui seraient cassées par le juge administratif affaibliraient l'État de droit²³⁹ : alors, l'État de droit doit-il garantir le principe de légalité et le droit au recours effectif, ou doit-il aller dans le sens de ce que l'Exécutif entend de lui et privilégier la sécurité aux détriments des libertés ? Ce dernier extrait résume à lui seul les trois catégories d'éléments que semble garantir l'État de droit, sans pour autant donner une cartographie plus précise.

Au terme de cette étude, et au gré d'interventions très variées, nous avons pu dresser un certain portrait du concept d'État de droit tel que manié dans les débats parlementaires. Celui-ci semble bien distant de ce que « tous les professeurs de droit » enseignent, n'en déplaise au député Gilbert Collard. En effet, la conception d'un système dans lequel sont organisées des règles juridiques prédomine dans les débats qui ont pris part dans les deux chambres. À cela, nous pouvons ajouter que ces règles semblent avoir une valeur hiérarchique importante au sein du droit (entendu comme un système de normes hiérarchisées), et que ces règles sont majoritairement des principes, des droits et libertés, et des garanties procédurales. Bien évidemment, l'État de droit a été régulièrement évoqué sous forme de symbole, par assimilation à l'identité de la France ou à des valeurs démocratiques ou républicaines. Mais cet usage du concept n'est que peu pertinent au regard des conséquences qu'on a souhaité qu'il entraîne ; autrement dit, pour s'opposer ou soutenir l'état d'urgence, il fallut avancer des arguments plus frappants que les seules envolées lyriques tendant à faire de l'État de droit une nouvelle Marianne, et cette pertinence dans les arguments ne peut être atteinte qu'en faisant de l'État de droit un concept ayant des répercussions concrètes.

²³⁷ Intervention de Michèle Bonneton, J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., 16 fév. 2016, p. 1331.

²³⁸ J.O.R.F. déb. parl. Ass. Nat., séance du 19 mai 2016, p. 3476.

²³⁹ *Ibid.*, p. 3480.

DEUXIEME PARTIE

LES EQUILIBRES INSTITUTIONNELS ET JURIDICITIONNELS A L'EPREUVE DE L'ETAT D'URGENCE

La fabrique législative de l'état d'urgence : lorsque, par la disposition des choses, le pouvoir n'arrête pas le pouvoir*

Stéphanie Hennette Vauchez

« L'état d'urgence est déclaré par décret en Conseil des ministres (...). La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi » : l'article 2 de la loi du 3 avril 1955²⁴⁰ a été mis en œuvre par les décrets du 14 novembre 2015²⁴¹ et par les six lois de prorogation qui se succèdent du 20 novembre 2015 au 11 juillet 2017²⁴². C'est la première fois, dans l'histoire des applications de la loi du 3 avril 1955, qu'on assiste ainsi au vote de plusieurs lois de prorogation (ce que Paul Cassia appelait la prorogation au carré dans un article de février 2016²⁴³, finalement prorogation à la puissance 6, et à propos de laquelle il souligne qu'elle était pourtant proscrite par la lettre de l'article 3 de la loi de 1955, qu'il faut donc considérer comme implicitement abrogé désormais²⁴⁴). Les durées de prorogation ont varié — de trois mois pour la première à deux mois pour la troisième, puis six pour la quatrième et près de sept pour la cinquième. En outre, toutes ces lois de prorogation, sauf deux, font bien plus que proroger l'état d'urgence : elles le modifient (en amendant la loi du 3 avril 1955²⁴⁵) ou le complètent (en insérant dans le droit commun de nouvelles dispositions en lien avec la lutte contre le terrorisme). Alors ministre de l'Intérieur, Bernard Cazeneuve a pu expliquer qu'il s'était agi tout à la fois de « moderniser » et de « consolider » le régime de l'état d'urgence²⁴⁶.

On souhaite ici revenir dans le détail sur les modalités de mise en place (et non de mise en œuvre) de l'état d'urgence. On s'intéresse pour ce faire à la fabrique parlementaire de ces six lois de prorogation et notamment, au rôle et aux modalités d'intervention du trio d'acteurs formés par le Gouvernement (qui propose, par six fois, des projets de lois de prorogation), le Conseil d'Etat (obligatoirement saisi pour avis sur lesdits projets de loi) et le Parlement (qui examine, amende et vote les lois proposées par le Gouvernement). Ce que révèle l'étude, c'est qu'à chaque fois, il ne s'est agi pour le Conseil d'Etat en sa capacité consultative et pour le Parlement que d'accompagner le mouvement initié par l'exécutif, sans résistance ou

* Une version préliminaire et abrégée de cette étude a été publiée sous le titre « Etat d'urgence : où sont passés les contre-pouvoirs », in : Jean-Luc Halpérin, Stéphanie Hennette Vauchez, Eric Millard dir., *L'état d'urgence, de l'exception à la banalisation*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2016, p. 85.

²⁴⁰ Sur l'histoire et les amendements successifs de cette disposition, v. Olivier Beaud, Cécile Guérin-Bargues, *L'état d'urgence, Etude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, 2016, Coll. Systèmes.

²⁴¹ Décrets 2015-1475 du 14 novembre 2015 déclenchant l'application de la loi du 3 avril 1955 et 2015-1493 en étendant l'application à l'ensemble du territoire national, au-delà de la métropole

²⁴² Loi 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions ; Loi 2016-162 ; Loi 2016-629 ; Loi 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste ; Loi décembre 2016 ; Loi 11 juillet 2017.

²⁴³ Paul Cassia, « Prorogation bis de l'état d'urgence », *Mediapart*, 12 février 2016.

²⁴⁴ « La loi fixe la durée de l'état d'urgence qui ne peut être prolongé par une loi nouvelle » (nous soulignons).

²⁴⁵ Il est d'ailleurs notable que, dans le temps même où il lui était demandé d'autoriser la prorogation pour trois mois de l'état d'urgence, le Parlement était invité à en modifier la définition même.

²⁴⁶ A propos notamment des lois du 20 novembre 2015 et 21 juillet 2016 : Bernad Cazeneuve, Rapport de la Commission des Lois, AN, n°3978.

opposition²⁴⁷. Les chiffres sont, de ce point de vue, implacables : même si l’ancrage inédit de ce régime d’exception dans la durée a fini par se traduire par le ralliement de certains parlementaires à une posture d’opposition, c’est toujours avec des majorités plus que confortables —voire, initialement, dans une quasi-unanimité— que les lois de prorogation ont été adoptées.

	Loi 20 nov. 2015	Loi 19 fév. 2016	Loi 20 mai 2016	Loi 21 juil. 2016	Loi 19 déc. 2016	Loi 11 juil. 2017
AN	558 votants 551 pour 6 non	246 votants 212 pour 31 contre	68 votants 46 pour 20 contre	519 votants 489 pour 26 contre	325 votants 288 pour 32 contre	150 votants 137 pour 13 contre
Sénat	348 votants 336 pour (unanimité des suffrages exprimés)	346 votants 316 pour 28 contre	341 votants 309 pour 30 contre	348 votants 310 pour 26 contre ²⁴⁸	341 votants 306 pour 28 contre	338 votants 312 pour 22 contre

Ces chiffres, déjà éloquentes en eux-mêmes, sont intéressants à lire à la lumière de la phrase conclusive de l’ouvrage consacré par François Saint-Bonnet à l’état d’exception. Au terme d’une analyse ayant démontré que « les législations d’exception ne changeraient rien ni à l’exercice du pouvoir dans l’état d’exception, ni aux risques d’abus », notamment parce que « le contrôle de gouvernants dotés de pouvoirs spéciaux » serait nécessairement « hypothétique », l’auteur conclut : « pour ceux qui défendent l’ordre démo-libéral contemporain, le danger n’est pas dans les risques qu’il encourt en cas de nécessité mais dans le manque de ferveur pour le défendre »²⁴⁹. De ce point de vue, les chiffres rapportés dans le tableau ci-dessus peuvent bien être lus comme un manque de ferveur des parlementaires — qu’il s’agisse des chiffres de présence (singulièrement à l’Assemblée Nationale en juillet 2016) ou des chiffres de vote.

Mais par-delà les chiffres, c’est plus encore, l’analyse, au fond, de l’ensemble des étapes de la procédure ayant mené à l’adoption de ces textes et la pauvreté des débats relatifs à des entorses majeures à des principes bien établis de « l’Etat de droit » dont les principaux promoteurs de cet ensemble législatif affirment sans être, dès lors, démentis, qu’il ne sort que

²⁴⁷ En ce sens, les analyses présentées ici viennent aggraver un constat déjà largement établi en matière de législation pénale anti-terroriste : voilà en effet un domaine matériel dans lequel l’effacement du Parlement est souligné par de nombreux auteurs. Voir par ex. Julie Alix, « La lutte contre le terrorisme entre prévention pénale et prévention administrative », in Marc Touillier dir., *Le Code de la Sécurité Intérieure, artisan d’un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, Dalloz, 2017, p. 147, p. 154 : « On observe une grande cacophonie dans la conception de la législation antiterroriste ; le gouvernement (*on n’ose plus dire le législateur*) agit de façon assez désordonnée. » (nous soulignons) ; ou encore O. Cahn, « Propos introductifs », in Julie Alix, Olivier Cahn dir., *L’hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, Dalloz, 2017, p. 4 : « [en matière de terrorisme] le Parlement, renonçant à contrôler l’action de l’exécutif, entérine la volonté de ce dernier, exprimant un consensus quasi-unanime ».

²⁴⁸ Après la commission mixte paritaire, le 21 juillet 2016, les chiffres étaient, pour l’Assemblée nationale, de 92 votants (87 pour et 5 contre) et pour le Sénat de 346 votants (316 pour et 26 contre).

²⁴⁹ François Saint-Bonnet, *L’état d’exception*, PUF, 2001, Coll Léviathan, p. 384.

« renforcé » par l'état d'urgence²⁵⁰, qui démontre, sinon le manque de ferveur des contre-pouvoirs impliqués, un manque de culture des libertés. Ce dernier semble pouvoir être retenu comme un élément d'explication, en amont (I) comme en aval (II) du processus législatif, du caractère inexorable et univoque de l'évolution du régime de l'état d'urgence depuis 2015, qui va vers toujours plus de rigueur.

I - En amont du processus législatif : pas d'opposition aux projets gouvernementaux

Sollicité, en application de l'article 39 de la Constitution, pour formuler un avis sur les projets de loi par lesquels le Gouvernement a, par quatre fois, enclenché la prorogation législative de l'état d'urgence, le Conseil d'Etat n'y a jamais trouvé grand-chose à redire. Ainsi par exemple, on ne trouve dans le premier de ces avis²⁵¹ aucune réserve vis-à-vis du projet de loi présenté par le Gouvernement. Le raisonnement est en outre affirmatif et non démonstratif ; pour ce qui est notamment de la durée de trois mois de prorogation de l'état d'urgence sollicitée par le Gouvernement, elle est ici qualifiée, sans autre forme de procès ou d'investigation, de « justifiée ». De manière intéressante, à partir de son avis du 2 février 2016 rendu sur le projet de loi de 2^{ème} prorogation, le Conseil inaugure la répétition d'une affirmation qui se retrouvera dans tous ses avis suivants²⁵², à savoir : l'affirmation de ce que l'état d'urgence n'a pas vocation à durer indéfiniment et doit demeurer temporaire. Pour autant, chaque fois, et par-delà cette affirmation qui, dans les faits, demeurera largement incantatoire, le Conseil d'Etat exprime l'avis que les conditions d'application pérenne de l'état d'urgence sont réunies, soit du fait de la seule persistance de la menace terroriste (avis du 2 février 2016 et du 18 juillet 2016), soit du fait de la conjonction de cette menace avec l'organisation en France de deux manifestations sportives de grandes ampleur que sont l'Euro 2016 et le Tour de France (avis du 28 avril 2016) ou avec les élections présidentielles et législatives (avis du 8 décembre 2016).

Le Conseil d'Etat s'exprime donc de manière lapidaire relativement au point de savoir si les conditions d'application de l'état d'urgence sont réunies et si la durée de prorogation demandée par le Gouvernement est justifiée ; ceci est d'autant plus problématique que ses avis revêtent, dans la suite du processus législatif, une importance non négligeable. Les parlementaires prennent en effet souvent appui sur l'appréciation du Conseil d'Etat, dont l'intervention est présentée comme garantie de ce qu'un examen de fond sur la nécessité et

²⁵⁰ V. les propos de Manuel Valls, Sénat, 20 novembre 2015 : « Les choix que nous faisons, je le répète, ne mettent aucunement en cause l'Etat de droit et la démocratie. Ils sont au contraire des outils destinés à les renforcer ».

²⁵¹ CE, 16 nov. 2016

²⁵² Pour atteindre un maximum de fermeté dans l'avis rendu sur la 5^{ème} loi de prorogation : « Enfin le Conseil d'Etat, comme il l'avait déjà souligné dans ses avis du 2 février, du 28 avril, et du 18 juillet 2016 sur les projets de loi autorisant une deuxième, une troisième et une quatrième fois la prorogation de l'état d'urgence, rappelle que les renouvellements de l'état d'urgence ne sauraient se succéder indéfiniment et que l'état d'urgence doit demeurer temporaire. Les menaces durables ou permanentes doivent être traitées, dans le cadre de l'Etat de droit, par les instruments permanents de la lutte contre le terrorisme, tels ceux issus des lois adoptées ces deux dernières années dans ce domaine ainsi que ceux, le cas échéant, du projet de loi sur la sécurité publique qui sera prochainement examiné par le Parlement ». De ce point de vue, dès lors que le 6^{ème} projet de loi de prorogation est présenté concomitamment au projet de loi Sécurité intérieure et lutte contre le terrorisme, le Conseil d'Etat se satisfait de ce que « les menaces durables et permanentes » seront désormais et à nouveau traitées dans le cadre du droit commun ; v. CE, Avis du 15 juin 2017, n°393347, INTX1716366L).

l'opportunité d'une énième prorogation a eu lieu²⁵³. Pourtant, le Conseil d'Etat et les parlementaires de véritablement ne croisent pas véritablement leurs regards sur ces questions essentielles. Bien plutôt, c'est d'un phénomène d'évitement à paliers successifs qu'il s'agit : les parlementaires prennent appui sur l'avis du Conseil d'Etat, lequel prend appui sur les données fournies par le Gouvernement. De sorte que, alors même que dès janvier 2016, les instances parlementaires de contrôle de l'état d'urgence expriment l'idée selon laquelle le régime de l'état d'urgence aurait épuisé ses effets²⁵⁴ et que le juge confirme que le président de la République, qui seul conserve à tout instant la possibilité de lever l'état d'urgence, dispose en cela d'un large pouvoir d'appréciation qui interdit qu'il lui soit enjoint de mettre fin à l'application de ce régime d'exception²⁵⁵, la question de la vérification et du débat sur le point de savoir si les conditions d'application de la loi du 3 avril 1955 demeurent réunies est singulièrement escamotée. Dans ces conditions, le Gouvernement apparaît comme seul maître à bord —et ce d'autant plus qu'il est entendu, parmi l'ensemble des acteurs du débat, que le Conseil constitutionnel ne sera pas saisi par voie d'action : Premier ministre, Manuel Valls avait sèchement fait taire toute velléité en ce sens lors des débats relatifs à la loi du 20 novembre 2015²⁵⁶, et son exhortation a produit des effets²⁵⁷ puisqu'aucune des six lois de prorogation n'a, en effet, été déférée sur le fondement de l'article 61 de la Constitution²⁵⁸.

Quant à l'examen au fond des mesures prévues, il mène généralement le Conseil d'Etat à la conclusion selon laquelle elles répondent aux exigences de proportionnalité.

²⁵³ V. par ex. Rapport Popelin, AN, n°3978 : « votre rapporteur fait sienne l'analyse de la juridiction administrative » [telle qu'exprimée dans les avis du Conseil d'Etat sur les 2^{ème}, 3^{ème}, et 4^{ème} prorogations législatives, ainsi que par l'arrêt CE, 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'Homme*, n°396220], sur le point de savoir si la condition de « péril imminent » nécessaire au déclenchement du régime de l'état d'urgence est remplie ; mais aussi Yves Goasdoué qui, exprimant son souhait de placer au cœur de la lutte contre le terrorisme le respect de l'Etat de droit, s'appuie sur le fait que le Conseil d'Etat lui-même a toujours reconnu que les prorogations demandées étaient justifiées (*Ibid*). Dans les débats en séance publique à l'AN le 19 juillet 2016, R.-G. Schwartzberg s'appuie sur le fait « contrôle très vigilant » du juge administratif sur les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence (point de vue qui n'est pas corroboré par tous, et notamment par nombre d'organisations de défense des droits de l'Homme, qui soulignent des dérives et abus insuffisamment corrigés ou sanctionnés par les contrôles juridictionnels existants ; voir par ex. le rapport L'urgence d'en sortir, ou encore Amnesty International, Dions).

²⁵⁴ V. le 2^{ème} rapport d'étape de la mission parlementaire de contrôle de l'état d'urgence, présenté par M. Jean-Jacques Urvoas (alors président de la commission des lois de l'Assemblée nationale) en janvier 2016 : « Partout où nous nous sommes déplacés, nous avons entendu que les principales cibles et les objectifs avaient été traités. De fait, l'effet de surprise s'est largement estompé et les personnes concernées se sont pleinement préparées elles aussi à faire face à d'éventuelles mesures administratives. Ces phénomènes d'extinction progressive de l'intérêt des mesures de police administrative se lisent d'ailleurs dans les chiffres, qui montrent bien plus qu'un essoufflement »

(source : http://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/lois/communication_2016_01_13.pdf).

²⁵⁵ CE, 2005 *Allouache* ; CE, réf., 19 janv. 2016, *Ligue des droits de l'Homme*.

²⁵⁶ « Pas de juridisme ! » exhortait M. Valls, Assemblée nationale, 19 nov. 2015.

²⁵⁷ Au cours des débats parlementaires, ce n'est vite plus sous forme de question mais d'affirmation que la non-saisine du Conseil est évoquée V. par ex. les propos tenus par Jean-Yves Leconte (Sénat, Rapport de la Commission des lois) : « nous savons tous que ce texte ne sera pas soumis au contrôle du Conseil constitutionnel ».

²⁵⁸ L'état d'urgence a, en revanche, donné lieu à de nombreuses QPC : au 17 janvier 2017, 9 QPC ont mis en cause des dispositions de la loi du 3 avril 1955 et le Conseil a conclu à une inconstitutionnalité dans 6 de ces recours. V. dans le présent volume la contribution de Véronique Champeil Desplats, « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel, ou quand l'Etat de droit s'accommode de normes inconstitutionnelles », *infra*.

Emblématique à cet égard est la formule employée dans l'avis du 2 février 2016²⁵⁹, par laquelle le Conseil souligne le caractère non déséquilibré de la conciliation opérée entre sauvegarde de l'ordre public d'une part et des droits et libertés constitutionnellement garantis d'autre part. Une telle conclusion est l'aboutissement, dans les avis du Conseil d'Etat, d'une analyse de détail généralement rapide. Au fond, soit le Conseil d'Etat a laissé intact le dispositif prévu par le gouvernement, soit elle l'aggrave — mais jamais elle n'aboutit à ce que des réserves ni, *a fortiori*, une opposition, ne soient émises. Illustre la première posture l'avis de juillet 2016²⁶⁰ : le dispositif de définition des conditions légales exigées pour que les saisies soient effectuées d'une part, et des modalités de l'autorisation de leur exploitation par le juge administratif d'autre part (la nouvelle compétence du juge en référé pour autoriser l'exploitation des données informatiques saisies lors d'une perquisition) est jugé « apporter conjointement les 'garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée' »²⁶¹. Illustre la seconde l'avis rendu en novembre 2015²⁶², dont le principal apport consiste en une aggravation du projet gouvernemental : à propos de la possibilité pour le gouvernement de prononcer la dissolution d'associations « qui participent à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public ou dont les activités facilitent cette commission ou y incitent »²⁶³, le Conseil va au-delà du projet de loi et recommande la suppression d'une condition cumulative qui y était initialement présente et subordonnait la possibilité de telles dissolutions au fait que l'un des membres (ou un contact) de l'association en question fasse par ailleurs l'objet d'une assignation à résidence — recommandation bientôt suivie par la Commission des lois de l'Assemblée nationale.

Ce jeu croisé / jeu d'évitement se donne aussi à voir entre le Conseil d'Etat en formation administrative et en formation contentieuse d'une part, et entre le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel d'autre part, sur la question des garanties qui entourent la mise en œuvre de l'état d'urgence. Ainsi, dès son avis de février 2016 sur le 2^{ème} projet de loi de prorogation²⁶⁴, le Conseil d'Etat souligne que « les contrôles juridictionnels » des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence « se sont révélés effectifs ». Il s'appuie pour ce faire sur l'appréciation qu'en a donné le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 décembre 2015²⁶⁵ et sur la procédure de référé-liberté qui « permet, dans des délais très brefs un débat oral et contradictoire devant un juge qui dispose, vis-à-vis de l'administration, de larges pouvoirs de suspension et d'injonction ». Il insiste ainsi sur le fait que « un nombre significatif de mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence ont ainsi été suspendues, modifiées ou abrogées ». Il réitère cette appréciation positive sur l'effectivité du contrôle juridictionnel dans ses avis

²⁵⁹ Avis du 2 fév. 2016 NOR : INT1602418L

²⁶⁰ Avis du 18 juil. 2016, n°391834 NOR : INTX1620056L

²⁶¹ Il est à noter que ce dispositif sera pourtant censuré ultérieurement par le Conseil constitutionnel : REF.

²⁶² Avis du 17 nov. 2015, n°390.786 : INTX1527699L

²⁶³ Pour une première application de ces dispositions, voir le décret du 14 janvier 2016 : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=7067A9785EF1DD3EF7FD07D8AF6E6906.tpdila10v_1?cidTexte=JORFTEXT000031837561&dateTexte=20160115&categorieLien=cid#JORFTEXT000031837561

²⁶⁴ Avis du 2 fév. 2016 NOR : INT1602418L

²⁶⁵ CC, 2015-527QPC du 22 décembre 2015, cons. 12. : « Considérant, en deuxième lieu, que tant la mesure d'assignation à résidence que sa durée, ses conditions d'application et les obligations complémentaires dont elle peut être assortie 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 ; que le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit ».

ultérieurs²⁶⁶. Si on ne souhaite pas ici faire porter l'analyse sur le contrôle juridictionnel de l'état d'urgence²⁶⁷, on peut néanmoins mettre ces appréciations en lien avec la portée quantitative. Bien que les chiffres varient selon les sources, on peut considérer qu'au total ce sont environ 10 000 mesures qui auront été prises sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 entre le 14 novembre 2015 et le 1^{er} novembre 2017. Or, de ce point de vue, le contrôle juridictionnel n'aura porté que sur environ 10% d'entre elles —voire un peu plus. En outre, il ne faut pas oublier que ce contrôle juridictionnel a été relativement lent à se mettre en place —notamment dès lors que, pendant les premières semaines de l'état d'urgence (à propos desquelles il faut rappeler qu'il s'agit des semaines pendant lesquelles le plus grand nombre de mesures a été prises), certains tribunaux administratifs ont rejeté des recours en référé au motif que la condition d'urgence n'était pas remplie. Il a fallu que le Conseil d'Etat intervienne, le 11 décembre 2015, pour qu'il soit établi qu'une décision d'assignation à résidence porte par principe une atteinte aux libertés de nature à créer une situation d'urgence au sens du référé-liberté²⁶⁸ —une idée qui sera, par la suite, reprise par le législateur²⁶⁹.

II - En aval : aggravation du régime de l'état d'urgence

L'aggravation quant à elle se lit à trois niveaux principaux : celui de la durée de la prorogation accordée, celui du régime des mesures liées à l'état d'urgence, et celui de la posture du législateur, caractérisée soit par la volonté —bien au-delà de proroger l'état d'urgence— d'introduire des mesures à portée plus large (notamment à l'occasion de la 4^{ème} loi de prorogation du 21 juillet 2016), soit par —dans un jeu de collaboration ambigu avec le Conseil constitutionnel- de corriger sans cesse le régime juridique de l'état d'urgence.

A – Durée

La question de la durée de prorogation de l'état d'urgence est, d'emblée, une question essentielle —en particulier du point de vue de la problématique du contrôle de l'action gouvernementale et, donc, du rôle des contre-pouvoirs²⁷⁰.

Car l'état d'urgence, par définition, c'est le transfert à l'autorité administrative d'un

²⁶⁶ V. par ex. CE, 8 déc. 2016, n°392427 NOR : INTX1633947L : à propos de l'état d'urgence : « dont l'application fait l'objet d'un contrôle approfondi par le juge administratif, qui s'assure que chacune des décisions prises, dont l'auteur doit préciser les motifs, est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit ».

²⁶⁷ V. dans le présent volume, Stéphanie Hennette Vauchez, Maria Kalogirou, Nicolas Klausser, Cédric Roulhac, Serge Slama, Vincent Souty, « Le contentieux de l'état d'urgence : éléments d'analyse », *infra*.

²⁶⁸ Conseil d'Etat, Section, 11 décembre 2015, n° 395009 : « 20. Considérant qu'eu égard à son objet et à ses effets, notamment aux restrictions apportées à la liberté d'aller et venir, une décision prononçant l'assignation à résidence d'une personne, prise par l'autorité administrative en application de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, porte, en principe et par elle-même, sauf à ce que l'administration fasse valoir des circonstances particulières, une atteinte grave et immédiate à la situation de cette personne, de nature à créer une situation d'urgence justifiant que le juge administratif des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521 2 du code de justice administrative, puisse prononcer dans de très brefs délais, si les autres conditions posées par cet article sont remplies, une mesure provisoire et conservatoire de sauvegarde ».

²⁶⁹ V. art. 14-1 de la loi du 3 avril 1955, modifiée par la 4^{ème} loi de prorogation du 21 juil. 2016 : « la condition d'urgence est présumée satisfaite pour le recours juridictionnel en référé formé contre une mesure d'assignation à résidence ».

²⁷⁰ Véronique Champeil Desplats, « Le temps de l'état d'urgence » in Stéphanie Hennette Vauchez, Jean-Luc Halpérin, Eric Millard, *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation*, *op cit.*.

nombre accru de pouvoirs —dont beaucoup impliquent ou passent par une restriction aux libertés : perquisitions administratives, assignations à résidence et autres restrictions à la liberté d’aller et venir, fermeture de salles de spectacle et de divertissement, interdiction des manifestations et rassemblements... On pourrait dès lors considérer que si le déclenchement de l’état d’urgence demeure une compétence de l’exécutif, sa prorogation doit être le plus précisément circonscrite possible (notamment dans le temps) et donner lieu à un réel contrôle —qu’il soit parlementaire ou judiciaire. De sorte que, le fait même pour le Gouvernement de demander d’emblée, en novembre 2015, une prorogation de trois mois pouvait être considéré comme excessif —ou devant être justifié. Mais de justification il n’y pas eu —et de contestation, pas davantage. Au contraire : la lecture des débats parlementaires révèle que les interventions mettant en cause la durée proposée de prorogation (trois mois en novembre 2015 et juillet 2016) sont demeurées rarissimes. En revanche, nombre de parlementaires sont intervenu-es au cours du processus législatif (que ce soit dans les débats ou par voie d’amendements) pour proposer des durées plus longues —six mois, un an... En réalité, le fait pour certains parlementaires de proposer des durées de prorogation toujours plus longues que celles sollicitées par les projets de loi gouvernementaux aura été une constante de l’état d’urgence 2015-17 : apparemment peu sensibles au caractère dérogatoire ou exceptionnel du régime de l’état d’urgence, certain-es proposaient encore en juillet 2017 que la prorogation soit d’un an...²⁷¹

L’analyse de la fabrique législative de l’état d’urgence fait d’ailleurs apparaître que cette stratégie parlementaire qui consiste à préconiser des prorogations plutôt plus longues que celles sollicitées par les projets de loi gouvernementaux porte, à l’occasion, ses fruits. Ainsi par exemple, alors que le projet présenté par le Gouvernement en juillet 2016 envisageait une prorogation de trois mois, ce sont six mois qui ont été alloués ; c’est d’ailleurs le rapporteur du texte à l’Assemblée nationale, Pascal Popelin, qui revendique la paternité de cette extension²⁷² —laquelle n’est guère remise en cause, et que certains appellent encore à dépasser en proposant des durées d’un an ou plus²⁷³. Tout ceci est d’autant plus frappant que ces débats sur les durées de prorogation interrogent la mesure dans laquelle les travaux parlementaires sont le lieu de la justification de l’action publique (et donc, de la responsabilité). Car en effet le plus souvent, personne ne justifie les durées dont il est débattu²⁷⁴. On cherche en vain une justification de l’extension de trois à six mois de la prorogation votée en juillet 2016 dans l’épais rapport remis par la Commission des lois de l’Assemblée nationale²⁷⁵. A telle enseigne que, pendant longtemps, la formulation la plus aboutie des justifications à apporter aux délais envisagés de prorogation semble être celle de la députée Marie-Françoise Bechtel qui « approuve la prorogation à six mois » en expliquant que ce délai « a un sens : il nous mène jusqu’aux fêtes de fin d’année » (sic).

²⁷¹ Voir en ce sens l’amendement présenté en Commission des lois de l’Assemblée nationale par M. Eric Ciotti ou les propos tenus par le député Philippe Gosselin (séance du 5 juillet 2017).

²⁷² AN, Commission des lois, Rapport de Pascal Popelin.

²⁷³ V. par ex. à l’AN : Eric Ciotti, Guillaume Larrivé, Valérie Boyer, Marc Le Fur...

²⁷⁴ Sauf erreur, jusqu’à la 4^{ème} loi de prorogation, le seul parlementaire à dénoncer explicitement cette absence totale de justification de la durée de 6 mois de la prorogation votée par la loi du 21 juillet 2016 (et à dénoncer l’instauration d’un état d’urgence permanent) est Pierre Laurent (Sénat, groupe communiste). Par la suite, et notamment lors de la 6^{ème} prorogation qui est combattue, par exemple, par le groupe France Insoumise à l’Assemblée nationale, le débat est un peu plus nourri (et non restreint à ce seul groupe parlementaire).

²⁷⁵ Manuel Valls commente ainsi en séance publique l’extension proposée par la Commission des lois : « c’est une bonne chose » : AN, 19 juillet 2016.

B - Régime des mesures permises par l'état d'urgence

Là encore, il faut avoir prêté attention à chacune des différentes étapes de la fabrique parlementaire de l'état d'urgence pour prendre la pleine mesure du processus d'aggravations répétée des rigueurs du régime qui s'est déroulé sans être jamais troublé ou interrompu, depuis la 1^{re} à la 6^{ème} loi de prorogation. On essaie là encore de capturer cette logique de manière visuelle, en proposant le tableau ci-bas qui vise à montrer que le régime juridique applicable aux différentes mesures n'a jamais évolué que dans le même sens tout au long de la période 2015-2017, ie. celui d'une aggravation.

	Loi de 1955	Projets du Gvt	Loi 20 nov 2015	Loi 21 juillet 2016	Loi 19 déc. 2016	Loi 11 juil. 2017
Durée	Fixée par loi, non prorogeable	3 mois	3 mois	6 mois	7 mois	4 mois (env.)
AR	Oui	Oui (cond. assouplies)	Oui	Oui (maintenu)	Oui – et création régime AR ultra longue durée	Oui (maintenu)
AR + astreinte	Non	8h/jour	12h/jour	Oui (maintenu)	Oui (maintenu)	Oui (maintenu)
AR + bracelet	Non	Non	Oui	Oui (maintenu)	Oui (maintenu)	Oui (maintenu)
AR + interdiction contact	Non	Oui mais seulement durant l'AR	Oui au-delà de l'AR	Oui (maintenu)	Oui (maintenu)	Oui (maintenu)
Perquisition	Oui	Oui (+ perquisition par ricochet juil. 2016)	Oui + interruption services en ligne	Oui + fermeture lieux de culte + interdiction cortèges voie publique	Oui (maintenu)	Oui (maintenu)
Perquis + saisie	Non	Oui	Oui	Oui (nouveau régime suite QPC)	Oui (maintenu)	Oui (maintenu)
Perquis + rétention	Non	Non	Non	Oui	Oui (maintenu)	Oui (maintenu)
Dissolutions	Non	Oui	Oui	Oui (maintenu)	Oui (maintenu)	Oui (maintenu)
Contrôles identité et fouilles	Non	Non	Non	Oui	Oui (maintenu)	Oui (maintenu)
Interdictions de séjour	Oui	Oui (maintenu)	Oui (maintenu)	Oui (maintenu)	Oui (maintenu)	Nouvelle rédaction suite censure CC

La réalité que cherche à saisir ce tableau, c'est celle qui détermine le fait que le régime de l'état d'urgence tel qu'il a été amendé et façonné au fil de ce processus législatif fait de 6 lois de prorogations est devenu bien plus rigoureux, du point de vue des restrictions aux libertés, que le régime qui préexistait au 14 novembre 2015 –ie. celui qui résultait de la loi du 3 avril 1955 qui n'avait été que peu amendée depuis sa naissance, et essentiellement sur des aspects procéduraux mais guère du point de vue du régime des restrictions aux libertés. En d'autres termes, on a donc abouti à connaître, en ce début de 21^{ème} siècle, un régime d'exception bien plus rigoureux que celui qui avait été inventé pour faire face à la guerre d'indépendance algérienne. En deçà de cet élément parlant de mise en perspective historique, le tableau permet encore de souligner que, à la suite de chacune des 6 lois de prorogation, le texte finalement voté est bien plus lourd que celui proposé par le Gouvernement : interrogeant à nouveau le rôle de contre-pouvoir du Parlement, ce processus législatif révèle que le régime de l'état d'urgence est toujours systématiquement aggravé —et jamais allégé— par les parlementaires. On peut démontrer ce point en observant plus dans le détail les débats relatifs à certaines mesures-phare de l'état d'urgence.

C - Assignations à résidence

La première intervention du législateur sur ce point était notable dès la définition des conditions dans lesquelles il devient possible d'assigner une personne à résidence ; car en effet, alors que la loi de 1955 ne le permettait qu'à l'égard des personnes « dont l'activité s'avère dangereuse » pour l'ordre et la sécurité publics, elle le permet désormais (loi du 20 novembre 2015), vis-à-vis de « toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ». La nuance est de taille, comme l'ont fait observer quelques rares interventions de parlementaires, puisque le nouveau critère est bien plus flou et, tout entier fondé sur le « comportement » plutôt que sur des faits tangibles (actions, activités). En cela, le nouveau critère participe d'une forme de rupture avec certains principes centraux de l'Etat de droit (et notamment les principes du droit pénal moderne qui à l'instar des principes de légalité et de nécessité des peines génèrent une exigence particulière de précision des termes de la loi pénale) et d'un affaiblissement corrélatif du contrôle que le juge est susceptible de faire peser sur la légalité des mesures prises sur son fondement²⁷⁶.

En outre, la loi du 20 novembre 2015 crée la possibilité d'assortir la mesure d'assignation à résidence de diverses mesures complémentaires loin d'être bénignes. L'assignation peut ainsi être complétée par une astreinte à demeurer 12h par jour dans un lieu

²⁷⁶ Voir aussi les analyses très riches de Maxence Chambon, « Une redéfinition de la police administrative », in Julie Alix, Olivier Cahn dir., *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme*, Dalloz, 2017, p. 133, p. 137 qui insiste d'une part sur le manque de rigueur de cette référence aux « raisons sérieuses de penser » : « avec ce standard, le comportement individuel est réputé constituer une menace à l'ordre public, laquelle sera présumée et donc seulement virtuelle (...) », et d'autre part sur le basculement ainsi imprimé à l'ordre public (et donc, à la police administrative), qui s'éloigne de sa dimension « holiste » pour s'attacher davantage à des comportements individuels (p. 139 : « puisqu'il n'est plus besoin de démontrer que le comportement d'une personne constitue effectivement une menace à l'ordre public, alors ce comportement devient le seul objet direct et tangible de la mesure de police administrative quand bien même il est réputé constituer par lui-même une menace à l'ordre public »).

fixé par le ministre de l'Intérieur²⁷⁷ ; elle peut aussi être assortie d'un placement sous bracelet électronique (pour les personnes ayant été condamnées à des peines privatives de liberté pour crime ou délit terroriste puni de 10 ans d'emprisonnement et ayant terminé l'exécution de leur peine depuis moins de 8 ans) ; elle peut s'accompagner d'une interdiction d'entrer en contact avec certaines personnes, d'une obligation de se présenter au services de police ou de gendarmerie selon une périodicité pouvant aller jusqu'à trois fois par jour ou encore de la remise de passeport aux autorités... : on le voit, l'assignation à résidence version 2015 est bien plus robuste que celle envisagée par le législateur de 1955.

Sur tous ces points, l'œuvre du Parlement a été d'*aggraver* le projet initial du gouvernement ; il n'a jamais opéré en sens inverse. Ainsi lors de la 1^{re} loi de prorogation, c'est le Parlement qui porte à 12h par jour la durée maximale de l'astreinte à demeurer dans un lieu déterminé ; le Gouvernement ne « demandait » que 8h. C'est de même le Parlement qui permet que l'interdiction d'entrer en contact avec certaines personnes puisse, le cas échéant, perdurer au-delà de la durée pour laquelle l'assignation à résidence est prononcée ; le Gouvernement n'en espérait pas tant, qui avait prévu que cette mesure complémentaire soit levée automatiquement avec la fin de l'assignation à résidence, mesure principale. Plus encore, c'est le Parlement qui prévoit le placement sous bracelet électronique des assignés —une mesure tout simplement absente du projet de loi initial— et relevant, jusque-là, de la compétence exclusive du juge judiciaire²⁷⁸. Plus tard, lors de la 5^{ème} loi de prorogation, le Parlement sera encore actif dans la création d'un régime d'assignation à résidence ultra-longue durée. Le tout, comme on l'a dit, sans que le contre-pouvoir potentiellement représenté par le contrôle *a priori* du juge constitutionnel n'ait été invité à jouer un rôle²⁷⁹ — et sans que le contrôle exercé au moyen de la QPC ne s'affirme comme très incisif.

C'est d'ailleurs en se prononçant sur le régime juridique de l'assignation à résidence que le Conseil rend la 1^{re} des 9 décisions QPC que générera l'état d'urgence. Or, à cette occasion, il définit l'assignation comme une pure mesure de police administrative (« cette assignation à résidence (...) est une mesure qui relève de la seule police administrative et qui ne peut donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public ») qui « ne comport[e] pas de privation de la liberté individuelle » —ce qui se donne notamment à voir par le fait 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

²⁷⁷ Article 6 modifié de la loi du 3 avril 1955.

²⁷⁸ CC, 2005-527DC, *Récidive des infractions pénales*.

²⁷⁹ Etant entendu que, dans le cadre de son contrôle *a posteriori*, le juge constitutionnel a jugé assez largement que « l'assignation à résidence... est une mesure qui relève de la seule police administrative et qui ne peut donc avoir d'autre but que de préserver public et de prévenir les infractions » et que, dès lors, elle ne saurait être comprise comme emportant « privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution », y compris lorsqu'elles sont assorties d'une astreinte à demeurer dans un lieu donné, puisque celle-ci ne saurait être supérieure à 12 heures et que ce n'est qu'au-delà qu'elle devrait être soumise aux exigences de l'article 66 : Sur tous ces points, la jurisprudence constitutionnelle de 2015 tranche avec La possibilité même d'envisager le placement sous surveillance électronique mobile en l'absence de toute infraction et, *a fortiori*, de toute condamnation tranche singulièrement avec le régime juridique antérieurement applicable au PSEM. En 2005, s'il avait jugé qu'une telle mesure ne constituait ni une peine ni une sanction, c'est dans un contexte où elle ne pouvait s'appliquer qu'à des personnes condamnées à une peine privative de liberté de plus de 10 années que le Conseil constitutionnel avait admis le bracelet électronique : CC, 2005-527 DC, 8 décembre 2005.

l'article 66 de la Constitution »²⁸⁰. Le juge constitutionnel n'en dit pas davantage —et notamment sur les motifs et arguments permettant de penser que la distinction entre mesure restrictive et mesure privative de liberté repose sur ce seuil de douze heures par jour. Il fait ainsi apparaître, fût-ce non intentionnellement, la fragilité voire la porosité de cette distinction et, *mutatis mutandis*, de celle qui sépare police administrative et police judiciaire. En effet, à suivre le raisonnement proposé par le Conseil, on ne peut que conclure qu'il s'en est fallu de peu qu'une assignation à résidence relève de l'article 66 de la Constitution et commande alors la compétence du juge judiciaire.

D – Perquisitions

Sur le régime juridique des perquisitions, on observe la même dynamique. Il faut avant tout souligner que le concept même de perquisition administrative est, en soi, éminemment problématique. Certes, elles sont prévues par la loi du 3 avril 1955 ; mais nombre d'évolutions juridiques advenues depuis le vote de ce texte conduisaient à interroger leur conformité à notre cadre constitutionnel actuel. En particulier, le droit au recours effectif ou encore le principe, énoncé à l'article 66 de la Constitution, selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle (laquelle englobe l'inviolabilité du domicile ou le droit au respect de la vie privée)²⁸¹, auraient pu être interprétés comme interdisant le principe même de perquisitions administratives. A vrai dire, le Conseil constitutionnel a effectivement été amené à dire que le régime des perquisitions tel qu'il existait au terme de la loi du 3 avril 1955 dans sa version mise en application le 14 novembre 2015²⁸² était en effet inconstitutionnel : « en ne soumettant le recours aux perquisitions à aucune condition et en n'encadrant leur mise en œuvre d'aucune garantie, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée »²⁸³. Cette déclaration d'inconstitutionnalité a cependant donné lieu à une neutralisation remarquable de ses effets, le Conseil jugeant dans le même mouvement que « la remise en cause des actes de procédure pénale consécutifs à une mesure prise sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et aurait des conséquences manifestement excessives », de sorte que « les mesures prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent, dans le cadre de l'ensemble des procédures pénales qui leur sont consécutives, être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité »²⁸⁴. Il a ainsi « couvert » l'inconstitutionnalité constatée des perquisitions réalisées sur le fondement de ces dispositions législatives, ie. entre la mise en œuvre de l'état d'urgence (14 novembre 2015) et l'entrée en vigueur du cadre législatif révisé par la 1^{re} loi de prorogation (loi du 20 novembre 2015²⁸⁵) —étant entendu que c'est pendant ces premiers jours de l'état d'urgence que le nombre de perquisitions a été particulièrement élevé²⁸⁶.

²⁸⁰ CC, 22 déc. 2015, 2015-527 QPC, cons. 5 et 6.

²⁸¹ Paul Cassia « Prorogation bis de l'état d'urgence », *op. cit.*

²⁸² La loi dans sa version en vigueur au 14 novembre 2015 disposait simplement que « Le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peuvent, par une disposition expresse : 1°) conférer aux autorités administratives visées à l'article 8 le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit ».

²⁸³ CC, 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016.

²⁸⁴ *Ibid*, cons. 11.

²⁸⁵ La loi du 20 novembre 2015 précise en effet le cadre légal des perquisitions administratives.

²⁸⁶ 890 perquisitions administratives entre le 14 et le 20 novembre 2015 : Assemblée nationale, Rapport d'information n°4281 réalisé par MM. Dominique Raimbourg et Jean-Frédéric Poisson, 6 déc. 2016, p. 33.

Révisé par la loi du 20 novembre 2015, le cadre législatif des perquisitions est incontestablement amélioré du point de vue des garanties offertes aux individus. Si elles demeurent possibles de nuit et peuvent être ordonnées, à l'instar des assignations à résidence, dès lors qu'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 », elles sont désormais interdites « dans [les lieux] affecté[s] à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes ». En outre, « la décision ordonnant une perquisition précise les lieux et le moment de la perquisition » ; le procureur de la République doit être informé et un officier de police judiciaire nécessairement sur place²⁸⁷.

Mais en réalité, la principale innovation proposée par le Gouvernement en novembre 2015 ne se situe pas dans ces éléments de modernisation du régime des perquisitions qui ne font que mettre à jour *a minima* les garanties devant les encadrer ; elle consiste, bien au-delà, dans la possibilité reconnue aux forces de l'ordre d'accéder, à l'occasion d'une perquisition, aux données stockées dans les équipements informatiques trouvés sur place (et de les copier)²⁸⁸. Mais il est là encore particulièrement notable que, sur ces bases, le Parlement ne va avoir de cesse de compléter l'initiative gouvernementale dans le sens de diverses aggravations. Ainsi, non seulement le Parlement ne remet aucunement en cause la possibilité ainsi reconnue aux autorités administratives de restreindre les droits au respect de la vie privée et de propriété en accédant et copiant les données électroniques²⁸⁹, il va même la renforcer, en conférant en outre au ministre de l'Intérieur la compétence de prendre « toute mesure pour assurer l'interruption de tout service de communication au public en ligne provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ».

²⁸⁷ Article 11.I de la loi du 20 novembre 2015 : « I. - Le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peut, par une disposition expresse, conférer aux autorités administratives mentionnées à l'article 8 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. La décision ordonnant une perquisition précise le lieu et le moment de la perquisition. Le procureur de la République territorialement compétent est informé sans délai de cette décision. La perquisition est conduite en présence d'un officier de police judiciaire territorialement compétent. Elle ne peut se dérouler qu'en présence de l'occupant ou, à défaut, de son représentant ou de deux témoins ».

²⁸⁸ Suite de l'art. 11.I de la loi du 20 novembre 2015 : « Il peut être accédé, par un système informatique ou un équipement terminal présent sur les lieux où se déroule la perquisition, à des données stockées dans ledit système ou équipement ou dans un autre système informatique ou équipement terminal, dès lors que ces données sont accessibles à partir du système initial ou disponibles pour le système initial. Les données auxquelles il aura été possible d'accéder dans les conditions prévues au présent article peuvent être copiées sur tout support. La perquisition donne lieu à l'établissement d'un compte rendu communiqué sans délai au procureur de la République. Lorsqu'une infraction est constatée, l'officier de police judiciaire en dresse procès-verbal, procède à toute saisie utile et en informe sans délai le procureur de la République. II. - Le ministre de l'intérieur peut prendre toute mesure pour assurer l'interruption de tout service de communication au public en ligne provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ».

²⁸⁹ Et ce, alors même qu'il n'est, au demeurant, pas certain qu'elle réponde effectivement aux insuffisances du cadre antérieur telles que soulevées par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2016-536QPC ; v. Paul Cassia, « Le pot-pourri de la loi du 21 juillet 2016 », *Mediapart*, 29 juillet 2016.

Les dispositions votées en novembre 2015 et permettant l'accès aux données électroniques présentes sur les lieux perquisitionnés seront censurées, quelques mois plus tard, par le Conseil constitutionnel : pour ce dernier, la possibilité de copier les données, assimilable à une saisie, n'était pas entourée des garanties légales permettant d'assurer la conciliation entre sauvegarde de l'ordre public et droit au respect de la vie privée²⁹⁰. De manière notable cependant, ni le Gouvernement ni le Parlement n'ont interprété cette censure comme portant sur le principe des saisies de données, mais simplement sur leur régime²⁹¹. Par la 4^{ème} loi de prorogation, c'est un dispositif inédit qui est instauré, prévoyant d'une part la possibilité de perquisitions par ricochet, régularisables *a posteriori* (« lorsqu'une perquisition révèle qu'un autre lieu remplit les conditions fixées au premier alinéa, l'autorité administrative peut en autoriser par tout moyen la perquisition. Cette autorisation est régularisée en la forme dans les meilleurs délais ») et d'autre part, la possibilité de saisie de données informatiques grâce à l'intervention du juge administratif en référé pour en autoriser l'exploitation²⁹². Le Gouvernement entendait ainsi mettre en place les garanties légales qui, selon le Conseil constitutionnel, faisaient défaut dans la loi du 20 novembre 2015 ; il recourait cependant pour ce faire à un dispositif problématique, emblématique d'une forme de transformation de l'office même du juge administratif²⁹³ —dont la fonction d'administrateur était ici nettement rappelée par la réaffirmation de sa fonction de « délivrer des autorisations »²⁹⁴. Ici encore, et malgré le caractère dérogatoire des dispositions en cause, on

²⁹⁰ Une telle saisie pouvait en effet avoir lieu sans être autorisée par un juge, même en l'absence d'infraction, contre la volonté de la personne et porter sur des données n'ayant d'ailleurs pas nécessairement de lien avec la personne dont le comportement, constituant une potentielle menace à la sécurité publique, avait justifié la perquisition : CC, 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'Homme*.

²⁹¹ Il est vrai qu'entre temps (à l'occasion de la 3^{ème} loi de prorogation de l'état d'urgence), les dispositions relatives aux perquisitions administratives furent extraites du champ de la prorogation. Il est vrai que le nombre de perquisitions administratives avait de toute façon chuté au bout de quelques mois d'état d'urgence mais également qu'elle avait été largement vidée de son intérêt par la censure du Conseil constitutionnel. En outre, la loi du 3 juin 2016 relative à la lutte contre le crime organisé et le terrorisme avait, de son côté, aggravé, le régime des perquisitions judiciaires... Le choc que constitua la survenue du massacre de Nice mena toutefois le gouvernement, en juillet 2016 lors de la 4^{ème} prorogation, à prévoir de nouveau cette possibilité des perquisitions —et donc, à revoir le régime des saisies.

²⁹² La loi du 21 juillet 2016 prévoyait ainsi : L'autorité administrative demande, dès la fin de la perquisition, au juge des référés du tribunal administratif d'autoriser leur exploitation. Au vu des éléments révélés par la perquisition, le juge statue dans un délai de quarante-huit heures à compter de sa saisine sur la régularité de la saisie et sur la demande de l'autorité administrative. Sont exclus de l'autorisation les éléments dépourvus de tout lien avec la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée. En cas de refus du juge des référés, et sous réserve de l'appel mentionné au dixième alinéa du présent I, les données copiées sont détruites et les supports saisis sont restitués à leur propriétaire.

²⁹³ Cette intervention du juge administratif des référés pour autoriser l'exploitation des données doit en effet être lue avec d'autres indices de cette administrativisation de son office, à l'instar de la création, par la loi Renseignement du 24 juillet 2015, d'une formation spécialisée du Conseil d'Etat habilitée secret défense, compétente pour connaître des recours formés contre les décisions de la CNCTR ou encore des dispositions de la 5^{ème} loi de prorogation qui prévoyait (avant d'être précisément censurée sur ce point, v. CC 2017-624 QPC, 16 mars 2017) une nouvelle compétence du juge des référés, celle d'autoriser la prolongation au-delà d'un an des assignations à résidence. Sur ces points, on se permet de renvoyer à Stéphanie Hennette Vauchez, Serge Slama, « Harry Potter au Palais Royal. La lutte contre le terrorisme comme cape d'invisibilité de l'état d'urgence et la transformation de l'office du juge administratif », *Les Cahiers de la Justice*, 2017, n°2, p. 281.

²⁹⁴ L'analyse de la pratique de ces autorisations d'exploitation confirme cette hypothèse analytique qui voit dans le régime voté le 21 juillet 2016 un signe de l'administrativisation de l'office du juge administratif ; v., dans le présent rapport, l'étude spécifique de Vincent Souty, « Le contentieux de l'exploitation des données », *infra*.

ne note ici aucune opposition du Parlement : les dispositions votées par la loi du 21 juillet 2016 sont en tous points conformes au projet du Gouvernement —la seule velléité de modification, finalement inaboutie, ayant été celle de certains parlementaires souhaitant abaisser de 48h à 24h le délai dans lequel le juge administratif devrait se prononcer pour autoriser ou proroger le délai d'exploitation des données saisies²⁹⁵. Ici encore, le détail de la fabrication de la loi est intéressant à étudier. Le faible niveau de vigilance des parlementaires trouve de multiples illustrations dans le détail du travail législatif. On en prendra ici un exemple : si, à l'Assemblée nationale, Marie-Françoise Bechtel est une des rares parlementaires à interroger la légitimité du mécanisme inventé par le Gouvernement et interroge les raisons de la mise à l'écart du juge judiciaire, elle tempère aussitôt la véhémence relative de son interrogation, en soulignant que « si le Conseil d'Etat a estimé que ce dispositif était bon », il convient de ne pas être « plus royaliste que le Roi » —et donc, de l'accepter : la critique est peu incisive... Sans compter qu'une nouvelle fois, si le Parlement n'intervient guère pour encadrer les pouvoirs sollicités par le Gouvernement (ou, *a fortiori*, les refuser), il se fait plus actif sur le front de leur renforcement. La loi du 21 juillet 2016 est ainsi l'occasion pour le Parlement d'ajouter aux dispositions figurant dans le projet de loi gouvernemental sur la saisie et l'exploitation des données un nouvel alinéa autorisant les autorités administratives à placer les personnes présentes sur les lieux d'une perquisition administrative en rétention pendant une durée ne pouvant excéder quatre heures et ce, dès lors que « il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics » et ce, même s'il s'agit de mineurs (auquel cas, l'accord exprès du procureur est requis).

E – Dissolutions

La loi du 3 avril 1955 ne comportait pas de disposition relative à la dissolution des associations et groupements susceptibles de constituer un trouble à l'ordre et la sécurité. C'est le projet de loi du gouvernement présenté en novembre 2015 qui prévoit que « sans préjudice de l'application de l'article L212-1 du Code de la sécurité intérieure, sont dissous, par décret en Conseil des ministres, les associations ou groupements de fait » qui présentent ces caractéristiques. Une nouvelle fois, l'évolution entre le projet du Gouvernement et le texte finalement adopté va dans le sens d'une aggravation de cette atteinte à la liberté d'association ; mais en amont du travail parlementaire, cette aggravation peut être rattachée à l'intervention du Conseil d'Etat qui, dans l'avis qu'il remet le 17 novembre 2015 sur le projet de loi, propose, on l'a dit, la suppression de la condition d'appartenance à l'association ou à ses relations d'une personne faisant l'objet d'une assignation : détachant le régime de la dissolution de celui de l'assignation, le Conseil d'Etat étend la portée potentielle de ces mesures de dissolution qui deviennent une mesure autonome des autres dans le cadre de l'état d'urgence —étant entendu en outre qu'elles sont déjà, sur proposition du gouvernement, des mesures dont les effets n'ont pas vocation à être interrompus lorsque l'état d'urgence prend fin.

²⁹⁵ Il faut préciser que les dispositions votées le 21 juillet 2016 seront invalidées sur un point tout à fait technique, relatif à la durée de conservation des données saisies lorsque leur exploitation ne révèle aucune infraction ; v. CC, 2016-600 QPC du 2 décembre 2016.

F - Fermeture des salles de spectacle et réunions

La loi du 3 avril 1955 prévoyait en son article 8 que le ministre de l'Intérieur pouvait « ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature » dans le cadre de l'état d'urgence ; de même, elle prévoyait que « peuvent également être interdites, à titre général ou particulier, les réunions de nature à provoquer ou entretenir le désordre »²⁹⁶. Sur ce point, le Gouvernement et le Parlement n'interviennent initialement pas, estimant que la loi de 1955 permet d'ores et déjà de prendre des mesures telles que celle qui, à Paris, le 20 novembre 2015, interdit tous les rassemblements jusqu'au 30 — mesure qui a fait grand bruit dès lors qu'elle a notamment eu pour effet d'interdire la grande manifestation qui était prévue en marge de l'ouverture du sommet de la COP 21.

Neuf mois plus tard, néanmoins, le ton se durcit — singulièrement au Parlement et tout particulièrement au Sénat, à qui l'on doit un enrichissement considérable de l'article 8 de la loi de 1955²⁹⁷ qui inclut désormais, dans sa rédaction issue de la loi du 21 juillet 2016 (4^e loi de prorogation), d'une part, une mention spéciale relative aux lieux de culte qui doivent pouvoir faire l'objet des mesures de fermeture provisoire, au même titre que les salles de spectacle et débits de boissons, lorsqu'y sont tenus « des propos constituant une provocation à la haine ou à la violence ou une provocation à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes » et d'autre part, une adjonction prévoyant la possible interdiction de « cortèges, défilés et rassemblements de personnes sur la voie publique » dès lors que « l'autorité administrative justifie ne pas être en mesure d'en assurer la sécurité compte tenu des moyens dont elle dispose ». Il faut prendre la mesure de l'importance de cette dernière formulation — proposée, qui plus est, au beau milieu de polémiques en lien avec des velléités d'interdiction de manifestations contre la loi Travail²⁹⁸ —, qui revient à permettre l'interdiction de manifestations et rassemblements dont les forces de l'ordre affirment — fût-ce à cause de l'état d'urgence — qu'elles ne sont pas en mesure d'en assurer la sécurité. Raisonnement délétère pour les libertés, qu'on a par exemple entendu se déployer durant la mémorable controverse sur le burkini à l'été 2016, certaines autorités municipales expliquant que l'interdiction de cette tenue de plage était rendue nécessaire par la mobilisation des forces de l'ordre dans le cadre de l'état d'urgence et donc l'impossibilité pour elles d'assurer autrement que par cette mesure extrême la sécurité des plages et la prévention des attroupements et échauffourées supposément causées par ce vêtement²⁹⁹.

G - Interdictions de séjour

Dans sa version mise en application le 14 novembre 2015, la loi du 3 avril 1955 donnait compétence au préfet, en période d'état d'urgence : d'interdire la circulation des personnes

²⁹⁶ Ces dispositions ont été déclarées conformes à la Constitution : CC, 2016-535 QPC, 19 fév. 2016.

²⁹⁷ Sur un tout autre registre, c'est encore au Sénat que l'on doit un nouvel alinéa de l'article 8 de la loi de 1955, prévoyant la possibilité pour le préfet d'ordonner des contrôles d'identité de l'article 78-2 du code de procédure pénale, ainsi que la fouille des bagages et des véhicules sur la voie publique.

²⁹⁸ Ce point est tout de même mentionné par deux sénateurs opposés à la mesure : voir les interventions de Eliane Assassi et Christian Favier : Sénat, Rapport de la Commission des lois.

²⁹⁹ On se permet de renvoyer à Stéphanie Hennette Vauchez, « Le burkini de l'état d'urgence », <http://doyoulaw.blogs.liberation.fr/2016/08/23/et-le-burkini-devint-debat-national/>

et véhicules dans certains lieux à certaines heures, d'instituer des zones de protection et de sécurité où le séjour des personnes est réglementé, et d'interdire le séjour de « toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics »³⁰⁰. Concrètement, ces dispositions auront été abondamment utilisées par les autorités administratives pendant l'état d'urgence —y compris pour des opérations relevant du tout-venant de la police administrative et de la protection de l'ordre public³⁰¹. Elles finiront cependant par être déclarées contraires à la Constitution : le 9 juin 2017, le Conseil constitutionnel juge en effet que « en prévoyant qu'une interdiction de séjour peut être prononcée à l'encontre de toute personne 'cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics', le législateur a permis le prononcé d'une telle mesure sans que celle-ci soit nécessairement justifiée par la prévention d'une atteinte à l'ordre public ». Il souligne en outre que « le législateur n'a soumis cette mesure d'interdiction de séjour, dont le périmètre peut notamment inclure le domicile ou le lieu de travail de la personne visée, à aucune autre condition et il n'a encadré sa mise en œuvre d'aucune garantie » ; et déduit de ces différents éléments que « le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir et le droit de mener une vie familiale normale »³⁰². Comme il le fera souvent dans le contentieux de l'état d'urgence³⁰³, le Conseil fait cependant ici le choix de moduler dans le temps les effets de cette décision qu'il reporte au 15 juillet 2017... laissant alors la possibilité au Parlement, qui devait justement être saisi de la 6^{ème} loi de prorogation, de « corriger » cette inconstitutionnalité afin de permettre aux autorités administratives de continuer à prendre des interdictions de séjour —possibilité que le Parlement a jugé utile d'exploiter à plein. En effet, alors même que, une fois encore, le projet de loi présenté par le Gouvernement au titre de la 6^{ème} prorogation ne comportait pas de disposition relative à l'interdiction de séjour, c'est suite à un amendement présenté par le Gouvernement, et accepté au Sénat en commission des lois, que le texte a été complété³⁰⁴. Lors des débats, très rares sont les parlementaires qui critiquent cette adjonction au projet de loi de prorogation³⁰⁵ ; la plupart estiment qu'il en va là d'un complément utile suite à la censure du Conseil constitutionnel. En d'autres termes, tout s'est donc passé comme si il avait paru que les autorités administratives soient soudain dépourvues (à compter du 15 juillet 2017, date d'entrée en vigueur de l'inconstitutionnalité des dispositions en cause) du pouvoir de prendre des interdictions de séjour et ce, alors même que cette 6^{ème} prorogation de l'état d'urgence était présentée comme devant être la dernière —le projet de loi Sécurité intérieure et lutte

³⁰⁰ Article 5 de la loi du 3 avril 1955.

³⁰¹ On renvoie ici aux analyses développées dans le présent volume : Stéphanie Hennette Vauchez, Maria Kalogirou, Nicolas Klausser, Cédric Roulhac, Serge Slama, Vincent Souty, « Le contentieux de l'état d'urgence : éléments d'analyse ».

³⁰² CC, 2017-635 QPC, 9 juin 2017.

³⁰³ V. *infra* et v. dans le présent volume : Véronique Champeil Desplats, « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel, ou quand l'Etat de droit s'accommode de normes inconstitutionnelles », *infra*.

³⁰⁴ Suite à la loi du 11 juillet 2017, l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 dispose que le préfet peut « interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics. L'arrêté énonce la durée, limitée dans le temps, de la mesure, les circonstances précises de fait et de lieu qui la motivent, ainsi que le territoire sur lequel elle s'applique, qui ne peut inclure le domicile de la personne intéressée. Ces mesures tiennent compte de la vie familiale et professionnelle des personnes susceptibles d'être concernées »

³⁰⁵ A l'exception de Mme Eliane Assassi qui présente un amendement (rejeté) visant à supprimer l'interdiction de séjour ; voir les débats au Sénat, séance du 4 juillet 2017.

contre le terrorisme (SILT) qui devait permettre une « sortie maîtrisée » de l'état d'urgence ayant été présenté en Conseil des ministres en juin 2017. On voit ainsi s'enclencher, pendant l'état d'urgence, un phénomène intéressant : le Conseil censure comme inconstitutionnelles des dispositions de la loi du 3 avril 1955 mais, loin d'y voir une remise en cause de principe sur l'admissibilité constitutionnelle des dispositions en cause, Gouvernement et Parlement entreprennent de corriger leur régime juridique. Ainsi, tout se passe comme si le « toujours plus » de loi valait brevet de constitutionnalité : on ne renonce pas à des dispositions déclarées inconstitutionnelles, on les retravaille. Emblématique de ce point de vue est la loi du 11 juillet 2017 qui reprend le régime des interdictions de séjour de l'article 5§3 de la loi de 1955, pour y ajouter des garanties supplémentaires (« l'arrêté énonce la durée, limitée dans le temps, de la mesure, les circonstances précises de fait et de lieu qui la motivent, ainsi que le territoire sur lequel elle s'applique, qui ne peut inclure le domicile de la personne intéressée ») sans remettre en cause le principe de la possibilité pour l'autorité administrative de restreindre ainsi la liberté d'aller et venir de toute personne « à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ».

Si, comme les éléments qui précèdent l'établissent, le Parlement a accompagné plus qu'il n'a ralenti ou, *a fortiori*, entravé le mouvement de consolidation législative de l'état d'urgence, il importe de faire une observation parallèle à propos du Conseil constitutionnel. Se concentrant ici sur la fabrique législative de l'état d'urgence, on n'entend pas s'intéresser au raisonnement substantiel qu'il a mené sur, par exemple, les contours de la liberté individuelle, les principes de nécessité et proportionnalité des peines ou la séparation des pouvoirs et des autorités juridictionnelles ; on renvoie pour cela à des analyses de fond sur le contentieux constitutionnel de l'état d'urgence. Il n'en demeure pas moins que, sur un strict plan procédural, on peut considérer que le Conseil constitutionnel aura participé, au-delà du strict raisonnement juridique, à la prévalence, en période d'état d'urgence, de la raison d'Etat. En particulier, la manière dont il a recouru au pouvoir de modulation dans le temps des effets de ses décisions d'inconstitutionnalité que lui confère l'article 62 de la Constitution peut être lue comme éminemment politique. Sensible au contexte spécifique dans lequel il est amené à se prononcer, le Conseil paraît avoir ménagé les autorités publiques et s'être assuré que la mission qui lui échoit au terme de l'article 61-1 de la Constitution (protéger les « droits et libertés que la Constitution garantit ») n'entrave pas les politiques de sécurité publique.

La dimension politique du recours à ce pouvoir de modulation des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité rendues, le cas échéant, dans le cadre de QPC est en outre rendue d'autant plus évidente que le Conseil semble avoir cessé d'y recourir une fois l'état d'urgence levé —confirmant qu'il s'agissait bien là pour lui d'un choix contextuel. Il rend ainsi une décision en janvier 2018 par laquelle il déclare inconstitutionnelles³⁰⁶, avec effet

³⁰⁶ CC, 2017-684 QPC, 11 janvier 2018 : « Toutefois, d'une part, le législateur n'a soumis la création d'une zone de protection ou de sécurité à aucune autre condition. D'autre part, il n'a pas défini la nature des mesures susceptibles d'être prises par le préfet pour réglementer le séjour des personnes à l'intérieur d'une telle zone et n'a encadré leur mise en œuvre d'aucune garantie. Dès lors, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir. Par conséquent et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, le 2° de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 doit être déclaré contraire à la Constitution ».

immédiat³⁰⁷, les dispositions du deuxième alinéa de l'article 5 de la loi de 1955 relatives aux zones de protection et de sécurité (ZPS). Ce non-recours à la modulation des effets dans le temps est d'autant plus frappante que, au fond, le raisonnement déployé à propos des ZPS semble en tous points comparable à celui qui avait sous-tendu, quelques mois auparavant, la décision sur les arrêtés d'interdiction de séjour -laquelle avait, au contraire, fait l'objet d'une modulation) —de sorte que l'hypothèse selon laquelle le seul fait que l'une est rendue sous état d'urgence tandis que l'autre, non, paraît tout à fait sérieuse³⁰⁸.

H - La posture du législateur

En fait, du point de vue du mouvement que l'on décrit ici, ie. celui par lequel, sans jamais s'opposer à ou freiner les ardeurs sécuritaires gouvernementales, le Parlement a accompagné le mouvement en lui donnant de l'ampleur, le moment que constitue l'entrée du Sénat dans la danse législative dans le cadre des travaux ayant présidé à l'adoption de la 4^{ème} loi de prorogation (loi du 21 juillet 2016) est de première importance. Il est en effet difficile de ne pas être surpris de la franchise et la brutalité avec laquelle s'y affirme le tournant sécuritaire que constitue ce texte qui, loin de n'être qu'un texte de prorogation de l'état d'urgence, réalise en actes ce que nombre d'acteurs craignaient depuis sinon l'instauration, du moins l'installation durable de l'état d'urgence, à savoir : le glissement du registre de l'exception à celui de la norme. La loi du 21 juillet 2016 comporte ainsi deux parties bien distinctes : le titre premier porte « Dispositions relatives à l'état d'urgence », mais le second, intitulé « Dispositions relatives au renforcement de la lutte antiterroriste » est bien différent, qui ne modifie en rien la loi de 1955 mais, bien plutôt, des textes pérennes tels que le Code pénal, le code de procédure pénale, le Code de la sécurité intérieure ou encore la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. S'il y a certainement beaucoup à dire sur le fond des mesures ainsi adoptées, et la logique sécuritaire qui les anime³⁰⁹, on souhaiterait ici continuer de s'attacher à les étudier sous l'angle de la problématique des pouvoirs et contre-pouvoirs. A ce titre, il est particulièrement frappant de lire le rapport établi par la Commission des lois du Sénat en première lecture (et seule lecture avant la commission mixte paritaire, le Gouvernement ayant enclenché la procédure parlementaire accélérée³¹⁰) du texte. Le rapporteur Michel Mercier, dont il importe de rappeler qu'il a exercé les fonctions de Garde des Sceaux de 2010 à 2012, y

³⁰⁷ Mais aussi avec effet quasi-nul, puisqu'il s'agit ici pour le Conseil de déclarer inconstitutionnelles des dispositions qui ne sont plus en vigueur...

³⁰⁸ Il faut compléter l'analyse avec les éléments fournis notamment par Véronique Champeil Desplats, « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel, ou quand l'Etat de droit s'accommode de normes inconstitutionnelles », *infra*. Signalons toutefois que dans une décision du 1^{er} décembre 2017 déclarant inconstitutionnelles les dispositions de la loi du 3 avril 1955 relatives aux contrôles d'identité (« en prévoyant que ces opérations [contrôles d'identité] peuvent être autorisées en tout lieu dans les zones où s'applique l'état d'urgence, le législateur a permis leur mise en œuvre sans que celles-ci soient nécessairement justifiées par des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public dans les lieux en cause »), le Conseil a jugé utile de reporter au 30 juin 2018 les effets de l'inconstitutionnalité, au motif que « en cas de recours à l'état d'urgence, l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet de priver l'autorité administrative du pouvoir d'autoriser des contrôles d'identité, des fouilles de bagages et des visites de véhicules. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives » : CC, 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017.

³⁰⁹ Que l'on mettra utilement en perspective grâce à la lecture de Vincent Sizaire, *Sortir de l'imposture sécuritaire*, La Dispute, 2016.

³¹⁰ Il importe en effet de noter que toutes ces lois de prorogation ont été adoptées en des délais record, avec une seule lecture dans chaque assemblée -au même titre, du reste, que la loi initiale du 3 avril 1955, promulguée seulement 4 jours après le dépôt du projet de texte par le gouvernement (le 30 mars) ...

affirme d'emblée qu'une simple reconduction / prorogation de l'état d'urgence n'est plus acceptable ou pertinente et qu'elle n'aurait de sens que pour autant que soient simultanément adopté tout un train de mesures de renforcement de la lutte contre le terrorisme. Une telle analyse mériterait d'être replacée dans le contexte législatif qui est le sien, tant ce dernier la fait apparaître comme surprenante. Car en effet, ce ne sont pas moins de 6 lois d'importance sur ce sujet depuis 2012³¹¹ —et près de 20 au cours des trente dernières années³¹².

³¹¹ Loi du 21 déc. 2012, 13 nov. 2014, 3 juin 2016, juil. 2015, nov. 2015, 22 mars 2016...

³¹² Voir les textes suivants (auxquels il faudrait ajouter une bonne dizaine de textes qui, sans faire de la lutte contre le terrorisme leur objectif principal, comportent des dispositions s'insérant, de fait, dans le cadre du droit de l'anti terrorisme) : loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 (création du parquet national anti-terrorisme, création de la cour d'assises spécialement composée de magistrats professionnels, extension de la durée de garde à vue à 4 jours...); loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique (insertion des actes de terrorisme dans le nouveau code pénal); loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes (procédure dérogatoire applicable aux actes de terrorisme); loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité (vidéosurveillance dans les lieux et bâtiments publics); loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique (création du délit d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste); loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme; loi n° 97-1273 du 29 décembre 1997 tendant à faciliter le jugement des actes de terrorisme (délocalisation des juridictions spécialisées); loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne (création du délit de financement des actes de terrorisme, de la peine de confiscation des biens des personnes coupables d'infractions terroristes, extension des pouvoirs de police en matière de contrôles d'identité dans le cadre de la lutte contre le terrorisme : fouilles etc.); loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure (extension du Fichier national automatisé des empreintes génétiques); loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (juridictions interrégionales spécialisées en matière de terrorisme, création du statut de repent, création du 'plaider coupable'...); loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers (garde à vue de 6 jours en cas de menace d'attentats, obligation pour les fournisseurs d'accès à internet de conserver les données de connexion pendant 6 ans, accès de la police à ces données sous le contrôle de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (et non plus un magistrat judiciaire)...); loi n° 2012-1432 du 21 déc. 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme (prolongation de dispositifs permettant la surveillance, notamment informatique, dispositions permettant la poursuite d'infractions terroristes commises par des français à l'étranger ainsi que la participation à des camps d'entraînement terroriste à l'étranger); loi n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (interdiction du territoire des personnes suspectées d'être candidat-es au djihad, création du délit d'entreprise terroriste individuelle); loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement (encadrement du recours par les services de renseignement à la surveillance informatique, création de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement); loi n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales (possibilité de surveillance des « communications qui sont émises ou reçues de l'étranger » au nom de la « défense et de [la] promotion des intérêts fondamentaux de la Nation », v. art. L. 854-1 Code de la sécurité intérieure); loi n° 22 mars 2016 relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités et les atteintes à la sécurité publique et actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs (possibilité pour les agents de la SNCF, RATP de procéder à des fouilles, palpations etc.); loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale (nouveaux moyens d'investigation en matière de terrorisme (perquisitions de nuit, utilisation de nouveaux dispositifs techniques tels que l'IMSI catcher, renforcement des contrôles d'accès aux lieux organisant de grands événements...); loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique (création du délit de consultation habituelle des sites djihadistes, protection des forces de sécurité (peuvent être

Il est tout aussi frappant de constater que, malgré ce contexte, le rapporteur du texte présente pas moins de 18 amendements au projet de loi gouvernemental : c'est donc un enrichissement considérable de l'initiative de l'exécutif. Plus encore, le rapporteur de ce texte saisit là une opportunité de revenir sur certaines de ses propositions qui avaient été écartées lors des travaux parlementaires ayant, peu avant, présidé à l'adoption de la loi du 3 juin 2016³¹³ : il réintroduit en effet plusieurs dispositions qui n'avaient pas franchi le cap de la commission mixte paritaire. Or, tant le gouvernement que la CMP se montreront, au total, particulièrement bienveillants vis-à-vis des propositions sénatoriales, dont très peu sont repoussées³¹⁴. Il n'y a guère que la rétention de sûreté, qui, proposée par le Sénat, se verra repousser et même qualifier de « limite infranchissable » par le Premier ministre³¹⁵ ; on voit également disparaître l'instauration d'un délit de séjour intentionnel à l'étranger sur le théâtre d'opérations terroristes. Tout ceci est d'autant plus frappant que ces adjonctions proposées par le Sénat visant à coupler à la loi de prorogation de l'état d'urgence (temporaire) l'adoption de dispositions (pérennes) relatives à la lutte antiterroriste, s'apparentent à autant de cavaliers législatifs. Or procéder ainsi à l'occasion d'un texte dont, comme on l'a dit, il est certain qu'il ne fera pas l'objet d'une saisine *a priori* du Conseil constitutionnel, immunise ces dernières : non sanctionnée par voie d'action, cette pratique des cavaliers législatifs ne pourra davantage l'être par voie d'exception (à l'occasion de QPC) puisque cette dernière voie de recours ne permet pas que soient soulevés des moyens relatifs à la procédure parlementaire, mais seulement des griefs tirés de la méconnaissance de « droits et libertés que la Constitution garantit »³¹⁶. Singulière conception de la séparation et de la collaboration des pouvoirs qui, une nouvelle fois, est mise au service d'une aggravation du régime de l'urgence —qui pourtant, ne suscite guère plus la contestation, en son principe, des parlementaires³¹⁷.

Si cette clef de lecture permet de souligner la posture spécifique du législateur au moment de l'adoption de la 4^{ème} loi de prorogation, la période qui suivra (ie. la seconde année de l'état d'urgence) illustrera autrement l'ancrage profond de ce régime d'exception dans notre ordre juridique, en donnant naissance à une forme de collaboration frappante entre le Conseil constitutionnel et le Parlement à mesure que se multiplient les QPC mettant en cause des dispositions de la loi du 3 avril 1955. Le recours à la modulation ou aux raisonnements extraordinaires³¹⁸ permet ainsi au Conseil constitutionnel d'enclencher un processus de

autorisés à s'identifier par un numéro d'immatriculation administrative, en lieu et place de leur état civil, possible anonymat des décisions administratives prises en matière de terrorisme).

³¹³ Loi 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

³¹⁴ Ainsi, Didier Guillaume, le chef du groupe socialiste au Sénat, indique que son groupe a adopté 12 des 17 amendements présentés par Michel Mercier ; voir Sénat, séance publique.

³¹⁵ Sénat, séance publique, Manuel Valls.

³¹⁶ V. aussi: Paul Cassia, « Le pot-pourri de la loi du 21 juillet 2016 », *op. cit.*.

³¹⁷ Le seul s'exprimant clairement contre ce procédé étant Jean-Victor Leconte (Sénat, groupe socialiste et républicain), qui refuse de voter un ensemble de mesures répressives qui ont été refusées dans le cadre de la procédure législative normale, et dénonce le fait d'être ainsi pris en « otage » : Sénat, séance publique.

³¹⁸ V. notamment : « la remise en cause des actes de procédure pénale consécutifs à une mesure prise sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et aurait des conséquences manifestement excessives. Par suite, les mesures prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent, dans le cadre de l'ensemble des procédures pénales qui leur sont consécutives, être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité » : CC, 2016-567/568 du 23 sept. 2016.

collaboration avec le Parlement qui empêche toute remise en cause directe ou frontale de l'activité de ce dernier —et la préservation de sa possibilité de corriger ou revoir sa copie³¹⁹.

Conclusion

L'analyse de la fabrique législative de l'état d'urgence permet donc de mettre en évidence la facilité avec laquelle nombre des contre-pouvoirs dont on prend généralement l'existence et l'activité pour acquises (Conseil d'Etat, Parlement...) ont peiné à faire peser une réelle charge de justification sur les épaules du Gouvernement : c'est sans peine -voire, avec la collaboration active desdites instances- que ce dernier a obtenu 6 prorogations successives de l'état d'urgence, qui s'accompagnaient presque toutes, en outre, d'aggravations d'importance diverse de la rigueur de ce régime d'exception. Pourtant, en parallèle, les instances de contrôle parlementaire de l'état d'urgence mises en place à compter de la loi du 20 novembre 2015 ont fonctionné et ce, de manière relativement active. Même, les rapports et autres bilans d'étape qui ont été produits et publiés dans ce cadre ont, assez tôt, fait état d'une perte d'utilité et d'efficacité relative de l'état d'urgence à mesure qu'il s'inscrivait dans la durée, de la vocation temporaire d'un tel régime et des risques de dévoiement qui l'accompagnaient. Il faudra alors poursuivre les recherches et investigations pour comprendre comment les mêmes parlementaires qui expriment prudence voire méfiance dans leurs fonctions de surveillance de l'état d'urgence ont voté et abondé à six reprises dans le sens du gouvernement pour proroger et durcir l'état d'urgence. L'ensemble en dit long, en toute hypothèse, sur le fait que s'ils n'ont pas disparu, les contre-pouvoirs se sont tus -attestant là la manque de ferveur³²⁰ à défendre l'intégrité de l'Etat de droit dont F. Saint-Bonnet a pu écrire qu'il était le risque principal encouru par les démocraties libérales lorsqu'elles cèdent à la tentation des régimes d'exception³²¹.

³¹⁹ Ici, le Conseil constitutionnel apparaît comme un organe de légitimation qui censure mais toujours de manière cosmétique ou dépourvue d'effet utile, laissant alors indemne sinon intacte une législation problématique ; voir sur cet aspect, dans le présent rapport, Véronique Champeil Desplats, « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel, ou quand l'Etat de droit s'accommode de normes inconstitutionnelles », *infra* et aussi de manière plus générale en matière d'antiterrorisme : Karine Roudier, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste*, LGDJ, 2012.

³²⁰ Olivier Cahn évoque quant à lui une « abdication progressive de la représentation nationale » révélée par une perspective historique depuis 1986 en matière de lutte contre le terrorisme : « La politique criminelle française en matière de lutte contre le terrorisme », in Sébastien Pellé dir., *Le terrorisme, nouveaux enjeux, nouvelles stratégies*, Presses de l'Université de Pau, 2017, Coll. Le droit en mouvement, p. 28.

³²¹ A nouveau: « pour ceux qui défendent l'ordre démo-libéral contemporain, le danger n'est pas dans les risques qu'il encourt en cas de nécessité mais dans le manque de ferveur pour le défendre », F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, PUF, 2001, Coll Léviathan, p. 384.

Quel juge pour l'état d'urgence ?

Isabelle Boucobza

Selon l'article 7 de la loi du 3 avril 1955, dans sa version initiale, les mesures prises en application du 3° de l'article 5 (interdiction de séjour) et de l'article 6 (assignation à résidence) pouvaient faire l'objet, de la part des personnes concernées, d'une demande de retrait soumise à une commission consultative comprenant des délégués du conseil départemental désignés par ce dernier et dont la composition, le mode de désignation et les conditions de fonctionnement étaient fixés par décret en Conseil d'État. L'article 7 prévoyait également que les personnes visées par ces mesures pouvaient former un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif avant un éventuel appel devant le Conseil d'État. Dans son avis en date du 17 novembre 2015 sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, le Conseil d'État estime que « la protection apportée par le juge des référés administratifs (qui se prononce sans attendre et ordonne s'il y a lieu la fin de la mesure) est très supérieure à celle résultant de l'intervention de la commission prévue à l'article 7 de la loi de 1955, qui se prononce *a posteriori*, à titre purement consultatif et dont la composition (précisée par un décret du 10 mai 1955) ne présente pas de suffisantes marques d'indépendance par rapport au préfet. La disparition de cette commission ne peut dès lors être regardée comme privant de garantie légale une exigence constitutionnelle »³²². Dans l'étude d'impact du même projet de loi, il est précisé que cette procédure consultative « a pu être considérée comme une garantie au moment de sa conception en 1955 mais « qu'elle devenue moins protectrice que le droit commun »³²³, compte tenu de l'évolution de celui-ci et notamment de l'intervention de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives qui a créé la procédure du référé-liberté ainsi que du référé-suspension.

Le ton est ainsi donné : l'objectif est de simplifier et moderniser la loi de 1955 tout en permettant aux autorités publiques d'agir avec efficacité dans la lutte contre le terrorisme ; et s'agissant plus particulièrement des recours contre les mesures prises par les autorités publiques, les garanties accordées aux personnes visées sont présentées comme étant renforcées puisqu'elles relèveront désormais du « droit commun ». Ainsi, dans le rapport qu'il présente devant l'Assemblée nationale, Jean-Jacques Urvoas affirme que « les recours qu'elles peuvent former, autrefois examinés *a posteriori* par une commission consultative *ad hoc*, sont désormais soumis au juge administratif dans le cadre bien plus protecteur des procédures de référé-suspension et de référé-liberté —dans lequel, vous le savez, le juge doit statuer en quarante-huit heures »³²⁴.

³²² Conseil d'État, Avis n° 390.786 sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions ;

<http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/projets/pl3225-ace.pdf>

³²³ Etude d'impact du projet de loi n° 3225, déposé le 18 novembre 2015,

<http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3225-ei.asp>

³²⁴ Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 3225), après engagement de la procédure

Sur la base de ces éléments, la loi du 20 novembre 2015 abroge l'article 7 précité et introduit un article 14-1 dans la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, qui prévoit la compétence des juridictions administratives. Cette attribution de compétence dans le cadre de l'état d'urgence (mais on verra également qu'elle intervient dans certaines dispositions du droit commun de la lutte contre le terrorisme) a fait resurgir la traditionnelle rivalité entre juge judiciaire et juge administratif, notamment pour l'attribution de la qualité de juge « gardien des droits et libertés ». Au cours de l'audience solennelle de rentrée en janvier 2016, le Premier président de la Cour de cassation pose publiquement la question des raisons pour lesquelles l'autorité judiciaire est « évitée »³²⁵ :

« Les pouvoirs publics sont-ils parfois portés à prendre leurs distances avec l'Autorité judiciaire ? Si oui, pourquoi ? Quelles défaillances ou quels risques l'Autorité judiciaire présente-t-elle qui justifieraient que l'Etat préfère l'éviter lorsqu'il s'agit de la défense de ses intérêts supérieurs ? Le Premier président de la Cour de cassation se doit de poser loyalement cette question dans les circonstances dramatiques que notre pays traverse avec un accompagnement législatif qui ne s'est pas tourné spontanément vers l'Autorité judiciaire lorsque l'on a mis en place le contrôle de l'application aussi bien de la loi sur le renseignement que de celle sur l'état d'urgence, textes qui intéressent pourtant au premier chef la garantie des droits fondamentaux. Qu'on me comprenne bien. Mon propos n'est pas critique ni revendicatif. Il est seulement interrogatif. Pourquoi l'Autorité judiciaire est-elle ainsi évitée ? Elle est la première appelée à rechercher en elle-même les réponses à cette question fondamentale. Gouvernement, Parlement, Conseil constitutionnel ont convergé pour ne pas désigner le juge judiciaire dans ces lois récentes. Au-delà de la problématique technique autour des notions de prévention et de répression, dont tous les juristes connaissent la labilité, pourquoi ce choix ? Ceci mérite un débat de société. J'espère que l'année 2016 en permettra l'émergence ».

La recherche entreprise ici prend acte de cette mise en rivalité des juges et en propose l'analyse. On espère ainsi pouvoir apporter des éléments de réponse aux questions suscitées par la promotion du juge administratif et non du juge judiciaire comme juge de l'état d'urgence. A cette fin, on prend pour objet les décisions juridictionnelles qui sont intervenues et qui ont eu une incidence sur ce débat, en particulier les décisions du Conseil constitutionnel mais également celles de la justice administrative et de la justice judiciaire. L'étude examine aussi les discours qui ont été tenus par les juges eux-mêmes, par exemple les fréquentes interventions publiques des plus hauts représentants de l'autorité judiciaire et de la justice administrative dans le cadre de discours donnés à des occasions solennelles ou de rencontres à caractère plutôt scientifique mêlant acteurs du monde judiciaire, politique et académique (colloques). Il est enfin tenu compte des prises de position des juges dans la presse (appels de magistrats judiciaires ou administratifs) ainsi que des thèses qui sont défendues par les juristes universitaires qui se sont prononcés sur la rivalité entre juge judiciaire et juge administratif et sur le rôle joué par le Conseil constitutionnel.

L'analyse des décisions juridictionnelles montre clairement l'existence d'une alliance entre le juge constitutionnel et le juge administratif au détriment du juge judiciaire. La bataille

accélérée, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, par M. Jean-Jacques URVOAS ; <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3237.asp>

³²⁵ D'autres parlent « d'éviction » du juge judiciaire. V. Agnès Roblot-Troizier, « Assignations à résidence en état d'urgence », *RFDA*, 2016, p. 123

pour le statut de juge garant des droits et libertés dans le cadre de l'état d'urgence se joue à *deux contre un*, le juge judiciaire se trouvant affaibli face aux jurisprudences concordantes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat. Les arguments utilisés pour justifier la compétence de la justice administrative reposent sur l'apparente simplicité de l'opposition entre police judiciaire et police administrative ainsi que sur une prétendue « intention » des constituants s'agissant de la définition de la liberté individuelle. Au-delà des arguments, les présupposés du choix ainsi opéré en faveur du juge administratif seront explorés pour tenter de percer les raisons de sa promotion comme juge de l'état d'urgence (I). Pour faire face à la position dominante de la justice administrative, soutenue par le juge constitutionnel, des tentatives de contre-attaque en faveur du juge judiciaire s'organisent, sans grand succès cependant. Ni le registre institutionnel de mise en cause implicite de la faiblesse de l'indépendance ou de l'existence même de la justice administrative, ni celui de la dénonciation du contournement des garanties du procès pénal induit par le développement d'une forme de « prévention répressive » n'ébranlent la position du juge administratif. Celle-ci est en effet confortée par une logique sécuritaire toute en ambiguïtés qui brouille les frontières entre prévention et répression et revendique le caractère à la fois « normal » et « dérogatoire » des dispositifs de l'état d'urgence ou de la lutte contre le terrorisme. Pour contester la place prégnante du juge administratif dans l'état d'urgence, il reste enfin la pratique du juge judiciaire lui-même qui intervient lorsque des suites pénales sont données aux mesures administratives. La Cour de cassation semble vouloir imposer un contrôle sur les preuves apportées par le ministère de l'intérieur pour justifier les assignations à résidence ou les perquisitions administratives, mais il s'agit d'un contentieux limité (II).

I - Deux juges contre un dans un jeu argumentatif discutable

Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat partagent la même doctrine pour exclure la compétence du juge judiciaire dans le cadre de l'état d'urgence. L'argumentation du Conseil d'Etat pour défendre sa compétence juridictionnelle se trouve sans surprise dans les avis qu'il rend en tant qu'autorité consultative du gouvernement intervenant en amont de la production législative relative à l'état d'urgence. Cette argumentation se trouve encore dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel relative à la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction lorsque des QPC sont intervenues au sujet des mesures prises sur le fondement de la loi de 1955 qui ont posé le problème de l'interprétation de la notion de liberté individuelle à laquelle la compétence du juge judiciaire est attachée. Dans ces différentes hypothèses, la concordance de vues entre Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat pour la compétence de la justice administrative est particulièrement visible (A). Fort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel favorable à sa compétence, le Conseil d'Etat, en la personne de son Vice-Président Jean-Marc Sauvé, répond au premier Président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, sur l'intention présumée des constituants. Or, il résulte de leurs analyses des interprétations tellement divergentes de cette prétendue « intention » que l'on peut légitimement douter de leur apport explicatif (B). C'est la raison pour laquelle il sera nécessaire dans un dernier temps d'interroger les présupposés des arguments favorables à la compétence de la justice administrative dans l'état d'urgence : cette thèse n'est-elle pas le révélateur des raisons historiques, théoriques et politiques toujours bien vivantes de l'existence d'une justice administrative distincte de la justice judiciaire au sein de l'Etat ? (C).

A - Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, juges de l'état d'urgence : une concordance de vues pour la compétence de la justice administrative

1. Le privilège de « consultation » du Conseil d'Etat

Dans le cadre de l'exercice de sa fonction consultative, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur les six projets de loi de prorogation de l'état d'urgence, auxquels il faut ajouter le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation. Cette consultation place le Conseil d'Etat dans une position privilégiée pour définir sa compétence dans le cadre de l'état d'urgence.

Ainsi, dans l'avis qu'il donne sur le projet de loi constitutionnelle qui visait la constitutionnalisation de l'état d'urgence, le Conseil d'Etat défend, dans l'exercice de sa fonction consultative, la compétence « naturelle » du « juge administratif » —en clair, rien moins que sa propre compétence lorsqu'il exerce la fonction juridictionnelle, en matière de police administrative³²⁶. Le juge de l'état d'urgence, c'est le juge administratif et il n'est pas même nécessaire de le préciser in extenso dans le projet de loi constitutionnelle de protection de la nation : « le Conseil d'Etat a supprimé les mots 'sous le contrôle du juge administratif' qui sont inutiles s'agissant de mesures de police administrative placées naturellement sous le contrôle du juge administratif ». Dans le cadre de l'état d'urgence, la formule « sous le contrôle du juge » suffit donc pour désigner l'ordre juridictionnel compétent.

2. L'union fait la force du juge administratif : la doctrine du Conseil d'Etat au Conseil constitutionnel

L'argument de la compétence « naturelle » du juge administratif en matière de police administrative se fonde sur une apparente simplicité qui se résume dans l'équation suivante : en matière de police administrative, le juge administratif est compétent.

Bernard Stirn donne l'illustration de cette doctrine du Conseil d'Etat dans une conférence donnée en 2016 intitulée *Lutte contre le terrorisme, état d'urgence et Etat de droit*³²⁷ : « La juridiction administrative a vu le champ de son contrôle s'élargir à proportion des compétences accrues que l'état d'urgence attribue aux autorités de police. Sous réserve qu'elles ne soient pas privatives de liberté, les différentes mesures prises au titre de l'état d'urgence sont en effet des mesures de police administrative, qui relèvent par nature du juge administratif. Il n'y a là aucun déplacement de la ligne de partage entre les deux ordres de juridiction mais la simple application des règles habituelles. L'autorité judiciaire intervient à son tour si des suites pénales sont données aux mesures administratives »³²⁸.

Cette doctrine du Conseil d'Etat sur sa propre compétence trouve une assise

³²⁶ v. avis du CE sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la nation

<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Avis/Selection-des-avis-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Loi-constitutionnelle-de-protection-de-la-Nation>

³²⁷ Bernard Stirn, Président de la section du contentieux Intervention lors de la Conférence de rentrée de l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence le 21 septembre 2016

<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Lutte-contre-le-terrorisme-etat-d-urgence-et-Etat-de-droit>

³²⁸ *ibid.* Nous soulignons

confortable dans une jurisprudence désormais constante du Conseil constitutionnel qui définit la compétence du juge judiciaire sur la base d'une interprétation étroite de l'article 66 de la constitution. Sans retracer ici toute l'évolution qui a conduit le juge constitutionnel à enfermer la compétence du juge judiciaire dans le périmètre de la « privation de liberté », on peut montrer la vigueur de cette interprétation dans les décisions du Conseil constitutionnel relatives à l'état d'urgence.

Dans la décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, le Conseil constitutionnel a estimé que rien n'interdisait au législateur de confier au juge administratif le contentieux des assignations à résidence. Si le confinement de l'assigné à résidence est inférieur à douze heures par jour, le juge constitutionnel y voit une « restriction » à la liberté de circulation et non une « privation » de liberté au sens de l'article 66. Le juge administratif est compétent. Le Conseil constitutionnel valide ainsi la limite de douze heures fixée par le législateur. La privation de liberté ne constitue une atteinte à la liberté individuelle qu'au-delà de la 12^{ème} heure, ce qui a pour effet de ne pas soumettre au contrôle de l'autorité judiciaire l'astreinte à domicile ne dépassant pas 12 heures dans le cadre d'une assignation à résidence.

Dans sa décision du 19 février 2016 relative aux perquisitions administratives³²⁹, le Conseil constitutionnel énonce que, du fait de leur nature préventive, ces mesures « n'ont pas à être placées sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire ». De la même façon, dans la décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, la prolongation dans le temps au-delà de 12 mois d'une mesure d'assignation à résidence ordonnée dans les conditions prévues par l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 « n'a pas pour effet de modifier sa nature et de la rendre assimilable à une mesure privative de liberté »³³⁰.

Cette convergence de vues entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat sur la compétence de ce dernier peut expliquer qu'il n'hésite pas à transmettre des QPC au Conseil constitutionnel alors même que les autorités politiques ont, de leur côté, préféré éviter, tant pour la loi du 20 novembre 2015 que pour les prorogations successives de l'état d'urgence, de saisir le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*³³¹. Du reste, le cadre de la QPC permet aux deux juridictions de faire coïncider leurs vues sur la question de l'étendue du contrôle exercé par le juge administratif. Ainsi comme le rappelle Jean-Marc Sauvé, « en transmettant aussi par sa décision du 11 décembre 2015 une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil d'Etat a pris soin de préciser dans un *obiter dictum* que le juge de l'excès de pouvoir exerce un entier contrôle sur les mesures d'assignation à résidence, c'est-à-dire, comme l'a souligné le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 décembre 2015, un triple contrôle de leur caractère nécessaire, adapté et proportionné »³³². Là encore, on voit bien que c'est le juge administratif qui donne le « la » sur l'étendue de sa propre compétence, l'intervention postérieure du juge constitutionnel venant consolider celle du premier en la

³²⁹ Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016

³³⁰ Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017.

³³¹ Manuel Valls avait invité les parlementaires à ne pas saisir d'un contrôle *a priori* en raison d'un risque d'inconstitutionnalité de la loi du 20 novembre 2015. « État d'urgence : Valls admet ne pas respecter la Constitution ».

<http://www.politis.fr/articles/2015/11/etatNdurgenceNvallsNadmetNneNpasNrespecterNlaNconstitutionN33107>

³³² Jean-Marc Sauvé, « Le juge administratif, protecteur des libertés »,

<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-juge-administratif-protecteur-des-libertes>

repreuant à son compte. Cette combinaison des jurisprudences a vocation à placer le contrôle exercé par le juge administratif à la hauteur de la responsabilité qui lui est confiée. En effet, comme le rappelle Bernard Stirn, « quelques décisions antérieures ne retenaient, du fait du caractère exceptionnel des circonstances, qu'un contrôle restreint³³³, où seule l'erreur manifeste d'appréciation³³⁴ avait trouvé sa place³³⁵ ». En affirmant que le contrôle pratiqué par le juge administratif doit être un contrôle « normal » ou « entier », les deux juges parlent pratiquement d'une même voix pour reconnaître que si l'état d'urgence habilite l'autorité de police administrative, « le législateur fait peser la responsabilité du contrôle — donc la garantie de l'État de droit — sur les épaules du juge administratif. Rien ne serait plus dangereux en termes de garanties accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, rien ne serait plus dévastateur pour l'image du juge administratif que de laisser penser que son contrôle est un contrôle au rabais » selon l'expression de Xavier Domino³³⁶.

Cette idée selon laquelle c'est bien la doctrine du Conseil d'Etat qui est adoptée par le Conseil constitutionnel est, sans surprise, largement admise, par ceux qui déplorent et envisagent de façon critique la compétence progressivement reconnue au juge administratif suite aux revirements jurisprudentiels du juge constitutionnel à la fin des années 90 en matière d'interprétation de la notion de liberté individuelle. Ce sont en revanche les termes de l'analyse menée par certains représentants de l'institution judiciaire qui peuvent susciter l'étonnement. Ainsi, la reconnaissance de la compétence du juge administratif en matière de libertés s'explique, selon Guy Canivet, Premier président honoraire de la Cour de cassation et ancien membre du Conseil constitutionnel, moins juridiquement que sociologiquement : il y voit l'expression d'une ambition du Conseil d'Etat de « placer le juge administratif en concurrence avec le juge judiciaire ». Une ambition couronnée de succès en raison de « la diversité des moyens d'influence du Conseil d'Etat », qui résultent, selon le haut magistrat, « de la dualité de ses fonctions : consultatives et contentieuses, de la cohésion de ses membres, leur mobilité dans les fonctions administratives au sein des structures d'élaboration des normes, notamment au sein des cabinets ministériels, par son influence au sein du Parlement, par la maîtrise des textes réformant sa propre procédure, mais encore par le rôle du secrétaire général du Conseil constitutionnel dans l'élaboration des décisions, cette fonction de secrétaire général étant à de brèves exceptions près traditionnellement réservée aux membres du Conseil d'Etat »³³⁷.

³³³ CE, Assemblée, 16 décembre 1955, *Dame Bourokba*.

³³⁴ CE, 25 juillet 1985, *Mme Dagostini*.

³³⁵ Bernard Stirn, Président de la section du contentieux Intervention lors de la Conférence de rentrée de l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence le 21 septembre 2016
<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Lutte-contre-le-terrorisme-etat-d-urgence-et-Etat-de-droit>

³³⁶ Christophe Fardet « L'état d'urgence : point de vue du droit administratif », *Civitas Europa*, vol. 36, no. 1, 2016, pp. 155-169 qui cite Xavier Domino, concl., sous, CE, Sect., 11 décembre 2015, *RFDA* 2016, cf., p. 114.

³³⁷ Guy Canivet, « Pathologie de la garantie de la liberté individuelle : le syndrome de la confusion, examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'interprétation de l'article 66 de la constitution », in *Mélanges Giudicelli Delage*, Dalloz, 2016, p. 335.

B - La faiblesse des démonstrations fondées sur l'intention des constituants : zéro partout ?

Il n'y a pas d'analyses plus diamétralement opposées que celles qui sont portées par Jean-Marc Sauvé et Bertrand Louvel sur une prétendue « intention » des rédacteurs de la Constitution de la Vème république sur la notion de liberté individuelle et sur le rôle respectif qu'ils auraient attribué aux juges judiciaires et administratifs. Dès lors, on peut légitimement interroger le crédit à accorder à l'une comme à l'autre thèse, dans la mesure où de nombreux travaux, notamment dans le champ de la théorie du droit, ont montré la faiblesse d'une argumentation fondée sur une intention qu'il est difficile d'établir avec certitude étant donnée la variété des positions des membres des différentes instances amenées à se prononcer, la nécessité qu'ils ont de trouver des compromis, le caractère volontairement vague et indéterminée des expressions qu'ils utilisent dans les discussions sur un futur texte constitutionnel. On constate néanmoins des degrés dans l'usage de cet argument : alors que le Vice-Président du Conseil d'Etat s'attache fermement à en faire la démonstration, Bertrand Louvel reconnaît que l'argument ne se suffit pas à lui tout seul.

Dans une intervention intitulée « le juge administratif, protecteur des libertés », Jean-Marc Sauvé justifie la compétence du juge administratif en matière de libertés en se fondant sur « l'esprit du Constituant de 1958 ». Il appuie son argumentation en soutenant « qu'il est reconnu par tous » que « l'article 66 avait pour objet d'inscrire dans notre loi fondamentale une clause d'Habeas corpus, c'est-à-dire une disposition protégeant toute personne contre des privations arbitraires de liberté et consacrant ainsi le vieux principe révolutionnaire qu'est la sûreté. Telle est l'économie de l'article 66 de la Constitution »³³⁸. Certes, il convient que le Conseil constitutionnel a, dans un premier temps, retenu dans sa jurisprudence une conception très extensive de la « liberté individuelle » et donc de la compétence du juge judiciaire. Mais il souligne que le Tribunal des conflits, puis le Conseil d'Etat, par leurs décisions *Eucat*³³⁹ et *Ministre de l'intérieur et de la décentralisation c. Peltier*³⁴⁰, ont pris rapidement leurs distances avec cette conception qui s'éloignait de la lettre, comme des travaux préparatoires très clairs de l'article 66 »³⁴¹. Enfin, selon le Vice-Président du Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel aurait, à partir de 1998, renoué avec « l'esprit du constituant de 1958 » en rattachant explicitement le droit au respect de la vie privée à la « liberté personnelle », garantie à l'article 2 de la Déclaration de 1789, combiné ensuite avec l'article 4 de ce même texte. Le Conseil constitutionnel a fait ensuite de même pour la liberté d'aller et de venir, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances, et la liberté du mariage ». Ce revirement du Conseil constitutionnel est explicitement qualifié de « retour à l'orthodoxie constitutionnelle ».

Du côté de Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation, la lecture des intentions des rédacteurs de la constitution de 1958 est diamétralement opposée. Bertrand Louvel fonde sur la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 la démonstration de l'étendue de la

³³⁸ <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-juge-administratif-protecteur-des-libertes>

³³⁹ TC 6 septembre 1986, *Commissaire de la République de la région Alsace et autres c. Eucat*, Rec. 301.

³⁴⁰ CE, Ass., 8 avril 1987, *Ministre de l'intérieur et de la décentralisation c. Peltier*, Rec. 128.

³⁴¹ Nous soulignons. Jean-Marc Sauvé, « Le juge administratif, protecteur des libertés » Université d'Auvergne, jeudi 16 juin 2016.

<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-juge-administratif-protecteur-des-libertes>

compétence de qui devrait être celle de l'autorité judiciaire. Il retient que, dans son unique article, cette loi dispose en son point 4 : « L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère ». Selon Bertrand Louvel, « deux idées se dégagent principalement de ce texte : le respect des libertés essentielles est assuré par l'autorité judiciaire ; pour ce faire, l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante »³⁴².

Le haut magistrat judiciaire met l'accent sur le sens pluriel de la garde de la liberté individuelle dans la loi du 3 juin 1958 en citant le général de Gaulle : « Le Général de Gaulle le confirme dans son discours de présentation du projet de Constitution, le 4 septembre, place de la République, indiquant qu'il a été fait en sorte que 'l'autorité judiciaire soit assurée d'indépendance et puisse ainsi rester la garante des libertés de chacun'. Il traduit exactement le lien entre l'indépendance du juge et les libertés plurielles confiées à sa garde »³⁴³.

Le premier président de la Cour de Cassation insiste sur ce lien entre indépendance et étendue de la protection des libertés assurée par l'autorité judiciaire : « Est ainsi défini un champ de compétence à la fois large, parce qu'il s'étend à la pluralité des libertés reconnues par les déclarations des droits, et singulier, en ce qu'il est attribué à un juge dont le statut assure l'indépendance vis-à-vis des autres autorités de l'Etat, et en particulier de celle dont peuvent émaner des atteintes aux libertés, à savoir l'administration entendue comme l'ensemble des services soumis à l'autorité gouvernementale »³⁴⁴.

Bertrand Louvel reconnaît toutefois que l'indépendance à l'égard de l'exécutif dans le texte de la Constitution de 1958 n'est pas à la hauteur de la mission de protection des libertés confiée à l'autorité judiciaire dans la loi du 3 juin 1958 : les membres du CSM sont tous nommés par le Président de la République et surtout, la loi organique du 22 décembre 1958 confie l'administration des tribunaux au ministère de la Justice et non au CSM lui-même.

En revanche, à la différence du Vice-Président du Conseil d'Etat qui ne semble pas douter de la définition restrictive de la notion de liberté individuelle retenue par l'article 66 de la constitution, Bertrand Louvel reconnaît que la notion de liberté individuelle « reste encore à définir » au moment où le nouveau texte entre en vigueur. Il fait le constat, après une période plutôt favorable à une conception extensive de la notion de liberté individuelle, de l'évolution concordantes des jurisprudences du Tribunal des conflits, du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans le sens d'une définition étroite, de l'affirmation concomitante du rôle du juge administratif dans le champ des droits et libertés et estime même leur situation d'indépendance comparable, affirmant que celle du juge administratif est plus favorable à celle du juge judiciaire. Et de conclure : « (...) continuer d'identifier le juge judiciaire comme le juge des libertés ne relève-t-il pas d'une incantation puisée à la source d'une tradition

³⁴²

https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_tribunes_entretiens_2039/discours_2202/premier_president_7084/gardienne_liberte_33544.html

³⁴³ <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20160229/lois.html#toc3>

³⁴⁴

https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_tribunes_entretiens_2039/discours_2202/premier_president_7084/gardienne_liberte_33544.html

d'indépendance aujourd'hui limitée et partagée avec d'autres ? Le temps est venu que la société s'interroge sur cette évolution qui a consisté à diminuer la position du juge judiciaire dans l'Etat et à assurer la promotion du juge de l'administration. On ne peut plus différer un débat de clarification : quelles sont aujourd'hui les spécificités irréductibles du juge judiciaire ? Quelles justifications fondent encore l'existence de deux ordres juridictionnels distincts ? ».

S'agissant de l'état d'urgence, on pourrait ajouter l'interrogation suivante : quels sont les présupposés de l'avantage donné au juge administratif ? Ne seraient-ils pas ceux qui ont toujours présidé à l'existence d'un ordre juridictionnel distinct pour trancher les litiges entre les particuliers et l'administration ; en d'autres termes, la banale expression d'une vieille histoire ?

C - L'avantage donné au juge administratif : une vieille histoire ?

L'état d'urgence semble jouer le rôle de révélateur d'une situation bien ancrée dans notre système juridique et politique. Il exacerbe les cas de compétence du juge administratif si bien qu'il rend plus visibles les spécificités d'un juge qui s'emploie pourtant depuis plusieurs décennies, avec l'appui d'une grande partie de la doctrine³⁴⁵, à se présenter comme un juge « ordinaire », de « droit commun » par opposition à l'idée dé-légitimante de « juridiction spéciale » ou « spécialisée ». En d'autres termes, le juge administratif serait un juge comme un autre, cet autre étant bien sûr le juge judiciaire.

Or, cette thèse de l'équivalence des deux ordres juridictions formant un unique pouvoir juridictionnel³⁴⁶ conformément aux exigences vagues mais constamment invoquées de l'Etat de droit présente de nombreuses failles.

D'abord, elle passe systématiquement sous silence la double, voire triple, fonction du Conseil d'Etat —consultative, juridictionnelle, et gestionnaire de l'ordre juridictionnel administratif—, pourtant si décisive pour comprendre le poids de l'institution au sein de l'Etat. Or, avec l'état d'urgence, la fonction consultative du Conseil d'Etat a été particulièrement exposée et son avis systématiquement scruté à chaque demande de prolongement de l'état d'urgence. Elle a également retenu l'attention, on l'a vu, parce qu'elle a contribué à consolider la position du juge administratif comme juge de l'état d'urgence.

Ensuite cette thèse fait également l'impasse sur la spécificité de la fonction juridictionnelle lorsqu'elle s'exerce dans le cadre du contentieux administratif. Il s'agit de juger le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Or, depuis la Révolution française, le parti a été pris de ne pas confier cette fonction au juge judiciaire. S'il n'est pas nécessaire de revenir sur l'ensemble des arguments qui sont généralement présentés en doctrine, par le juge administratif lui-même ou par le Conseil constitutionnel pour justifier cette situation

³⁴⁵ Olivier Le Bot souligne par exemple que dans l'état d'urgence tel qu'il résulte de la loi de 1955 modifiée « aucune juridiction spéciale ou d'exception ne vient remplacer les juridictions ordinaires » ; « Etat d'urgence et compétences juridictionnelles », *RFDA* 2016. 436. Il ne précise toutefois pas quel critère permet de distinguer une juridiction « spéciale » ou « d'exception » d'une juridiction « ordinaire ». En revanche, Dominique Rousseau qualifie le Conseil d'Etat de « juge spécial pour l'Administration », v. « Les citoyens ne réclament pas davantage d'énarques ou de lois, mais de juges », *Gazette du Palais* - 17/05/2014 - n° 137 - page 7.

³⁴⁶ Fabrice Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, 2010, coll. Systèmes, p. 90.

(conception particulière ou radicale de la séparation des pouvoirs, tradition historique révolutionnaire et même pré-révolutionnaire etc..), on posera plutôt l'hypothèse que les raisons historiques qui ont justifié la création d'un deuxième ordre de juridiction pourraient toujours être valables aujourd'hui.

Pendant longtemps l'idée qui a dominé tenait dans cette formule désormais célèbre : « juger l'administration, c'est encore administrer ». Le juge administratif serait né dans l'administration pour la juger, non pas en procédant à l'application mécanique de la loi (syllogisme « judiciaire ») mais en réalisant une pondération entre deux impératifs : celui de l'intérêt général qui justifie l'habilitation donnée à l'administration de choisir entre plusieurs actions toutes légales (pouvoir discrétionnaire) et celui de la protection des droits ou intérêts des administrés. Cette définition particulière d'une fonction juridictionnelle propre aux litiges où l'administration est partie aurait-elle disparu ? D'un point de vue théorique, en effet, il est tout à fait possible de concevoir que dans un même système juridique, la distribution des compétences conduise à identifier au moins deux formes distinctes de l'activité de juger, attribuée à deux organes différents (en l'occurrence d'un côté le juge judiciaire, de l'autre le juge administratif) afin d'atteindre des finalités politiques et idéologiques (telles que l'affaiblissement du pouvoir des juges et la préservation du pouvoir d'appréciation et de la capacité d'action de l'administration).

Cette question mérite d'être posée puisque la thèse de la « normalisation » de la justice administrative repose sur deux idées contradictoires, relatives à la fonction exercée par le juge administratif, qui font toute son ambiguïté : 1. le juge administratif connaît mieux que le juge judiciaire l'administration et est le mieux placé pour juger son action (ou pouvoir discrétionnaire) ; entendons, c'est parce qu'il est proche de l'administration et garde des liens organiques avec le pouvoir exécutif que le juge administratif pourrait, selon les circonstances et les intérêts en balance, tantôt pousser son contrôle, tantôt le retenir ; 2. juger l'administration ne présente aujourd'hui plus de spécificité. Autrement dit, juger l'administration c'est juger, et le juge administratif ne fait pas autre chose que le juge judiciaire : appliquer la loi à un cas concret.

Ce double discours n'est-il pas toujours de mise dans la situation récente de l'état d'urgence ? Le fondement de la compétence de la justice administrative ne peut-il être vu comme le produit de cette vieille histoire selon laquelle le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif ne peut être placé qu'entre les mains d'un juge connaissant de près l'administration, soucieux de la gestion de l'équilibre entre l'intérêt général et les droits des individus ? Le raisonnement vaut particulièrement en ce qui concerne le contentieux des droits et libertés face au pouvoir de l'administration. Si juger les violations des droits et libertés par l'administration, c'est encore « administrer » à travers l'exercice d'un contrôle de proportionnalité, l'extension de la compétence du juge administratif (qui viendrait faire « exception » à celle du juge judiciaire dans ce domaine, comme le montre aussi l'évolution de la théorie de la voie de fait et de l'emprise irrégulière) semble pouvoir s'inscrire dans le développement d'un dispositif qui favorise un juge plus sensible aux raisons de l'Etat qui lutte contre le terrorisme avec les moyens de l'état d'urgence.

Quant au critère de la police administrative comme champ de compétence du juge administratif dans l'état d'urgence, il repose sur le même présupposé : la prévention des

troubles à l'ordre public est une opération qui consiste à habiliter l'administration à choisir entre une pluralité de mesures attentatoires aux libertés : interdiction de circuler, de manifester ou de se réunir, assignation à résidence, perquisition etc... Cependant en temps normal, les mesures les plus intrusives pour les libertés —telles que les assignations à résidence ou les perquisitions— ne sont pas de la compétence de l'administration et ne relèvent pas du juge administratif. En effet, s'agissant des assignations à résidence, seuls le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention peuvent les décider, dans le cadre d'un contrôle judiciaire à l'encontre d'une personne poursuivie ou mise en examen (à l'exception toutefois du pouvoir donné aux préfets qui peuvent prendre une mesure d'assignation à l'encontre d'étrangers sans titre de séjour). Dans le cadre de l'état d'urgence, cette compétence est attribuée au ministre de l'intérieur qui peut assigner à résidence une personne « à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ». Cette même motivation justifie que l'administration puisse ordonner des perquisitions administratives alors qu'en temps normal, les perquisitions sont ordonnées par un juge d'instruction ou un juge des libertés et de la détention³⁴⁷. Dans le cadre de l'état d'urgence, l'administration décide seule et le juge administratif est considéré comme l'unique juge en mesure de produire *a posteriori* la pondération nécessaire à la préservation de l'action de l'Etat pour maintenir la sécurité et la protection des libertés. Or, la distinction entre police judiciaire et administrative repose sur des bases bien fragiles. D'abord, les cas sont nombreux où la frontière entre les deux types de police est difficile à établir, et cette difficulté semble s'accroître dans le cadre de la logique sécuritaire de l'état d'urgence ou plus largement de la lutte contre le terrorisme. Certains pénalistes dénoncent dans ces domaines la confusion entre les deux formes de police permettant opportunément de déclencher « l'opération magique » de qualification de police administrative qui mènera à la compétence du juge administratif. Surtout, la tendance de fond de l'état d'urgence et du droit sécuritaire tient dans la multiplication des dispositifs juridiques où la police administrative se fait répressive par anticipation, en particulier lorsqu'il s'agit de restreindre les libertés de personnes dont le « comportement » est jugé « suspect »³⁴⁸ (voir *infra*).

Un élément plus récent conforte le rôle de juge administratif comme juge de l'état d'urgence et plus largement de certains dispositifs sécuritaires. En effet, depuis la fin des années 80, le Conseil d'Etat ne se contente plus de *conseiller* et de *juger*, il *gère*³⁴⁹ aussi l'ordre juridictionnel administratif, fonction autrefois conférée au ministère de l'intérieur. Est-ce que cela a son importance au regard de la question de sa compétence dans le cadre de l'état d'urgence ? Il ne faut pas l'exclure si l'on en croit la parole, nécessairement anonyme, de magistrats administratifs tenus en principe par leur devoir de réserve³⁵⁰, pour s'inquiéter des

³⁴⁷ V. Rapport *L'urgence d'en sortir. Analyse approfondie du régime juridique de l'état d'urgence et des enjeux de sa constitutionnalisation dans le projet de loi dit « de protection de la nation »*, Janvier 2016, p. 24 et 30 notamment.

³⁴⁸ V. sur les différentes questions évoquées dans ce paragraphe Olivier Cahn, « 'Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre'. Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *Archives de politique criminelle*, 2016/1, n° 38, p. 89-121.

³⁴⁹ <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Missions/Gerer-la-juridiction-administrative/La-gestion-de-la-juridiction-administrative>

³⁵⁰ « Nous sommes une dizaine de juges administratifs à avoir souhaité nous exprimer par le biais d'une tribune. Anonymement, car nous sortons de notre devoir de réserve et risquons par là des sanctions disciplinaires. Les propos tenus dans cette tribune n'engagent que leurs auteurs qui ne représentent pas la totalité des juges

pouvoirs remis au juge administratif depuis novembre 2015. Leur intervention dans la presse est surtout loin d'être anodine parce qu'elle vise les affaires qui concernent les militants écologistes auxquels sont appliquées des mesures d'assignation à résidence prévues dans le cadre de l'état d'urgence sous prétexte qu'ils projettent des actions constitutives de troubles à l'ordre public pendant la COP 21. Or, le Conseil d'État valide cet usage de l'état d'urgence en estimant que de telles mesures pouvaient être prises à l'encontre de personnes dont les actions éventuelles étaient pourtant sans rapport avec les actes terroristes, dès lors qu'un lien, même indirect, pouvait être établi. En l'occurrence, il s'agit de la mobilisation des forces de l'ordre pour canaliser le militantisme écologique radical qui aurait risqué de les détourner de la lutte contre le terrorisme. Aux yeux des magistrats administratifs, la décision du Conseil d'État démontre que dans le cadre de l'état d'urgence, le pouvoir du juge demeure limité : « En théorie, le Conseil d'État a reconnu au juge administratif, notamment dans le cadre des procédures d'urgence, le pouvoir de contrôler les décisions prises dans le cadre de l'état d'urgence ; il lui a aussi permis de prendre toute mesure utile pour assurer la sauvegarde de la liberté fondamentale à laquelle le ministre de l'intérieur ou le préfet auraient porté atteinte. Mais, en pratique, son contrôle est demeuré assez circonscrit ». Car, soulignent-ils, « dans la juridiction administrative, les positions du Conseil d'État 'font jurisprudence'³⁵¹ », ce qui signifie que la ligne fixée dans ces cas par le Conseil d'État sera nécessairement suivie dans les tribunaux et les Cours administratives d'appel. L'unité de la jurisprudence de l'ordre juridictionnel administratif n'est certainement pas sans lien avec la forte dimension hiérarchique des rapports qui unissent le Conseil d'État —en particulier, son Vice-président assisté du secrétaire général— aux magistrats des juridictions administratives. En effet, la hiérarchie des corps suit la hiérarchie des recours (sauf compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État) et ainsi la gestion des carrières par la hiérarchie peut garantir à celle-ci un pouvoir d'influence pour imposer une politique pour la justice administrative dans le cadre de l'état d'urgence, comme en dehors de celui-ci. En d'autres termes, si les magistrats n'ont pas l'obligation juridique de suivre la jurisprudence du Conseil d'État, on peut formuler l'hypothèse qu'ils y sont structurellement contraints du fait du rôle décisif du Conseil d'État dans l'organisation et dans la gestion de leur corps, qui les pousse à ne pas lui déplaire. Le rôle de juridiction suprême du Conseil d'État et « l'emprise organique »³⁵² qu'il exerce sur les magistrats administratifs empêche ainsi mécaniquement la naissance d'une « culture de la rébellion telle qu'elle existe (parfois) dans les juridictions judiciaires de première instance et d'appel »³⁵³.

Les choix faits par les différentes majorités gouvernementales en faveur de juge administratif —dans les différentes lois de prorogation de l'état d'urgence ou dans les textes de lutte contre le terrorisme visant à faire entrer l'état d'urgence dans le droit commun —peuvent donc difficilement être compris comme le produit d'une prétendue « théorie de la séparation

administratifs. Cette initiative a suscité des débats parmi nos collègues, mais nous avons estimé que l'absolue nécessité d'un large débat sur la pérennisation de l'état d'urgence justifiait cette sortie de notre habituelle réserve ».

<https://blogs.mediapart.fr/edition/les-invites-de-mediapart/article/291215/etat-d-urgence-des-juges-administratifs-appellent-la-prudence>

³⁵¹ *ibid.*

³⁵² Danièle Lochak, « Le juge administratif, protecteur des libertés », in *Les controverses en droit administratif*, Dalloz, 2017, p. 63.

³⁵³ *ibid.*

des pouvoirs » trop radicalement appliquée à la Révolution française et d'une tradition historique de répartition « pertinente » des compétences entre juge judiciaire et administratif pour la défense de l'Etat de droit³⁵⁴.

Ce discours justificatif incantatoire mêlant répertoire classique de la séparation des pouvoirs et moderne de l'Etat de droit masque mal la réalité de l'expression d'une préférence politique historiquement ancrée (ravivée par la Vème République) en faveur d'une architecture des pouvoirs qui privilégie un « Etat administratif »³⁵⁵. Dans le cadre de l'état d'urgence, cet « Etat administratif » se renforce. Il offre ainsi à la Haute Administration, peut-être autant qu'au sommet du pouvoir exécutif, le contrôle de la chaîne de commandement³⁵⁶. En somme, l'Administration au pouvoir se méfie des magistrats de l'ordre judiciaire, préfère gérer ses préfets et les placer sous le contrôle des magistrats de l'ordre administratif, eux-mêmes soumis au Conseil d'Etat qui jouit du privilège considérable « d'être et de ne pas être » un juge et/ou « d'être et de ne pas être » l'Administration.

II - Les tentatives (vaines ?) de contre-attaque en faveur du juge judiciaire

L'objet de cette deuxième partie consiste à passer en revue les tentatives de riposte opérées par le juge judiciaire et ses partisans pour répondre à sa mise à l'écart par le pouvoir politico-administratif. Le premier ordre d'arguments avancés pour critiquer la préférence pour le juge administratif relève du registre institutionnel. Il s'agit de soulever dans le cadre d'une discussion générale relative à l'organisation de la justice deux objections majeures à la compétence du juge administratif : d'abord, en mettant implicitement en doute son indépendance par rapport au pouvoir politique ; ensuite en mettant en cause la dualité de juridiction elle-même et donc l'existence même d'un autre juge que le juge judiciaire (A). Force est toutefois de constater que les arguments issus de ce registre institutionnel remportent peu de succès, que ce soit dans le champ académique ou dans celui des recours juridictionnels. Les arguments du deuxième ordre pourraient être bien plus déstabilisateurs pour la compétence du juge administratif —s'ils étaient plus audibles— en ce qu'ils pointent le contournement des

³⁵⁴ Pour Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat, « la longévité du dualisme juridictionnel tient à sa pertinence et son efficacité au service de notre Etat de droit ». <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Dialogue-entre-les-deux-ordres-de-juridiction>

³⁵⁵ V. Denis Salas « La banalisation dangereuse de l'état d'urgence ». *Études*, mars, (3), 29-40 : l'auteur fait référence à l'Etat administratif en évoquant ce « libéralisme de gouvernement incarné par Guizot » qui caractérise selon les termes de Pierre Rosanvallon « le penchant illibéral » de notre démocratie ». V. également Pierre Rosanvallon, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Seuil, 2004, p. 432 ; sur l'idée d'un « libéralisme étatiste » très étroitement lié au rôle de la justice administrative, v. Lucien Jaume, « Les libéraux et la justice administrative sous Juillet : craintes et ambiguïtés », in *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle*, Etudes rassemblées par Olivier Cayla, Marie-France Renoux-Zagamé, LGDJ, 2001, p. 145.

³⁵⁶ Ceci peut trouver une confirmation ultérieure dans « l'osmose entre le personnel du Conseil d'Etat et celui des 'sommets de l'Etat' due notamment à une appartenance commune au milieu homogène et soudé de la haute fonction publique et à l'essaimage des membres de la Haute assemblée vers l'administration active pour y occuper des postes de cabinet ou de direction. Sans faire de procès d'intention ni mettre en cause l'indépendance intellectuelle des juges, il est indéniable que cette proximité entre ceux qui jugent et ceux qui décident est de nature à entretenir dans l'opinion et dans l'esprit des justiciables le sentiment que la justice administrative, c'est encore l'administration qui se juge et à faire peser sur elle soupçon de complaisance ». Danièle Lochak, « Le juge administratif, protecteur des libertés », *op.cit.*, p. 63 ; v. également sur ce point, Antoine Vauchez, « Le Conseil d'Etat, verrou de l'Élysée », *Libération*, 10 févr. 2016.

principes applicables en matière pénale dès lors que le juge administratif se transforme en juge répressif par anticipation, comme c'est le cas dans l'état d'urgence et plus largement dans la lutte contre le terrorisme (B). Le troisième ordre d'arguments intervient dans la sphère judiciaire elle-même, sur le terrain de l'exercice du contrôle par le juge pénal des preuves apportées par le ministère de l'intérieur pour justifier les assignations à résidence dont nous avons recensé quelques exemples qui relèvent d'un contentieux limité (C).

A - La priorité donnée à une argumentation d'ordre institutionnel : une stratégie plutôt perdante

1. L'indépendance et l'impartialité de la justice administrative implicitement mises en cause

Lors de son audition devant le Sénat pour évoquer le projet de constitutionnalisation de l'état d'urgence, Bertrand Louvel précise : « Mon propos n'est pas de critiquer l'ordre administratif en tant que défenseur des libertés. Ce débat existe, en raison du double rôle du juge administratif dans l'organisation de l'État, conseil et juge, et de la finalité de sa mission orientée vers la primauté de l'intérêt général. Ce n'est pas mon débat. Le Conseil d'État a risqué courageusement son existence en 1962 en rendant l'arrêt Canal... ».

Il n'en demeure pas moins qu'il défend une réforme constitutionnelle en faveur de « la reconstitution d'un bloc de compétence en matière de liberté individuelle, entre les mains du juge judiciaire »³⁵⁷. La diplomatie est de mise, et en citant l'arrêt Canal, le Premier président de la Cour de Cassation avance un argument lui permettant de montrer à l'auditoire qu'il sait le Conseil d'État en mesure de produire des décisions qui ne font pas douter de son indépendance par rapport au pouvoir politique. Car il ne s'agit pas tant d'attaquer le Conseil d'État de front sur ses liens avec le pouvoir que de montrer qu'aucun des deux ordres de juridictions, le judiciaire comme l'administratif, ne présenterait de garanties d'indépendance suffisantes par rapport au pouvoir politique. Il ne faut pas oublier qu'au moment où l'autorité judiciaire est écartée de l'état d'urgence, le gouvernement Valls n'a pas encore enterré la réforme constitutionnelle du CSM visant à rendre le parquet indépendant du pouvoir exécutif. C'est donc en incluant les deux ordres juridictionnels dans la problématique des rapports de dépendance entre pouvoir politique et justice que le Bertrand Louvel tente d'instiller le doute à travers cette question : peut-on être le garant des libertés lorsque l'on est un juge proche de l'exécutif ? Nul besoin de préciser que cette stratégie est difficile (a). A cela s'ajoute une confirmation de l'indifférence quasi-générale que suscite la question de l'indépendance et de l'impartialité à la suite de la décision QPC du 16 mars 2017 M. Sofiyan I (b).

a) Une contre-attaque difficile : peut-on être le garant des libertés lorsqu'on est proche de l'exécutif ?

Cette question résume le sens de la contre-attaque complexe menée par Bertrand Louvel sur le terrain de l'indépendance. Celle-ci paraît toujours mesurée et centrée sur l'autorité judiciaire mais peut laisser voir en creux une critique adressée aussi au Conseil d'État : « La Justice statue sur les droits et libertés du citoyen. Le juge doit les apprécier selon la loi égale pour tous. Les intérêts des partis en compétition pour le pouvoir ne doivent pas

³⁵⁷ <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20160229/lois.html#toc3>

interférer avec les jugements individuels, sans quoi l'Etat de droit est placé sous influence selon les rapports de force du moment. La France, encore très imprégnée de son ancienne culture monarchique, et entretenant la vieille peur du gouvernement des juges, peine à installer un système judiciaire authentiquement indépendant »³⁵⁸.

Appliquée à la justice administrative et notamment au Conseil d'Etat, « la question de l'indépendance et de l'impartialité se pose avec une acuité particulière s'agissant d'un juge chargé de contrôler l'exécutif alors qu'il entretient avec lui des relations organiques », comme l'a rappelé récemment Danièle Lochak³⁵⁹. Cependant, la position de cette dernière est assez isolée. Dans la doctrine juridique universitaire, cet argument est, pourrait-on dire, plutôt absent. En tout cas, il est loin d'être prédominant et ne fait pas l'objet de développements ou d'investigations, même lorsqu'il est question d'état d'urgence. Au sujet de l'indépendance, qu'il s'agisse d'ailleurs de celle du juge judiciaire ou administratif, la sphère académique brille plutôt par son indifférence.

La contre-attaque sur le terrain de l'indépendance est donc avant tout menée par le juge judiciaire lui-même mais se révèle difficile. En effet, la stratégie de Bertrand Louvel consiste non pas à pointer la seule faiblesse de l'indépendance du Conseil d'Etat³⁶⁰ et des juges administratifs mais à dénoncer celle de l'ensemble des juges et/ou magistrats, qu'ils soient judiciaires ou administratifs. Cette posture n'est pas sans lien avec la position particulière du parquet au sein de l'autorité judiciaire. Selon une jurisprudence constante³⁶¹ et récemment réaffirmée³⁶² par le Conseil constitutionnel, le parquet relève de l'autorité judiciaire alors

³⁵⁸ Eléments du discours du premier Président de la Cour de cassation lors du colloque du 18 décembre 2015 sur le « *Statut du magistrat* ».

https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/discours_2202/premier_president_7084/service_public_33269.html

³⁵⁹ Danièle Lochak, « Le juge administratif, protecteur des libertés », *op.cit.*, p. 62 ; S'agissant de la nature hybride des organes de la justice administrative, l'auteure note également que « si la règle de la double affectation à une section administrative et une section contentieuse a été supprimée, ce sont bien néanmoins les présidents de section qui composent l'assemblée du contentieux (...). Elle formule également l'hypothèse plausible que les membres des formations contentieuses pourraient avoir connaissance, au moins de façon informelle, de ce qui s'est dit dans les sections administratives. Surtout elle affirme que « la situation reste particulièrement choquante lorsque l'acte contesté a été rendu sur avis conforme du Conseil d'Etat et que la question posée est exactement la même devant la section consultative et devant la section du contentieux ». (...) Et de conclure : « À supposer même que l'étanchéité soit totale entre les formations administratives et les formations contentieuses, on peut comprendre que les justiciables soient amenés à douter, fût-ce à tort, de l'impartialité du juge ». p.63

³⁶⁰ En matière d'indépendance, la situation du Conseil d'Etat (et non des juridictions administratives dont il est l'administrateur) est d'ailleurs très singulière et n'a pas d'équivalent dans le champ judiciaire. En effet, le Conseil d'Etat maîtrise son statut qui est grande partie de nature réglementaire, ce qui le place dans une position privilégiée pour s'autogérer. L'indépendance organique du Conseil d'Etat est, à cet égard, certainement plus assurée que celle des magistrats judiciaires.

³⁶¹ Dans la décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, le Conseil constitutionnel estime que « l'autorité judiciaire (...) comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet ».

³⁶² Dans une décision n°2017-680 QPC du 8 décembre 2017, le Conseil constitutionnel confirme que l'indépendance des magistrats du parquet ne doit pas s'entendre au sens de celle des magistrats du siège : « la Constitution consacre l'indépendance des magistrats du parquet, dont découle le libre exercice de leur action devant les juridictions, (...) cette indépendance doit être conciliée avec les prérogatives du Gouvernement et (...) n'est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables aux magistrats du siège ».

même qu'il ne bénéficie pas des mêmes garanties d'indépendance que le juge du siège³⁶³. La Cour européenne des droits de l'homme³⁶⁴ et la Cour de cassation³⁶⁵, quant à elles, réfutent cette appartenance à l'autorité judiciaire en raison de cette subordination au pouvoir exécutif. En effet, aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 « les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice ». Autrement dit, comme le souligne la Commission nationale consultative des droits de l'Homme, le Conseil constitutionnel ne voit « aucune contradiction entre subordination d'un parquet et indépendance de la justice »³⁶⁶. On aurait toutefois tort de penser que cette jurisprudence n'a de conséquences que sur les membres du ministère public, car au cours de sa carrière un magistrat judiciaire peut être amené à passer du siège au parquet. En d'autres termes, un même magistrat peut être, selon le poste qu'il occupe au sein de l'autorité judiciaire plus ou moins indépendant. Du reste, l'exécutif n'est pas absent de la gestion de la carrière des magistrats du siège puisqu'il dispose d'un droit de proposition au CSM pour certains postes dans les premiers rangs de la hiérarchie judiciaire et que par ailleurs, l'ensemble de l'autorité judiciaire est soumise, y compris la Cour de cassation depuis décembre 2016, au contrôle de l'inspection des services judiciaires sous l'autorité du Ministère de la justice³⁶⁷.

Aussi, les prises de position de Bertrand Louvel servent-elles à réclamer un renforcement de l'indépendance de la justice dans son ensemble. Or, depuis plusieurs années, afin d'atteindre cet objectif d'indépendance renforcée, des projets de réformes constitutionnelles sont présentés, notamment en ce qui concerne le parquet, et sont tous systématiquement abandonnés³⁶⁸. Dans le champ de la lutte contre le terrorisme, le seul « renforcement impressionnant » qui se produit, avec constance, c'est toujours et encore celui de l'exécutif « qui privilégie le procureur par rapport au juge judiciaire » et accroît « les pouvoirs coercitifs de police administrative (avant toute commission ou tentative d'infraction), notamment du préfet, sous le contrôle des juridictions administratives, comme le Conseil d'Etat »³⁶⁹.

³⁶³ Le 15 janvier 2018, le Président de la République affirme, lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de Cassation, qu'il est favorable au maintien d'une « chaîne hiérarchique » entre les magistrats du parquet et le garde des Sceaux, qui porte la politique pénale du gouvernement, mais promet des garanties pour « assurer leur indépendance ».

http://www.lepoint.fr/politique/macron-annonce-un-plan-penitentiaire-global-avant-la-fin-fevrier-15-01-2018-2186706_20.php

³⁶⁴ CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/France*.

³⁶⁵ Chambre criminelle, 15 décembre 2010, M. P. X., n° 10-83.674.

³⁶⁶ CNCDH, *Avis sur l'indépendance de la justice*, 27 juin 2013.

³⁶⁷ Le décret du 5 décembre 2016 traite la Cour de Cassation comme les autres juridictions de l'ordre judiciaire en les plaçant toutes sous le contrôle d'un nouveau service d'inspection générale de la justice, rattaché au gouvernement.

³⁶⁸ Il s'agit de trois projets de lois constitutionnelles relatifs au CSM (ils regardent sa composition, l'extension de ses missions, en particulier pour la nomination des parquetiers sur son avis conforme). En 1998, le projet Jospin voté par les deux chambres n'est pas présenté au Congrès par J. Chirac faute de majorité ; en 2013, le gouvernement reporte la seconde lecture de son projet n° 815 portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature en raison de l'écart entre les ambitions initiales du texte et ce qui est effectivement adopté par les chambres ; en 2016, la discussion parlementaire reprend mais échoue de nouveau.

³⁶⁹ Pascal Beauvais, « Loi antiterroriste : Un impressionnant renforcement du pouvoir exécutif », http://www.liberation.fr/france/2016/01/07/loi-antiterroriste-un-impressionnant-renforcement-du-pouvoir-executif_1424906

b) La mise en cause de l'impartialité du Conseil d'Etat par le Conseil constitutionnel : une décision sans écho ?

Le Conseil constitutionnel a été saisi par le Conseil d'Etat d'une question prioritaire de constitutionnalité relative au onzième à quatorzième alinéas de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 dans sa rédaction résultant de la loi du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de l'état d'urgence. Ces dispositions déterminent les conditions dans lesquelles les assignations à résidence décidées dans le cadre de l'état d'urgence peuvent être renouvelées au-delà d'une durée totale de douze mois. Dans la décision M. Sofiyan I. du 16 mars 2017³⁷⁰, le Conseil constitutionnel s'est en premier lieu prononcé sur le dispositif qui soumet la prolongation d'une assignation à résidence au-delà de douze mois à une autorisation préalable du juge des référés du Conseil d'Etat. Il a estimé que ces dispositions attribuent en réalité au Conseil d'Etat la compétence d'autoriser, par une décision définitive et se prononçant sur le fond, une mesure d'assignation à résidence sur la légalité de laquelle il pourrait devoir se prononcer ultérieurement comme juge de dernier ressort. Dans ces conditions, la partie des dispositions qui prévoit l'autorisation préalable du Conseil d'Etat pour prolonger une mesure d'assignation à résidence au-delà de douze mois a été jugée contraire au principe d'impartialité. Le Conseil constitutionnel a donc procédé, sur ce point, à une censure partielle des dispositions contestées.

Il en résulte une situation paradoxale³⁷¹ pour la personne concernée. Comme le souligne Paul Cassia, au nom du droit à un recours juridictionnel effectif, celle-ci se trouve dans l'impossibilité de saisir en référé le juge administratif pour qu'il se prononce en urgence sur la demande de prolongation de l'assignation à résidence au-delà de douze mois. Depuis la décision, la loi du 19 décembre 2016 a été modifiée et prévoit que la mesure ne peut être prise que pour trois mois renouvelables. Au-delà d'une durée de six mois, le préfet devra faire état « d'éléments nouveaux ou complémentaires ».

S'agissant de la mise en cause de l'impartialité du Conseil d'Etat, de rares commentaires interrogent la portée de la décision³⁷². En effet, ici la concordance de vues entre les deux juges semble faire défaut. Le Conseil constitutionnel paraît s'éloigner de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour européenne des droits de l'Homme³⁷³ en la matière en ne se satisfaisant pas des règles de déport habituellement applicables en cas de cumul de deux fonctions juridictionnelles successives ou pour celui d'une fonction administrative et d'une fonction juridictionnelle. Cette décision révèle également la nature ambiguë de la fonction —administrative ou juridictionnelle³⁷⁴— exercée par le juge des référés du Conseil d'Etat lorsqu'il lui est demandé de délivrer une autorisation préalable de prolonger une assignation à résidence au-delà de 12 mois ; plus largement, on voit bien ici que c'est la

³⁷⁰ Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017 M. Sofiyan I.

³⁷¹ Paul Cassia « Le Conseil constitutionnel fait et défait le régime du renouvellement des assignations à résidence de longue durée de l'état d'urgence », *Recueil Dalloz*, 2017, p.1162

³⁷² La décision n'a pour l'instant fait l'objet de que de trois commentaires recensés sur le site du Conseil constitutionnel.

³⁷³ CE 8 juin 2016, n° 393348, consid. 4, *AJDA*, 2016. 1148 ; CEDH 9 nov. 2006, n° 65411/01, *Sacilor Lormines c/ France*, *RFDA*, 2007. 342, note Jean-Louis Autin et Frédéric Sudre.

³⁷⁴ Gweltaz Éveillard, « Juge des référés et prolongation des assignations à résidence en période d'état d'urgence », *Droit administratif*, juillet 2017, n° 7, p. 36-41

dualité fonctionnelle de l'institution qui pose encore et encore question. Paul Cassia affirme en effet que la « décision du 16 mars 2017 conduit à jeter un doute (bienvenu) sur la technique du dépôt comme garantie de l'impartialité, et pose en filigrane la question de la compatibilité du cumul au XXI^e siècle, dans le chef d'une juridiction suprême, de fonctions de conseil au moins aussi importantes quantitativement et qualitativement que les fonctions juridictionnelles - sans oublier que le Conseil d'État est également une autorité administrative en charge d'administrer au quotidien la juridiction administrative ». Il faut également rappeler que le Conseil constitutionnel a relevé d'office ce grief tiré de la violation du principe d'impartialité. A cet égard, Roseline Letteron remarque que « la décision révèle 'en creux' une accoutumance générale à l'omniprésence du Conseil d'Etat. Les avocats n'y avaient pas songé, tant ils sont habitués à voir la Haute Juridiction administrative intervenir dans tous les domaines et à toutes les étapes de la procédure ». Et de conclure : « Reste tout de même à s'interroger sur l'avenir de cette jurisprudence »³⁷⁵.

2. L'appel en faveur de l'unité de juridiction de Bertrand Louvel : un « baiser de la mort » inoffensif ?

Dans une tribune publiée sur le site de la Cour de Cassation le 25 juillet 2017, Bertrand Louvel prend fermement position pour « l'unité de juridiction ». Marie Christine de Montecler sur le site Dalloz Actualité prend la mesure de la dernière attaque en date du Premier président de la Cour de Cassation dans le « duel » qui l'oppose au juge administratif en la qualifiant de « baiser de la mort »³⁷⁶. Le texte de B. Louvel ne manque pas de piquant puisqu'il commence par rendre un vibrant hommage au « mouvement très déterminé de la juridiction administrative vers un statut de protecteur des droits des personnes ». Et de souligner : « depuis deux ans que dure l'état d'urgence contrôlé par le juge administratif, personne ne discute plus sérieusement que celui-ci réalise une défense des droits fondamentaux aussi protectrice de l'individu face à l'intérêt général que celle offerte par le juge judiciaire. Le moyen avancé pour développer encore la surveillance de l'administration, tient à la nature du contrôle qu'il s'agit d'opérer, *a priori* plutôt qu'*a posteriori*, mais il ne tient plus aux garanties offertes par l'un des deux ordres de juridiction par rapport à l'autre : il est clair que les deux juges obéissent aux mêmes valeurs, à la même culture, au même ordre de priorité proportionné entre l'intérêt général et les intérêts privés »³⁷⁷.

La conclusion est toutefois bien moins cordiale : « Quelle justification peut-on avancer aujourd'hui en faveur de l'existence de deux ordres de juridiction séparés ? » Sa réponse est sans appel : « Ni les corporatismes de part et d'autre ni les difficultés de formation des juges au droit administratif que l'Ecole nationale de la magistrature est en mesure d'intégrer, ni l'intérêt intellectuel présenté par les débats devant le Tribunal des conflits, ne peuvent constituer des raisons convaincantes au maintien d'un système qui se présente pour le justiciable comme l'une des arcanes les plus difficiles sur la voie de l'accès à la justice et à l'intelligibilité de nos institutions »³⁷⁸.

³⁷⁵ Roseline Letteron, « L'assignation à résidence ou le Conseil d'Etat à tous les étages », <http://libertescherries.blogspot.fr/2017/03/lassignation-residence-ou-le-conseil.html>

³⁷⁶ Marie-Christine de Montecler « Quand le dialogue des juges devient duel », *AJDA*, 2017, p.1528

³⁷⁷ https://www.courdecassation.fr/IMG///Tribune_Pour_l unite de juridiction.pdf

³⁷⁸ *ibid.* Jean-Marc Sauvé a répondu le jour même par la publication sur le site du Conseil d'Etat d'un long discours consacré au « dialogue entre les deux ordres de juridictions » et prononcé le 21 juillet à l'ENM.

Cette position ne fait pas vraiment l'unanimité dans le monde académique. En effet, rares sont les auteurs qui s'expriment en faveur de la suppression de la justice administrative et notamment du Conseil d'Etat. Sur ce point la prise de position répétée de Dominique Rousseau paraît isolée³⁷⁹.

B - Le juge administratif, juge répressif par anticipation sans les garanties de la procédure pénale : une argumentation forte mais inaudible

La compétence du juge administratif n'assure pas une protection équivalente à celle du juge pénal. Telle est en substance la critique que formulent ceux qui s'inquiètent de la promotion du juge administratif comme juge de l'état d'urgence. Autrement dit, il n'est plus directement question ici de dénoncer l'éviction de l'ordre de juridiction « judiciaire » sur le fondement de l'interprétation de la notion de liberté individuelle employée à l'article 66 de la constitution. Il s'agit plutôt de pointer la relégation du juge pénal et des garanties dont il est porteur au profit d'un juge administratif chargé de contrôler des mesures qualifiées de « police administrative » alors même qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une politique sécuritaire qui organise sciemment la confusion entre prévention et répression. Cette argumentation forte, qui conteste la mutation du juge administratif en juge para-pénal alors qu'il ne présente pas toutes les garanties de la procédure pénale (1) se révèle très faiblement audible face à la prégnance d'une idéologie sécuritaire toute en ambiguïtés qui promeut l'action prépondérante de l'appareil administratif de l'Etat pour lutter contre le terrorisme (2).

1. Une argumentation forte : le juge administratif, juge répressif par anticipation sans les garanties de la procédure pénale

Le raisonnement tenu ici prend acte de la confusion qui entoure la distinction entre police administrative et judiciaire alors même que la compétence du juge administratif dans le cadre de l'état d'urgence repose précisément sur l'opération de qualification qui conclut à la nature administrative des mesures de police prises. Le juge administratif s'en trouverait transformé en juge « para-pénal »³⁸⁰. Surtout, ce brouillage des frontières aurait été délibérément organisé par le pouvoir politique. Certains auteurs soulignent en effet que plusieurs lois sécuritaires adoptées dans la période précédant l'état d'urgence ont promu des formes de judiciarisation de la prévention (répression préventive) puis d'administrativisation de la répression (prévention répressive). Ainsi, Julie Alix retrace dans plusieurs de ses travaux le mouvement qui a conduit à utiliser la répression pénale comme outil de prévention du terrorisme. Elle cite, entre autres, l'exemple de « l'association de terrorisme incriminée à

<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Dialogue-entre-les-deux-ordres-de-juridiction>

³⁷⁹ Dominique Rousseau « Pour une refondation radicale de la justice » in *Gazette du Palais* - mardi 12 septembre 2017 - n° 30 ; v. également cette tribune du même auteur, « Il pourrait être soutenu que le Conseil d'Etat est aujourd'hui aussi soucieux des droits et libertés que la Cour de cassation. Remarque périlleuse car, si le Conseil d'Etat n'a plus le souci de l'Administration, s'il la juge comme n'importe quelle autre personne, il perd sa raison d'être. Et il serait logique que le contentieux administratif quitte le Conseil d'Etat et relève d'une chambre de la Cour de cassation. Resterait son rôle d'assistant du gouvernement de la République. Impossible réforme car elle devrait recueillir l'avis favorable du Conseil d'Etat dans sa formation actuelle ? Non puisque tout le monde loue sa sagesse ! » in « De quoi le Conseil d'Etat est-il le nom ? », *Gazette du Palais* - 12/07/2016 - n° 26 - page 5

³⁸⁰ Marc Touillier « La loi sur le renseignement traduit-elle l'émergence d'une procédure para-pénale ? » in Marc Touillier dir. *Le Code de Sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre*, Dalloz, 2016, p. 159

l'article 421-2-1 qui est symptomatique de cette évolution parce qu'elle réprime à la fois un comportement préparatoire au terrorisme et qu'elle peut être consommée en l'absence de tout résultat —cette infraction étant définie comme tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un acte de terrorisme quelconque. Ainsi pour qu'un individu soit condamné pour participation à une association de terroristes, il faut mais il suffit qu'il ait, par exemple, entreposé des tracts, ou bien entretenu des relations avec d'autres individus connus pour le participation à l'une des infractions terroristes »³⁸¹. Après ce premier mouvement qui a consisté à confier la prévention de la répression au droit pénal et à la police judiciaire, un second mouvement perceptible à partir de la loi du 23 janvier 2006 et plus encore avec la loi du 24 juillet 2015 donne à voir une très nette revalorisation des pouvoirs de police administrative³⁸².

Guy Canivet rappelle au sujet de ces deux mouvements que « sans opposition du Conseil constitutionnel, plusieurs lois avaient placé sous le contrôle de l'autorité judiciaire et notamment du ministère public des investigations effectuées à des fins communes de prévention et de répression notamment en matière de contrôle d'identité ou de fouilles de véhicules » et que « des lois plus récentes confèrent à la police administrative, dans le domaine de la liberté individuelle, des pouvoirs d'intrusion identiques à ceux confiés à la police judiciaire »³⁸³. Il résulte de ces deux mouvements que la distinction des polices, déjà difficile dans son principe, serait aujourd'hui dépassée. Raphaële Parizot montre que cette distinction ne peut se fonder ni sur un critère organique les mêmes autorités agissant dans le cadre de la police administrative et de la police judiciaire—, ni sur un critère substantiel : des actes peuvent relever de la police judiciaire comme de la police administrative, on peut le constater avec les contrôles d'identité ; de même, des actes considérés de police administrative peuvent être identiques dans leur contenu et dans leur nom à ceux traditionnellement qualifiés de police judiciaire, tels les actes réalisés par les services de renseignement qui sont très proches de ceux pouvant être réalisés dans le cadre d'opérations de police judiciaire (interception de correspondance, infiltrations virtuelles, sonorisation). A cet égard, la législation relative à l'état d'urgence se révèle une illustration parfaite : comme le souligne Vincent Sizaire, les perquisitions administratives, les interdictions de séjour, les assignations à résidence, toutes mesures particulièrement utilisées à partir du 14 novembre 2015, sont « directement importées de la procédure pénale »³⁸⁴. Quant au critère finaliste (sauvegarde de l'ordre public ou recherche des auteurs d'infractions pénales), privilégié par le Conseil constitutionnel et par le Conseil d'Etat pour procéder à l'opération de qualification, il n'offre pas plus de garanties que les deux précédents. On vient de le voir pour ce qui concerne le droit administratif, certains actes dits de police administrative dans le cadre de l'état d'urgence ont tout d'une véritable sanction comme l'assignation à résidence qui peut durer 12 mois et être sous

³⁸¹ Julie Alix, « La lutte contre le terrorisme, entre prévention administrative et répression pénale », in *Marc Toullier (dir.) Le code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ? op.cit.*, p. 150. ; v. aussi Julie Alix, *Terrorisme et droit pénal : étude critique des incriminations terroristes*, Dalloz, Paris, 2010

³⁸² *ibid.*

³⁸³ Guy Canivet « Pathologie de la garantie de la liberté individuelle : le syndrome de la confusion, examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'interprétation de l'article 66 de la constitution », *op.cit.*, p. 333. Il cite en exemple plusieurs lois : loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme (art. 6), loi du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, loi du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire (art 20), loi du 13 décembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

³⁸⁴ Voir sa contribution dans le présent rapport.

conditions, prolongée de trois mois et ne pas être qualifiée de mesure privative de liberté³⁸⁵. Comme le remarque Adrien Brunel, « si le Conseil constitutionnel affirme que cette mesure est dans le champ préventif au regard de la raison pour laquelle elle est prise, il n'en ressort pas moins qu'elle est répressive pour les libertés en cause »³⁸⁶. Au-delà de l'état d'urgence, la législation anti-terroriste et plus largement encore, la lutte contre la délinquance des dernières décennies ont rendu la frontière entre prévention et répression ou entre surveillance et recherche d'une infraction déterminée moins lisible en raison des objectifs communs poursuivis qui supposent —non pas la séparation— mais bien « la coordination, l'harmonisation des textes ainsi que le développement des sanctions administratives de police »³⁸⁷. Le droit pénal pouvant intervenir toujours plus tôt³⁸⁸, il en résulte qu'une même personne peut en même temps être considérée comme constituant une menace (et faire l'objet d'un suivi de la part des services de renseignement) et comme un délinquant objet d'une procédure pénale pour l'infraction d'entreprise individuelle terroriste (article 421-2-6 CP).

Si le brouillage entre police administrative et police judiciaire est établi, on ne peut dès lors que constater l'usage stratégique qui est fait de la distinction pour déterminer la nature d'un acte, et par voie de conséquence, le régime auquel il doit être soumis et le juge compétent pour en connaître.

Car à la différence des actes de police judiciaire, les mesures de police administrative ne sont pas soumises à des conditions protectrices de l'individu (notamment un contrôle judiciaire *a priori*³⁸⁹), et ce serait précisément pour cette raison que le recours à ce type d'actes est autorisé. Raphaële Parizot dénonce à cet égard l'hypocrisie du Conseil constitutionnel selon lequel « le recueil de renseignement au moyen des techniques définies au titre V du livre VIII du code de la sécurité intérieure par les services spécialisés de renseignement pour l'exercice de leurs missions respectives relève de la seule police administrative ; qu'il ne peut donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ; qu'il ne peut être mis en œuvre pour constater des infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves ou en rechercher les auteurs »³⁹⁰. Or, pour l'auteure, « l'interdiction d'utiliser dans une procédure pénale des actes accomplis dans le cadre d'une mission de police administrative, n'est pas tant, quoi qu'en dise le Conseil constitutionnel, la conséquence de l'étiquette 'police

³⁸⁵ v. la décision citée supra Sofiyan I.

³⁸⁶ Adrien Brunel, « Etat d'urgence et renseignement : retour sur la répartition des contentieux », *AJ pénal*, 2017, p. 475

³⁸⁷ Jacques Moreau « Police et séparation des autorités administratives et judiciaires », in *La Police administrative*, sous la direction de Charles Vautrot-Schwarz, PUF, 2014, p. 32

³⁸⁸ Raphaële Parizot, « La distinction entre police administrative et police judiciaire est-elle dépassée ? », in *Le code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?* ; *op.cit.* p. 134

³⁸⁹ Par exemple, s'agissant d'assignation à résidence sous surveillance électronique, « le prononcé d'une telle mesure est strictement encadré par des conditions de forme et de fond : ainsi, aux termes d'un débat contradictoire, le juge judiciaire peut prononcer une assignation à résidence si le mis en examen est exposé à une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans » : Emmanuel Daoud, « Etat d'urgence et contrôle du juge administratif : la grande illusion », <https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-oh-my-code/20160203.RUE2240/etat-d-urgence-et-contrôle-du-juge-administratif-la-grande-illusion.html>

³⁹⁰ Considérant 9 de la décision n°2015-722 DC ; Raphaële Parizot, « La distinction entre police administrative et police judiciaire est-elle dépassée ? », *ibid.* p. 147.

administrative' que la raison ou plutôt le prétexte autorisant le recours à des actes de police en dehors des garanties devant accompagner toute procédure pénale. Autrement dit, ce n'est pas tant parce qu'il s'agit d'un acte de police administrative qu'on ne peut l'utiliser dans le cadre d'une procédure pénale, mais c'est au prétexte —fallacieux— que l'on ne pourra utiliser un tel acte dans le cadre d'une procédure pénale que certains actes de police administrative sont autorisés, alors qu'ils peuvent pourtant en eux-mêmes être utilisés à charge »³⁹¹.

Ce qui retient l'attention ici c'est bien la possibilité pour les acteurs de l'état d'urgence et plus largement de la lutte contre le terrorisme (législateur et administration, juge administratif et juge constitutionnel) d'instrumentaliser la distinction des polices pour décider du niveau de garanties plus ou moins élevé à accorder à certaines mesures selon qu'elles seront ou non qualifiées d'administratives³⁹². Le choix de la compétence du juge administratif relève alors moins d'une prétendue logique juridique que d'une volonté politique qui organise une forme « d'administrativisation de la répression » allant de pair avec « un contournement des principes applicables en matière pénale »³⁹³. Il est alors difficile de ne pas l'envisager comme l'un des éléments structurants de la diffusion d'un système de répression administrative par anticipation (avant toute commission ou tentative d'infraction) en contradiction flagrante avec la tradition juridique issue des lumières. Selon cette dernière, c'est parce que la réponse pénale offre « les outils les plus coercitifs, les plus contraignants, les plus douloureux qui puissent affecter un individu³⁹⁴ », qu'elle est encadrée par un ensemble de principes fondamentaux : principes de légalité des délits et des peines, nécessité des peines, droits de la défense et présomption d'innocence. Dès lors que le législateur et le juge affirment que dans le cadre de l'état d'urgence (et par extension dans celui de la lutte contre le terrorisme) on se situe dans un champ distinct —préventif, administratif et para-pénal— les principes protecteurs sont écartés.

Comme le remarque Thérèse Renault, rapporteur public au TA de Paris, « qu'il s'agisse d'assignations à résidence, de dissolutions d'associations, d'expulsions d'étrangers ou d'interdictions de sortie du territoire, ces mesures sont systématiquement qualifiées de mesure de police administrative, ce qui entraîne la compétence du juge administratif ». Et de pointer que cette « qualification entraîne la disqualification de toute une série de moyens qui

³⁹¹ *Ibid.* Dans le cadre de l'état d'urgence, du reste, la coordination entre police administrative et police judiciaire est bien visible puisque, par exemple, l'article 11 de la loi du 20 novembre 2015 prévoit l'information sans délai du procureur de la République territorialement compétent, des perquisitions décidées par les autorités administratives ainsi que la présence d'un officier de police judiciaire territorialement compétent pour ces perquisitions. Selon Nathalie Roret, Avocate au barreau de Paris, « L'information du procureur relativement aux perquisitions de l'état d'urgence a une finalité répressive et non une finalité de protection des libertés. L'autorité judiciaire demeure très en retrait de l'autorité administrative pour les perquisitions en état d'urgence, puisque l'intervention du procureur et celle de l'OPJ ne sont prévues qu'aux fins de permettre la poursuite judiciaire immédiate d'éventuelles infractions constatées lors de la perquisition. Le rôle de l'autorité judiciaire se limite donc à être le relais de l'autorité administrative en cas de constatation d'infraction ». « Etat d'urgence : quel rôle pour le juge pénal ? » *Gazette du Palais* - 22/03/2016 - n° 12 - page 13.

³⁹² v. également sur cette question, Marc-Antoine Granger, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, LGDJ, 2011, Paris, 493 p. ; ainsi que <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-33/prix-de-these-constitution-et-securite-interieure-essai-de-modelisation-juridique.100379.html>

³⁹³ Raphaële Parizot, « La distinction entre police administrative et police judiciaire est-elle dépassée ? », *op.cit.*

³⁹⁴ Julie Alix, « La lutte contre le terrorisme entre prévention pénale et prévention administrative », *op.cit.* p.148

permettraient précisément au juge administratif, s'ils étaient accueillis, d'élever le niveau de garanties de l'administré à la hauteur de celles dont il bénéficierait devant le juge pénal »³⁹⁵.

Une objection se profile toutefois : l'état d'urgence n'existe-t-il pas précisément pour affaiblir, pendant un temps, en principe limité, la protection des libertés afin de faire face à une situation d'une particulière gravité ? N'est-il pas *par définition* un régime attentatoire aux libertés³⁹⁶ ? N'est-il donc pas vain de rechercher l'application de principes conçus pour le temps « normal » pendant l'état d'urgence³⁹⁷ ? Cette objection pourrait être parfaitement recevable si elle ne contredisait pas le système de défense, très ambigu, des partisans de l'état d'urgence et de la compétence du juge administratif. En effet, ce système de défense consiste sinon à nier, du moins à minimiser le caractère moins protecteur des dispositifs de l'état d'urgence. Cette stratégie d'euphémisation s'appuie sur deux leviers : d'une part, l'usage de la distinction entre police administrative et police judiciaire pour justifier la répartition des compétences contentieuses tend à inscrire l'état d'urgence dans un cadre argumentatif qui relève du « temps normal ». D'autre part, le fait que les mesures de l'état d'urgence sont susceptibles de limiter la liberté des personnes est relégué au second plan pour laisser une place prépondérante à l'idée que le Conseil d'Etat leur appliquerait un contrôle « normal » autrement dit « sa jurisprudence habituelle »³⁹⁸ en matière d'atteintes aux libertés. Cependant cette stratégie ne parvient à masquer entièrement que c'est la qualification de

³⁹⁵ En note, l'auteur fait référence à un arrêt du Conseil d'Etat du 20 février 2013 qui considère que « la décision de refuser la délivrance d'un permis de visite d'une personne détenue ou de suspendre ou de retirer un tel permis ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition, mais une mesure administrative tendant à assurer le maintien de l'ordre public et de la sécurité au sein de l'établissement pénitentiaire ou, le cas échéant, la prévention des infractions ; par suite ne peuvent être invoqués à l'encontre de ces mesures et des dispositions législatives et réglementaires les organisant ; ni les principes constitutionnels régissant la matière répressive (principes de légalité des délits et des peines, de nécessité des peines, des droits de la défense et de la présomption d'innocence, garantis par les art. 8 et 9 DDH), ni les stipulations de l'art. 6, § 1, Conv. EDH ».

³⁹⁶ « Par essence, l'état d'urgence affaiblit la protection des libertés » (...) « L'état d'urgence est un régime d'exception qui fait provisoirement prévaloir l'urgence de rétablir la sécurité, gravement menacée, sur le régime de droit commun des libertés » : Agnès Roblot-Troizier « État d'urgence et protection des libertés » *RFDA*, 2016, p. 424 ; « La déclaration de l'état d'urgence a précisément pour effet, dans le but de mieux garantir l'ordre public, de porter atteinte à des libertés et d'accroître leur limitation tout en restreignant les protections dont elles jouissent ordinairement » : Denis Baranger « Quel « État de droit » ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence, *RFDA*, 2016. p. 355 ; « Comment les citoyens toléreraient-ils, symétriquement, la perpétuation injustifiée d'un régime attentatoire aux libertés ? » : Denis Baranger « L'état d'urgence dans la durée », *RFDA*, 2016, p. 447, nous soulignons.

³⁹⁷ Le code des relations entre le public et l'administration prévoit bien par exemple que les dispositions de l'article 121-1 sur les mesures ou décisions individuelles soumises au respect d'une procédure contradictoire préalable, n'est pas applicable en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles.

³⁹⁸ Par « jurisprudence habituelle », Jean-Marc Sauvé entend la reconnaissance de la présomption d'urgence au profit des personnes concernées par une assignation à résidence pour la saisine du juge du référé liberté qui doit se prononcer dans un délai de 48 heures. Il y inclut également l'existence d'un débat contradictoire, y compris des notes des services de renseignement. Il la comprend encore comme celle qui consiste pour le juge administratif à se prononcer sur l'existence ou non d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale en réalisant « la nécessaire conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public et le respect des libertés mises en cause ». Il y ajoute enfin le fait que le Conseil d'Etat a précisé que, « dans le cadre de son contrôle de légalité comme en urgence, il exerçait sur ces mesures d'assignation le triple contrôle de leur caractère nécessaire, adapté et proportionné ». Jean-Marc Sauvé, « La protection des libertés et des droits fondamentaux dans le contexte de la menace terroriste », <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-protection-des-libertes-et-des-droits-fondamentaux-dans-le-contexte-de-la-menace-terroriste>

police administrative appliquée à des « quasi-mesures de police judiciaire³⁹⁹ —notamment les assignations à résidence ou les perquisitions administratives—, qui est le moyen même de l’abaissement de la protection des libertés. Ces mesures ne permettent-elles pas une action rapide des autorités⁴⁰⁰, n’impliquent-elles pas la seule compétence du juge administratif, réputé plus compréhensif avec le pouvoir et qui n’intervient qu’*a posteriori* ?

Certains auteurs insistent surtout sur ce dernier point : le choix de l’éviction du juge pénal se traduirait « par un affaiblissement des protections des libertés lors de la mise en œuvre de l’état d’urgence, en raison de la tardiveté du contrôle opéré »⁴⁰¹. Des voix s’élèvent d’ailleurs pour exiger une intervention préalable du juge administratif semblable à celle qui est conférée au magistrat judiciaire du siège pour les actes les plus graves de la procédure pénale⁴⁰². Ainsi, selon Patrick Wachsmann, « il faut que les mesures les plus intrusives dans l’exercice des libertés, lorsqu’elles relèvent de la compétence administrative, ne puissent intervenir qu’après autorisation préalable d’un juge. Ainsi seulement pourra être assurée une protection de même qualité devant les deux ordres de juridiction. Faute de mise en place par le législateur d’une telle procédure, la compétence judiciaire devrait être rétablie, si besoin par une révision constitutionnelle redéfinissant plus largement la notion de liberté individuelle, pour en revenir aux traditionnelles garanties de l’État libéral. Car il s’agit avant tout, notamment au regard des exigences de la jurisprudence européenne, d’obvier au risque d’arbitraire de l’Administration »⁴⁰³.

Cependant, l’argumentation de ceux qui défendent le rétablissement de ces « garanties traditionnelles de l’Etat libéral » et dénoncent l’organisation de la confusion, le développement d’un système de répression administrative et la faible efficacité du contrôle juridictionnel paraît inaudible face au discours des tenants d’un logique sécuritaire toute en ambiguïtés.

2. Une argumentation inaudible face à l’affirmation d’une logique sécuritaire ambiguë

On entend par « paradigme » ou « logique sécuritaire » un ensemble de thèses et de mesures qui font de la sécurité une réponse attendue à des situations dites de crise justifiant l’introduction dans le droit commun de mesures dérogatoires permanentes. Ces mesures présentent des caractères communs avec celles qui sont prises lors d’un état d’urgence

³⁹⁹ Paul Cassia, *Contre l’état d’urgence*, Dalloz, 2016, p. 66.

⁴⁰⁰ « Compte tenu de son objet visant à renforcer l’efficacité des procédures mises en œuvre en augmentant les pouvoirs de police administrative des autorités civiles et en en confiant le contentieux à la juridiction administrative selon l’ordre normal de répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions, l’état d’urgence recherche l’application du droit administratif et l’office de son juge ». Christophe Fardet « L’état d’urgence : point de vue du droit administratif », *Civitas Europa, op.cit.*

⁴⁰¹ Jean-Baptiste Perrier, « Le juge judiciaire et l’état d’urgence », *RFDA*, 2017, p. 949.

⁴⁰² On remarquera cependant que l’état d’urgence a inauguré dans la loi du 21 juillet 2016 la création des autorisations d’exploitation de données informatiques par le juge administratif ainsi que les autorisations de prolongation de durée exceptionnelle des mesures d’assignation à résidence (dans la loi du 19 décembre 2016), même si cette dernière compétence a été censurée par le Conseil constitutionnel en tant qu’elle pourrait mettre en question l’impartialité du Conseil d’Etat (voir *supra*).

⁴⁰³ Patrick Wachsmann, « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d’y remédier », *Recueil Dalloz* 2016, p. 473.

déclaré⁴⁰⁴. D'ailleurs, on observe une porosité manifeste et assumée entre les mesures prises hors état d'urgence et les mesures prises dans l'état d'urgence. Cette porosité est particulièrement visible dans le dernier texte législatif sur la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme⁴⁰⁵, présenté comme prévoyant l'introduction dans le « droit commun » de mesures inspirées de l'état d'urgence pour en justifier la levée⁴⁰⁶. Il en résulte qu'il devient difficile de distinguer le « normal » de ce qui ne le serait plus⁴⁰⁷.

Et c'est précisément là le cœur de cette logique sécuritaire : elle est particulièrement déstabilisante en ce qu'elle repose sur une série d'ambiguïtés ou de brouillages. Ces derniers servent à minimiser ou plus directement à nier que se met en place un système qui bouleverse le principe républicain et libéral selon lequel la liberté est la règle et la répression l'exception, en particulier lorsque sont en cause des individus ou des groupes suspects⁴⁰⁸. Il s'agit donc de réfuter que s'installe un système répressif où l'on peut sanctionner quelqu'un pour son comportement, ses intentions, ses fréquentations. Le droit de la lutte antiterroriste, dont le droit de l'état d'urgence n'est qu'une manifestation, est présenté comme un droit alternatif mais néanmoins normal, un droit dérogatoire, mais non un droit d'exception. Le jeu de mots est partie intégrante du dispositif⁴⁰⁹. Les termes du livre blanc du gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme l'illustrent au sujet de la législation antiterroriste où on peut lire noir sur blanc : « Il ne s'agit pas d'un droit d'exception. C'est un régime pénal spécialisé et adapté à la nature particulière du terrorisme »⁴¹⁰. Karine Roudier l'exprime clairement : « Plus sévère d'un côté, plus permanente de l'autre, la législation antiterroriste s'éloigne du droit ordinaire tout en semblant le devenir, et se rapproche du droit d'exception sans jamais en recevoir la qualification ».

La compétence de la justice administrative fondée sur la nature administrative des mesures de police du droit de l'état d'urgence (également valable pour les « mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance » de la dernière législation

⁴⁰⁴ Isabelle Boucobza, Charlotte Girard, « Paradigme sécuritaire et banalisation de l'état d'urgence », in Jean-Louis Halpérin, Stéphanie Hennette-Vauchez, Eric Millard dir., *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation*, P.U de Paris-Nanterre, 2017, p. 241 à 254.

⁴⁰⁵ Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

⁴⁰⁶ Isabelle Boucobza, Stéphanie Hennette-Vauchez, « L'état d'urgence dans la durée : comédie dramatique en plusieurs actes », *La Revue des droits de l'homme*[Online], 12 | 2017 ; <http://journals.openedition.org/revdh/3255?lang=en>

⁴⁰⁷ Danièle Lochak, « Synthèse », *CRDF*, n°6, 2007, p. 126.

⁴⁰⁸ On fait ici référence au « droit pénal de l'ennemi », depuis longtemps théorisé et qui a connu un grand succès aux Etats-Unis depuis le 11 septembre 2001. Selon cette théorie, les terroristes ont eux-mêmes choisi de se mettre en dehors de la société. Il est donc légitime de leur appliquer un droit exorbitant, exceptionnel - il n'y a pas de raison de les faire bénéficier des droits et garanties des autres membres de la communauté. v. sur cette théorie les travaux d'Olivier Cahn et notamment « Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre. Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi » *op.cit.* ; V. également l'hypothèse formulée par Stéphanie Hennette-Vauchez et Serge Slama d'un « droit administratif de l'ennemi », v. « Etat d'urgence : l'émergence d'un droit administratif de l'ennemi ? », *AJDA*, 2017 p.1801.

⁴⁰⁹ V. dans le présent rapport : Véronique Champeil Desplats, « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence fait à l'Etat de droit », *supra*, qui évoque le discours de « minimisation et d'euphémisation du caractère exceptionnel de l'état d'urgence » par les titulaires des fonctions exécutives.

⁴¹⁰ Gouvernement de la République française, *La France face au terrorisme - Livre Blanc du Gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme*, La Documentation française, 2006, p. 117-118.

antiterroriste⁴¹¹) repose sur le même raisonnement : le juge administratif est un juge alternatif mais néanmoins normal. Sa compétence repose elle-même sur la prétendue clarté de la distinction entre police administrative et police judiciaire. Cependant, dans d'autres contextes argumentatifs, le discours des autorités est notablement divergent en ce qu'il assume les confusions et les brouillages évoqués entre droit pénal et droit administratif comme l'expression même d'une stratégie de lutte contre le terrorisme. Ainsi, en 2006, dans le Livre blanc du gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme, c'est la confusion entre les deux polices comme instrument de lutte contre le terrorisme qui est revendiquée : « Pour être efficace, un dispositif judiciaire de lutte contre le terrorisme doit combiner un volet préventif, dont l'objet est d'empêcher les terroristes de passer à l'action, et un volet répressif, destiné à punir les auteurs d'attentats, leurs organisateurs et leurs complices. Le système français obéit à cette logique. Mais son originalité et sa force réside dans le fait que la frontière entre prévention et répression n'est pas étanche »⁴¹². Si la frontière n'est pas étanche, encore une fois la désignation du juge administratif comme juge de l'état d'urgence n'est pas évidente et paraît bien l'expression d'une préférence politique. Cette dernière s'inscrit dans un dispositif plus général qui, pour lutter contre le terrorisme, déplace le centre de gravité du système répressif vers la prévention et la surveillance des comportements suspects, donc du côté de l'Administration avec laquelle le juge administratif entretient des rapports plus étroits que le juge judiciaire.

La force de l'argumentation de ceux qui mettent en cause la compétence du juge administratif en tant qu'elle serait la manifestation d'un droit sécuritaire s'affaiblit toutefois considérablement et devient presque inaudible si ce droit sécuritaire avance masqué en entretenant les ambiguïtés et les confusions sur ce qu'il est. La revendication du caractère « normal », « habituel » et/ou seulement « dérogatoire » (et non d'exception) des dispositifs de l'état d'urgence ou de la législation antiterroriste, l'existence de juges dits « ordinaires » et « indépendants » chargés chacun dans leur domaine —prévention ou répression— du contrôle de la nécessité et de la proportionnalité des mesures ou des peines semblent maintenir le système français dans un cadre légitimant d'un système protecteur des libertés. Au sein de celui-ci, l'Administration est réputée agir dans le respect des principes traditionnels du droit de l'Etat libéral. Aussi, Bernard Stirn peut-il conclure son intervention intitulée « Lutte contre le terrorisme, état d'urgence et Etat de droit » en soutenant que « comme l'ensemble des mesures législatives adoptées pour lutter contre le terrorisme, l'état d'urgence est un ami sur lequel les libertés peuvent avoir besoin de compter »⁴¹³. Selon Jean-Marc Sauvé, « l'ensemble des pouvoirs publics, juridictionnels ou non, sont ainsi mobilisés pour assurer que la lutte contre le terrorisme ne remette pas en cause les principes de l'Etat de droit, dont la protection des libertés et des droits fondamentaux est le socle ». Plus spécifiquement s'agissant de la compétence de la justice administrative, le Vice-président du Conseil d'Etat affirme que la protection des droits et libertés est garantie par « la nature du contrôle exercé

⁴¹¹ CSI, art. L. 228-1 et s. La personne concernée peut contester chacune de ces décisions en saisissant le juge administratif d'un référé-liberté (C. just. adm., art. L. 521-2) dans un délai de quarante-huit heures à compter de la notification de la décision, la mesure ne peut entrer en vigueur avant que le juge ait statué sur la demande.

⁴¹² *Ibid.* Nous soulignons

⁴¹³ Bernard Stirn, Président de la section du contentieux Intervention lors de la Conférence de rentrée de l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence le 21 septembre 2016, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Lutte-contre-le-terrorisme-etat-d-urgence-et-Etat-de-droit>

par le juge administratif et la rapidité de son intervention »⁴¹⁴. Face à ce discours rassurant, celui qui dénonce la plus faible protection des libertés —lorsque sont en cause des comportements jugés suspects— et qui s'inquiète de l'affirmation d'un pouvoir de police considérable prétendument limité au terrorisme —peine à se faire entendre.

C'est dans ce contexte de brouillage que peut s'installer durablement un régime se caractérisant par le renforcement du rôle de l'Administration dans l'anticipation de la répression. Ce phénomène semble s'inscrire dans un mouvement plus général dans les pays qui ont été frappé par le terrorisme, comme les Etats Unis, où certains auteurs plaident pour le développement d'un *Administrative State*⁴¹⁵ pour lutter contre les menaces. En France, ce système se traduit concrètement par des mesures de surveillance « exceptionnelles », soumises à des conditions allégées dans une logique de suspicion alimentée par de notes blanches des services de renseignement (qui font peser la charge de la preuve sur l'individu en cause et non sur l'Administration⁴¹⁶) elles-mêmes contrôlées de façon aléatoire par le juge administratif⁴¹⁷.

Justement, sur ce dernier point, la Cour de cassation est intervenue pour demander aux tribunaux de discuter les preuves apportées par le ministère de l'intérieur pour justifier les assignations à résidence ainsi que les perquisitions administratives.

C - Le contrôle de l'état d'urgence par le juge pénal : la « reconquête »⁴¹⁸ d'un contentieux limité

Dans le cadre de l'état d'urgence, une assignation à résidence, un contrôle d'identité, une perquisition administrative ne peuvent être contestés par voie d'action que devant le juge administratif. L'intervention du juge pénal durant l'état d'urgence apparaît seulement en cas de découverte d'une infraction. Elle peut également intervenir quand le juge pénal est amené à connaître des suites d'une assignation à résidence quand la personne concernée ne respecte pas les obligations qui y sont attachées.

⁴¹⁴ Jean-Marc Sauvé, « La protection des droits et libertés fondamentaux dans le contexte de la menace terroriste », <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-protection-des-libertes-et-des-droits-fondamentaux-dans-le-contexte-de-la-menace-terroriste>

⁴¹⁵ V. par exemple Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Terror in the Balance. Security, Liberty, and the Courts*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2007, p. 21 ; Ghislain Benhessa souligne que selon ces auteurs « la déférence des pouvoirs législatif et judiciaire à l'égard de l'exécutif est nécessaire. Cette déférence est selon eux l'une des marques essentielles de l'*Administrative State*, qui réclame toujours davantage d'actions de l'exécutif, structurellement plus à même de répondre à une urgence qui contamine de façon exponentielle tous les domaines (politiques, économiques, environnementaux, etc.) », in « La doctrine américaine aux prises avec le 11 Septembre : les contours juridiques de la guerre contre le terrorisme », *Droits*, vol. 61, no. 1, 2015, pp. 101-116.

⁴¹⁶ Selon Maxence Chambon, « il s'agit d'un renversement en puissance de la charge de la preuve qui serait intolérable en droit pénal » et qui démontrerait selon lui « de manière éclatante l'instrumentalisation dont fait l'objet la police administrative dans le cadre du terrorisme afin d'en faire un outil de suspicion généralisée », M. Chambon, « Une redéfinition de la police administrative », in Julie Alix et Olivier Cahn (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme*, Dalloz, 2017, p.133-150.

⁴¹⁷ V. dans ce rapport, les éléments d'analyse du contentieux de l'état d'urgence produit par Stéphanie Hennette Vauchez, Nicolas Klausser, Maria Kalogirou, Cedric Roulhac, Serge Slama, Vincent Souty, *infra*.

⁴¹⁸ Guillaume Beaussonie, « Poursuite de la reconquête du contrôle de l'état d'urgence par la chambre criminelle », *Recueil Dalloz*, 2017. 1175

Ce n'est donc que dans ces deux hypothèses de poursuites que le juge pénal peut être conduit à examiner la légalité des mesures de police administrative par la voie d'exception. La Cour de cassation se fonde pour cela sur l'article 111-5 du code pénal pour réaliser un tel contrôle. Aux termes de cette disposition, le juge pénal est compétent pour interpréter un acte administratif, lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui lui est soumis.

La Cour de cassation a utilisé cette voie de droit dès le 13 décembre 2016⁴¹⁹ puis le 28 mars 2017⁴²⁰ pour les perquisitions administratives, et enfin le 3 mai 2017 s'agissant d'une assignation à résidence⁴²¹. Plusieurs auteurs ont vu dans ces décisions l'affirmation de la volonté du juge judiciaire de ne pas laisser au Conseil d'Etat le monopole du contrôle des décisions prises sur le fondement de l'état d'urgence. C'est en ce sens que certains ont parlé de « reconquête du contrôle de l'état d'urgence », sans perdre de vue toutefois que ce contentieux demeure limité et qu'il ne remédie pas à l'éviction du juge judiciaire du champ de l'état d'urgence et de certains pans du droit sécuritaire.

En mai 2017, c'est l'argumentation de la Chambre criminelle qui retient l'attention des commentateurs : elle affirme que « le droit à la sûreté commande au juge pénal, lorsqu'il envisage, dans un cas prévu par la loi, de prononcer une peine privative de liberté à l'encontre d'une personne poursuivie au seul motif qu'elle s'est soustraite à l'exécution d'un acte administratif la concernant, de s'assurer préalablement que l'obligation dont la violation est alléguée était nécessaire et proportionnée ». Le recours à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) invoqué par le juge pour fonder le contrôle de l'acte administratif constitue une nouveauté dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

Dans le commentaire qu'il produit de la décision, Guillaume Beaussonie voit dans cette décision un nouveau moyen de fonder la compétence exclusive du juge pénal en matière de peine. S'agissant des assignations à résidence décidées dans le cadre de l'état d'urgence, il se demande donc « s'il n'aurait pas fallu, sur le fondement de ce puissant et fondamental droit à la sûreté, aller encore au-delà de la simple reconnaissance de la possibilité d'un contrôle exceptionnel du juge pénal. Puisque, dès l'origine, ces assignations représentent les composantes d'une incrimination, n'était-il pas nécessaire que leur contrôle soit exclusivement confié au juge pénal ? Espérons, à cet égard, que la Cour de cassation inspire le Conseil constitutionnel »⁴²². A ce jour toutefois, le Conseil constitutionnel demeure du côté du juge administratif.

Pour être complet, il faudrait enfin évoquer la nouvelle compétence attribuée au juge des libertés et de la détention (JLD) par la dernière loi Sécurité intérieure et lutte contre le terrorisme (SILT)⁴²³ pour autoriser sur demande du préfet « la visite d'un lieu ainsi que la saisie des documents, objets ou données qui s'y trouvent, aux seules fins de prévenir la commission

⁴¹⁹ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 13 décembre 2016, 16-84.794, Publié au bulletin

⁴²⁰ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 28 mars 2017, 16-85.072, Publié au bulletin

⁴²¹ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 3 mai 2017, 16-86.155, Publié au bulletin

⁴²² Guillaume Beaussonie, « Poursuite de la reconquête du contrôle de l'état d'urgence par la chambre criminelle » op.cit.

⁴²³ V. Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 Art. L. 229-1

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/10/30/INTX1716370L/jo/texte>

d'actes de terrorisme et lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'un lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes ». A notre connaissance, le seul cas contentieux de mise en œuvre de cette disposition⁴²⁴ montre que l'intervention *a priori* du JLD pour autoriser l'exploitation des données saisies⁴²⁵, à elle seule, ne paraît pas une garantie suffisante si d'une part, elle ne fait pas l'objet d'une audience et d'un débat contradictoire et si d'autre part, il ne rentre pas dans les attributions du JLD de contrôler la légalité de la perquisition (lorsque comme c'est le cas dans l'espèce, celle-ci s'est déroulée en période d'état d'urgence) ou de la visite domiciliaire qui a permis de recueillir les données.

Plus largement, au sujet de cette intervention *a priori*, qui a pu être saluée comme marquant l'introduction de la compétence du juge judiciaire pour contrôler le pouvoir de l'administration, il demeure que ce contrôle dépend des informations fournies par l'administration elle-même, sur la base des fameuses notes blanches dont la valeur probatoire et la discussion devant le juge demeurent problématiques. L'entrée du juge judiciaire dans le champ des mesures de police administrative pourrait d'ailleurs faire l'objet d'une autre interprétation bien plus pessimiste. Au lieu de ramener la lutte contre le terrorisme dans son giron, elle révélerait un processus dans lequel le « droit pénal est sous la dépendance de l'activité d'autorités administratives et l'accessoire de mesures de sécurité administratives » qui acterait plus largement « une soumission du judiciaire au pouvoir politico-administratif »⁴²⁶.

⁴²⁴ Cour d'Appel de Paris, Ordonnance du 16 novembre 2017 rendue par le JLD du TGI de Paris

⁴²⁵ Art. L. 229-5-I. « Aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme, si la visite révèle l'existence de documents, objets ou données relatifs à la menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics que constitue le comportement de la personne concernée, il peut être procédé à leur saisie ainsi qu'à celle des données contenues dans tout système informatique ou équipement terminal présent sur les lieux de la visite soit par leur copie, soit par la saisie de leur support lorsque la copie ne peut être réalisée ou achevée pendant le temps de la visite.

« La copie des données ou la saisie des systèmes informatiques ou des équipements terminaux est réalisée en présence de l'officier de police judiciaire. Le procès-verbal mentionné à l'article L. 229-2 indique les motifs de la saisie et dresse l'inventaire des objets, documents ou données saisis. Copie en est remise aux personnes mentionnées au troisième alinéa du même article L. 229-2 ainsi qu'au juge ayant délivré l'autorisation. Les éléments saisis sont conservés sous la responsabilité du chef du service ayant procédé à la visite. A compter de la saisie, nul n'y a accès avant l'autorisation du juge ».

⁴²⁶ Pierrette Poncela, « Les naufragés du droit pénal ». Archives de politique criminelle, 2016, vol. 38, n°1, pp. 7-26.

L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel ou quand l'Etat de droit s'accommode de normes inconstitutionnelles

Véronique Champeil-Desplats

Le Conseil constitutionnel n'est pas l'organe juridictionnel le plus sollicité pour contrôler les mesures adoptées dans le cadre de l'état d'urgence. Compte tenu de leur caractère administratif et de l'interprétation stricte que le Conseil constitutionnel confère à l'étendue de la compétence du juge judiciaire en la matière⁴²⁷, l'essentiel du contentieux de l'état d'urgence revient aux juges administratifs⁴²⁸. Les neuf décisions rendues par le Conseil⁴²⁹ sur la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et sur les dispositions législatives qui l'ont modifiée présentent néanmoins l'intérêt de donner à voir jusqu'à quel point un organe de contrôle de la constitutionnalité des lois dans un Etat de droit contemporain peut permettre des restrictions aux droits et libertés constitutionnels justifiées par un régime d'exception.

Une attitude trop libérale du Conseil constitutionnel avait pu être crainte par le Premier ministre, Manuel Valls, au moment de l'adoption de la loi du 20 novembre 2015 de prorogation et de modification de l'état d'urgence. Après avoir évoqué le « risque d'inconstitutionnalité », Manuel Valls avait ainsi invité les parlementaires à ne pas saisir d'un recours *a priori* le Conseil constitutionnel⁴³⁰. Ces derniers l'ont écouté, ou plutôt, ils n'ont pas eu besoin de l'invitation pour s'abstenir de toute saisine, cette fois-là comme pour chacune des lois de prorogation postérieures. Il reste que, on peut s'en douter, l'épisode n'a pas été très bien reçu par le Conseil constitutionnel. Outre que l'initiative s'avérait quelque peu paradoxale, pour ne pas dire contradictoire, avec les affirmations concomitantes du pouvoir exécutif de vouloir concilier l'état d'urgence et l'Etat de droit⁴³¹, elle témoignait d'un défaut d'évaluation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ces vingt dernières années. Celle-ci se montre en effet largement compréhensive à l'égard des exigences sécuritaires et de prévention de l'ordre public. D'ailleurs, les premières décisions rendues par le Conseil à l'hiver 2015-2016 n'ont pas démenti cette analyse. A l'issue des trois décisions contestant plusieurs dispositions de la loi sur l'état d'urgence et ses modifications, seule la seconde phrase du troisième alinéa du

⁴²⁷ Décisions n° 2016-536, QPC 19 février 2016 ; n° 2016-535 QPC, 19 février 2016 ; n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015 ; voir Christophe Tukov, « L'autorité judiciaire, gardienne exclusive de la liberté individuelle ? », *AJDA*, 2016, p. 936.

⁴²⁸ Voir les contributions dans ce rapport. Voir aussi Patrick Wachsmann, « Contrôle des mesures prises au titre de l'état d'urgence et convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 19 décembre 2016, p. 2425 ; Guillaume Odinet, « Le rôle du juge administratif dans le contrôle de l'état d'urgence », *Cahiers de la Justice*, 2017/2, p. 275 ; Stéphanie Hennette-Vauchez, Serge Slama, « Harry Potter au Palais royal ? La lutte contre le terrorisme comme cape d'invisibilité de l'état d'urgence et la transformation de l'office du juge administratif », *Cahiers de la Justice*, 2017/2, p. 281.

⁴²⁹ Décisions n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018 ; n° 2017-677 QPC, 1er décembre 2017 ; n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017 ; n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 ; n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 ; n° 2016-536 QPC, 19 février 2016 ; n° 2016-535 QPC, 19 février 2016 ; n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015.

⁴³⁰ « Etat d'urgence : Valls admet ne pas respecter la Constitution », <http://www.politis.fr/articles/2015/11/etat-durgence-valls-admet-ne-pas-respecter-la-constitution-33107>.

⁴³¹ Voir notre contribution sur l'Etat de droit et le pouvoir exécutif dans le présent rapport.

paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955⁴³² déterminant les conditions de saisie au cours d'une perquisition a été déclarée contraire à la constitution. On pouvait alors se ranger au commentaire de Denis Baranger relevant : « du point de vue du contrôle juridictionnel, l'histoire retiendra peut-être que peu d'actes relevant de l'état d'urgence actuellement en vigueur ont été contrôlés, et que moins encore furent censurés. Elle retiendra peut-être aussi que le contrôle juridictionnel a pris fréquemment la forme étrange de la coopération entre un juge de l'urgence n'ayant pas peur des considérants de principe et d'un juge constitutionnel très modéré, pour ne pas dire timide, dans l'exercice de son contrôle. C'est un renversement des choses qui peut intriguer »⁴³³.

A certains égards, le caractère intrigant du renversement reste entier. A tout le moins pourrait-il être levé en retraçant une socio-histoire du Conseil constitutionnel et de sa jurisprudence qui éclairerait sur ce qui l'a progressivement conduit à ménager le pouvoir d'appréciation du législateur et à jouer du contrôle de proportionnalité pour valider, sur le fondement d'exigences sécuritaires, des restrictions apportées aux droits et libertés que la Constitution garantit. Toutefois, les décisions suivantes rendues par le Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'état d'urgence et ses modifications, conduisent à affiner quelque peu le diagnostic.

Car, finalement, des censures, il en advint. Il en advint même dans toutes les décisions rendues depuis mars 2016. Plusieurs dispositions-phares de la loi de 1955 et de ses modifications ont été contrôlées par la voie de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) et déclarées contraires aux « droits et libertés que la Constitution garantit » : régime des perquisitions et saisies, des assignations à résidence, délimitation de zones de protection, fouilles individuelles et des bagages... On pourrait donc aujourd'hui donner en partie raison aux préoccupations de l'ancien Premier ministre : oui, certaines dispositions du régime de l'état d'urgence et les modifications qui lui ont été apportées étaient contraires à la Constitution. Ainsi en a, en tous les cas, jugé le Conseil constitutionnel (I).

Mais l'essentiel n'est peut-être pas là. Car si en censurant les dispositions litigieuses, le Conseil constitutionnel semble avoir tenu le rôle de garant des droits et libertés que la Constitution lui confère à l'art. 61-1, la lecture de la partie de ses décisions précisant les effets des déclarations d'inconstitutionnalité appelle à une analyse plus nuancée. Le report presque systématique de l'abrogation des dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles que lui permet l'art. 62 alinéa 2 de la constitution, auquel s'adjoignent d'autres techniques de restriction de l'effet utile des décisions d'inconstitutionnalité, ont entretenu la présence, au sein de l'Etat de droit français, de normes inconstitutionnelles mais néanmoins effectives (II).

I - Un régime partiellement inconstitutionnel

Si le Conseil constitutionnel a affirmé la constitutionnalité de principe du régime de l'état d'urgence et a validé une partie des dispositions législatives contrôlées (A), il a toutefois fini par censurer plusieurs dispositions-phares. Rétrospectivement, l'Etat de droit français a

⁴³² Décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme* [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence].

⁴³³ Denis Baranger, « Quel 'Etat de droit' ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », *RFDA*, 2016, p. 357.

ainsi pu s'accommoder d'un régime d'exception dont plusieurs dispositions portaient atteinte aux droits et libertés constitutionnels par lesquels il se définit (B).

A - La constitutionnalité de principe du régime de l'état d'urgence

Le Conseil constitutionnel a affirmé la constitutionnalité de l'existence même du régime de l'état d'urgence dans sa décision dite *Nouvelle-Calédonie* n° 85-187 DC, du 25 janvier 1985⁴³⁴. Il procède en deux temps. Il rappelle d'abord que « aux termes 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 ne saurait être assuré » (cons. 3). Il précise ensuite que « si la Constitution, dans son article 36, vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier, comme il vient d'être dit, les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public ». Il conclut alors que « la Constitution du 4 octobre 1958 n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, qui, d'ailleurs, a été modifiée sous son empire ». Autrement dit, ce que la Constitution a tu, elle ne l'a pas pour autant exclu ; ce qui n'est pas expressément interdit au législateur, lui est permis. Outre que l'on peut discuter sur le plan théorique du recours implicite à ce type norme de clôture de l'ordre juridique pour justifier la validité d'un régime d'exception, le paradoxe qui revient à le fonder sur une disposition constitutionnelle relative à la garantie de l'exercice des libertés publiques n'a pas manqué d'être relevé⁴³⁵.

Quoi qu'il soit, l'art. 34 de la constitution est dorénavant la base constitutionnelle de la loi du 3 avril 1955. Si le Conseil constitutionnel a n'a pas toujours pris le soin de le citer expressément à chaque décision relative à loi sur l'état d'urgence rendue ces deux dernières années, il a en revanche constamment rappelé sa position de principe : « la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence. 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 »⁴³⁶.

L'affirmation de la constitutionnalité de principe du régime de l'état d'urgence a également été accompagnée de la validation de plusieurs dispositions qui le définissent. Cinq décisions ont explicitement déclaré constitutionnels tout ou seulement partie d'une vingtaine d'alinéas composant trois articles de la loi du 3 avril 1955 et de ses modifications, portant plus précisément sur les conditions d'assignation à résidence (art. 6, décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017), sur la fermeture provisoire des lieux de réunion (art. 8, décision n° 2016-535 QPC, 19 février 2016) et sur les perquisitions et saisies (art. 11, décisions n° 2016-536 QPC, 19 février 2016 n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016).

⁴³⁴ Décision n° 85-187 DC, 25 janvier 1985.

⁴³⁵ Olivier Beaud, Cécile Guérin-Bargues, *L'état d'urgence. Etude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, LGDJ, 2016.

⁴³⁶ Voir en ce sens le rappel opéré dans la dernière décision adoptée en la matière : décision n° 2017-684 QPC 11 janvier 2018, *Associations La cabane juridique / Legal Shelter et autre* [Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence], cons. 3.

Ces décisions concluant la constitutionnalité des dispositions déferées se sont concentrées sur le cours des trois premiers mois de la mise en œuvre de l'état d'urgence. Commentées « à chaud », dans les semaines suivant leur publication, elles ont conduit à ce que soit diagnostiquée une prudence caractéristique des juges en temps de régime de crise⁴³⁷. En exerçant un contrôle « superficiel »⁴³⁸, « explicitement restreint à la sanction des seules disproportions manifestes », à de rares exceptions près⁴³⁹, le Conseil constitutionnel semble avoir fait jouer une présomption de constitutionnalité et légitimé le régime de l'état d'urgence et ses modifications législatives successives. Pour autant, si les décisions d'inconstitutionnalité ont pu se faire attendre, elles ont fini par arriver et sanctionner des dispositions sensibles.

B - Des censures tardives et ciblées mais répétées

Il a fallu attendre près de trois mois pour que le Conseil constitutionnel déclare l'inconstitutionnalité de dispositions de la loi du 3 avril 1955 et de ses modifications. La première censure a été prononcée à l'encontre des conditions de saisies qui pouvaient être effectuées au cours des perquisitions administratives. Aucune intervention juridictionnelle préalable n'avait été prévue⁴⁴⁰. Ce premier pas semble avoir été le plus difficile à franchir. Car ensuite, chacune des décisions contestant la constitutionnalité d'une disposition législative relative à l'état d'urgence a été l'occasion pour le Conseil de prononcer une sanction totale ou partielle.

Ont tout d'abord été sanctionnées les conditions des perquisitions et saisies. Le Conseil constitutionnel a estimé que n'assurent pas « une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée rattaché par le Conseil constitutionnel à l'art. 2 de la Déclaration de 1789, plusieurs alinéas de l'art. 11 de la loi du 3 avril 1955 : la « seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'art. 11 de la loi du 3 avril 1955 » (décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016), les dispositions du 1° de l'art. 11 dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 modifiant certaines dispositions de la loi du 3 avril 1955 (décision n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016), ou encore les mots : « À l'exception de celles qui caractérisent la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée, » figurant à la dernière phrase du huitième alinéa du paragraphe I de l'art. 11 de la loi du 3 avril 1955 issus de la loi du 21 juillet 2016 (décision n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016).

Le Conseil constitutionnel a également estimé inconstitutionnels les critères de l'interdiction de séjour. Le 3° de l'art. 5 de la loi qui conférait au préfet le pouvoir 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 » n'a pas assuré « une conciliation équilibrée » entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et la liberté d'aller et de venir et le droit de mener une vie familiale normale (décision n° 2017-635

⁴³⁷ Denis Baranger, « Quel « État de droit » ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence » Note sous Conseil d'État, 27 janvier 2016, juge des référés, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n°396220, *RFDA* 2016 p. 358 ; « L'état d'urgence dans la durée », *RFDA*, 2016, p. 453.

⁴³⁸ Agnès Roblot-Trozier, « État d'urgence et protection des libertés », *RFDA*, 2016, p. 433.

⁴³⁹ Valérie Goesel-Le Bihan, « Conseil constitutionnel et état d'urgence : état des lieux », *AJDA*, 2017, p. 2033.

⁴⁴⁰ Décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016.

QPC, 9 juin 2017).

Certains aspects du régime des assignations à résidence ont aussi été invalidés. Pour le Conseil constitutionnel, les mots « demander au juge des référés du Conseil d'État l'autorisation de » figurant à la première phrase du treizième alinéa de l'art. 6 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 résultant de la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016, les deuxième et troisième phrases du même alinéa ainsi que les mots « autorisée par le juge des référés » figurant à la quatrième phrase de cet alinéa et, enfin, la dernière phrase du paragraphe II de l'article 2 issue de la loi du 19 décembre 2016 sont contraires au « droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif » et aux « principes d'indépendance et d'impartialité » indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles qui découlent de l'art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017).

Ou encore, le Conseil a fini par censurer les conditions des contrôles d'identité, de fouilles de bagages et de visites des véhicules. Il considère que l'art. 8-1 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 « n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée » (décision n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017).

Enfin, c'est la délimitation de zones de protection ou de sécurité qui a été déclarée inconstitutionnelle. Le Conseil estime que le pouvoir que le 2° de l'art. 5 de la loi du 3 avril 1955, dans sa rédaction antérieure à la loi du 11 juillet 2017 conférait au préfet « d'instituer, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé », n'assurait pas « une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir » (décision n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018).

Que retenir de ces déclarations d'inconstitutionnalité ? D'une part, ce sont les atteintes déséquilibrées et manifestes⁴⁴¹ à la liberté d'aller et venir et au droit au respect de la vie privée qui ont le plus souvent conduit à censurer le législateur. D'autres part, les premières décisions d'inconstitutionnalité ont ciblé quelques mots ou phrases et n'ont pas entamé significativement le régime de l'état d'urgence. Les inconstitutionnalités les plus importantes ont été prononcées tardivement ce qui, on va le voir, a réduit d'autant leur effet utile. En conséquence, rétrospectivement, il apparaît que l'Etat de droit français a intégré pendant plusieurs mois des dispositions inconstitutionnelles qui ont fondé des centaines de mesures de police, générales ou individuelles. Ce constat est de surcroît à durcir au regard du jeu des modulations des effets dans le temps auquel le Conseil constitutionnel s'est livré qui a conduit à faire perdurer dans le temps les inconstitutionnalités constatées.

⁴⁴¹ Voir Valérie Goessel-Le Bihan, *op. cit.*, p. 2033

II - La neutralisation des effets des décisions d'inconstitutionnalité : l'entretien de l'effectivité de normes inconstitutionnelles

Ces déclarations d'inconstitutionnalité ne doivent pas cacher l'essentiel : leurs effets ont presque systématiquement été neutralisés par le Conseil lui-même. La seule réelle exception est constituée de la décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016⁴⁴². D'un côté, le Conseil a ainsi fait pleinement jouer son pouvoir de report des effets dans le temps (A). De l'autre, il a privé ses déclarations d'inconstitutionnalité d'effet utile par des prises de décisions tardives (B).

A - La prolongation de l'effectivité de dispositions déclarées inconstitutionnelles

Pour quatre de ces décisions prononçant l'inconstitutionnalité de dispositions de la loi du 3 avril 1955 et de ses modifications⁴⁴³, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à se saisir du pouvoir de modulation des effets dans le temps que lui confère l'art. 62 al. 2 de la Constitution pour les QPC. La justification fournie par le Conseil est toujours à quelques mots près la même : une abrogation immédiate des dispositions censurées méconnaîtrait « l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et aurait des conséquences manifestement excessives »⁴⁴⁴. La solution trouvée est alors de différer, parfois de plusieurs mois, la date de l'abrogation des dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles. Elle a aussi pu consister à exclure la possibilité de se prévaloir de la décision d'inconstitutionnalité dans des procédures pénales en cours⁴⁴⁵.

Deux conséquences au moins en découlent. La première est qu'aucun des requérants qui a saisi victorieusement le Conseil constitutionnel n'a pu se prévaloir des décisions d'inconstitutionnalité obtenues. La seconde est que le Conseil a été conduit à accompagner ses décisions d'une incitation à ce que le Parlement, non pas abandonne les mesures jugées restrictives de droits et libertés constitutionnels, mais les retravaille. Même s'il affirme se garder d'indiquer « les modifications qui doivent être retenues pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée »⁴⁴⁶, en censurant quelques mots ou phrases ciblés et en fixant une période de report de l'abrogation pendant laquelle des dispositions législatives correctrices peuvent être adoptées, le Conseil met finalement à disposition du Parlement des quasi-feuilles de route qui lui permettent d'adopter des mesures restrictives de droits et libertés constitutionnels non manifestement déséquilibrées ou disproportionnées.

De tels reports des effets des déclarations d'inconstitutionnalité ont pour conséquence

⁴⁴² Voir aussi l'articulation proposée avec celle-ci par la décision n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016.

⁴⁴³ Décisions n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 ; n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 ; M. Raïme A. ; n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017 ; n° 2017-677 QPC du 1er décembre 2017.

⁴⁴⁴ Voir décisions précitées.

⁴⁴⁵ Décision n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016. En l'occurrence, le Conseil déclarait inconstitutionnelles les conditions de perquisition et de saisie prévue à l'art. 11 de la loi du 3 avril 1955. Toutefois il estime que « la remise en cause des actes de procédure pénale consécutifs à une mesure prise sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et aurait des conséquences manifestement excessives. Par suite, les mesures prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent, dans le cadre de l'ensemble des procédures pénales qui leur sont consécutives, être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité ».

⁴⁴⁶ *Ibid.*

de faire perdurer dans l'ordre juridique français des dispositions législatives inconstitutionnelles. Ils reviennent à habilitier le législateur à porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit jusqu'à un moment librement déterminé par le Conseil constitutionnel lui-même. Ils conduisent aussi à inverser la hiérarchisation habituelle des normes⁴⁴⁷ : pendant un temps plus ou moins long, la norme constitutionnelle ne fait pas obstacle à l'application d'une disposition législative qui lui est contraire. Certes l'exercice de cette compétence que l'art. 62 de la Constitution confère au Conseil constitutionnel dans le cadre de toute QPC n'est pas réservé à la loi sur l'état d'urgence. Mais son usage répété et concentré pendant la période de mise en œuvre de ce régime d'exception a révélé un potentiel peut-être sous-estimé de légitimation des restrictions apportées aux droits et libertés dans certaines circonstances. La systématisation de l'usage du pouvoir de report dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité pourrait en effet transformer la QPC, non pas, comme elle se présente, en procédure de garantie des droits et libertés constitutionnels mais en machine à fabriquer de l'inconstitutionnalité. Rien n'interdit en effet d'imaginer un législateur calculateur faisant le pari d'une absence de recours *a priori* pour délibérément adopter des dispositions législatives contraires aux droits et libertés constitutionnels qui produiront le temps voulu leurs effets et qui ne seront censurées, si elles le sont, que plusieurs mois plus tard, en bénéficiant éventuellement d'une prolongation dans le temps. Il est de toute façon ainsi donné corps à l'hypothèse théorique⁴⁴⁸ de l'existence de normes non valides, et plus précisément, en l'occurrence, de normes effectives bien qu'inconstitutionnelles. Cette hypothèse est ici entretenue par la décision de l'organe de contrôle de constitutionnalité lui-même, dans les conditions qu'il détermine.

B - La privation de l'effet utile par décision tardive

Dans trois cas au moins, la privation de l'effet utile des décisions a été obtenue par d'autres moyens que le recours à l'art. 62. Il a suffi de tarder à décider. Le procédé s'est une première fois manifesté à l'occasion du contrôle du régime des assignations à résidence de longue durée, dans la décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017. Le temps pris par le Conseil constitutionnel pour se prononcer a d'ailleurs tranché avec la célérité des premières décisions portant sur la loi relative à l'état d'urgence. La rédaction de l'art. 6 de la loi issue de la loi de prorogation et de modification de l'état d'urgence du 19 décembre 2016 prévoyait que pour les assignations à résidence de plus de douze mois le Ministre de l'intérieur effectue une autorisation au juge des référés du Conseil d'Etat une autorisation. Le Conseil constitutionnel déclare la disposition contraire aux principes d'impartialité et d'indépendance de l'exercice de la fonction juridictionnelle au motif que le Conseil d'Etat peut avoir à connaître ultérieurement d'un recours contre la décision en dernier ressort. Il aurait ainsi à juger une décision à la formation de laquelle il a participé en donnant son autorisation préalable. Toutefois, la décision, rendue quelques jours seulement avant la fin du délai de trois mois qui lui est imparti, a eu pour conséquence, sans qu'il ait été nécessaire de reporter la date d'abrogation des dispositions législatives en cause, de durcir les situations juridiques individuelles et l'état de la

⁴⁴⁷ Paul Cassia, « Etat d'urgence : l'insupportable droit à l'erreur du législateur », Blogs Médiapart, 4 décembre 2017,

https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/041217/etat-d-urgence-l-insupportable-droit-l-erreur-du-legislateur?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=Sharing&xtor=CS3-67

⁴⁴⁸ Riccardo Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, collection Rivages du droit, 2010, chapitre 1 ; voir aussi Christophe Agostini, *Les normes non valides : contribution à une théorie générale de l'annulation juridictionnelle des normes*, Thèse Paris Nanterre, 2000.

législation. D'un côté, en effet la déclaration d'inconstitutionnalité est intervenue suffisamment tardivement pour que *les personnes requérantes n'en bénéficient que quelques jours, tandis que d'autres personnes concernées sont retombées sous le coup d'une mesure d'emprisonnement*⁴⁴⁹. D'un autre côté, elle a également eu pour conséquence de permettre au Ministre de l'intérieur de « décider de prolonger une assignation à résidence au-delà de 12 mois sans avoir besoin de l'autorisation » préalable du juge qui était prévue par la disposition législative censurée⁴⁵⁰.

La privation de l'effet utile des déclarations d'inconstitutionnalité est enfin liée à ce que les dernières décisions ont été rendues après la fin de l'état d'urgence, à savoir le 1^{er} décembre 2017 (n° 2017-677 QPC) et le 11 janvier 2018 (n° 2017-684 QPC). S'agissant de cette dernière décision, l'abrogation concernait qui, plus est, la rédaction initiale de la loi du 3 avril 1955 qui conférait au préfet sans autre précision, le pouvoir « d'instituer, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé ». La décision d'inconstitutionnalité est donc intervenue après même que la loi du 21 juillet 2017 ait déjà recadré ce pouvoir en lui donnant un but, celui « de prévenir des troubles à la sécurité et à l'ordre publics ». Quant à la décision du 1^{er} décembre 2017 qui déclare l'inconstitutionnalité des dispositions permettant des contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans des zones délimitées par les préfets, elle présente la particularité de cumuler non seulement d'avoir été rendue un mois après la fin de l'état d'urgence mais aussi d'être accompagnée d'un report, au 30 juin 2018, de la date d'abrogation des dispositions législatives en cause. Pourquoi ? Tout simplement, parce que le Conseil n'exclut pas l'éventualité d'un nouveau recours à l'état d'urgence : « en l'espèce, en cas de recours à l'état d'urgence, l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet de priver l'autorité administrative du pouvoir d'autoriser des contrôles d'identité, des fouilles de bagages et des visites de véhicules. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives » (cons. 9).

Conclusion : contrôler n'est pas garantir

L'entretien de la présence de normes inconstitutionnelles dans l'ordre juridique français, soit par le report de la date d'abrogation de dispositions jugées non conformes aux droits et libertés que la constitution garantit, soit par l'effet de décisions rendues tardivement, conduit s'interroger sur les conséquences qui en peuvent en résulter sur l'Etat de droit. Si la loi relative à l'état d'urgence n'implique en elle-même expressément aucune suspension générale ou partielle des droits et libertés constitutionnels⁴⁵¹, les jeux de privation de neutralisation des décisions d'inconstitutionnalité ont pour effet de faire perdurer dans l'ordre juridique français des dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles. Tout au long de

⁴⁴⁹ Sur ces effets en cascade voir ; « 3 questions à Xavier Dupré de Boulois sur la décision rendue par le Conseil Constitutionnel concernant les assignations à résidence longue durée en état d'urgence » : <http://blog.leclubdesjuristes.com/3-questions-a-xavier-dupre-de-boulois-decision-rendue-conseil-constitutionnel-concernant-assignations-a-residence-longue-duree-etat-durgence/>).

⁴⁵⁰ « 3 questions à Xavier Dupré de Boulois sur la décision rendue par le Conseil Constitutionnel concernant les assignations à résidence longue durée en état d'urgence », *précit.* ; Paul Cassia, « Le Conseil constitutionnel fait et défait le régime du renouvellement des assignations à résidence de longue durée de l'état d'urgence », *AJDA*, 2017, p. 1162.

⁴⁵¹ A rapprocher de notre contribution dans le présent rapport intermédiaire sur l'état d'urgence et l'Etat de droit, l'exemple du pouvoir exécutif, partie Théorie.

la mise en œuvre de l'état d'urgence, ces dispositions inconstitutionnelles se sont succédées et ont fondé de nombreuses décisions de police générales et individuelles. Sur le fondement d'exigences de type sécuritaire (l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public), le Conseil constitutionnel autorise une prolongation de leurs effets -autorisation qui se prolonge aussi, pendant le temps qu'il détermine, dans l'avenir. Il participe de la sorte à un affaiblissement temporaire, mais s'élevant souvent à plusieurs mois, de l'Etat de droit, du moins si l'on entend celui-ci dans le sens substantiel qui tendait à prévaloir depuis l'après deuxième-guerre mondiale, à savoir celui de la subordination de l'Etat aux droits et libertés énoncés dans les normes supérieures –en l'occurrence constitutionnelles– d'un ordre juridique.

Alors que l'attachement souvent réaffirmé à une telle conception aurait conduit à attendre un renforcement du contrôle de constitutionnalité confronté à un régime d'exception, c'est l'inverse qui s'est passé. Si le Conseil constitutionnel, à l'instar du Conseil d'Etat, ne se dérobe pas au rappel de grands principes lorsqu'il est saisi d'une QPC relative à l'état d'urgence –l' « état d'urgence est un régime de pouvoirs exceptionnels dont les effets doivent être limités dans le temps et l'espace »⁴⁵² –, peu de décisions auront significativement entamé ce régime, ou alors elles sont intervenues tardivement, au moment elles n'étaient plus en mesure de produire des effets utiles pour les requérants. Finalement, c'est l'exigence sécuritaire qui l'emporte le plus souvent sur les droits et libertés que la Constitution garantit, non seulement au moment du contrôle de proportionnalité entre la première et les seconds mais aussi à celui la détermination des effets de la décision d'inconstitutionnalité.

L'expérience tend alors à conforter l'hypothèse que *contrôler n'est pas garantir*⁴⁵³. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'un organe de contrôle, en l'occurrence, de la constitutionnalité, se réfère à des énoncés affirmant des droits et libertés, qu'il en assure *ipso facto* la garantie ou, à tout le moins, un niveau élevé de garantie. Le juge constitutionnel reste maître du degré de conciliation des droits et libertés opéré avec d'autres exigences. Le placement du curseur varie en fonction de nombreux facteurs tels que les contextes politiques et institutionnels, la composition des organes, les conceptions que les juges de la constitutionnalité ont de leurs propres compétences. A cet égard, une attitude générale de *self restraint* justifiée par l'idée que le juge constitutionnel n'a pas le même pouvoir d'appréciation que le Parlement, n'a pas les mêmes effets lorsque ce dernier adopte des lois libérales ou lorsqu'il fait primer des exigences sécuritaires. La circonstance amplificatrice de la mise en œuvre du régime d'exception qu'est l'état d'urgence pendant près de deux ans n'en est finalement qu'un révélateur.

⁴⁵² Décision n° 2016-535 QPC, 19 février 2016.

⁴⁵³ V. Véronique Champeil-Desplats, « Garantir les droits et libertés constitutionnelles a-t-il un sens ? », in Arnaud Le Pillouer (dir.) *Protection de la constitution et protection par la constitution*, Actes du colloque des 11 et 12 mai 2016, Poitiers, Editions de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2018, pp. 67 et s.

Annexe : aperçu synoptique

I. Nombre de décisions au 18 janvier 2018

1. Sur la loi du 3 avril 1955 et ses modifications : 9

1. Décision n°2017-684 QPC, 11 janvier 2018, Associations La cabane juridique / Legal Shelter et autre [Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence]
2. Décision n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017, Ligue des droits de l'Homme [Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence]
3. Décision n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017, M. Émile L. [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence]
4. Décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]
5. Décision n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 ; M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]
6. Décision n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 ; M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]
7. Décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016 ; Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]
8. Décision n° 2016-535 QPC, 19 février 2016 ; Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence]
9. Décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015. : M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]

2. Sur des dispositions connexes : 4

a) *Dispositions n'intégrant pas le régime de l'état d'urgence mais adoptées dans le cadre d'une loi de prorogation de celui-ci : 1*

- Décision n°2017-648 QPC, 4 août 2017, La Quadrature du Net et autres [Accès administratif en temps réel aux données de connexion] : des dispositions modifiant le Code de sécurité intérieure introduites par la 4^{ème} loi de prorogation de l'état d'urgence (loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016). : dispositions déclarées inconstitutionnelles mais modulation des effets dans le temps.

b) *Dispositions sur le terrorisme n'intégrant pas le régime de l'état d'urgence mais adoptées pendant sa mise en œuvre en lien avec la lutte contre le terrorisme*

- Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, M. David P. [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II] : inconstitutionnalité de l'art. 421-2-5-2 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique ; effet immédiat.
- Décision n° 2016-611 QPC, 10 février 2017, M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes] : inconstitutionnalité de l'art. 421-2-5-2 du Code pénal) issu de la loi issue

de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ; effet immédiat.

c) Autres : définition de l'entreprise individuelle de terrorisme

- Décision n° 2017-625 QPC, 7 avril 2017, M. Amadou S. [Entreprise individuelle terroriste] : art. 421-2-6 du Code pénal, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme : inconstitutionnalité des mots « de rechercher, » figurant au 1° du paragraphe I de l'article 421-2-6 du code pénal ; effet immédiat.

II. Type de décisions

1. Décisions DC dans le cadre d'un contrôle a priori : 0

Hypothèses explicatives :

- Jusqu'à la cinquième loi de prorogations, l'opposition parlementaire était à droite de l'échiquier politique. Elle n'a pas intérêt ou vocation à saisir le CC sur les questions de sécurité. Les parlementaires hostiles aux prorogations n'étaient pas assez nombreux pour saisir le Conseil constitutionnel, situation également vraie depuis les élections présidentielles, législatives et sénatoriales de l'année 2017 et donc pour la sixième loi de prorogation.

2. Décisions QPC : 9 (supra)

III. Type de requérants : sur 9 QPC

- 5 sur recours d'individus,
- 4 sur recours d'associations

IV. Mesures contestées

1. Les énoncés contestés selon leurs sources temporelles

a. Version initiale de 1955 ou révisée en 1960

- Décision° 2016-535 QPC, 19 février 2016 ; Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence] : art. 8
- Décision n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 ; M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II] : art. 11
- Décision n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017, M. Émile L. [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence] : art. 5. 3°
- Décision n°2017-684 QPC, 11 janvier 2018, Associations La cabane juridique / Legal Shelter, [Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence], art. 5. 2°

b. Dispositions issues des lois modificatives intervenues depuis le 20 novembre 2015

i. *Loi modificative du 20 novembre 2015 :*

- Décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015. : M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]
- Décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016 ; Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]

ii. *Loi modificative du 21 juillet 2016*

- Décision n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 ; M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]
- Décision n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017, Ligue des droits de l'Homme [Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence]
+ à signaler :
- Décision n°2017-648 QPC, 4 août 2017, La Quadrature du Net et autres [Accès administratif en temps réel aux données de connexion] : pour des dispositions modifiant le Code de sécurité intérieure introduites par loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016.

iii. *Loi modificative du 19 décembre 2016*

- Décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]

2. *Les énoncés contestés par thématique*

i. Interdiction de séjour : art. 5 de la loi

- Décision n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017, M. Émile L. [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence]

ii. Zones de protection ou de sécurité : art. 5 de la loi

- Décision n°2017-684 QPC, 11 janvier 2018, Associations La cabane juridique / Legal Shelter et autre [Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence]

iii. Assignation à résidence : art. 6 de la loi

- Décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015. : M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]
- Décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]

iv. Contrôles d'identité, fouilles de bagages, visites de véhicules : art. 8- 1.

- Décision n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017, Ligue des droits de l'Homme [Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence]

v. Réunion, spectacle : art. 8 de la loi

- Décision n° 2016-535 QPC, 19 février 2016 ; Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence]

vi. Perquisition : art. 11 de la loi

- Décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016 ; Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]
- Décision n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 ; M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]
- Décision n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 ; M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]

V. Issue des décisions

1. Dispositions déclarées constitutionnelles

- Décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015. : M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence : 9 premiers alinéa de l'art. 6]
- Décision n° 2016-535 QPC, 19 février 2016 ; Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence] : art. 8
- Décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016 ; Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence] : dispositions des premier, deuxième, quatrième à sixième alinéas ainsi que de la première phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955
- Décision n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 ; M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III] : quatrième à dixième alinéas du paragraphe I de l'article 11 (sauf les mots : « À l'exception de celles qui caractérisent la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée » (infra).
- Décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II], art. 6, 11 à 14^{eme} alinéa sauf 1) les mots « demander au juge des référés du Conseil d'État l'autorisation de » figurant à la première phrase du treizième alinéa de l'article 6 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, les deuxième et troisième phrases du même alinéa ainsi que les mots « autorisée par le juge des référés » figurant à la quatrième phrase de cet

alinéa et 2) la dernière phrase du paragraphe II de l'article 2 de la loi du 19 décembre 2016.

2. Dispositions déclarées inconstitutionnelles

- Décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016 ; Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence] : seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 (fondement : *droit au respect de la vie privée*)
- Décision n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 ; M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II] : Les dispositions du 1° de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 (fondement : *droit au respect de la vie privée*)
- Décision n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 ; M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III], : les mots : « À l'exception de celles qui caractérisent la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée, » figurant à la dernière phrase du huitième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 issus de la loi du 21 juillet 2016 (fondement : *droit au respect de la vie privée*)
- Décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II] : art. 6. : les mots « demander au juge des référés du Conseil d'État l'autorisation de » figurant à la première phrase du treizième alinéa de l'article 6 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, les deuxième et troisième phrases du même alinéa ainsi que les mots « autorisée par le juge des référés » figurant à la quatrième phrase de cet alinéa + la dernière phrase du paragraphe II de l'article 2 de la loi du 19 décembre 2016 (fondement : « *droit à un recours juridictionnel effectif* » ; « *principes d'indépendance et d'impartialité juridictionnelle* »)
- Décision n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017, M. Émile L. [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence] : 3° de l'art. 5. (Fondement : *liberté d'aller et de venir et le droit de mener une vie familiale normale*).
- Décision n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017, Ligue des droits de l'Homme [Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence] : art. 8-1 (fondement : *liberté d'aller et venir, respect de la vie privée*)
- Décision n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018, Associations La cabane juridique / Legal Shelter et autre [Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence] : 2° de l'art. 5 : (fondement : *liberté d'aller et venir*)

B. Réserve d'interprétation

- Décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II] : § 17

C. Effet dans le temps

a) Abrogation immédiate

- Décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016 ; Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]
- Décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]
- Décision n°2017-684 QPC, 11 janvier 2018, Associations La cabane juridique / Legal Shelter et autre [Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence]

b) Neutralisation des effets dans le temps

i. Modulation des effets dans le temps sur le fondement de l'art. 62 de la Constitution

- Décision n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 ; M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]
- Décision n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 ; M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]
- Décision n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017, M. Émile L. [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence]
- Décision n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017, Ligue des droits de l'Homme [Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence]

ii. Neutralisation de fait et privation de l'effet utile par décision rendue tardivement :

- Décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II] : § 17
- Décision n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017, Ligue des droits de l'Homme [Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence]
- Décision n°2017-684 QPC, 11 janvier 2018, Associations La cabane juridique / Legal Shelter et autre [Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence]

TROISIEME PARTIE

LA CIRCULATION GEOGRAPHIQUE ET MATERIELLE DE L'ETAT D'URGENCE

Les régimes de crise à l'épreuve de la constitutionnalisation

Comparaison franco-espagnole

Francesco Natoli

Confronté à une longue histoire de terrorisme interne, l'Etat espagnol s'est muni d'un arsenal juridique très détaillé dans le but de concilier les exigences liées à la sécurité nationale avec la garantie du respect des droits et libertés fondamentaux. De ce point de vue, le constituant espagnol a procédé selon un critère de différenciation des situations de crise susceptibles de constituer un danger pour l'Etat ou la sécurité nationale. La Constitution de 1978 permet, ainsi, de distinguer les « états constitutionnels de crise », dont la déclaration comporte une restriction voire la suspension générale de certaines garanties constitutionnelles, des situations pouvant permettre une limitation des droits et des libertés à titre individuel.

Concernant le premier volet, l'article 116 prévoit trois régimes dérogatoires hiérarchisés en fonction de la gravité des mesures applicables suite à leur proclamation et dont les conditions de mise en œuvre sont réglées par la loi organique n°4/1981. Le premier échelon est, ainsi, représenté par l'état d'alerte. Décrété par le Gouvernement réuni en Conseil des ministres, ce dispositif a été conçu essentiellement pour faire face à des situations « politiquement neutres », telles que les catastrophes naturelles, les épidémies ou l'interruption des services publics⁴⁵⁴. Ne déterminant pas une suspension des droits et principes constitutionnels, mais une simple concentration des pouvoirs au sein du Gouvernement ou de l'autorité indiquée par celui-ci, le Parlement n'intervient que *a posteriori* dans le but d'en proroger la durée et d'en préciser, le cas échéant, le contenu des mesures et la portée⁴⁵⁵. Le deuxième échelon est, ensuite, représenté par l'état d'exception. Pouvant être décrété seulement à la suite d'une habilitation parlementaire, ce dispositif autorise l'exécutif à suspendre provisoirement les droits et libertés indiqués par le premier alinéa de l'article 55 ; enfin, l'état de siège constitue le dernier échelon en matière de légalité de crise et se distingue du précédent dispositif par le fait de comporter également un transfert de compétences de l'autorité civile à celle militaire en vue de faire face à des situations de conflit armé⁴⁵⁶. Afin de

⁴⁵⁴ L'expression « politiquement neutre » est utilisée par V.P. Cruz Villalón, « El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio) », *Revista Española de Derecho constitucional*, n°2, 1981, pp 93-128 ; et « Estados excepcionales y suspensión de garantías », Tecnos, Madrid, 1984, cit. par Paolo Passaglia, "Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità", p 37, mars 2011.

⁴⁵⁵ La loi organique 4/1981 précise que le décret de proclamation de l'état d'alerte doit préciser la zone géographique où ce dernier sera applicable et sa durée, ne pouvant excéder les quinze jours. La déclaration devra être suivie d'une communication à la Chambre des députés ayant pour objet les motivations du recours et toute autre information requise par le Parlement ; les décrets édictés par le Gouvernement étant soumis aux mêmes obligations de notification. Malgré l'impossibilité de suspendre les droits et libertés dont au premier alinéa de l'article 55, des restrictions à la liberté de circulation peuvent être appliquées pendant toute la durée de l'état d'alerte.

⁴⁵⁶ La requête du Gouvernement concernant l'autorisation de recourir à l'état d'exception doit préciser non seulement la zone géographique et la durée de son application, mais aussi les droits et libertés qui pourront être suspendus et les mesures qui seront envisagées en l'espèce. La Chambre des députés peut introduire des modifications à la requête de l'exécutif. L'autorisation est, ensuite, votée par le Parlement réuni en Congrès et décrété, enfin, par le Gouvernement réuni en Conseil des ministres. Le Gouvernement peut, enfin, demander au

préserver le caractère démocratique des institutions lors de l'application des états constitutionnels de crise, la Constitution interdit, d'une part, l'exercice du droit de dissolution de la Chambre des députés et garantit, d'autre part, le principe de responsabilité politique de l'exécutif face au pouvoir législatif. De son côté, la loi organique n°4/1981 assure le droit à un recours effectif soit du décret de proclamation d'un des états de crise soit des décrets édictés en application de ces derniers devant les juridictions compétentes.

Concernant le deuxième volet, le deuxième alinéa de l'article 55 autorise la suspension individuelle de certains droits et garanties constitutionnels à l'égard de personnes qui, à l'issue d'une enquête, sont suspectées d'être impliquées dans des actions de nature terroriste⁴⁵⁷. Critiquée pour son caractère fortement liberticide, la logique sous-jacente de cette disposition se fonde sur la particularité du phénomène terroriste tant sur le plan spatial que sur celui temporel. Plus précisément, elle témoignerait de la préoccupation du constituant à l'égard d'une éventuelle suspension généralisée des droits fondamentaux, en vertu de la proclamation de l'état d'exception ou de siège, pour faire face à une menace constituée par un nombre limité d'individus, mais susceptibles de se prolonger dans le temps et de porter atteinte à l'ordre constitutionnel⁴⁵⁸. La Constitution attribue au Parlement la compétence d'identifier les cas et les conditions de suspension individuelle des garanties constitutionnelles à travers la loi organique. Les années suivant la promulgation du nouveau texte constitutionnel ont, ainsi, été caractérisées par une intense production législative, en matière de lutte au terrorisme, introduisant des régimes dérogatoires au droit commun en matière pénale. Afin de limiter les abus de la part de l'autorité administrative, le constituant a prévu, d'une part, « un adéquat contrôle parlementaire » et « l'intervention nécessaire de l'autorité judiciaire », d'autre part ; le recours injustifié à ce type de mesures étant susceptible d'engendrer la responsabilité pénale des personnes les ayant adoptées.

Rationalisé en raison de la spécificité des situations susceptibles de constituer un péril pour l'intégrité de l'Etat, le droit de l'urgence espagnol offre des éléments de comparaison

Parlement d'introduire des modifications aux mesures envisagées dans loi d'habilitation et la prorogation de sa durée, ne pouvant excéder les trente jours et devant suivre les mêmes formalités de l'autorisation initiale. Les formalités nécessaires à la proclamation de l'état de siège sont essentiellement les mêmes que celles nécessaires à la mise en œuvre de l'état d'exception. Cependant, compte tenu de la militarisation de la vie politique consécutive à l'application de ce dispositif, la majorité absolue du Congrès est requise pour la validité de l'habilitation parlementaire. Enfin, sur le plan matériel, le Parlement peut non seulement indiquer les infractions pénales provisoirement soumises à la cognition des juridictions militaires, mais déterminer aussi la suspension provisoire des garanties juridictionnelles prévues par le troisième alinéa de l'article 17 de la Constitution espagnole : il s'agit, en l'espèce, du droit à la défense et à l'information des détenus.

⁴⁵⁷ Les droits et garanties constitutionnels susceptibles de faire l'objet d'une suspension individuelle sont la limite d'une durée maximale de soixante-douze heures en détention préventive (art. 17 al-2), l'inviolabilité du domicile (art. 18 al-2) et le secret des communications (art. 18 al-3).

⁴⁵⁸ Dans ce sens, Francisco Fernandez Segado affirme que « El precepto es una buena muestra de la preocupación de nuestras Cortes Constituyentes para lograr la absoluta desarticulación de quienes (...) obcecados por el fetichismo de los fines, han olvidado la moral de los medios y sucumbido a la tentación de la violencia » et précise, enfin, que « el terrorismo, por su propia naturaleza, es algo esencialmente limitado (...) De ahí que las medidas a adoptar por la acción gubernativa no deban tener un campo de aplicación general o absoluto, sino que, por el contrario, deban exclusivamente limitarse y restringirse a unas concretas conductas delictivas y a unos individuos específicamente determinados ». Cit. dans la « La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales », Francisco Fernandez Segado, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*, num. 33, Septiembre-October, 1983, pp 134-135.

intéressants par rapport à la réglementation juridique de l'état d'urgence en France. De ce point de vue, si l'on se limite à l'analyse des mécanismes d'habilitation, l'état d'urgence fonctionne comme un régime d'exception proche de l'état d'alerte espagnol : soit, comme un dispositif auto-habilitant qui, en vertu de certaines circonstances particulières, détermine, d'une part, une extension des pouvoirs de police sur le plan horizontal et, d'autre part, une déconcentration du pouvoir favorisant la représentation administrative locale de l'Etat sur le plan vertical ; le Parlement n'intervenant que dans un deuxième temps afin d'en proroger la durée. Si l'on procède, au contraire, selon un critère *ratione materiae*, l'état d'urgence semblerait, à première vue, présenter des analogies avec l'état d'exception espagnol, dans la mesure où la loi du 3 avril 1955 prévoit la possibilité d'appliquer des mesures restrictives des droits et libertés, notamment en matière de liberté individuelle. Toutefois, compte tenu du fait que le législateur n'a pas prévu de suspension générale du droit commun dans les zones où l'état d'urgence est appliqué, ce dernier présente plutôt des éléments de correspondance avec la législation antiterroriste espagnole autorisant une suspension individuelle des garanties juridictionnelles, aux termes du deuxième alinéa de l'article 55⁴⁵⁹.

Cette distinction en fonction du critère de l'habilitation et de celui matériel est nécessaire en raison du caractère mixte de la loi du 3 avril 1955 dont la dualité matérielle permettrait de distinguer un acte-règle, instituant l'état d'urgence en tant que dispositif, et un acte-condition, instituant son application en Algérie, enrichi, suite aux attentats de novembre 2015, par l'ensemble des dispositions introduisant des mesures spécifiques contre le terrorisme⁴⁶⁰.

La différence entre les dispositifs français et espagnol réside donc essentiellement dans les prérogatives attribuées aux assemblées législatives en matière de légalité de crise. Si le dispositif français attribue traditionnellement au Parlement le pouvoir d'établir des régimes d'exception et d'en modifier librement le contenu normatif en fonction des circonstances, le dispositif espagnol limite, au contraire, le rôle du Congrès au cadre juridique défini par la Constitution et par la loi organique. Ces deux approches mènent-elles, pour autant, à des pratiques politico-institutionnelles différentes lors de l'application du dispositif ? Est-il préférable d'en adopter un plutôt que l'autre afin de préserver les principes fondamentaux de l'Etat de droit ? La constitutionnalisation des régimes de crise représente-t-elle, en dernière instance, la solution optimale contre les abus de pouvoirs : exécutif ou législatif ?

À travers une analyse comparée entre l'état d'urgence en France et l'état d'alerte en Espagne on s'interrogera, en premier lieu, sur les difficultés de mise en place d'un contrôle parlementaire adéquat à l'application d'un régime d'exception (I). Ensuite, à travers une comparaison de l'évolution du régime des assignations à résidence et des perquisitions propres à l'état d'urgence et de la législation anti-terroriste espagnole prise en application de l'article 55 al-2 sera mise en évidence la tendance du législateur à préserver une marge

⁴⁵⁹ Ni la loi du 3 avril 1955 ni les successives lois de prorogation de l'état d'urgence n'utilise le terme « suspension » en référence aux droits et libertés publiques. Néanmoins, des restrictions importantes peuvent être apportées à la liberté individuelle, notamment en matière de perquisitions et d'assignations à résidence, déterminant une mise à l'écart du juge judiciaire en faveur du juge administratif, relativement au contrôle de ces mesures, en dérogeant ainsi à l'article 66 de la Constitution.

⁴⁶⁰ « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », Olivier Beaud et Cécile Guérien-Bargues, *Jus Politicum*, Revue de droit politique, p 27-29

d'appréciation discrétionnaire en matière de restriction des droits et libertés au profit du Gouvernement (II).

I – Les difficultés de mise en place d'un contrôle parlementaire adéquat à l'application d'un régime d'exception

D'un point de vue normatif, l'état d'urgence se distingue de l'état d'alerte dans la mesure où il ne bénéficie pas d'un fondement constitutionnel. Cette distinction est cependant purement formelle dans la mesure les deux dispositifs se connotent pour leur dimension essentiellement auto-habilitante : la loi du 3 avril 1955, telle que modifiée par l'ordonnance du 15 avril 1960, attribuant le droit de proclamer l'état d'urgence au chef d'Etat et l'article 116 de la Constitution espagnole conférant ce même droit au Gouvernement relativement à l'état d'alerte. Ainsi, dans l'un comme dans l'autre cas, le contrôle parlementaire n'est que successif : le Parlement n'intervient qu'après douze jours pour proroger l'état d'urgence, en France, et le Congrès espagnol intervient pour les mêmes raisons après quinze jours. Cette structure normative se traduit par une accoutumance du pouvoir législatif aux décisions de l'exécutif. Plus précisément, en France, on assiste à la mise en place de pratiques politico-institutionnelles visant à garantir la prorogation de l'état d'urgence à travers la réduction des temps de délibération du Parlement (A), alors que la pratique parlementaire du Congrès espagnol s'est traduite en une tentative de légitimation politique d'un décret gouvernemental au fondement juridique douteux (B).

A – Les tentatives de réduction des temps de délibération parlementaire relativement à la prorogation de l'état d'urgence en France

La loi du 20 novembre 2015 a modifié la loi du 3 avril 1955 en introduisant l'article 4-1 disposant que « l'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délais des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence » et peuvent « requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures ». Selon Mme J. Schmitz, il s'agirait d'un contrôle parlementaire permettant « une surveillance permanente et « en temps réel » de l'action du Gouvernement »⁴⁶¹. Cette dernière serait assurée, d'une part, par une procédure d'information imposant au Ministère de l'Intérieur de communiquer au Parlement toutes les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence et, d'autre part, par l'attribution aux commissions des Lois des deux assemblées de pouvoirs d'enquête relevant, normalement, des commissions d'enquête au sens strict.

L'effectivité de ce système semble, toutefois, compromise par la mise en place de pratiques politico-institutionnelles visant à accélérer le temps des débats parlementaires. Une première stratégie, à caractère institutionnel, consiste en l'inscription prioritaire à l'ordre du jour des projets inhérents à l'état d'urgence par le Gouvernement, en vertu de l'article 48 de la Constitution. L'exécutif peut, par la suite, évoquer la réduction des délais de discussion, en première séance, devant l'Assemblée nationale, aux termes de l'article 42 de la Constitution. L'effet combiné de ces deux dispositions est, enfin, amplifié, sur le plan politique, par le scrutin majoritaire favorisant l'émergence de la majorité gouvernementale. Ainsi, V. Champeil-

⁴⁶¹ Journal du Droit Administratif (JDA), 2016, Dossier 01 « Etat d'urgence » (dir. Andriantsimbazovina, Francos, Schmitz & Touzeil-Divina) ; Art. 46.

Desplats souligne que le législateur « parvient à accélérer une procédure déjà accélérée », dont la loi du 20 novembre 2015 et celle du 21 juillet 2016 constitueraient les exemples plus représentatifs, ayant été votées toutes les deux en moins de soixante-et-douze heures⁴⁶².

La célérité délibérative recherchée par l'exécutif aurait non-seulement pour but de favoriser la quête « émotionnelle » du consensus en limitant la dialectique parlementaire, mais permettrait aussi d'éviter, de façon incidente, une éventuelle saisine du Conseil constitutionnel dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité préventif, comme le souligne à juste titre O. Beaud et C. Guérin-Bargues⁴⁶³. Cette crainte serait, toutefois, démentie par la jurisprudence du Conseil constitutionnel lui-même : ce dernier ayant déclaré implicitement son incompétence à statuer sur la conformité constitutionnelle de l'état d'urgence, dans sa décision du 25 janvier 1985, et ayant admis, dans les mêmes termes, que le législateur est libre de proroger indéfiniment la durée de ce dispositif dans celle du 22 décembre 2015⁴⁶⁴.

Malgré les tentatives du législateur d'introduire des procédures d'information aptes à assurer un contrôle parlementaire constant sur l'action du Gouvernement, les prorogations incessantes de l'état d'urgence en absence de circonstances justifiant tels choix révèlent les limites d'un dispositif à caractère auto-habilitant où le Gouvernement bénéficie, en fin de compte, du monopole de l'information. En effet, le Parlement ne bénéficie pas du pouvoir de vérifier dans l'immédiat les conditions de déclenchement de l'état d'urgence ; la loi du 3 avril 1955 prévoyant son intervention seulement au-delà de douze jours pour son éventuelle prorogation. Ce décalage par rapport aux faits semble alors être à l'origine de l'absence d'une opposition réelle aux projets de loi de l'exécutif : le Parlement fondant ses décisions essentiellement sur les avis du Conseil d'Etat qui se basent à leur tour sur les données du Ministère de l'Intérieur, comme souligné par S. Henneville-Vauchez⁴⁶⁵. Enfin, cette pratique parlementaire révèle aussi l'absence de mécanismes normatifs capables d'interdire la prorogation de l'état d'urgence au-delà d'un certain nombre de fois ou son rétablissement par décret du Gouvernement comme ce fut le cas en Nouvelle-Calédonie⁴⁶⁶.

La subordination du Parlement par rapport au Gouvernement en temps de crise et l'absence d'un contrôle parlementaire effectif dues au caractère essentiellement auto-habilitant d'un certain dispositif de légalité de crise semble être confirmées aussi par l'expérience espagnole lors de la mise en œuvre de l'état d'alerte en 2010.

⁴⁶² « Le temps de l'état d'urgence », Véronique Champeil-Desplats, dans « L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation », Presses universitaires de Nanterre, p 233

⁴⁶³ « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues, Jus Politicum, Revue de droit politique, p 128

⁴⁶⁴ Dans la décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, le Conseil constitutionnel déclare au considérant 13 que « si le législateur prolonge l'état d'urgence par une nouvelle loi, les mesures d'assignation à résidence prises antérieurement ne peuvent être prolongées sans être renouvelées ». Comme le souligne Paul Cassia dans un article de Mediapart, intitulé "Le vice-président du Conseil d'Etat et l'état d'urgence" du 21 novembre 2016, si un renouvellement des assignations à résidence est nécessaire après une loi de prorogation, le juge constitutionnel admet aussi *a contrario* la possibilité d'une nouvelle prolongation de l'état d'urgence.

⁴⁶⁵ « Etat d'urgence : où sont passés les contre-pouvoirs ? », Stéphanie Henneville-Vauchez, dans « L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation », Presses universitaires de Nanterre, p 89

⁴⁶⁶ Concernant le rétablissement de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, consulter « L'état d'urgence en Novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », O. Beaud et C. Guérin-Bargues, Jus politicum, Revue de droit politique, p 88

B - Les tentatives de légitimation politique du décret de proclamation de l'état d'alerte par le Congrès en Espagne

Par le décret royal n°1673 du 4 décembre 2010, le Gouvernement de José Luiz Rodríguez Zapatero déclarait l'entrée en vigueur de l'état d'alerte sur tout le territoire national espagnol dans le but de rétablir « la normalisation du service public essentiel du transport aérien », suite au soudain arrêt de travail des contrôleurs aériens de plusieurs aéroports en guise de protestation contre la réforme de leur convention collective⁴⁶⁷. L'exécutif justifiait sa décision en vertu de l'atteinte portée à l'article 19 de la Constitution, sanctionnant la liberté de circulation de tous les citoyens espagnols, et poursuivait son argumentation en assimilant l'interruption du service public aérien à une « calamité publique d'énorme magnitude ». Ainsi, compte tenu du caractère exceptionnel et de la gravité de ces circonstances, le gouvernement soumettait provisoirement le personnel aérien de l'A.E.N.A. —l'agence nationale du transport aérien— aux ordres du Chef d'Etat Major de l'armée de l'air et aux autorités désignées par celui-ci. Le décret prévoyait, d'autre part, une requalification juridique du personnel civil en personnel militaire, en le soumettant, ainsi, aux lois pénales et disciplinaires prévues par le code militaire.

Malgré les déclarations du Président du Gouvernement visant à justifier, d'une part, le recours à l'état d'alerte au nom de la défense de l'Etat de droit et à mitiger, d'autre part, les effets de ce dispositif en évoquant le respect du principe de proportionnalité, la doctrine a contesté le fondement de cette décision en raison de son caractère stratégique et instrumental à la résolution d'un conflit social aux contours politiques⁴⁶⁸. En effet, si la paralysie des services publics constitue une des circonstances énoncées par l'article 4 lett. c) de la loi organique n°4/1981 pour la mise en œuvre de l'état d'alerte, celle-ci doit être cumulée à une des autres circonstances énoncées par cette même disposition⁴⁶⁹. Par le biais d'une interprétation extensive de la loi, le Gouvernement aurait, ainsi, assimiler les grèves non-déclarées préalablement à une calamité publique en effectuant, ainsi, une analogie dangereuse entre

⁴⁶⁷ Ainsi est intitulé le Décret royal n°1673 du 4 décembre 2010. Le Gouvernement en charge avait prévu une réforme des contrats collectifs de travail des contrôleurs aériens prévoyant, entre autre, une réduction des salaires. Suite à la communication de l'adoption d'un décret-loi modifiant les conditions de rémunération horaire des employés, le régime juridique des permis syndicaux et des garanties incapacité de travail et invalidité, les contrôleurs de plusieurs aéroports décidèrent d'abandonner soudainement le poste de travail en obligeant l'Etat à décréter la suspension du trafic aérien sur tout le territoire national pendant dix-huit heures.

⁴⁶⁸ Lors de la session ordinaire du 9 décembre 2010 du Parlement, ayant pour objet la communication du décret instaurant l'état d'alerte, le Président du Gouvernement Zapatero déclarait que « nadie ni individual ni colectivamente pueda tomar como rehenes de sus reivindicaciones al conjunto de los ciudadanos, a los que priven de un servicio público esencial para el normal ejercicio de sus derechos y libertades (...) el Gobierno que presido no dudará en utilizar - sin ignorar los requerimientos de proporcionalidad a los que me he referido - todos los instrumentos del Estado de derecho para evitar situaciones como las que hemos vivido o poner fin a situaciones como las que hemos vivido el pasado fin de semana ». Intervention du Président du Gouvernement Rodríguez Zapatero. " Diario de la sesión del Congreso sobre "Actos en relación con los estados de alarma, excepción y sitio", en la que el Gobierno da cuenta del Real Decreto por el que declaró el estado de alarma"

⁴⁶⁹ Les autres circonstances énoncées par la loi étant les catastrophes et calamités publiques à caractère naturel, les crises sanitaires et les pénuries de produits de première nécessité.

deux phénomènes ontologiquement différents⁴⁷⁰. Ainsi, compte tenu de l'article 4 al-2 du code civil espagnol, interdisant l'interprétation par analogie pour l'application des lois exceptionnelles, une interprétation restrictive des conditions d'application de l'état d'alerte aurait, sans doute, été plus conforme au caractère spécial de la loi organique n°4/1981 par rapport au droit commun⁴⁷¹. Enfin, la soumission du personnel aérien aux juridictions militaires serait inconstitutionnelle dans la mesure où un transfert de compétences en ce sens ne serait possible qu'en cas d'application de l'état de siège, aux termes de l'article 116⁴⁷².

Si la réaction du monde académique a été critique à l'égard de la décision de l'exécutif de recourir à l'état d'alerte, le Parlement s'est, au contraire, mobilisé dans le but d'en soutenir l'action et les motivations. Dès la session ordinaire du 9 décembre 2010, les représentants des différents partis de l'opposition parlementaire ont condamné à l'unanimité les modalités de protestations des contrôleurs aériens et justifié les raisons du Gouvernement au nom de la « défense de la loi et de l'intérêt général », tout en nuancant leurs propos en évoquant le respect du principe de proportionnalité⁴⁷³. Ainsi, fort d'une majorité pléthorique, un deuxième décret demandant la prorogation de l'état d'alerte de quinze jours ultérieurs fut édicté par l'exécutif lors d'une session extraordinaire du Conseil des ministres le 14 décembre 2010. Les motivations du Gouvernement se fondaient, cette fois-ci, sur la crainte qu'un nouvel épisode de la même portée puisse se produire durant les festivités de Noël, sans pour autant préciser les éléments factuels à la base de telles suspicions⁴⁷⁴. La décision fut ratifiée par le Congrès par une majorité de cent quatre-vingts votes pour seulement cinq contres et centre trente-et-une abstentions⁴⁷⁵.

En l'absence d'éléments factuels clairement circonstanciés par l'exécutif, la prorogation de l'état d'alerte assume ainsi une fonction strictement préventive, remettant en cause l'efficacité du contrôle parlementaire en temps de crise. De ce point de vue, la doctrine n'a pas manqué de relever que l'autorisation du Parlement a eu pour effet d'étendre la durée de l'état d'alerte en dehors des périodes de session ordinaire du Congrès. Les chambres ne pouvant, ainsi, être convoquées, la mise en œuvre du cinquième alinéa de l'article 116 de la Constitution, interdisant la suspension du fonctionnement du Parlement en cas d'application des états constitutionnels de crise, était compromise. De plus, l'article 73 ne prévoyait aucun mécanisme de convocation d'office du Congrès en temps de crise et remettant à la discrétion du Gouvernement, de la Députation permanente ou de la majorité des membres d'une des chambres la convocation d'une session extraordinaire⁴⁷⁶.

⁴⁷⁰ Entretien avec Roberto Blanco, Javier Corcuera, Enrique Alvarez, José A. Portero Molina, "La dudosa legalidad de un decreto", ABC.ES du 12/12/2010

⁴⁷¹ Concernant le débat sur les limites de l'interprétation extensive en matière de lois exceptionnelles dans le droit espagnol, voir aussi « Anlogia y interpretacion extensiva: una reflexion (empirica) sobre sus confines », Guillermo Cerdeira Bravo De Mansilla, Estudios Monograficos, ADC, tomo LXV, 2012, fasc. III

⁴⁷² Entretien avec Roberto Blanco, Javier Corcuera, Enrique Alvarez, José A. Portero Molina, « La dudosa legalidad de un decreto », ABC.ES du 12/12/2010

⁴⁷³ La formule citée est utilisée à plusieurs reprises par les représentants des principaux partis politiques de l'opposition. Compte rendu des débats de la session ordinaire du 9 décembre 2010

⁴⁷⁴ Décret-royal n°1717 du 17 décembre 2010

⁴⁷⁵ Données reportées par le journal El Pais, « El Congreso autoriza al Gobierno a prorrogar el estado de alarma por el conflicto con los controladores aéreos », Madrid, 16 décembre 2010

⁴⁷⁶ L'article 73 dispose « La Cámaras se reunirán anualmente en dos períodos de sesiones : el primero, de septiembre a diciembre, y el segundo de de febrero a junio. Las Cámaras podrán reunirse en sesiones

L'accoutumance du Parlement aux politiques de l'exécutif ne doit pas, toutefois, être interprétée comme une forme de « passivité institutionnelle ». Les expériences française et espagnole en matière de terrorisme montrent, au contraire, que celui-ci maintient un rôle actif quant à la définition et l'encadrement de mesures spécifiques potentiellement attentatoires des droits et libertés fondamentaux.

II – La tendance du législateur à préserver une marge d'appréciation discrétionnaire en matière de restriction des droits et libertés au Gouvernement

Dans sa décision du 25 janvier 1985, le Conseil constitutionnel a identifié le fondement de l'état d'urgence dans l'article 34 de la Constitution faisant de la réglementation des libertés publiques une compétence exclusive du législateur⁴⁷⁷. Le Parlement serait alors compétent pour déterminer à son gré la conciliation entre le respect des droits et liberté, d'une part, et la sauvegarde de l'ordre public, de l'autre. Cette souveraineté du pouvoir législatif en matière de politique sécuritaire s'est traduite par une pratique politique visant à renforcer les dispositions à caractère répressif limitant l'exercice de la liberté individuelle, notamment par rapport au régime des perquisitions et des assignations à résidence, dans un but de prévention du terrorisme. Ainsi une partie de la doctrine a évoqué la nécessité d'une constitutionnalisation de l'état d'urgence en vue de contenir une expansion incontrôlée de ces mesures (A). Toutefois, le modèle espagnol qui, contrairement au français, prévoit une disposition constitutionnelle spécifique relative à la suspension individuelle des droits fondamentaux, en cas de terrorisme, ne paraît pas une solution adaptée. Le renvoi à la loi organique pour la réglementation détaillée de l'article 55 al-2 n'a été que partiel et fragmenté dans le temps, révélant ainsi une inertie du Congrès en matière de protection des droits et libertés (B).

A - Le renforcement systématique des mesures exceptionnelles contre le terrorisme par le Parlement et la proposition d'un encadrement constitutionnel de l'état d'urgence

Suite aux attentats de Novembre 2015, l'état d'urgence a été l'objet de six prorogations caractérisées non seulement par l'extension indéfinie de la durée de ce dispositif, mais aussi par l'introduction de nombreuses modifications à la loi du 3 avril 1955. Certains auteurs ont, ainsi, dénoncé les dangers liés à une pratique parlementaire qui, au lieu d'assurer un contrôle politique sur les mesures exceptionnelles mises en place par le Gouvernement, aurait pour but de les renforcer et de les inscrire dans la durée. Ainsi, la loi du 20 novembre 2015 renforce le régime des assignations à résidence en étendant son champ d'application à « toute personne (...) à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics »⁴⁷⁸. La loi du 21 juillet, de son côté,

extraordinarias a petición del Gobierno, de la Diputación Permanente o de la mayoría absoluta de los miembros de cualquiera de las Cámaras. Las sesiones extraordinarias deberán convocarse sobre un orden del día determinado y serán clausuradas una vez que éste haya sido agotado. ». Pour plus de détails sur ce débat voir aussi Sinopsis de l'article 116 de la Constitution espagnole, site du Congrès

⁴⁷⁷ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985

⁴⁷⁸ Article 4 de la loi n°2015-1501 du 20 novembre 2015

modifie, d'une part, le régime des perquisitions en autorisant les fouilles de bagages et de véhicules sans la nécessité d'une instruction du procureur et introduit, d'autre part, des mesures dérogatoires concernant le traitement des données personnelles par l'administration pénitentiaire⁴⁷⁹.

Trois raisons principales ont poussé une partie de la doctrine à s'interroger sur la nécessité de constitutionnaliser l'état d'urgence afin de limiter l'insécurité juridique découlant des modifications systématiques apportées par le législateur à son régime juridique. La première, de caractère strictement normativiste, se fonde sur l'objection que des dispositions à caractère législatif ne sauraient être en mesure de déroger à des normes de rang constitutionnel. La deuxième souligne les limites du contrôle de constitutionnalité a posteriori lorsqu'il s'agit de préserver la liberté personnelle ; enfin, la troisième met en évidence les majeures garanties assurées par le processus de révision constitutionnel par rapport à la loi ordinaire⁴⁸⁰. Si la première observation revêt un caractère essentiellement formel, les enjeux liés aux deux arguments suivants reflètent les limites conséquentes à l'absence d'un encadrement juridique clair et défini par la Constitution.

Concernant le premier volet, la doctrine a relevé le caractère fragmenté et partiel du contrôle de constitutionnalité a posteriori : le Conseil constitutionnel étant « réduit à apprécier le régime juridique de l'état d'urgence au fil des questions prioritaires de constitutionnalité posées par les citoyens »⁴⁸¹. Plus en particulier, le régime juridique des assignations à résidence et des perquisitions défini par la jurisprudence constitutionnelle plus récente se limite à calquer, d'une part, la décision du 25 janvier 1985, selon laquelle la conciliation entre les libertés publiques et la sauvegarde de l'ordre public relève de la compétence exclusive du législateur, et à déclarer, d'autre part, que l'effectivité d'un contrôle juridictionnel de ces mesures est assuré, en l'espèce, par le juge administratif⁴⁸². Jusqu'à présent, seules trois QPC ont abouti à une déclaration d'inconstitutionnalité : deux décisions interdisant la copie de données informatiques en matière de perquisitions et une sanctionnant l'intervention préalable du Conseil d'Etat en matière de validation des assignations à résidence⁴⁸³. Enfin, dans un autre groupe de décision, le Conseil constitutionnel se limite à

⁴⁷⁹ Articles 4 et 9 de la loi n°2016-987 du 21 juillet 2016

⁴⁸⁰ Sur ce sujet voir « Constitutionnalisation de l'état d'urgence : avancée ou recul de l'état de droit ? », Serge Slama, dans « L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation », Presses universitaires de Paris Nanterre ; "Un projet de révision constitutionnelle recevable, mais qui doit être réécrit", Dominique Rousseau, Le Monde, 21/12/2015 ; "Y a-t-il un danger à constitutionnaliser l'état d'urgence?", Olivier Duhamel, L'Humanité, 18 décembre 2015 ; "Constitutionnaliser l'état d'urgence?", Stéphane Pierré-Caps, Civitas Europa n°36, 2016 ; "Un an après: le droit face à l'exception de l'état d'urgence", Stéphane Pierré-Caps, The conversation, 8 février 2016

⁴⁸¹ "Un après: le droit face à l'exception de l'état d'urgence", Stéphane Pierré-Caps, The conversation, 8 février 2016

⁴⁸² Dans la décision n°2016-535 QPC du 19 février 2016, le Conseil constitutionnel confirme la thèse selon laquelle la restriction provisoire des libertés publiques au nom de la sauvegarde de l'ordre public, déjà énoncé dans la décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985, n'est pas contraire à la Constitution dans la mesure où le législateur assure l'effectivité d'un remède juridictionnel, en l'espèce assurée par le contrôle du juge administratif.

⁴⁸³ Dans la décision n°2016-536 QPC du 19 février 2016, le Conseil constitutionnel a retenu que le Parlement n'avait pas suffisamment encadré le régime des saisies informatiques par des garanties suffisantes compte tenu aussi du fait que l'article 57-1 c.p.p. fournit, pour la même mesure, des garanties légales plus importantes en matière de liberté personnelle. Cette orientation du Conseil constitutionnel a été confirmée, sur le même sujet, dans la décision n°2016-600 QPC du 2 décembre 2016 suite à la loi de prorogation du 21 juillet 2016 qui avait, entre autre, modifié à nouveau l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 dans le but d'autoriser la copie des données

préciser ultérieurement la durée légale des assignations à résidence et les conditions de leur renouvellement, tout en validant le cadre juridique adopté par le législateur⁴⁸⁴.

Concernant le deuxième volet, en constitutionnalisant l'état d'urgence, le législateur ne serait plus en mesure d'en modifier systématiquement le régime juridique à moins de ne mettre en place le processus de révision constitutionnelle qui, par définition, étant plus long et complexe que celui législatif ordinaire, limiterait les effets de la logique majoritaire. Un deuxième avantage serait, au contraire, lié au renvoi à la loi organique pour la précision des circonstances justifiant le recours à ce dispositif et pour la définition de son cadre légal. Dans ce cas, le recours à la procédure législative dont à l'article 46 assurerait, d'une part, un consentement politique plus large, la majorité absolue de l'Assemblée nationale étant requise, et la soumission obligatoire au contrôle préventif de constitutionnalité étant garantie par la Constitution⁴⁸⁵.

Le modèle espagnol, caractérisé par la constitutionnalisation de la procédure de suspension des droits fondamentaux et par le renvoi à la loi organique pour la précision des circonstances et modalités d'application, n'a pas, toutefois, garanti les résultats espérés.

B-Une réglementation partielle et fragmentée de l'article 55 al-2 CE et l'inertie du Congrès en matière de protection des droits fondamentaux

Dès les premières années suivant la promulgation de la Constitution espagnole de 1978, un ensemble de lois organiques portant application du deuxième alinéa de l'article 55 ont été voté par le Parlement dans le but de faire face à travers des mesures d'exception au terrorisme basque de l'ETA⁴⁸⁶. Si l'objectif du constituant était celui d'encadrer le phénomène du terrorisme par un cadre législatif renforcé par la procédure spéciale en matière de lois organiques, prévue par l'article 81 de la Constitution, favorisant ainsi un majeur consentement

informatiques saisies par l'autorité de police. Enfin, dans la décision n°2017-624 QPC du 16 mars 2017, le Conseil censure l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, tel que modifié par la loi du 19 décembre 2016, dans la mesure où il priverait le requérant d'un remède juridictionnel effectif en prévoyant l'intervention préalable du Conseil d'Etat en matière de validation des assignations à résidence.

⁴⁸⁴ Dans la décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, le Conseil constitutionnel émet une réserve d'interprétation concernant la durée légale des assignations à résidence : cette dernière ne pouvant dépasser les douze heures prévues par la loi du 3 avril 1955. En cas de violation de ce terme, l'assignation à résidence doit être considérée comme une mesure de détention. La compétence du juge judiciaire, aux termes de l'article 66 de la Constitution, est, donc, rétablie. Enfin, dans la décision n°2017-624 QPC du 16 mars 2017 susmentionnée, le Conseil constitutionnel a précisé que le renouvellement des assignations à résidence est soumis à la réunion cumulée de trois conditions : le comportement de la personne soumise à assignation à résidence doit constituer un danger grave pour la sécurité et la sauvegarde de l'ordre publics ; l'administration doit indiquer les éléments de fait justifiant le renouvellement ; elle doit, enfin, vérifier l'existence de mesures de sécurité complémentaires et évaluer l'impact des obligations découlant de ces dernières sur la vie de l'individu.

⁴⁸⁵ « Constitutionnalisation de l'état d'urgence : avancée ou recul de l'état de droit ? », Serge Slama, dans « L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation » p 118.

⁴⁸⁶ Il s'agit, plus précisément, d'un ensemble de lois au caractère hétérogène dont la plus ancienne est la loi organique n°56 du 4 décembre 1978 introduisant des mesures spéciales en matière de délits de nature terroriste commis par des bandes armées, intégrée successivement par la loi organique n°11 du premier décembre 1980 et par celle n°2 du 4 mai 1981, dont le contenu fut, par la suite, transposé dans la loi organique n°9 du 26 décembre 1984. La dernière intervention du législateur étant relative à la loi organique n°1 du 10 mars 2003. Sur le même sujet voir aussi le sinopsis de l'article 55 de la Constitution du site du Congrès espagnol.

democrática, las garantías aportadas por el Parlamento a los regímenes de suspensión individual de los derechos fundamentales han, sin embargo, sido juzgadas insuficientes por la doctrina. La ausencia de una definición clara de las condiciones de aplicación del régimen de suspensión individual de los derechos constitucionales y las incertidumbres a nivel de los medios de control jurisdiccional y parlamentario constituyente, de este punto de vista, los dos elementos más controvertidos.

Durante un primer tiempo, el legislador no ha precisado ulteriormente el alcance de la locución « bandas armadas o elementos terroristas » que en el segundo párrafo del artículo 55. Más precisamente, puesto que la noción de « banda armada » era también utilizada en referencia a las infracciones penales de derecho común, la práctica judicial había terminado por extender el régimen de suspensiones individuales a los casos de figuras que no tenían necesariamente un vínculo con el terrorismo, como indicó I. M. Lo Presti⁴⁸⁷. Así, tras una solicitud conjunta del Parlamento catalán y del vasco que tenía por objeto la constitucionalidad de la ley orgánica nº9 del 26 de diciembre de 1984, el Tribunal constitucional prohibía la lectura disociada de los términos « bandas armadas » y « elementos terroristas » sobre la base de la finalidad político-institucional del segundo párrafo del artículo 55 sancionando toda conducta que buscara causar daño a la integridad del Estado⁴⁸⁸. El juez constitucional identificaba, sin embargo, una excepción para la reiteración de ciertas infracciones de derecho común susceptibles de causar daño a la seguridad y al orden público ; el legislador había previsto la aplicación del régimen de suspensión individual de los derechos para « los delitos de idéntica gravedad » al terrorismo⁴⁸⁹. La asimilación al terrorismo de ciertos comportamientos penalmente reprobables no circunstanciados era, entonces, salvaguardada al asegurar una cierta margen de apreciación discrecional a la autoridad judicial y, por reflejo, a las autoridades administrativas de policía.

⁴⁸⁷ « L'esperienza spagnola : dal terrorismo interno alla minaccia globale. Strumenti di difesa di una democrazia "banco di prova" », Isabella M. Lo Presti, *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review* ISSN: 2239-804X, anno VII, n.1, 31 maggio 2017, pg 147-148

⁴⁸⁸ « El concepto de «bandas armadas» ha de ser interpretado así restrictivamente y en conexión, en su trascendencia y alcance, con el de «elementos terroristas» mencionado en el precepto constitucional. En esta misma línea la jurisprudencia penal también ha definido de forma restrictiva el tipo delictivo contemplado en el art. 7 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, haciendo referencia no sólo a la nota de permanencia y estabilidad del grupo, y a su carácter armado (con armas de defensa o de guerra, y también con sustancias o aparatos explosivos), sino también a su entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática. Cualquier otra interpretación más amplia de la expresión bandas armadas, que permitiera la aplicación de la Ley Orgánica 9/1984 y singularmente de los preceptos de su Capítulo Tercero a personas o grupos que actuar con armas, sin provoca el terror en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro, carecería de la cobertura constitucional del art. 55.2 ». Décision nº199 du 16 décembre 1987 (STC 199/1987 del 16 de diciembre)

⁴⁸⁹ La utilización de la expresión «delitos de igual entidad» no supone la aplicación de la analogía, sino un juicio analógico (en el estricto sentido de la palabra) que es preciso adoptar invariablemente en la apreciación de la circunstancia de reincidencia, que requiere una operación intelectual relativa al juicio de similitud, lo que exige una tarea de clarificación y análisis comparativo entre el hecho por el cual se procede y otro sancionado por un tribunal extranjero. No hay ninguna extensión analógica, sino una previsión legal que identifica el agravante de reiteración en función de un hecho perfectamente tipificado. La objeción relativa al riesgo de falta de garantías procesales en el país extranjero no es aceptable, ya que se trata de un problema de «orden público» en el sentido del art. 12.3 del Código Civil, y si la ley extranjera aplicable fuera contraria al referido orden, no tendría aplicación en España, según dicho precepto, habiendo de entenderse que la lesión de los derechos mínimos de defensa en el proceso, consagrados en los Tratados internacionales, atentaría normalmente a dicho orden ». *Ibidem*

D'autre part, un vif débat doctrinal a été suscité par le choix du législateur d'opter pour un régime différencié relativement aux modalités d'intervention de l'autorité judiciaire lors de la procédure de suspension individuelles des garanties constitutionnelles. À l'origine, la doctrine avait, en effet, considéré que, compte tenu du caractère dérogoire de l'article 55 al-2, l'intervention du juge aurait dû être nécessairement préalable à l'application d'une mesure suspensive des droits et libertés⁴⁹⁰. Le législateur s'orienta, toutefois, différemment en prévoyant que seules les mesures ayant pour objet la détention préventive devaient impérativement faire l'objet d'une validation *a priori* du juge, alors que, pour les autres mesures relatives à l'inviolabilité du domicile et au respect du secret de correspondance, une simple validation *ex-post* par l'autorité judiciaire était suffisante⁴⁹¹. La jurisprudence constitutionnelle a estimé, toutefois, qu'il revient au législateur de régler à sa discrétion les modalités d'intervention du juge dans la mesure où aucune circonstance temporelle n'est précisée par la Constitution⁴⁹².

Si le choix du législateur concernant les modalités du contrôle juridictionnel a été contesté, la réaction de la doctrine par rapport à l'absence d'une prévision normative relativement à la mise en place d'« un adéquat contrôle parlementaire » a été encore plus forte. Cette lacune constitue, selon Fernandez Alvarez-Ossorio Micheo, une « omission volontaire du législateur concernant une garantie politique (...) voulue expressément par la constituant et propre au régime de l'article 55 al-2 »⁴⁹³. Ainsi, selon le même auteur, le contrôle parlementaire exigé aux termes de cette dernière disposition s'articulerait comme un moyen de contrôle spécifique et distinct par rapport à la fonction de contrôle générale du Congrès sur l'action du Gouvernement dont à l'article 66 al-2 de la Constitution⁴⁹⁴. En désaccord avec la doctrine, le

⁴⁹⁰ « *La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales* », Francisco Fernandez Segado, Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca), num. 33, Septiembre-Octubre, 1933, pp 153-157

⁴⁹¹ « L'esperienza spagnola : dal terrorismo interno alla minaccia globale. Strumenti di difesa di una democrazia "banco di prova" », Isabella M. Lo Presti, Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review ISSN: 2239-804X, anno VII, n.1, 31 maggio 2017, p 148-149

⁴⁹² « Precisamente por ello, no cabe, como pretenden los recurrentes, un tratamiento unitario e idéntico para todos los casos y para todos los derechos a que se refiere el art. 55.2 de la Constitución del alcance de la necesaria intervención judicial, sino que ésta ha de abordarse en relación con los específicos problemas que la misma plantea para cada uno de los derechos suspendibles, y también en relación con las circunstancias en las que esa suspensión haya de realizarse. En particular los recurrentes insisten en la necesidad de que la intervención judicial sea en todo caso previa a la actuación gubernativa que supone la suspensión del derecho. La Constitución exige, desde luego, una intervención judicial, y que además ésta sea decisiva al respecto, que pueda ratificar o levantar la suspensión del derecho. Para su mayor efectividad la intervención judicial, debería preceder a la puesta en práctica de la suspensión. Sin embargo, ello no excluye el que en ciertos casos la efectividad de la suspensión misma requiera una actuación inmediata de la autoridad gubernativa, sin perjuicio de la intervención sucesiva del órgano judicial, de forma que la medida podría ser adoptada provisionalmente por la autoridad administrativa a reserva de su ratificación o levantamiento por la autoridad judicial. En estos casos extremos la efectividad de la suspensión puede requerir posponer la intervención judicial a un momento posterior a la actuación gubernativa, pero esta modalización de la necesaria intervención judicial para hacer posible la suspensión entra en la lógica misma de la previsión incluida en el art. 55.2 de la Constitución. Si la intervención judicial en estos casos fuera idéntica a todos los efectos a la existente en el régimen común de los derechos de los arts. 17.2 y 18.2 y 3 de la Constitución, no cabría hablar, como la Constitución hace, de suspensión de tales derechos. » Décision n°199 du 16 décembre 1987

⁴⁹³ « (...) es la omisión voluntaria por el legislador de una garantía política (...) querida expresamente por el constituyente y propia del instituto del artículo 55.2 CE » Fernando Alvarez-Ossorio Micheo, « Estudios críticos. El "adecuado control parlamentario" (Art. 55.2 CE) según la STC 71/1994 », Revista española de derecho constitucional. Año 15. Num 43. Enero-Abril 1995, p 302

⁴⁹⁴ Ibidem

Tribunal constitutionnel a jugé, dans une décision du 3 mars 1994, qu'il suffit que le Congrès puisse être mis dans les conditions de connaître les décisions de l'exécutif relativement aux cas singuliers de suspension individuelle des droits constitutionnels et d'intervenir, si nécessaire, à travers les instruments ordinaires de contrôle parlementaire. Aucune obligation de résultat spécifique n'incomberait, alors, au législateur concernant la mise en place d'instruments de contrôle *ad hoc*⁴⁹⁵.

Conclusion

À l'issue de cette analyse, l'accoutumance du pouvoir législatif aux politiques sécuritaires de l'exécutif s'explique, en l'espèce, en vertu de deux raisons. D'une part, le recours aux dispositifs de légalité de crise à caractère auto-habilitant ne permet pas la mise en place d'un contrôle parlementaire effectif dans la mesure l'intervention des assemblées législatives n'est que successive et se fonde essentiellement sur la transmission des données fournies exclusivement par l'exécutif. D'autre part, sur le plan politique, les mécanismes de prorogation des régimes d'exception constituent un facteur de regroupement de la majorité gouvernementale, assurant, ainsi, la stabilité de l'exécutif. Cette opération de coalition et de recherche du consensus peut, d'ailleurs, être facilitée par la mise en place de pratiques politico-institutionnelles visant à réduire les temps de délibération du Parlement. Enfin, le renforcement des mesures spécifiques concernant certains secteurs sensibles, comme le terrorisme, peut s'expliquer par la volonté d'éviter des crispations entre le Gouvernement et sa majorité.

⁴⁹⁵ « La legitimación para recurrir corresponde al Parlamento Vasco, a cuya voluntad hay que estar (arts. 162.1 a C.E., 32.2 LOTC y 28 c) E.A.P.V). Al impugnar la totalidad de la Ley Orgánica 4/1988, el Letrado del Parlamento Vasco que comparece como representante ad litem y director del asunto se ha excedido, lo cual impide entrar siquiera en el examen del motivo que fundamenta la petición de inconstitucionalidad de toda la Ley Orgánica 4/1988, por infracción -como en el recurso se dice- del art. 55.2 de la Constitución. Ello no obstante, observa la Abogacía del Estado que el razonamiento expuesto en la demanda incurre en el error de confundir dos cosas bien distintas. El art. 55.2 de la Constitución impone el <adecuado control parlamentario>, pero no obliga a que sea precisamente en la Ley Orgánica que determine la forma y los casos de la suspensión donde haya de regularse ese <adecuado control parlamentario>, ni tampoco obliga a que el mismo consista en la previsión de algún tipo, procedimiento o mecanismo tasado de control, singular y específico, para los casos del art. 55.2 de la Constitución. Y como este precepto constitucional no fuerza a ninguna de las dos cosas, es perfectamente lícita la opción del legislador de que, en una determinada coyuntura, sea <adecuado> o suficiente el control parlamentario ejercido con arreglo a lo que prevean los Reglamentos de las Cámaras u otras normas de Derecho parlamentario, en las que, desde luego, nada impide que se desarrolle especialmente el control parlamentario a que se refiere el art. 55.2 de la Constitución. El silencio de la Ley Orgánica en este punto sólo tiene un sentido: dejar a la decisión de las Cámaras la opción de establecer o no establecer un régimen especial relativo al <adecuado control parlamentario>, lo que no es contrario a la Constitución » Décision n°71 du 3 mars 1994 (STC 71/1994 del 3 de marzo)

Liberté de manifestation sous état d'urgence

Contribution à l'étude de l'impact de l'état d'urgence sur les libertés publiques

Pauline Laborde

Face à la production d'une multitude de discours, scientifiques mais surtout politiques, à propos de ce régime dit d'exception, il est avant toute autre chose nécessaire de connaître son champ d'application, d'en comprendre les mécanismes juridiques afin d'identifier les enjeux associés. Pour ce faire, il s'agit de définir l'état d'urgence.

L'état d'urgence est un régime d'exception, c'est-à-dire un régime dérogatoire au droit commun, qui se distingue de l'état de siège⁴⁹⁶ et des pleins pouvoirs⁴⁹⁷ en ce qu'il n'est pas inscrit dans la Constitution. Il s'agit donc d'un régime d'exception uniquement législatif. Celui-ci fut créé par la loi du 3 avril 1955⁴⁹⁸ et peut être déclenché « 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 »⁴⁹⁹. Cette loi de 1955 est ancrée dans un contexte politique particulier : la Guerre d'Algérie.

L'état d'urgence a pour vocation de faire prévaloir la sécurité et l'ordre publics sur les droits et les libertés garantis par le droit commun. Ainsi l'exercice de certaines libertés⁵⁰⁰, considéré comme fondamental car indiquant le degré de démocratie d'un État, pourrait en être réduit. C'est alors tout naturellement que nous adhérons à la définition de Dominique Rousseau, selon laquelle l'état d'urgence « [...] c'est la mise en suspension de l'État de droit : les principes constitutionnels qui le fondent et le distinguent et les mécanismes et exigences du contrôle juridictionnel sont mis à l'écart. Si l'État de droit est, définition minimale, un équilibre entre respect des droits fondamentaux et sauvegarde de l'ordre public, l'état d'urgence, c'est le déséquilibre revendiqué au profit de la sauvegarde de l'ordre public⁵⁰¹ ». Cette définition à laquelle nous nous référerons dans cette étude met en exergue le caractère dérogatoire de ce régime, légitimé par des circonstances exceptionnelles. L'état d'urgence inquiète donc par sa mise entre parenthèse des libertés — censée être temporaire, mais qui pourtant se pérennise, voire même, se banalise...

Si aujourd'hui l'état d'urgence a une résonance contemporaine, celui-ci fut déclenché à plusieurs reprises depuis sa création par la loi de 1955, et ce de façons très différentes. On distingue *grosso modo* trois phases historiques lors desquelles les gouvernements français ont fait usage de cette loi. La première phase est associée à la Guerre d'Algérie s'étendant du 3 avril 1955 au 9 octobre 1962. L'état d'urgence fut activé trois fois, sur le territoire de l'Algérie,

⁴⁹⁶ Inscrit à l'article 36 de la Constitution de 1958.

⁴⁹⁷ Inscrit à l'article 16 de la Constitution de 1958.

⁴⁹⁸ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie, JORF n° 0085 du 7 avril 1955 page 3479.

⁴⁹⁹ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie, JORF n° 0085 du 7 avril 1955 page 3479, article 1.

⁵⁰⁰ A l'instar de la liberté d'expression.

⁵⁰¹ Dominique Rousseau, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Revue Projet* 2/2006 (n° 291), p. 19-26.

puis sur le territoire métropolitain. La deuxième phase, intervient ultérieurement, et sur les territoires d'outre-mer. L'état d'urgence fut déclaré le 12 janvier 1985⁵⁰² sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie du fait de nombreux affrontements entre les opposants et les partisans de l'indépendance. Enfin, ce régime d'exception fut réactivé en 2005 sur l'ensemble du territoire métropolitain à la suite de nombreuses émeutes urbaines⁵⁰³.

L'état d'urgence a été pour la dernière fois mis en œuvre en France le 14 novembre 2015, au lendemain des attentats de Paris et de sa banlieue⁵⁰⁴. Il est aujourd'hui encore en vigueur. Ce régime d'exception fut en effet prolongé par six lois de prorogation, la première datant du 20 novembre 2015⁵⁰⁵ et la dernière du 11 juillet 2017⁵⁰⁶. Ces différentes lois modifièrent le régime de l'état d'urgence, impactant inévitablement les libertés publiques. Les dispositions adoptées et/ou modifiées accordent à l'autorité de police administrative une marge de manœuvre bien plus large que celle prévue par le droit commun. En effet, l'objectif normal de prévention de la police administrative est accru par une nécessité de maintenir la sécurité publique, autrement dit de lutter contre le terrorisme.

Nous ne traiterons dans cette étude que de la mise en œuvre récente de l'état d'urgence. Si les périodes précédentes de déclenchement peuvent être évoquées, elles ne feront pas partie du champ de l'étude.

Si de nombreuses libertés sont impactées par la mise en œuvre de l'état d'urgence en France, il s'agit dans cette étude de se focaliser uniquement sur la liberté de manifester en ce qu'elle est une liberté éminemment politique. Plus encore, au regard de son exercice plus que récurrent, cette liberté revêt une importance toute particulière en France. C'est donc dans sa dimension revendicative et politique que nous aborderons ici la manifestation. Sont exclus du champ de l'étude les manifestations sportives et culturelles car elles ne revêtent pas cette importance démocratique tant louée par la CEDH. Cette dernière estime en effet qu' : « [...] il est essentiel, dans une société démocratique et pluraliste, d'autoriser la libre expression des idées minoritaires et il est du devoir des autorités de garantir aux requérants le droit de manifester pacifiquement »⁵⁰⁷. Non seulement cette liberté est d'une portée éminemment politique puisqu'elle a vocation à contester l'ordre établi et donc à être une sorte de jauge démocratique, mais plus encore il s'agit d'une liberté entretenant un rapport complexe avec le droit. Il est alors intéressant de mettre en lumière le paradoxe qui l'entoure : si celle-ci semble être constitutive de la culture politique française, à plus y regarder, elle est malgré

⁵⁰² Loi n° 85-96 du 25 janvier 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, JORF du 26 janvier 1985 page 1087.

⁵⁰³ Décret n°2005-1386 du 8 novembre 2005 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, JORF n°261 du 9 novembre 2005 page 17593.

⁵⁰⁴ Par le décret n°2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, JORF n°0264 du 14 novembre 2015 page 21297.

⁵⁰⁵ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions (1), JORF n°0270 du 21 novembre 2015 page 21665.

⁵⁰⁶ Loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, JORF n°0162 du 12 juillet 2017.

⁵⁰⁷ Affaire Stankov et Organisation macédonienne unie linden c. Bulgarie, n°29221/95 et 29225/95, CEDH, 02/10/2001, §64.

tout très peu protégée par le droit.

Une liberté au statut ambigu

La liberté de manifestation est entourée d'une certaine ambiguïté. En effet, sa définition même n'est pas aisée. Certains considèrent que la manifestation est « un rassemblement, défilé de personnes organisé, en un lieu donné, sur la voie publique, ayant un caractère revendicatif et symbolique »⁵⁰⁸, d'autres au contraire associent la manifestation au cortège, faisant de celle-ci un rassemblement mobile. Une confusion règne quant à la différence entre un attroupement et une manifestation. Se cache derrière ces deux termes une dimension légale. L'attroupement est illégal car il trouble l'ordre public⁵⁰⁹, la manifestation, elle, est légale tant qu'elle ne fait pas l'objet d'une interdiction. Mais alors la distinction entre une manifestation et un attroupement est quelque peu ténue. Une action collective pacifique peut à tout moment changer de nature, devenir violente et être assimilée à un attroupement et devenir ainsi illégale.

Plus encore, il semble mal aisé d'identifier véritablement la valeur juridique de cette liberté. La première source textuelle protégeant cette liberté est l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁵¹⁰. Vient ensuite le décret-loi de 1935 qui au regard de son intitulé encadre plus qu'il ne protège cette liberté. Enfin, on trouve mention de la protection de cette liberté à l'article 431-1 du Code pénal selon lequel : « le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de coups, violences, voies de fait, destructions ou dégradations au sens du présent code, l'exercice d'une des libertés visées à l'alinéa précédent est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». Mais une question subsiste, la liberté de manifester est-elle constitutionnellement protégée ? En tant que telle, la liberté de manifester n'est mentionnée par aucune source constitutionnelle. En effet, celle-ci ne fait pas l'objet d'une reconnaissance autonome puisque les « sages » lui ont reconnu une valeur constitutionnelle, dans une décision du 18 janvier 1995⁵¹¹, en tant que droit d'expression collective des idées et des opinions.

La Convention européenne des droits de l'Homme (ConventionEDH) et le droit international ne reconnaissent pas non plus la liberté de manifester de manière autonome : ils ne l'appréhendent que sous le prisme de la liberté de réunion pacifique. L'article 21 du Pacte International des droits civils et politiques (PIDCP) ne consacre pas la liberté de manifestation elle-même mais la liberté de réunion. En ne garantissant pas spécifiquement le droit à la liberté de manifestation mais plus largement le droit à la liberté de réunion pacifique, la Cour affirme elle-même mettre en œuvre une interprétation extensive de ce droit : « ce droit couvre à la fois les réunions privées et celles tenues sur la voie publique, ainsi que les

⁵⁰⁸ Dictionnaire Larousse en ligne <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/manifestation/49161> .

⁵⁰⁹ Article 431-3 du Code pénal : « Constitue un attroupement tout rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public »

⁵¹⁰ Article 10 de la DDHC : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

⁵¹¹ Conseil constitutionnel, Décision n°94-352 DC du 18 janvier 1995.

réunions statiques et les défilés publics ; en outre, il peut être exercé par les participants au rassemblement et par les organisateurs de celui-ci »⁵¹².

De surcroît la liberté de manifester est systématiquement consacrée en négatif. Ainsi, l'intitulé du décret-loi de 1935 encadrant la liberté de manifester ne la garantit pas puisqu'il porte expressément sur « le renforcement du maintien de l'ordre public ». Cette liberté n'est donc appréhendée par le droit que dans l'optique de la limiter.

Au regard des éléments développés ci-avant, si la liberté de manifester ne semble pas bénéficier d'une protection et d'une reconnaissance juridique effective, cela s'explique sans nul doute par son objectif premier : contester l'ordre établi. L'histoire de la construction de la liberté de manifester comme objet juridique est révélatrice de l'instrumentalisation du droit par les gouvernants aux fins d'encadrer strictement cette liberté, cause de tant de méfiance.

L'histoire du régime juridique de la liberté de manifester : un encadrement juridique tardif

Une reconnaissance tardive de la liberté de manifester

Le 23 octobre 1935 un décret-loi *portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public* proposé par Messieurs Laval, Bérard, Paganon – respectivement Président du Conseil, Ministre de la Justice et Ministre de l'Intérieur – est adopté par le Gouvernement. Celui-ci marquera un tournant dans l'histoire juridique de la manifestation puisqu'il entoure enfin d'un cadre légal son exercice. Il faut cependant préciser qu'un décret-loi est un acte de gouvernement pris en vertu d'une habilitation législative dans un domaine relevant normalement de la compétence de la loi. Il s'agit donc d'une forme de procédure législative déléguée. Celle-ci n'existe plus sous la V^e République car elle est remplacée par la procédure des ordonnances prévue à l'article 38 de la Constitution. Il s'agit d'un acte à valeur réglementaire. L'encadrement de l'activité de manifester par le droit ne fut donc pas de l'initiative des députés, représentants des citoyens, mais bien de l'exécutif.

Il est intéressant de se référer à la publication originelle de ce décret dans le *Journal Officiel de la République Française*⁵¹³. En effet, il est précisé avant l'exposé du contenu du décret-loi, dans le rapport au Président de la République, que si « certains projets [de loi] sont encore en instance devant le Parlement »⁵¹⁴, l'« extrême urgence »⁵¹⁵ des circonstances marquées par « des atteintes de plus en plus fréquentes portées à l'ordre et à la tranquillité publics »⁵¹⁶ impose au Gouvernement « le devoir de recourir à la procédure exceptionnelle des décrets lois »⁵¹⁷. La rhétorique de la nécessité de maintenir l'ordre public, couplée à l'urgence de la situation, permet au gouvernement de légitimer son recours à une procédure qu'il qualifie lui-même d'exceptionnelle puisque dépossédant le législateur de sa compétence.

⁵¹² Affirmé pour la première fois par la Cour dans l'affaire *Djavit An c. Turquie*, n°20652/92, §56, CEDH, 20/02/2003. Affirmé pour la première fois par la Commission dans l'affaire *Rassemblement jurassien et Unité jurassienne c. Suisse*, n° 8191/78, décision de la Commission du 10 octobre 1979, §3, p105.

⁵¹³ Décret-loi du 23 octobre 1935 *portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public*, publié au JORF le 24 octobre 1934, p. 11203 et 11204.

⁵¹⁴ Décret-loi du 23 octobre 1935 *portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public*, publié au JORF le 24 octobre 1934, p. 11203.

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ *Ibid.*

La production de ce discours est révélatrice du climat particulièrement délétère qui sévit en France. La manifestation comme action collective inquiète les gouvernants en ce qu'elle change de nature et devient de plus en plus menaçante pour l'ordre social et politique préalablement établi. Il fallut attendre 1946 pour que la question de la constitutionnalisation de cette liberté se pose. C'est ainsi que le projet de constitution du 19 avril 1946 rédigé par la première assemblée constituante contenait en préambule une déclaration des droits et des libertés dont l'article 16 prévoyait que « Le droit de défiler librement sur la voie publique et le droit de réunion sont garantis à tous ». Cependant ce projet n'a pu aboutir en raison de l'échec du référendum du 5 mai 1946. Cet article ne fut pas ensuite repris dans la Constitution finale de 1946 rédigée par la deuxième assemblée constituante.

L'encadrement par le droit de la liberté de manifester : une nécessité politique

Afin de mieux cerner l'apport de ce décret-loi à la liberté de manifestation il est nécessaire de s'intéresser aux causes politiques et juridiques de son adoption. Ainsi il s'agit de mettre en lumière le climat particulier qui règne en France en 1935 et postérieurement. Le 6 février 1934 de nombreuses ligues d'extrême droite antiparlementaristes comme Action Française ou Croix de Feu défilent dans les rues de Paris. Cette action collective donna lieu à des affrontements meurtriers. Cet événement est, comme l'explique Danièle Tartakowsky dans son ouvrage *Les manifestations de rue en France 1918-1968*⁵¹⁸, une résultante d'un scandale politico-financier qui éclate dès la fin de l'année 1933. Ce scandale a été l'élément déclencheur d'un antiparlementarisme jusqu'alors latent. Il s'exprime ensuite pleinement, avec violence, et atteint son paroxysme le 6 février 1934. L'auteure tente d'expliquer en quoi ce ne sont pas simplement les événements tragiques et sanglants du 6 février 1934 mais plutôt une réelle transformation du statut de la manifestation qui a conduit le gouvernement à adopter le décret-loi de 1935. En s'appuyant sur le compte rendu de l'enquête parlementaire relative aux manifestations du 6 février 1934, l'auteure estime que le répertoire de l'insurrection est réinvesti, il est explicitement question de troubler l'ordre public afin de déstabiliser le pouvoir. Pour l'auteure, on assiste alors, ce 6 février 1934, à la transformation d'une manifestation-insurrection en une émeute. L'attitude des forces de l'ordre, dépassées et dépossédées de moyens efficaces pour maintenir l'ordre aurait joué un grand rôle dans ce changement de nature.

Au vu de tous ces éléments, révélés par l'enquête parlementaire, il apparaît que l'appréhension de la manifestation par le droit et la création d'un régime juridique qui lui serait propre s'imposait. Au regard de l'escalade de la violence au sein de ces actions collectives et de la confusion qui y règne, l'idée d'un régime spécifique prévoyant l'engagement de la responsabilité pénale ou civile en cas de dommages est séduisante aux yeux des gouvernants. De surcroît, la manifestation du 6 février 1934 n'est pas le seul événement tragique de cette époque. En effet, elle donna lieu à une série de contre-manifestations antifascistes organisées par les communistes. La plus symbolique est en date du 12 février 1934. Les événements se répèteront en 1935, notamment au moment de la commémoration des morts du 6 février 1934. Plus encore, dans certaines municipalités, la police est placée entre les mains des maires communistes ou socialistes qui tolèrent les manifestations. De ce fait, selon l'auteure, le décret-loi d'octobre 1935 aurait été un moyen de donner le pouvoir aux préfets, représentants du ministère de l'intérieur, plutôt qu'aux maires jugés parfois trop dissidents. On assiste

⁵¹⁸ Danièle Tartakowsky, *Les manifestations de rue en France 1918-1968*, Publications de la Sorbonne, 1997, 869 pages.

indéniablement à un processus d'encadrement juridique de l'activité de manifester. Cette dernière serait ainsi devenue objet de droit afin de protéger l'ordre public, mais également afin de conserver l'ordre social et politique établi.

Avant de pouvoir confirmer ou infirmer l'hypothèse de départ selon laquelle l'état d'urgence affaiblirait considérablement la liberté de manifester, il a été nécessaire d'identifier un terrain jurisprudentiel sur lequel se baserait notre étude et d'opérer certains choix méthodologiques.

Bien que le droit à l'expression collective des idées et des opinions, englobant la liberté de manifestation, puisse être restreint par des comportements interindividuels – l'exemple des contre-manifestations troublant un rassemblement est éclairant – il s'agit de ne s'intéresser ici qu'au rapport vertical entre les individus et le Pouvoir (entendu largement ici comme l'exécutif, l'administration, en outre toute autorité capable de restreindre les droits et libertés des citoyens) dans le cadre de l'exercice de la liberté de manifester.

Nous avons également exclu de cette étude l'atteinte à la liberté de manifestation par les forces de l'ordre. En effet, bien que le cas des violences policières⁵¹⁹ et des mesures de *Kettling*⁵²⁰ (cordon de sécurité déployé autour des manifestants les empêchant de circuler librement) soient analysés par la CEDH comme susceptibles de violer le droit de réunion pacifique, nous nous concentrerons ici sur l'analyse des restrictions « juridiques », c'est à dire des restrictions émises via des arrêtés de police administrative. Celles-ci sont protéiformes : il peut s'agir d'interdictions de manifestation globales ou ciblées, ainsi que de mesures individuelles restreignant la liberté de participer à un tel événement.

Cette étude s'appuie en partie sur un corpus jurisprudentiel de 76 décisions extraites d'un ensemble plus grand qui en comporte 764 (arrêtés, ordonnances et jugements) prises entre novembre 2015 et janvier 2017 inclus, relatives à des mesures prises en application de l'état d'urgence - c'est à dire rendues au visa de la loi du 3 avril 1955 - en provenance de la base de données Ariane Archive. Ainsi les décisions étudiées ci-après sont récentes : elles sont toutes postérieures à la date de déclenchement de l'état d'urgence contemporain, à savoir le 14 novembre 2015. Elles sont issues de tribunaux administratifs (Paris, Lille, Rennes, Nantes, Pau, Lyon), de Cours administratives d'appel et enfin du Conseil d'État. N'ont été retenues dans ce corpus que les décisions relatives à des mesures administratives prises afin d'empêcher des individus d'exercer leur liberté de manifester. Trois types de mesures sont en cause dans ces ordonnances et jugements : les assignations à résidence, les interdictions de séjour, ainsi que les interdictions de manifestation. A été écarté le contentieux de la responsabilité.

⁵¹⁹ Entre autres : « (...) toute manifestation dans un lieu public est susceptible de causer un certain désordre dans le déroulement de la vie quotidienne et de susciter des réactions hostiles, situation qui ne justifie pas en soi une atteinte à la liberté de réunion » : Affaire Ozalp Ulusoy c. Turquie, n°9049/06, deuxième section, 04/06/2013, §77.

⁵²⁰ Notamment : « les autorités nationales doivent se garder d'avoir recours à des mesures de contrôle des foules afin, directement ou indirectement, d'étouffer ou de décourager des mouvements de protestation », affaire Austin et autres c. Royaume-Uni, Grande chambre, n°39692/09 et autres, 15/03/2012, §68.

Celles-ci sont analysées afin de déterminer la nature du contrôle juridictionnel effectué par le juge administratif sur des arrêtés limitant l'exercice de la liberté de manifester. Si ce corpus tend à refléter les tendances jurisprudentielles, il ne se veut pas exhaustif, notamment parce que la base de données Ariane Archive est partiellement alimentée, et que l'analyse qui en est faite n'est pas systématique. Il s'agit de mettre en lumière les interprétations récurrentes auxquelles les juges administratifs ont recours et ainsi de dégager une politique jurisprudentielle plus ou moins homogène. En outre, l'étude de ce corpus doit permettre d'identifier le rôle du juge administratif dans la protection de la liberté de manifester en période d'état d'urgence.

Se pose enfin la question de l'impact que l'état d'urgence sur le régime juridique de cette liberté. Or, l'état d'urgence n'ayant d'autre vocation que de restreindre certaines libertés dans le but de sauvegarder la sécurité publique, l'hypothèse la plus probable serait l'aggravation de l'encadrement de la liberté de manifester sous l'état d'urgence et par là, l'affaiblissement de sa protection. Mais alors les restrictions à cette liberté, induites par l'état d'urgence sont-elles abusives ? Sont-elles détournées de leur objet ? En d'autres termes, comment se concrétisent-elles ? *En outre, comment la mise en œuvre de l'état d'urgence restreint-elle la liberté de manifester ?*

Afin de répondre à ces interrogations, il s'agira de mettre en évidence le fait que le régime de la liberté de manifester est si aggravé par l'état d'urgence qu'il perd tout caractère libéral (I). En effet, si le régime commun de la liberté collective de manifester encadre celle-ci, le régime d'exception ne fait que renforcer cet encadrement drastique. À l'inverse, la liberté individuelle de manifester n'est que très peu encadrée par le droit commun, ainsi, l'impact de l'état d'urgence sur son régime juridique n'en est que plus spectaculaire. Le régime juridique est certes un indice dans l'évaluation de l'affaiblissement d'une liberté, mais il n'est cependant pas suffisant, la posture qu'adoptent les différentes juridictions face à ces restrictions permet en effet de jauger l'impact réel de ces dernières sur le régime de la liberté de manifester. En vue de démontrer l'aggravation des restrictions à la liberté de manifester par l'état d'urgence, il est ainsi nécessaire de se pencher sur la nature du contrôle exercé par les juges administratif et constitutionnel. C'est alors que l'analyse des garanties juridictionnelles révèlent indéniablement une participation, voire une complicité de ces juridictions à l'affaiblissement substantiel de la protection de la liberté de manifester (II).

I - Le régime juridique de la liberté de manifester en état d'urgence : déclin du principe libéral

L'activation de l'état d'urgence permet de saisir les deux aspects de la liberté de manifester : collectif et individuel. Ainsi, discerner ces deux aspects et les analyser séparément permet de comparer les différents effets produits sur chacun d'eux par la mise en œuvre de l'état d'urgence. Il apparaît alors que si la liberté collective de manifester fait l'objet sous l'état d'urgence de la même logique d'encadrement strict (A), la liberté individuelle de manifester, elle, est particulièrement impactée par le régime de l'état d'urgence. En effet, elle ne s'exerce plus de façon aussi libérale qu'en dehors de ce régime d'exception (B).

A - La liberté collective de manifester en état d'urgence : continuité d'un encadrement strict

La liberté collective de manifester, premier aspect de la liberté de manifester, est strictement encadrée par le droit commun. En effet, de nombreuses barrières à l'exercice de cette liberté existent et le régime juridique commun de la liberté d'organiser une manifestation n'est finalement pas garant de l'exercice de celle-ci, au contraire, celui-ci le restreint (1). La mise en place de l'état d'urgence en France au lendemain des attentats survenus à Paris ne fait que maintenir cet encadrement drastique. Puisque cet état d'exception porte en lui les moyens d'assouplir les conditions de restriction des libertés dans le but de maintenir l'ordre et la sécurité publics, l'autorité de police administrative a vu croître ses prérogatives en matière d'interdiction de manifestation (2).

1. Organiser une manifestation hors état d'urgence, un régime déjà peu protecteur

Olivier Le Bot⁵²¹ tente de démontrer que la prégnance de l'ordre au sein du régime juridique de la liberté de manifester peut être relativisée au regard de son régime de déclaration considéré comme libéral. Il nous semble au contraire que ce régime est justement la manifestation d'une certaine méfiance du politique à l'égard de cette liberté. En effet, bien que l'organisation d'une manifestation soit soumise à l'obligation d'une déclaration préalable, la pratique tend à la transformer en un régime d'autorisation, beaucoup plus contraignant (a). De surcroît, l'organisation d'une manifestation fait peser sur les organisateurs une charge très lourde. Si aujourd'hui la charge qui pèse sur les organisateurs en matière de responsabilité est raisonnable, diverses réformes législatives ont considérablement assoupli les conditions d'engagement de la responsabilité des organisateurs, faisant de l'organisation d'une manifestation un risque inconsidéré (b).

a) La déclaration préalable : régime libéral illusoire

Le décret-loi de 1935, dès son article premier, pose le principe selon lequel l'exercice de cette liberté est soumis à une déclaration préalable : « Sont soumis à l'obligation d'une déclaration préalable tous cortèges, défilés, rassemblements de personnes, et d'une façon générale, toute manifestation sur la voie publique ». Ainsi, il suffit simplement pour les organisateurs de déposer aux autorités compétentes une déclaration « signée par trois d'entre eux, faisant élection de domicile dans le département »⁵²² au minimum « trois jours francs » avant la tenue de la manifestation et au maximum 15 jours avant⁵²³. Cette dernière ne conditionne pas l'exercice de cette liberté. En effet, une fois la manifestation déclarée, l'individu est théoriquement libre d'exercer cette activité. Si sanction il y a, celle-ci intervient *a posteriori*, de sorte que l'on parle d'un régime répressif. Or, dès la mise en œuvre de la

⁵²¹ Olivier Le Bot, « La liberté de manifestation en France : un droit fondamental sur la sellette? », in Aurélie Duffy-Meunier, Thomas Perroud (Dir.), *La liberté de manifester et ses limites : perspective de droit comparé*, 2017, *La revue des droits de L'Homme*, p.32 à 42.

⁵²² Décret-loi du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public, JORF du 24 octobre 1935 page 11203, article 2.

⁵²³ *Ibid.*

circulaire Paganon⁵²⁴ —du nom du ministre de l'Intérieur de l'époque— le principe posé concernant cette liberté est celle de l'interdiction. Un glissement s'est en réalité opéré dès la prise de cette circulaire : le régime de l'organisation d'une manifestation est passé de la déclaration à l'autorisation préalable, beaucoup plus liberticide. De ce glissement découle une nécessité pour l'organisateur de négocier la manifestation, qui de fait se trouve d'emblée pris dans un rapport de force. Si aujourd'hui la circulaire Paganon n'est plus en vigueur, selon la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences⁵²⁵, c'est l'autorité préfectorale qui a un pouvoir de police sur les manifestations de rue. Le décret de 1935 —transposé dans le Code de la sécurité intérieure— permet, lui, à l'autorité de police de moduler l'intensité du contrôle des manifestations. C'est ainsi que l'autorité de police peut aussi interdire préventivement et ce de manière pure et simple, les manifestations qu'elle considère comme des dangers pour l'ordre public. Même s'il y a toujours des négociations à l'œuvre, la menace de l'interdiction pèse sans cesse sur les organisateurs. L'obligation de déclaration préalable est vécue dans les faits comme une obligation d'autorisation et ce glissement vers un régime d'autorisation, concomitant à la circulaire Paganon, continue d'être effectif encore aujourd'hui. À ce titre, le régime de la liberté de manifester, qui peut dans les faits s'apparenter à un régime préventif d'autorisation, est indéniablement l'un des éléments qui contribue à restreindre l'exercice de la liberté d'organiser une manifestation, faisant de son régime juridique un régime peu protecteur.

La possibilité d'engager la responsabilité civile ou pénale de l'organisateur d'une manifestation, si celle-ci « tourne mal », permet également de dissuader les organisateurs de faire usage de leur liberté d'organisation. Si aujourd'hui la menace qui pèse sur les organisateurs est moindre, elle constitue tout de même un risque pour ces derniers.

b) La charge pesant sur l'organisateur : lourdes responsabilités civile et pénale

L'obligation de déclarer la tenue d'une manifestation à la mairie ou à la préfecture n'est pas étrangère à la nécessité de pouvoir engager la responsabilité des organisateurs en cas de débordements. Or, si cette nécessité a toujours existé, les conditions d'engagement de la responsabilité pénale et civile des organisateurs ont considérablement évoluées.

Le décret-loi de 1935, en introduisant dans le droit une obligation de déclaration, met en place une peine d'emprisonnement et une amende pour « ceux qui auront fait une déclaration incomplète ou inexacte de nature à tromper sur les conditions de la manifestation projetée [...] »⁵²⁶. Outre ce délit de déclaration incomplète ou inexacte, passible de quinze jours à six mois d'emprisonnement et de 16 à 2000 francs d'amende ; le décret-loi sanctionne également le délit de convocation à une manifestation interdite ou non encore déclarée. Enfin et surtout, ce texte réprime sévèrement la participation à l'organisation d'une manifestation interdite ou non déclarée⁵²⁷.

⁵²⁴ Circulaire du 27 novembre 1935 du ministre de l'intérieur Paganon.

⁵²⁵ Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, loi Defferre.

⁵²⁶ Décret-loi de 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public, JORF du 24 octobre 1935 page 11203, article 4 § 1.

⁵²⁷ *Ibid.* article 4 § 2.

Une surenchère répressive est mise en place par la loi du 8 juin 1970⁵²⁸, dite « anti-casseurs », qui prévoit que les organisateurs puissent être tenus pénalement responsables pour ne pas avoir donné l'ordre de dispersion du rassemblement lors de l'éclatement de heurts violents. La peine encourue est d'une sévérité inouïe : de six mois à trois ans de prison ferme⁵²⁹. Avec le durcissement législatif mis en place par ce texte, les organisateurs peuvent se voir tenus pour responsables des dommages commis par d'autres individus durant le rassemblement dans la mesure où ils n'auraient pas donné l'ordre de dispersion de la manifestation. Mais alors comment prouver que l'ordre de dispersion a été donné quand les conditions d'une manifestation rendent ce fait difficile à établir? Non seulement la loi est défavorable à l'organisation de manifestations, en ce qu'elle fait peser une charge extrêmement lourde sur les organisateurs, mais elle rend également très difficile le moyen pour un organisateur de se disculper et d'échapper à l'engagement de sa responsabilité civile pour fait d'autrui...

Les aspects liberticides charriés par ce texte législatif ont incontestablement fragilisé la liberté d'organiser une manifestation. Cette loi sera abrogée par une nouvelle loi du 23 décembre 1981⁵³⁰ supprimant les dispositions liberticides mises en place à l'encontre des organisateurs de manifestations en 1970. Aujourd'hui les organisateurs de manifestations ne peuvent voir ni leur responsabilité civile, ni leur responsabilité pénale engagée pour fait d'autrui. En revanche, théoriquement, ceux-ci peuvent toujours être punis de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende⁵³¹ s'ils n'ont pas déclaré la manifestation ou l'ont mal déclarée⁵³², ou bien s'ils organisent la manifestation alors que celle-ci a été interdite par un arrêté. Pourtant, dans les faits, de telles condamnations sont très rares. Il existe en effet une tolérance assez importante vis-à-vis des rassemblements spontanés pacifiques conformément à la jurisprudence de la CEDH⁵³³.

Eu égard à son caractère très strict, il est donc possible d'affirmer que le régime juridique encadrant la liberté d'organiser une manifestation a considérablement restreint l'exercice de celle-ci. Si le régime juridique de la liberté d'organiser une manifestation n'a pas toujours été favorable à l'exercice de celle-ci, la protection juridictionnelle de la liberté de manifester n'a pas toujours été effective.

2. État d'urgence : dérogation générale à la liberté collective de manifester

Le ministre de l'intérieur peut désormais recourir à l'article 8 de la loi de 1955 modifié par les nombreuses lois de prorogation adoptées. L'élargissement du motif d'interdiction d'une manifestation (a) est révélateur d'un mouvement d'extension de la dérogation au principe de la liberté de manifester ; dérogation qui semble aujourd'hui générale. De surcroît,

⁵²⁸ Loi du 8 juin 1970 n°70-480 tendant à réprimer certaines formes de nouvelles délinquances, JORF du 9 juin 1970 page 5324.

⁵²⁹ *Ibid.* article 1§3.

⁵³⁰ Loi n° 81-1134 du 23 décembre 1981 modifiant l'article 108 du Code pénal et abrogeant les articles 184, alinéa 3 et 314 du même code, JORF du 24 décembre 1981 page 3499.

⁵³¹ Article 431-9 du Code pénal.

⁵³² Article 431-9 du Code pénal, 3°.

⁵³³ Notamment : Cour européenne des droits de l'homme, affaire Bukta et autres c. Hongrie, requête n° 25691/04, 17 juillet 2007.

cette dernière s'oppose aux standards de protection édictés par la CEDH (b).

a) Élargissement du motif d'interdiction

Entre 2015 et 2017, des milliers de manifestations furent organisées en France et près de 155 arrêtés furent pris entre le 14 novembre 2015 et le 5 mai 2017 sur la base des pouvoirs d'urgence conférés par la mise en œuvre de ce régime d'exception à l'autorité de police administrative afin d'interdire ces rassemblements⁵³⁴. Les arrêtés prononcés sont de plusieurs types : il s'agit à la fois d'interdictions globales —dont la majorité ont été prises à Paris dans les premiers jours de l'état d'urgence— qui ont vocation à interdire n'importe quel rassemblement dans un périmètre donné et dans une temporalité déterminée, et également d'interdictions plus ponctuelles ne ciblant qu'une seule manifestation.

Dans le droit commun, la seule façon pour l'autorité de police d'interdire un tel événement est de prouver qu'il est « de nature à troubler l'ordre public »⁵³⁵. En revanche, sous l'état d'urgence, c'est l'article 8 de la loi de 1955 qui fixe les conditions de mise en œuvre de l'interdiction. Il prévoit que « peuvent être également interdites, à titre général ou particulier, les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre ». Modifiée par la loi de prorogation du 21 juillet 2016, l'article 8 de la loi de 1955 est enrichi d'une phrase. Il précise désormais que « Les cortèges, défilés et rassemblements de personnes sur la voie publique peuvent être interdits dès lors que l'autorité administrative justifie ne pas être en mesure d'en assurer la sécurité compte tenu des moyens dont elle dispose ».⁵³⁶ Désormais, un simple défaut d'effectif permet d'interdire une manifestation. Cette fois-ci, la mention des « cortèges », « rassemblements », « défilés » vise expressément les manifestations.

Les conditions d'interdiction d'une manifestation et donc de restriction de la liberté individuelle de manifester se sont assouplies. En effet, la loi initiale de 1955 dispose que l'interdiction d'un tel événement est conditionnée au fait que ces réunions doivent « être de nature à provoquer ou à entretenir le désordre »⁵³⁷. Si cette formulation est éminemment problématique, notamment de par son imprécision, elle encadre plus strictement le régime des interdictions que la nouvelle formulation de l'article 8, issue de la loi du 21 juillet 2016 : « [...] peuvent être interdits dès lors que l'autorité administrative justifie ne pas être en mesure d'en assurer la sécurité compte tenu des moyens dont elle dispose ». Il n'est ici plus question de potentiel trouble à l'ordre public, ni de menace à celui-ci. Un simple défaut d'effectif, alors même que la manifestation est de nature pacifique, permet de l'interdire. Les conditions de restrictions à la liberté de manifester, semblent alors s'assouplir dangereusement.

Le simple fait d'arguer un manque d'effectif policier permettrait ainsi aux préfets d'annuler une manifestation. Or, dans le cadre de l'état d'urgence, le motif principal invoqué dans les arrêtés d'interdiction de manifestation correspond à l'entière mobilisation des forces de l'ordre dans la prévention des attentats, de fait indisponible pour encadrer de telles actions

⁵³⁴ Rapport d'Amnesty International, Un droit, pas une menace, Restrictions disproportionnées à la réunion pacifique sous couvert de l'état d'urgence en France, 2017, p.14.

⁵³⁵ Article L. 211-4 du Code de la sécurité intérieure.

⁵³⁶ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, article 8 nouvellement rédigé par la loi du 21 juillet 2016.

⁵³⁷ Loi n°55-385 du 3 avril 1955, article 8.

collectives. Et juge administratif rejette systématiquement les requêtes relatives à des arrêtés pris sur le fondement de la grande mobilisation des forces de l'ordre dans le cadre de l'état d'urgence⁵³⁸. Le contexte de l'état d'urgence fait en effet craindre que cette nouvelle rédaction permette une interdiction systématique des manifestations. C'est d'ailleurs ce que laisse présager le dernier rapport d'Amnesty International⁵³⁹. Selon ce dernier, depuis fin mars 2016, les autorités restreignent l'accès du centre-ville historique de Rennes à de nombreux rassemblements, en se fondant notamment sur le fait que l'organisation de ces manifestations dans le centre historique aurait mobilisée un effectif important non disponible. Pour autant, Amnesty relève que les manifestants n'ont pas tenu compte de ces interdictions et qu'ils ont été confrontés à des effectifs de police considérables. Preuve étant alors de l'existence de cet effectif nécessaire... Ce recours à des interdictions de manifestation fondé sur l'absence d'effectifs policiers suffisants devient ainsi systématique.

L'état d'urgence se pérennisant, la justification de la grande mobilisation des forces de l'ordre pour prévenir des attentats se systématisait, et la mise en œuvre de ces mesures continue d'être facilitée. S'ouvre alors la voie d'une interdiction systématique édictée par les préfets, c'est-à-dire d'une dérogation à la liberté de manifester collectivement non plus seulement circonstanciée, mais générale. Mais cette dérogation générale au principe de la liberté de manifester n'est-elle pas en contradiction avec les normes minimales de protection édictées par la CEDH ?

b) Dérogation aux standards de protection de la CEDH

Malgré l'activation de l'article 15 de la CEDH par lequel la France a justement suspendu, le temps de l'état d'urgence, les obligations de protections des droits et libertés, la dérogation de la France à la liberté collective de manifester par des interdictions de manifestation est éminemment critiquable au regard des normes minimales de protection édictées par la Cour de Strasbourg.

La Convention européenne des droits de l'Homme a usé de son dynamisme jurisprudentiel pour dégager de cet article 11 de la Convention non seulement une obligation d'abstention de l'État vis-à-vis des individus exerçant cette liberté mais également une obligation positive. C'est à l'occasion de l'affaire « *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*⁵⁴⁰ que la Cour s'est prononcée pour la première fois sur l'existence d'obligations positives : « [...] une liberté réelle et effective de réunion pacifique ne s'accommode pas d'un simple devoir de non-ingérence de l'État; une conception purement négative ne cadrerait pas avec l'objet et le but de l'article 11. Tout comme l'article 8, celui-ci appelle parfois des mesures positives, au besoin jusque dans les relations interindividuelles »⁵⁴¹. La Cour précise également qu'en « [...] en vertu de l'article 11, de prendre des mesures positives pour que des contre-

⁵³⁸ Voir certaines décisions du corpus, notamment : TA de Lille, ordonnance du 30 septembre 2016, requête n°1607369 ; TA de Lille, ordonnance du 13 octobre 2016, requête n°1607727 ; TA de Rennes, ordonnances du 5 février 2016, requête n°1600431.

⁵³⁹ *Un droit, pas une menace. Restrictions disproportionnées à la liberté de réunion pacifique sous couvert de l'état d'urgence en France*, rapport d'Amnesty International, juin 2017, 50 pages, page 17.

⁵⁴⁰ Affaire Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche, Chambre, n°10126/82, 21/06/1988

⁵⁴¹ *Ibid.* §32

manifestations n'empêchent pas le déroulement d'une manifestation licite »⁵⁴².

Bien que la Cour laisse généralement une certaine latitude aux États dans le choix des moyens mis en œuvre pour satisfaire ces obligations positives, cette « marge nationale d'appréciation », n'échappe pas au contrôle de la Cour. En effet, en matière de liberté de réunion pacifique « [...] c'est au demeurant à la Cour de se prononcer de manière définitive sur la compatibilité de la restriction avec la Convention et elle le fait en appréciant, dans les circonstances de la cause, notamment, si l'ingérence correspond à un « besoin social impérieux » et si elle est « proportionnée au but légitime visé » »⁵⁴³. La marge de manœuvre laissée aux États se double donc de son propre contrôle sur la proportionnalité et la nécessité de ces restrictions. Si donc marge d'appréciation il y a, celle-ci demeure relativement restreinte. C'est ainsi que dans l'affaire *Alekseyev c. Russie*, la Cour de Strasbourg affirme l'existence d'un contrôle approfondi de la marge nationale d'appréciation en matière de liberté de réunion.

La mise en perspective du cas évoqué précédemment⁵⁴⁴, avec le contrôle approfondi de la Cour en terme de mise en œuvre par les États de leur marge d'appréciation, laisse penser que la France a fait usage d'une dérogation bien plus générale que celle permise par la Cour. À n'en pas douter, les mesures d'interdiction de manifestation citées précédemment sont disproportionnées en ce que l'autorité de police aurait pu encadrer ces événements par un effectif policier suffisant au maintien de l'ordre. Au vu des développements précédents, si la Cour est un jour saisie d'une requête relative à des mesures administratives prises en période d'état d'urgence français et visant à restreindre la liberté collective –ou individuelle– de manifester, il est fort probable que la Cour condamne la France, pour dérogation abusive aux obligations de la Convention.

Si nous venons de démontrer comment la liberté collective de manifester est impactée par l'état d'urgence et que l'aggravation de son régime juridique procède d'une logique de continuité par rapport au fort encadrement dont elle fait l'objet en droit commun, il est désormais nécessaire de s'atteler à l'analyse de la liberté individuelle de manifester durant l'état d'urgence.

B - La liberté individuelle de manifester en état d'urgence : aggravation illibérale du régime juridique

La liberté individuelle de manifester, contrairement à la liberté collective, est spectaculairement touchée par l'instauration d'un régime d'exception. On observe en effet deux principaux types de mesures prises afin d'empêcher des individus de participer à des rassemblements : les assignations à résidence –principalement édictées durant la COP21 entre 30 novembre et 12 décembre 2015– ainsi que les interdictions de séjour prises tout au long de l'état d'urgence dans le but d'empêcher la participation aux manifestations contre la Loi

⁵⁴² CEDH, Affaire Ollinger c. Autriche, 29/09/2006, requête n°76900/01, §37 se référant lui-même à l'affaire Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche, 21 juin 1988, requête n° 10126/82, § 34.

⁵⁴³ Affaire Barraco c. France, cinquième section, n°31684/05, 05/03/2009, §42.

⁵⁴⁴ Référence à la manifestation interdite au motif de l'absence d'effectif suffisant, pourtant potentiellement mobilisable dans le but de faire respecter l'interdiction : TA de Rennes, ordonnance du 5 février 2016, requête n°1600431.

Travail. Tous ces arrêtés ont été exclusivement pris sur la base de pouvoirs d'urgence, le droit commun ne disposant pas d'une mesure permettant d'interdire la participation d'un individu à une manifestation⁵⁴⁵, sauf en cas de manifestation sportive⁵⁴⁶, ou bien d'une condamnation pour violence ayant entraîné la mort sans l'intention de la donner ou pour la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui lors d'une manifestation⁵⁴⁷. En outre, le droit commun ne dispose pas d'une mesure d'interdiction individuelle préventive de manifestation. Le régime de l'état d'urgence n'en possède pas non plus. C'est ainsi que les préfets ont recours à des mesures dont l'objectif originel n'est pas celui de restreindre la liberté de manifester. Non seulement les pouvoirs d'urgence conférés à l'autorité de police administrative permettent de considérablement restreindre l'exercice individuel de la liberté de manifester (1), mais plus encore, ces pouvoirs sont le fruit de la création par le législateur d'une logique dangereuse d'anticipation des comportements (2).

1.Des militants victimes d'assignations à résidence et d'interdictions de séjour

Si l'état d'urgence et les mesures contenues dans son régime avaient pour vocation affichée de lutter contre le terrorisme et d'éviter de nouveaux attentats⁵⁴⁸, de fait, il a permis à l'administration de restreindre drastiquement l'exercice des libertés dans le but de maintenir l'ordre public. On assiste alors à un détournement de l'objet de la loi (a). L'instrumentalisation de l'état d'urgence et de ses dispositions se manifeste dans le changement de compétence lors de la mise en œuvre des assignations à résidence et des interdictions de séjour, en ce qu'il renforce les pouvoirs conférés à l'exécutif (b).

a) Un détournement de la loi relative à l'état d'urgence à des fins politiques

Depuis le déclenchement de l'état d'urgence, on ne compte plus le nombre d'allocutions dans lesquelles les membres du gouvernement ont justifié la prorogation de ce régime d'exception par sa nécessité et son efficacité. En réalité, contrairement à ce discours, la *Commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015*⁵⁴⁹ indique que l'état d'urgence n'a pas permis de mieux

⁵⁴⁵ À cet égard, la proposition d'édicter une mesure administrative préventive d'interdiction de manifester par le rapport de l'Assemblée nationale n° 2794 - p. 112-113 n'a pas été retenue.

⁵⁴⁶ Dans le cadre de manifestations sportives, l'autorité de police administrative peut prendre des arrêtés interdisant l'entrée d'un stade à un groupe de supporters ou bien à une personne définie dont le comportement pourrait constituer une menace pour l'ordre public en vertu de l'article L332-16 du Code du sport.

⁵⁴⁷ Article L. 211-13 du Code de la sécurité intérieure : « Ne pas se livrer à certaines activités de nature professionnelle ou sociale, à l'exclusion de l'exercice des mandats électifs et des responsabilités syndicales, lorsque l'infraction a été commise dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ces activités et lorsqu'il est à redouter qu'une nouvelle infraction soit commise. Lorsque l'activité concernée est celle d'un avocat, le conseil de l'ordre, saisi par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, a seul le pouvoir de prononcer cette mesure à charge d'appel, dans les conditions prévues à l'article 24 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ; le conseil de l'ordre statue dans les quinze jours ».

⁵⁴⁸ Discours du Président de la République devant le Parlement réuni en Congrès, Versailles, le 16 novembre 2015, disponible ici : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/congres/20154001.asp#P653250>.

⁵⁴⁹ En effet dans son rapport n°3922, 5 juillet 2016, dit « Pietrasanta » du nom du Président, la Commission met en lumière dix affaires dans lesquels les services de renseignements et de police ont réussi à déjouer des

lutter contre le terrorisme que les outils du droit commun. Pire, les mesures d'urgence n'ont pas toujours servi à lutter contre le terrorisme. L'exemple le plus flagrant concerne les assignations à résidence et les interdictions de séjour. En effet, de nombreux individus qui ont fait l'objet de mesures administratives d'interdiction de séjour ou d'assignation à résidence durant la COP21 et les manifestations contre la Loi Travail, n'avaient rien en commun avec de potentiels djihadistes ; ils étaient en réalité de simples militants écologistes ou d'extrême gauche. Comment alors justifier l'application de ces mesures, initialement et officiellement vouées à lutter contre le terrorisme, à de tels individus ? La seule explication est celle du dévoiement de la loi relative à l'état d'urgence dans le but de contrôler la contestation politique en restreignant les libertés par des mesures qui n'existent pas dans le droit commun.

C'est ainsi que le corpus ici étudié et mentionné précédemment révèle que de nombreux avocats ont fondé la contestation des arrêtés litigieux sur l'erreur de droit des préfets. Dans 38 décisions sur 65 relatives à des mesures d'interdictions individuelles de participer à une manifestation (assignations à résidence et interdictions de séjour), les avocats des requérants ont soit allégué l'erreur de droit car les mesures d'assignations à résidence « ne pouvaient être appliquées qu'aux personnes dont le comportement constitue une menace de nature terroriste »⁵⁵⁰ soit ont soutenu que « le préfet de police a commis un détournement de pouvoir en faisant usage des dispositions de la loi sur l'état d'urgence pour prendre des mesures sans lien avec la lutte contre le terrorisme »⁵⁵¹. Le détournement de pouvoir est bien souvent accompagné d'une allégation de « défaut de base légale »⁵⁵². Le détournement de l'objet de la loi relative à l'état d'urgence est également un moyen exposé⁵⁵³, tout comme le fait que « le préfet de police a fait application de la loi sur l'état d'urgence qui a vocation à lutter contre le terrorisme alors qu'il n'a aucun lien avec des activités terroristes »⁵⁵⁴. Nous verrons ci-après que le juge administratif n'a jamais donné raison à cet argument, plus encore, il se prononcera dans le sens inverse.

attentats. Or selon elle, seul un projet d'attentat parmi les dix a pu être déjoué grâce aux mesures de l'état d'urgence, en l'espèce une perquisition administrative. Voir p. 143 à 145 et p.242 de ce même rapport.

⁵⁵⁰ Parmi les décisions constituant le corpus étudié deux mentionnent ce moyen : Tribunal administratif de Cergy, Recours pour excès de pouvoir, 18 février 2016, requête n°1510889, Domenjoud et Cour Administrative d'Appel, recours pour excès de pouvoir, 21 juin 2016, requête n°16VEO1026.

⁵⁵¹ Parmi le corpus de décision étudié 26 mentionnent le détournement de pouvoir comme moyen avancé : TA de Paris, ordonnances du 17 mai 2016, référés liberté n°1607416/9, n°1607415/9, n°1607412/9, n°1607413/9, n°1607414/1-1, n°1607418, n°1607419/9, n°1607420/9, n°1607421/9, n°1607422/9. TA de Rennes, ordonnances du 17 octobre 2016, référés liberté n°1604527, n°1604529, n°1604530, n°1604531, n°1604532. TA de Rennes, ordonnances du 26 septembre 2016, référés liberté n°1604227, n°1604219, n°1604221, n°1604226. TA de Toulouse, ordonnances du 26 mai 2016, référés libertés n°1602318, n°1602324. TA de Toulouse, ordonnances du 3 juin 2016, référés liberté n°1602464 et n°1602466. TA de Toulouse, ordonnance du 15 juin 2016, référé liberté n°1602680. TA de Nantes, ordonnance du 2 juin 2016, référé liberté n°16044374.

⁵⁵² Parmi les décisions composant le corpus étudié : TA de Rennes, jugements du 16 décembre 2016, recours pour excès de pouvoir, n°1603811 et n°1603810. TA de Rennes, ordonnances du 26 septembre 2016, référés libertés n°1604219, n°1604226, n°1604227, n°1604221. TA de Rennes, ordonnances du 17 octobre 2016, référés liberté n°1604527, n°1604529, n°1604530, n°1604531, n°1604532, n°1604533. TA de Rennes, ordonnance du 23 juin 2016, référé liberté n°1609592.

⁵⁵³ Parmi les décisions du corpus étudié certaines font mention du détournement de l'objet de la loi comme moyen : TA de Rennes, jugement du 16 décembre 2016, recours pour excès de pouvoir n°1603811, n°1608813, n°1603814.

⁵⁵⁴ TA de Lille, ordonnances du 5 juillet 2016, référés libertés n°1604946, n°1604947, n°1604974.

Si dévoiement il y a, celui-ci est en grande partie permis par la modification de la lettre de la loi de 1955 par les différentes lois de prorogation. La loi du 20 novembre 2015 par exemple, adoptée en urgence, est constituée de dispositions rédigées de façon trop large, permettant à l'administration d'adopter une interprétation « élastique»⁵⁵⁵ de la notion de risque de trouble à l'ordre public. Ces dispositions « fourre-tout » permettent alors de cibler en grand nombre des individus militants, sans aucun autre motif que leur opposition politique.

Ce dévoiement de l'état d'urgence au profit de la restriction de la liberté individuelle de manifester repose non seulement sur la rédaction imprécise de la loi, mais également sur un changement de compétence en matière d'assignation à résidence et d'interdiction de séjour.

b) Assignations à résidence et interdictions de séjour : compétence exclusive de l'exécutif

L'assignation à résidence et l'interdiction de séjour sont des mesures qui existent dans le droit commun. L'assignation à résidence a plusieurs applications : soit elle est décidée par une juridiction de jugement à la suite de la prononciation d'une peine égale ou inférieure à deux ans de prison, ou bien dans le cas d'une récidive, la peine doit être inférieure à un an⁵⁵⁶. Soit l'assignation peut être ordonnée lorsqu'il existe une procédure de convocation par procès-verbal ou une comparution immédiate si l'individu mis en examen encourt une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans⁵⁵⁷. Dans ce cas, le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention sont compétents. Quant à l'interdiction de séjour, celle-ci peut être prononcée par un juge pénal et ses conditions peuvent être ultérieurement modifiées par le juge de l'application des peines⁵⁵⁸. Ainsi, ces deux mesures sont de nature répressive, elles interviennent donc après une condamnation ou en instance de jugement, et sont mises en place par un juge judiciaire.

A contrario, les mesures d'assignation à résidence et d'interdiction de séjour prévues par la loi de 1955 relative à l'état d'urgence sont prononcées non pas par un juge mais par l'autorité de la police administrative, à savoir le préfet ou le ministre de l'Intérieur⁵⁵⁹. Ainsi la mise en place de l'état d'urgence a permis de faire passer la compétence en matière d'assignation et d'interdiction de séjour des mains du juge judiciaire à celle de l'autorité de police administrative, c'est à dire l'exécutif. Il apparaît alors que si les prérogatives confiées à l'administration augmentent considérablement, les garanties juridictionnelles, elles, se font de plus en plus faibles puisqu'aucun juge ne contrôle *a priori* la légalité de la mise en œuvre de ces mesures. Le seul contrôle juridictionnel qui a éventuellement lieu est opéré par le juge administratif après la notification de la mesure d'interdiction de participation à une manifestation. Ainsi, la mesure peut déjà avoir produit une partie de ses effets avant l'intervention du juge. Cet affaiblissement des garanties juridictionnelles laisse incontestablement à l'administration une large marge de manœuvre potentiellement

⁵⁵⁵ Paul Cassia, *Contre l'état d'urgence*, Dalloz, 2016, p.85.

⁵⁵⁶ Cette mesure est prévue à l'article 132-26-1 du Code pénal et à l'article 723-7 du Code de procédure pénale.

⁵⁵⁷ Ceci est prévu à l'article 142-5 du code de procédure pénale.

⁵⁵⁸ Cette mesure est codifiée à l'article 131-31 du Code pénal.

⁵⁵⁹ L'interdiction de séjour, prévue à l'article 5°3 de la loi du 3 avril 1955 est prononcée par le préfet alors que l'assignation à résidence, codifiée à l'article 6 de cette même loi, est, prise par le Ministre de l'intérieur.

attentatoire aux libertés publiques.

Ainsi donc, sous l'état d'urgence en matière de restriction à la liberté individuelle de manifester le principe de séparation des pouvoirs semble sinon remis en cause du moins considérablement affaibli puisque l'exécutif prend en charge sous l'état d'urgence ce pour quoi en droit commun le juge judiciaire est compétent. Il semble alors qu'un effacement des barrières entre le champ juridictionnel et politique soit à l'œuvre en période d'état d'urgence. En effet, sur le plan institutionnel, l'état d'urgence met à mal ce grand principe consacré par l'article 16 de la DDHC en confiant à l'exécutif le pouvoir de restreindre préventivement les libertés publiques en écartant le contrôle du juge judiciaire. Malgré les siècles qui ont passé, la méfiance à l'égard des gouvernants reste la même : donner au Pouvoir la capacité de restreindre sans limite les libertés publiques, c'est prendre le risque que l'action de celui-ci ne soit pas guidée uniquement par l'intérêt général, mais par des circonstances politiques particulières, pire, par des intérêts catégoriels. Si le droit commun fut équipé pour garantir un contrôle de l'action du gouvernement⁵⁶⁰, il semblerait que l'état d'urgence nous entraîne de nouveau dans une époque où les lettres de cachet sont légion.

Ce phénomène de restriction croissante à la liberté individuelle de manifester s'accompagne du développement d'une logique d'anticipation des comportements. Loin d'être anodine, celle-ci réduit le principe de présomption d'innocence à néant et fait de l'état d'urgence une loi des suspects⁵⁶¹.

2. Anticipation des comportements et action préventive : logique législative dangereuse

Se profile dans la lettre de la loi de 1955 et dans les diverses lois de prorogation une logique de divination qui consisterait à considérer un individu dangereux pour l'ordre public uniquement sur des éléments subjectifs. Contrairement à la doctrine dominante selon laquelle le législatif borne l'exécutif, en période d'état d'urgence, il semblerait que le Parlement impulse une dynamique de surenchère à l'égard de ce que l'exécutif propose. Le législateur n'apparaît plus comme garant des libertés. Ceci se manifeste très clairement dans la rédaction de l'article 6 de la loi de 1955 modifiée par la loi du 20 novembre 2015 relative aux assignations à résidence (a). L'article 5°3 de la loi originelle relative à l'état d'urgence n'échappe pas non plus à cette dangereuse anticipation des comportements (b).

a) Assignations à résidence : condamnation du comportement et non plus du fait

Les modalités du régime des assignations à résidence sont redéfinies par l'article 4 de la loi du 20 novembre 2015 prorogeant la loi relative à l'état d'urgence. Si l'article 6 de la loi de 1955 est ainsi rédigé : « Le ministre de l'intérieur dans tous les cas peut prononcer l'assignation à résidence dans une circonscription territoriale ou une localité déterminée de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret visé à l'article 2 dont l'activité s'avère

⁵⁶⁰ C'est ainsi que le Code de procédure pénale interdit la privation de la liberté d'une personne sans contrôle *a priori* de la mesure par un juge. Voir l'article préliminaire du Code de procédure pénale notamment.

⁵⁶¹ Vocabulaire utilisé par Me Kempf afin de qualifier la loi relative à l'état d'urgence : KEMPF, Raphaël, « La loi des suspects », *Le monde diplomatique*, Juillet 2017, p.28.

dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics des circonscriptions territoriales visées audit article », la loi du 20 novembre substitue la notion « comportement »⁵⁶² à celle d'activité. Ce changement de vocable peut paraître anodin, en réalité en intervertissant ces deux termes, le législateur rend la disposition davantage imprécise. Comme le révèlent Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues⁵⁶³, le profil de l'assigné potentiel est désormais beaucoup plus imprécis. Si l'activité d'une personne permettait d'apprécier le degré de menace contre l'ordre public, celle-ci est dorénavant remplacée par le « comportement » censé jauger la dangerosité du profil de l'individu. Or, si l'activité est un élément éminemment objectif, il n'en est rien pour le comportement, dont l'entière appréciation est laissée à l'administration.

De surcroît, la nouvelle rédaction de l'article 6 n'érige pas le comportement d'un individu comme condition de son assignation, pire, elle fait de la seule existence d'une « raison sérieuse de penser que », le nouveau critère de déclenchement de cette mesure. Il est ainsi possible d'assigner à résidence un individu, non pas parce que son comportement s'avère être dangereux pour l'ordre public, mais bien parce qu'il existerait potentiellement des raisons de penser qu'il pourrait être dangereux. La nuance est primordiale puisqu'elle révèle un phénomène de subjectivisation des conditions dans lesquelles une telle mesure peut être prise.

L'analogie avec le principe de précaution est alors inévitable. Rappelons tout d'abord que ce principe porte l'idée selon laquelle l'absence de certitudes scientifiques ne doit pas empêcher de prendre des mesures afin de prévenir un risque de dommage⁵⁶⁴. En l'espèce, la nouvelle rédaction de l'article 6 de la loi relative à l'état d'urgence semble animée du même esprit. L'existence de certitudes sur la menace à l'ordre et à la sécurité publique que véhiculerait un comportement importe peu, le but étant de prévenir à tout prix cette menace. Tout soupçon, tout faisceau d'éléments éminemment subjectifs seraient ainsi légitimes à fonder une mesure restreignant la liberté individuelle de manifester. Comme le pointe Me Bourdon dans son dernier ouvrage⁵⁶⁵, appliquer le principe de précaution à des produits –dans le cadre du droit de la santé ou de l'environnement– et l'appliquer à des Hommes –dans le cadre hypothétique de la lutte contre le terrorisme– n'a absolument pas la même portée. Selon lui, ce serait la manifestation d'une déshumanisation.

Si les dispositions relatives aux assignations à résidence, contenues dans la loi du 3 avril 1955, sont indéniablement empruntées d'une logique exacerbée d'anticipation des comportements, les dispositions concernant les interdictions de séjour, elles, ne sont pas en reste.

b) Interdictions de séjour : censure des opposants politiques

⁵⁶² L'article 6 est ainsi rédigé dans sa nouvelle version : « Le ministre de l'Intérieur peut prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret mentionné à l'article 2 et à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics dans les circonscriptions territoriales mentionnées au même article 2 ».

⁵⁶³ Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, 1^{ère} édition, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, p.123.

⁵⁶⁴ Voir notamment la définition du principe de précaution dans la Loi « Barnier » n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

⁵⁶⁵ William Bourdon, *Les dérives de l'état d'urgence*, Éditions Plon, 2017, p. 73.

L'article 5°3 de la loi relative à l'état d'urgence fait figure d'exception parmi le panel de mesures mises à la disposition de l'administration. En effet, cet article ne mentionne nullement dans sa rédaction « l'ordre public ». Si le concept de sauvegarde ou de maintien de l'ordre public —souvent interprété de manière particulièrement extensive par l'administration— envahit les dispositions relatives à l'état d'urgence et permet de légitimer leur application, il s'avère que nous n'en trouvons aucune trace en matière d'interdiction de séjour. Et pour cause, les interdictions de séjour n'ont pas pour finalité de répondre à cet objectif à valeur constitutionnelle qu'est la « sauvegarde de l'ordre public »⁵⁶⁶. C'est d'ailleurs ce qu'ont fait valoir Mes Kempf et Pascual dans leurs premières observations transmises au Conseil Constitutionnel à l'appui de la QPC n°2017-635. Ils estiment que le vocable employé par le législateur est révélateur : « l'entrave à l'action des pouvoirs publics » est une notion floue et inédite, ne comportant aucune définition juridique stable et consensuelle (...) »⁵⁶⁷. « Si le législateur a fait le choix de ne pas utiliser le critère de la menace à l'ordre public pour permettre au préfet d'interdire de séjour une personne, c'est parce que l'objet de l'interdiction de séjour prévue à l'article 5°3 n'est précisément pas de sauvegarder l'ordre public »⁵⁶⁸. Ainsi, les interdictions de séjour en période d'état d'urgence ne seraient finalement motivées par aucun objectif à valeur constitutionnelle. C'est d'ailleurs ce que confirmera le Conseil constitutionnel dans sa censure du 9 juin 2017, étudiée ci-après.

Ce sont les débats parlementaires relatifs à l'adoption de la loi de 1955 qui nous donnent un indice sur l'objectif qu'a voulu atteindre le législateur en édictant cette disposition. C'est ainsi que concernant l'article 6 (désormais 5°3 –mesure d'interdiction de séjour) la député A. Sportisse s'exprima en ces termes : « En ce qui concerne le paragraphe 3°, M. Valentino a eu raison d'en montrer tous les dangers. « Interdire le séjour dans le département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit —on ne précise pas davantage— l'action des pouvoirs publics », cela revient à dire que toute personne qui ne plairait pas à M. le préfet, qui se trouvera sur la liste préparée par la police, sera frappée d'interdit de séjour dans le département »⁵⁶⁹.

Si le législateur a permis que l'état d'urgence impacte considérablement la liberté ô combien démocratique de manifester, les juridictions constitutionnelle et administrative n'ont pas assuré une protection effective de cette liberté.

II - La liberté de manifester : une liberté juridictionnellement surveillée

Lorsque des régimes d'exception tel que l'état d'urgence sont mis en place, le rôle des juridictions est primordial en ce qu'elles deviennent garantes du respect des libertés publiques. Elles apparaissent ainsi comme le seul obstacle à l'action (potentiellement liberticide) de l'administration. Si la protection du juge administratif en matière de liberté de manifestation est d'une faible intensité (A), un doute est permis quant au fait de savoir si le juge constitutionnel endosse effectivement son rôle de gardien de la liberté de manifester (B).

⁵⁶⁶ Décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985, considérant 3.

⁵⁶⁷ Mémoire de Mes Kempf et Pascual présenté au Conseil d'Etat à l'appui des requêtes n°407.229 et 407.230 dans le but de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil Constitutionnel.

⁵⁶⁸ Raphaël Kempf et Aïnoha Pascual, premières observations transmises au Conseil Constitutionnel à l'appui de la QPC n°2017-635.

⁵⁶⁹ JOFR, séance du 31 mars 1955, p.2193.

A - Juge administratif et liberté de manifester : protection juridictionnelle de faible intensité

Il s'agit d'analyser de façon distincte la manière dont le juge administratif protège — ou non — la liberté collective et individuelle de manifester. S'il apparaît que la liberté collective de manifester soit insuffisamment protégée par le juge (1), il est difficile d'identifier une réelle ligne de conduite du juge en matière de mesures individuelles. Le contentieux est en effet particulièrement peu unifié (2). Il conviendra malgré tout de souligner les tendances jurisprudentielles à l'œuvre dans ce corpus.

1. Référé-liberté et interdictions de manifestation : garantie juridictionnelle insuffisante

Le référé-liberté a été la procédure d'urgence la plus utilisée en matière de sauvegarde de la liberté de manifestation durant l'état d'urgence : sur 140 décisions rendues par des TA entre le 14 novembre 2015 et le 25 février 2016, 116 sont des ordonnances de référés⁵⁷⁰. De plus, il est le seul type de référé à apparaître dans le corpus étudié. C'est donc bien uniquement de cette procédure que nous traiterons. Malgré l'apparent développement d'un contrôle de proportionnalité par le juge administratif sur les mesures d'interdiction de manifestation (a), le référé n'apparaît pas comme une garantie juridictionnelle suffisante (b).

a) Un contrôle de proportionnalité ineffectif

Avant toute chose, soulignons le faible taux de décisions relatives à des mesures d'interdiction de manifestation au sein du corpus étudié. En effet, sur 76 décisions, seules 11 sont relatives à ce type de mesures. Parmi elles, le référé-liberté est majoritaire : on en compte 9. Au regard du faible taux de recours pour excès de pouvoir, nous analyserons uniquement le contentieux des référés liés à des interdictions de manifestation. Les référés-liberté, eux, font dans ce corpus l'objet de rejets systématiques. Pourtant, de nombreux indices semblent indiquer que le juge administratif se livrerait à un contrôle de proportionnalité. Il s'agit alors d'éprouver l'effectivité de ce contrôle.

Christophe Alonso, dans une récente publication à l'*AJDA* explique ainsi que le contrôle du juge des référés s'est développé dans le cadre de l'état d'urgence⁵⁷¹. En effet, selon lui, le juge administratif aurait tendance à opérer sur les mesures de police un contrôle plus approfondi. Cette hypothèse semble se confirmer à l'analyse du corpus. On retrouve, en effet, dans les ordonnances relatives à des interdictions de manifestation les traces de ce contrôle de proportionnalité : « la liberté de manifestation, qui a le caractère d'une liberté fondamentale, doit être conciliée avec le maintien de l'ordre public »⁵⁷². Plus encore, la

⁵⁷⁰ Chiffres diffusés par le Conseil d'Etat.

⁵⁷¹ Christophe Alonso, « Les contours de l'office du juge du référé-liberté durant l'état d'urgence », *AJDA*, 2016, p.1303

⁵⁷² TA de Pau, ordonnance du 22 juillet 2016, référé liberté n°1061383, considérant 7 ; TA de Lille, ordonnance du 30 septembre 2016, référé liberté n°1607369, considérant 6 ; TA Lille, ordonnance du 13 octobre 2016, référé liberté n°1607727, considérant 6 ; TA de Rennes, ordonnance du 5 février 2016, référé liberté n°1600431, considérant 5.

mesure doit être proportionnée au but poursuivi : le maintien de l'ordre. C'est ainsi que d'après le juge administratif, non seulement l'administration ne saurait se dispenser « d'établir devant le juge administratif la nécessité et la proportionnalité de telles mesures de police administrative »⁵⁷³ mais plus encore « qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police (...) sous le contrôle du juge administratif, de prendre les mesures de nature à prévenir les dits troubles, dont, le cas échéant, l'interdiction de la manifestation si une telle mesure est seule de nature à préserver l'ordre public »⁵⁷⁴. Par ces mots le juge administratif conditionne la mise en place d'une interdiction de manifestation à sa proportionnalité et à sa nécessité vis-à-vis du maintien de l'ordre. En effet, « la liberté de manifestation ne fait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police interdise un rassemblement si une telle mesure est seule de nature à prévenir un trouble à l'ordre public »⁵⁷⁵. En d'autres termes, si une autre mesure moins coercitive peut être prise afin d'atteindre ce but, la mesure adoptée sera considérée comme disproportionnée. Le juge administratif indique donc que l'administration doit opérer un contrôle de proportionnalité lorsqu'elle prend une mesure de police ; « le contrôle de proportionnalité agit [de fait] en cascade⁵⁷⁶ » et par conséquent il doit lui aussi se livrer à un contrôle de proportionnalité.

Malgré ces indices semblant attester de l'intensité plus forte du contrôle du juge des référés exercé sur les interdictions de manifestation, les requêtes de ce corpus relatives à ce type de recours sont systématiquement rejetées. Si donc contrôle de proportionnalité il y a, il est possible de douter de son effectivité. La question se pose alors de savoir si le vocable — mentionné précédemment — employé par le juge des référés est nécessairement révélateur de l'intensité du contrôle opéré. En d'autres termes, lorsque le juge prétend avoir exercé un contrôle de proportionnalité, est-ce forcément le cas ? Eu égard à l'absence d'exhaustivité de ce corpus, il est d'un point de vue scientifique, mal aisé de s'aventurer avec certitude sur la piste du contrôle de proportionnalité de façade. La question mérite malgré tout d'être soulevée.

Si le référé a constitué une avancée considérable en matière de protection des libertés, à l'étude du corpus, il apparaît que la procédure de référé durant l'état d'urgence n'est pas toujours une garantie juridictionnelle suffisante.

b) Référé-liberté : un recours limité

Dans ce corpus consacré aux interdictions de manifestation, de nombreux arrêtés contestés se basent dans leurs arrêtés sur des « notes de services » ou « des notes blanches » qui émanent des renseignements généraux. Or ces notes blanches ne sont pas signées et ne possèdent ni entête ni auteur identifiable. Leur contenu pose donc question et est régulièrement contesté. Pourtant, le juge administratif admet que celles-ci peuvent être

⁵⁷³ TA de Rennes, ordonnance du 5 février 2016, référé liberté n°1600431, considérant 5.

⁵⁷⁴ TA de Pau, ordonnance du 22 juillet 2016, référé liberté n°1061383, considérant 7 ; TA de Lille, ordonnance du 30 septembre 2016, référé liberté n°1607369, considérant 6 ; TA Lille, ordonnance du 13 octobre 2016, référé liberté n°1607727, considérant 6.

⁵⁷⁵ TA de Nancy, ordonnance du 27 novembre 2015, requête n°15033346, considérant 7.

⁵⁷⁶ Christophe Alonso, « Les contours de l'office du juge du référé-liberté durant l'état d'urgence », AJDA, 2016, n°23, p.1303.

introduites devant lui et leur confère même une valeur probante⁵⁷⁷. En réalité le contrôle de la matérialité des faits du juge est dépendant des actes fournis par l'administration, à l'instar des notes blanches. Cette déférence observée du juge administratif à l'égard de l'administration semble induite par le court délai dans lequel le juge doit rendre son jugement. En effet, en 48 heures, le juge a-t-il réellement le temps de vérifier l'exactitude des faits évoqués par les notes blanches ? Il est permis d'en douter.

Au-delà de cette question de délai, la procédure de référé n'assure pas au justiciable une protection juridictionnelle effective. En effet, l'utilisation de ces notes contribue à créer une situation de déséquilibre entre l'administration et les individus faisant l'objet de ces mesures⁵⁷⁸. La contestation de l'exactitude des faits évoqués par ces notes constitue une réelle difficulté probatoire de par l'imprécision des informations qui y sont contenues et leur caractère non-circonstancié. En effet, le statut même de la note blanche fait peser la charge de la preuve uniquement sur l'administré⁵⁷⁹. Il est alors ici évident que le requérant se trouve dans une position de désavantage vis-à-vis de l'administration puisqu'il lui est difficile d'apporter la preuve de l'inexactitude de la note blanche du fait de son indigence. Ainsi, par la nature même du recours, le contrôle juridictionnel du juge opéré lors des référés est superficiel et la matérialité des faits, qui est le cœur même du contrôle est dépendante des actes de l'administration. Il n'est alors pas étonnant que sur les neufs référés-liberté ici étudiés, aucune ordonnance ne suspende les arrêtés litigieux.

Les actes administratifs de dernière minute qui permettent de contourner les recours d'urgence mettent également en lumière l'incapacité de la procédure d'urgence à assurer des garanties juridictionnelles effectives. Plusieurs ont été pris durant la période de l'état d'urgence et la majorité était des arrêtés dits « anti-Nuit Debout » interdisant les rassemblements statiques place de la République. Cette pratique consiste à prendre un acte administratif tard dans la journée lorsque le greffe des Tribunaux administratifs est fermé. La notification et donc l'opposabilité sont effectives le lendemain, or, si l'acte est valable uniquement la matinée, il devient difficile de saisir un tribunal administratif, et impossible de réussir à faire suspendre l'acte avant qu'il ne produise tous ses effets. C'est ainsi que le préfet de Police a pris le 21 mai 2016 un arrêté interdisant le mouvement « Nuit debout » à partir de minuit (de fait, le mercredi 22 mai 2016) jusqu'à 7h du matin, le même jour⁵⁸⁰. Or le greffe du Tribunal administratif de Paris étant fermé de la fin de l'après-midi au lendemain matin, aucun recours ne fut possible contre cet arrêté préfectoral. On assiste alors à un contournement par le préfet des moyens de recours. Le droit à un recours juridictionnel effectif, principe à valeur constitutionnelle⁵⁸¹, est alors mis à mal par l'administration.

⁵⁷⁷ Conseil d'État, Section, 11/12/2015, 395009, considérant 28 : « aucune disposition législative ni aucun principe ne s'oppose à ce que les faits relatés par les « notes blanches » [...] soient susceptibles d'être pris en considération par le juge administratif [...] ».

⁵⁷⁸ Christophe Alonso, « Les contours de l'office du juge du référé-liberté durant l'état d'urgence », AJDA, 2016, n°23, p. 1303

⁵⁷⁹ Synthèse des observations du syndicat des avocats de France sur l'état d'urgence suite à son audition par la CNCDH le 3 février 2016 : <http://lesaf.org/synthese-des-observations-du-syndicat-des-avocats-de-france-sur-letat-durgence-suite-a-son-audition-par-la-cncdh-le-3-fevrier-2016/>

⁵⁸⁰ Arrêté n°2016-00589 instituant différentes mesures d'interdiction en vue d'assurer la sécurité et la tranquillité publiques place de la République le 21 et 22 mai 2016, 21 mai 2016. Il existe une multitude d'autres arrêtés procédant de cette même logique.

⁵⁸¹ Consacré par le Conseil constitutionnel dans une décision n°96-373 DC du 9 avril 1996.

Si l'on vient de démontrer qu'en matière de liberté collective de manifester, le référé-liberté est un recours insuffisamment protecteur, il apparaît que la tendance jurisprudentielle concernant la liberté individuelle de manifester soit plus difficile à saisir.

2. La liberté individuelle de manifester : objet d'une jurisprudence peu unifiée

En matière de mesures individuelles restreignant la liberté de manifester, il est difficile d'affirmer une quelconque intensité du contrôle opéré par le juge administratif. Plus encore, aucun standard ne semble véritablement fixé. De sorte que la jurisprudence administrative relative aux assignations à résidence et aux interdictions de séjour prises dans le but de réduire la liberté individuelle de manifester est peu cohérente. Pourtant, en ce qui concerne plus précisément les restrictions faites à la liberté individuelle de manifester, il semble possible de dégager deux caractéristiques importantes de la jurisprudence administrative. Le juge administratif cède à une logique d'anticipation des comportements, initiée par le législateur (a) et use d'un contrôle plus poussé des mesures d'interdiction de séjour (b).

a) Validation par le juge administratif des dérives de l'état d'urgence

Dans plusieurs ordonnances composant le corpus, les avocats des requérants mettent en avant l'erreur de droit ou bien le détournement de pouvoir au motif que les mesures de l'état d'urgence ne peuvent être appliquées qu'aux personnes suspectées de terrorisme. Cependant, le juge administratif répond systématiquement à ce moyen en explicitant le fait que quand bien même ces mesures seraient prises au visa de la loi de 1955, elles n'ont pas à être en lien direct avec les causes de l'instauration de l'état d'urgence. C'est ainsi que pour le juge administratif, l'article 6 de la loi de 1955 n'établit pas de lien « entre la nature du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à ce que soit déclaré l'état d'urgence et la nature de la menace pour la sécurité et l'ordre public susceptible de justifier une mesure d'assignation à résidence [...] »⁵⁸². Plus encore, lorsque les requérants allèguent le défaut de base légale –ce qui est le cas très régulièrement– sur le fondement duquel le préfet a adopté une mesure préventive d'interdiction administrative de manifester sous couvert d'une mesure portant interdiction de séjour, le juge lui, refuse de reconnaître ces mesures comme étant des mesures préventives d'interdiction administrative de manifester⁵⁸³.

Au regard du corpus étudié dans cette étude, il apparaît que le juge prend également part à la diffusion d'une logique d'anticipation des comportements. Tout d'abord il s'avère que le juge administratif se réfère dans une large majorité à des notes blanches afin de valider des mesures d'assignation à résidence. Ainsi, ce dernier tranche en fonction de la représentation que se font les services de renseignement et plus largement l'administration du requérant. À ce titre, il ne fait que renforcer la création d'un profil type d'individus considérés comme « à

⁵⁸² TA de Cergy Pontoise, 10^{ème} chambre, recours pour excès de pouvoir du 18 février 2016, requête n°1510889 ; CAA de Versailles, 4^{ème} chambre, recours pour excès de pouvoir du 21 juin 2016, requête n°160VE01026 ; Conseil d'État, juge des référés, ordonnances du 11 décembre 2015, requêtes n° 394989, n°394993, n°394991, n°395002, n°395009.

⁵⁸³ Voir notamment : TA de Rennes, ordonnances du 17 octobre 2016, requêtes n°1604529 et n°1604530, considérants 7 : « [...] décision litigieuse, laquelle ne saurait au demeurant être regardée comme une interdiction préventive de manifester. ».

risque » : les militants. La validation par le juge administratif de la logique d'anticipation des comportements apparaît très clairement dans les motifs d'un recours pour excès de pouvoir composant le corpus étudié. Il s'agit d'un mineur interdit de séjour par le préfet de Paris dans différents arrondissements de la capitale ainsi qu'autour de la place de la République – lieu de rassemblement du collectif « Nuit Debout » – le 19 mai 2016 au motif qu'il avait été interpellé lors d'une manifestation précédente pour des violences policières sur dépositaire de l'autorité publique⁵⁸⁴. Le juge décide de rejeter la requête au motif que « [...] les requérants ne sont pas davantage fondés à se prévaloir de ce que [le requérant] ne porterait pas une atteinte grave à l'ordre public dès lors que le préfet de police pouvait interdire l'intéressé de séjour en application du 3° de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955, modifiée au seul motif que ce dernier pouvait être regardé comme cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics»⁵⁸⁵. Par son raisonnement le juge met parfaitement en lumière cette logique de subjectivisation des conditions d'interdiction de séjour. En effet, le juge estime que le préfet n'a pas à rechercher une quelconque possibilité d'action menaçant l'ordre public, puisque la lettre de l'article 5°3 de la loi de 1955 est bien plus large, il lui suffit d'apprécier le fait que l'individu puisse ou non « être regardé comme cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics ».

La jurisprudence du juge administratif est difficile à analyser en ce qu'elle semble particulièrement peu unifiée. Cependant, un aspect ressort de l'analyse du corpus : le contrôle plus poussé en matière d'interdiction de séjour qu'en matière d'assignation à résidence.

b) Un contrôle du juge administratif plus poussé en matière d'interdiction de séjour

Il apparaît que sur les quatre TA traitant le plus grand nombre de requêtes relatives à des mesures restreignant la liberté de manifester (Paris en tête, suivi de Toulouse, puis Rennes et Lille), les interdictions de séjour sont les mesures les plus litigieuses. C'est ainsi que selon les données du corpus, 66,6% des requêtes du ressort du TA de Lille sont relatives à des interdictions de séjour ; pour le TA de Rennes le pourcentage est de 82,7, le TA de Toulouse en compte 85,7% ; et le plus gros pourvoyeur se trouve être le TA de Paris avec 93% d'interdictions de séjour. Si la grande majorité de requêtes composant ce corpus est relative à des interdictions de séjour, il est possible d'en déduire, même si le contentieux global de l'état d'urgence est faible, que les interdictions de séjour sont les mesures qui ont été le plus édictées afin de restreindre la liberté de manifester. Il apparaît également que les 14 requêtes relatives à des assignations à résidence aient toutes été rejetées par le juge administratif. En ce qui concerne les interdictions de séjour, le pourcentage de rejet est moins important : seules 23 requêtes sur 50 ont été rejetées, ce qui fait un total de 46% de requêtes rejetées. Il est également nécessaire de préciser que les référés-liberté sont les recours les plus utilisés. On en compte 12 sur les 14 recours relatifs à des assignations à résidence et 49 sur les 50 recours relatifs à des interdictions de séjour.

Si, contrairement aux assignations à résidence⁵⁸⁶, le juge administratif en matière

⁵⁸⁴ TA de Paris, jugement du 13 décembre 2016, recours pour excès de pouvoir n°1611167/3-1.

⁵⁸⁵ *Ibid.* considérant 8

⁵⁸⁶ Conseil d'État, jugements du 11 décembre 2015, requêtes n°394993, n°394991, n°395002, n°395009, n°394989. La présomption d'urgence applicable aux recours en référés libertés formés contre les mesures

d'interdiction de séjour s'est évertué à nier l'urgence de la situation⁵⁸⁷, il semble que son contrôle soit plus approfondi. En effet, parmi les ordonnances suspendant les arrêtés litigieux, neufs d'entre elles sont significatives d'un contrôle du juge administratif plus attentif à l'erreur manifeste d'appréciation⁵⁸⁸, pourtant refusé aux mesures d'assignation à résidence. Les arrêtés en question ont été suspendus au motif que « le préfet de police ne produit aucun élément permettant de retenir que [le requérant] a personnellement participé à ces dégradations et violences ». C'est ainsi que le juge des référés, semble ici, opérer un contrôle significatif de l'utilisation des notes blanches par les préfets.

Se pose inévitablement la question de savoir pourquoi le juge administratif se livre à un contrôle de l'erreur d'appréciation plus poussé en matière d'interdiction de séjour. Si les préfets ont pris autant de mesures d'interdiction de séjour, c'est sans aucun doute parce que la lettre de la disposition 5°3 de la loi relative à l'état d'urgence le leur permettait. En effet, à comparer les conditions de déclenchement d'une interdiction de séjour et d'une assignation à résidence, la marge de manœuvre laissée à l'administration est bien plus large en ce qui concerne la première. Dans un cas il suffit de prouver que « toute personne [cherche] à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics⁵⁸⁹ », alors que dans l'autre il faut réussir à démontrer qu'« il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics⁵⁹⁰ ».

De ce fait, même si le contrôle opéré par le juge administratif à l'encontre des interdictions de séjour semble plus protecteur que celui opéré sur les mesures d'assignation à résidence des mesures, il ne correspond pas à l'idéal d'une protection effective des libertés. Mais alors qu'en est-il du Conseil constitutionnel, dernière juridiction à même de protéger la liberté de manifester ?

B - Le Conseil constitutionnel, gardien de la liberté de manifester sous l'état d'urgence ?

Il est désormais nécessaire de se pencher sur l'office du juge constitutionnel. Celui-ci protège-t-il de façon plus effective cette liberté ? S'il apparaît que le contrôle du juge constitutionnel n'est pas plus protecteur que celui du juge administratif, en ce que le premier est relativement timoré (1), il est permis de se demander si le juge constitutionnel ne s'orienterait pas, au vu de la dernière censure à l'égard des mesures d'interdiction de séjour,

d'assignation à résidence est confirmée dans la loi du 21 juillet 2016 dont l'alinéa 2 est inséré à l'article 14-1 de la loi sur l'état d'urgence. En effet, il dispose que « la condition d'urgence est présumée satisfaite pour le recours juridictionnel en référé formé contre une mesure d'assignation à résidence »

⁵⁸⁷ Le juge administratif a rappelé à plusieurs occasions qu'une interdiction de séjour, « à la différence d'une mesure d'assignation à résidence d'une personne prise sur le fondement de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, elle, ne peut être regardée, eu égard à son objet et ses effets en matière de restriction à la liberté d'aller et venir, comme portant, par principe et en elle-même une atteinte grave et immédiate à la situation de cette personne de nature à créer une situation d'urgence. ». Voir notamment au sein du corpus : TA de Rennes, ordonnances du 26 septembre 2016, requêtes n°1604219, n°1604221, n°1604227, n°1604819 ; TA de Nantes, ordonnance du 2 juin 2016, requête n°16044374.

⁵⁸⁸ TA de Paris, ordonnances du 17 mai 2016, requêtes n°1607412/9, n°1607413/9, n°1607414/1-1, n°1607415/9, n°1607418/9, n°1607419/9, n°1607420/9, n°1607421/9, n°1607422/9.

⁵⁸⁹ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, version consolidée au 09 juillet 2017, article 5°3.

⁵⁹⁰ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, version consolidée au 09 juillet 2017, article 6.

vers une protection plus effective de la liberté de manifester (2).

1. Un contrôle de conformité timoré

Puisque « la politique jurisprudentielle constitue ainsi l'infrastructure psychique de la jurisprudence »⁵⁹¹, s'y intéresser de près nous permettrait de comprendre les mécanismes « politiques » à l'œuvre dans les diverses décisions du Conseil constitutionnel. L'analyse des décisions du Conseil constitutionnel en matière d'assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence révèle une forte propension des « sages » à évincer le juge judiciaire (a) au profit du juge administratif. Plus encore, le juge constitutionnel opère certains choix éminemment « politiques » qui transparaissent à la lecture de ce contentieux. Ces choix participent d'un affaiblissement des garanties juridictionnelles et d'un amoindrissement de l'office du juge constitutionnel dans la protection des libertés, qui plus est, de la liberté individuelle de manifester (b).

a) Assignations à résidence : éviction du juge judiciaire

L'article 66 de la Constitution fait de l'autorité judiciaire « la gardienne de la liberté individuelle »⁵⁹². C'est ainsi que certains ont pu penser, à l'instar du Président de la Cour de cassation, qu'il existait « un bloc de compétence en matière de protection de la liberté individuelle, entre les mains du juge judiciaire »⁵⁹³. Pourtant, tout indique le contraire. Il s'avère en effet qu'après avoir élargi pendant des années la définition de la liberté individuelle et donc l'office du juge judiciaire⁵⁹⁴, le Conseil constitutionnel revient sur cette notion englobante de liberté individuelle⁵⁹⁵. Désormais, toute atteinte à la liberté des personnes n'est pas nécessairement une atteinte à la liberté individuelle. C'est ainsi qu'en 1998, les « sages » mettent en cause l'architecture de l'article 66 de la Constitution en détachant le respect de la vie privée de la liberté individuelle⁵⁹⁶. En 1999, c'est au tour de la liberté d'aller et venir d'être écartée de l'article 66⁵⁹⁷. Cette nouvelle interprétation de la liberté d'aller et venir est confirmée en 2003, lorsque le Conseil constitutionnel la rattache explicitement à l'article 2 et 4 de la DDHC⁵⁹⁸. C'est ainsi que le Conseil a dissocié la liberté individuelle de la liberté personnelle (liberté d'aller et venir, respect de la vie privée, liberté de mariage, le secret des

⁵⁹¹ Benjamin Ricou, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, éditions L'épitoque, 2015, p.4.

⁵⁹² Constitution de 1958, article 66 : « 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 ».

⁵⁹³ Audition du premier président de la Cour de cassation par la Commission des lois du Sénat le 2 mars 2016.

⁵⁹⁴ À cet égard, le Conseil constitutionnel avait considéré dans une décision n°76-75 du 12 janvier 1977 que la liberté individuelle n'était pas que la sûreté mais également l'inviolabilité du domicile privé. Il est allé encore plus loin incluant dans la notion de liberté individuelle la protection de la propriété privée dans une décision du 13 décembre 1985.

⁵⁹⁵ Paul Cassia, *Contre l'état d'urgence*, Dalloz, 2016, p.61

Le Conseil Constitutionnel maintiendra cette interprétation notamment dans : Décision du Conseil constitutionnel, n°93-325 DC du 13 août 1993 ; Décision du Conseil constitutionnel, n°94-352 DC du 18 janvier 1995 ; Décision du Conseil constitutionnel, n° 97-389 DC du 22 avril 1997.

⁵⁹⁶ Décision du Conseil constitutionnel, n°98-405 DC du 29 décembre 1998.

⁵⁹⁷ Décision du Conseil constitutionnel, n° 99-411 DC du 16 juin 1999

⁵⁹⁸ Décision du Conseil constitutionnel, n° 2003-467 DC du 13 mars 2003.

correspondances etc). La liberté individuelle est alors entendue de façon très restrictive par la jurisprudence constitutionnelle comme le droit à ne pas être arbitrairement détenu. Cette nouvelle définition ne fait que réduire le champ de compétence du juge judiciaire.

L'orientation jurisprudentielle du Conseil en matière de liberté, que nous venons d'esquisser, est aujourd'hui encore très actuelle. En effet, malgré l'état d'urgence qui nécessite de veiller plus que jamais à la protection des libertés, le Conseil constitutionnel ne cesse de réaffirmer l'exclusion du juge judiciaire de ce champ de compétence. La première décision du Conseil en matière d'assignation à résidence durant l'état d'urgence est riche⁵⁹⁹ d'enseignement. Le requérant, victime d'une mesure d'assignation à résidence, alléguait la non-conformité de l'article 6 de la loi de 1955 à « la liberté d'aller et de venir, au droit de mener une vie privée et familiale normale ainsi qu'aux libertés de réunion et de manifestation⁶⁰⁰ ». Le requérant allègue, sur le point qui nous intéresse ici, que « dès lors que l'assignation à résidence n'est pas placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les dispositions contestées méconnaîtraient les exigences de l'article 66 de la Constitution »⁶⁰¹. Les « sages » affirment que les dispositions relatives aux assignations à résidence en période d'état d'urgence « tant par leur objet que par leur portée, [...] ne comportent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution »⁶⁰². Cette affirmation confirme la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel consistant à interpréter de manière particulièrement restrictive la notion de liberté individuelle. Ensuite, il estime 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 »⁶⁰³. Cette précision est capitale en ce que le Conseil constitutionnel estime qu'une assignation à résidence ne peut être regardée comme une mesure privative de liberté tant que l'individu n'est pas astreint à demeurer à son domicile plus de 12h par jour. Au-delà, en revanche, celle-ci est considérée par le Conseil comme une mesure privative de liberté, ainsi l'article 66 de la Constitution trouve à s'appliquer et de fait, le juge judiciaire devient compétent. Le Conseil juge discrétionnairement qu'en une heure de temps une mesure d'assignation à résidence peut passer du statut de mesure restrictive à celui de mesure privative de liberté. En écartant le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel réinvestit en période d'état d'urgence son interprétation restrictive de la compétence du juge judiciaire en matière de liberté en l'appliquant aux mesures d'assignation à résidence.

Si nous avons pu démontrer à partir des décisions du corpus relatives aux assignations à résidence que l'éviction du juge judiciaire de la protection des libertés est une politique jurisprudentielle menée de longue date et plus que jamais déployée sous l'état d'urgence, se pose la question de la raison de cette « déjudiciarisation ».

b) Les choix du juge constitutionnel

Au sein du contentieux constitutionnel relatif aux assignations à résidence les

⁵⁹⁹ Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015

⁶⁰⁰ Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, considérant 2.

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² *Ibid.*, considérant 5.

⁶⁰³ *Ibid.*, considérant 6.

« sages » mettent en avant l'effectivité du contrôle administratif. A l'instar de la décision Cédric D., ils estiment que les dispositions litigieuses ne méconnaissent pas la Constitution en ce que le juge administratif opère de toute façon un triple contrôle de proportionnalité⁶⁰⁴. Or, cette confiance sans faille qu'apporte le Conseil constitutionnel au contrôle du juge administratif et qui le pousse à faire de ce dernier le juge naturel de l'état d'urgence est hautement critiquable. En effet, dans la décision Cédric D., les « sages » estiment que les mesures d'assignation à résidence ne sont pas constitutives d'atteinte au droit à un procès équitable et aux droits de la défense en ce « qu'il appartient à ce dernier [le juge administratif] d'apprécier, au regard des éléments débattus contradictoirement devant lui, l'existence de raisons sérieuses permettant de penser que le comportement de la personne assignée à résidence constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics »⁶⁰⁵. Or, l'article 121-2 du Code des relations entre le public et l'administration prévoit que les dispositions de l'article L. 121-1 sur les mesures ou décisions individuelles soumises au respect d'une procédure contradictoire préalable, ne sont pas applicables en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles. De ce fait, l'état d'urgence permet à l'administration de déroger à l'une des garanties procédurales les plus importantes : le débat contradictoire. Comment, alors, consacrer la primauté de la compétence du juge administratif alors même que la procédure est délestée d'une garantie procédurale fondamentale et qu'elle s'avère être défavorable à l'individu?

Si le juge constitutionnel procède à un contrôle particulièrement timoré en matière de mesures individuelles prises au titre de l'état d'urgence, c'est en premier lieu car celui-ci entretient un rapport complexe avec le législateur. Tout d'abord, la création du Conseil constitutionnel ne répondait pas tant à une volonté de contrôler la constitutionnalité des lois, qu'à celle de « [...] créer ainsi une arme contre la déviation du régime parlementaire »⁶⁰⁶. Si donc le Conseil n'avait les premières années de sa création qu'un rôle limité et de fait très politique, l'année 1971 marquera un tournant dans l'histoire de son office. En effet, les « sages » affirmeront pour la leur rôle de garants des libertés dans une décision du 16 juillet 1971⁶⁰⁷ qui censure pour la première fois une loi issue de la volonté de l'exécutif⁶⁰⁸. Les « sages » passent alors d'un contrôle de la régularité externe de la loi à un contrôle de la régularité interne, c'est à dire au fond. Ce nouveau contrôle est le symptôme d'une protection désormais effective des droits et libertés, elle-même renforcée par la création d'un nouveau mode de saisine en 1974. C'est ainsi qu'en s'imposant dans l'espace juridictionnel, le Conseil acquiert une nouvelle légitimité. Pourtant, au fil des alternances et des crises politiques, la légitimité nouvelle du Conseil sera émaillée. En août 1986, en novembre 1993 et en mars 2000, l'idée de la souveraineté de la loi et de la volonté générale revient en force dans les discussions doctrinales et politiques. La plus grosse crise politique qui écorna la légitimité du Conseil est celle de l'affaire Elf qui déboucha sur une mise en cause du Président du Conseil : Roland Dumas. « Dépourvue de la légitimité démocratique que seule confère l'élection »⁶⁰⁹, le

⁶⁰⁴ *Ibid.* Considérant 12 ; Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, considérant 18

⁶⁰⁵ Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, considérant 15

⁶⁰⁶ Michel Debré, « Discours de présentation de la nouvelle Constitution devant l'Assemblée générale du Conseil d'État », *Revue française de science politique*, 1959, p. 16.

⁶⁰⁷ Conseil Constitutionnel, Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971 « loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association »

⁶⁰⁸ Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Domat, LGDJ Lextenso, 11^e édition, 2011, p.43

⁶⁰⁹ Pierre Avril et Jean Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, Montchrétien, 6^e édition, 2011, p. 55.

Conseil a dû réaffirmer sa neutralité en adoptant une politique jurisprudentielle moins dynamique et moins dure à l'égard du législateur. Le Conseil constitutionnel est alors entré dans une phase de « diplomatie juridique »⁶¹⁰. C'est ainsi que depuis les années 90 on observe une sorte de *self-restraint* dans le contrôle du Conseil en matière de droits et libertés. Celui-ci est ainsi plus conciliant avec les normes édictées par le législateur. C'est ainsi qu'il affirme à plusieurs reprises que « considérant que la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si les objectifs que s'est assigné le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à ses objectifs »⁶¹¹.

Le contentieux constitutionnel de l'état d'urgence en matière de liberté de manifester inquiète par son absence de témérité. Pourtant, une récente censure du Conseil semble indiquer une nouvelle politique jurisprudentielle, plus protectrice des libertés.

2. La censure des interdictions de séjour : vers une amélioration significative du contrôle constitutionnel ?

Le 9 juin 2017, les « sages » ont rendu une décision très attendue. Il s'agissait d'une question prioritaire de constitutionnalité dans laquelle le juge constitutionnel avait la tâche d'apprécier la conformité de l'article 5°3 (prévoyant la mesure d'interdiction de séjour) de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence à la Constitution et notamment au « droit d'expression collective des idées et des opinions dont résulte la liberté de manifester »⁶¹². La censure des dispositions régissant les interdictions de séjour sous l'état d'urgence semble être une avancée significative dans la protection par le Conseil constitutionnel de la liberté de manifester. En effet, les « sages » ont appelé le législateur à encadrer bien plus strictement les conditions de mise en œuvre de ces mesures (a). Pourtant, certains éléments viennent entacher le dynamisme du juge constitutionnel et révèle une véritable déférence à l'égard du législateur (b).

a) Vers un encadrement plus strict des modalités d'interdiction de séjour

Le requérant avait fait l'objet d'un arrêté, en date du 27 juin 2016, l'interdisant de se rendre dans certains arrondissements de Paris le 28 juin entre 11h et 20h et le 29 juin entre 18h et 7h du matin le lendemain. Cette interdiction de séjour avait été prise dans le but de l'empêcher de participer aux rassemblements organisés ces mêmes jours contre la Loi Travail. Le requérant avait contesté la mesure litigieuse devant le TA de Montreuil, à l'occasion de laquelle il souleva une QPC concernant l'article 5°3 et 13 de la loi relative à l'état d'urgence. Celle-ci fut transmise au Conseil d'État par une ordonnance du 18 janvier 2017. L'argumentation mise en œuvre dans cette décision par le juge constitutionnel se décline en deux phases. Premièrement, selon le Conseil constitutionnel, « en prévoyant qu'une

⁶¹⁰ Notion utilisée par Mikael Madsen.

⁶¹¹ Voir notamment : Conseil constitutionnel, décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, loi pour l'égalité des chances.

⁶¹² Conseil Constitutionnel, Décision QPC n°2017-635 du 9 juin 2017, *M. Emile L. Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence*, §2.

interdiction de séjour peut être prononcée à l'encontre de toute personne « cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics », le législateur a permis le prononcé d'une telle mesure sans que celle-ci soit nécessairement justifiée par la prévention d'une atteinte à l'ordre public »⁶¹³. Ainsi, ils ont estimé que la disposition de l'article 5°3 de la loi relative à l'état d'urgence était si vague qu'elle pouvait s'appliquer à un panel très vaste d'individus. En effet, comme souligné précédemment dans cette étude, « l'entrave à l'action des pouvoirs publics » est une notion bien floue qui dépasse le simple cadre de la menace à l'ordre public. On pourrait imaginer en effet, se référant à la lettre de la disposition, qu'un individu entravant le fonctionnement d'un service public, notamment par l'exercice de son droit de grève, pourrait tomber sous le coup d'une interdiction de séjour. L'administration se trouve effectivement dotée d'une large marge de manœuvre, ce qui peut entraîner une forme d'insécurité juridique.

Deuxièmement, les « sages » justifient la censure de cette disposition par le manque de garanties légales entourant la mise en œuvre des interdictions de séjour. En effet, le législateur n'aurait « soumis cette mesure d'interdiction de séjour, dont le périmètre peut notamment inclure le domicile ou le lieu de travail de la personne visée, à aucune autre condition et il n'a encadré sa mise en œuvre d'aucune garantie »⁶¹⁴. Ce considérant reprend l'idée évoquée par Me Kempf⁶¹⁵ selon laquelle, le législateur se doit de préciser lui-même les règles de mise en œuvre d'une loi conformément à la jurisprudence du Conseil affirmant que « [le législateur] doit en effet prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer les règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »⁶¹⁶. Ce considérant est sensiblement calqué sur le raisonnement du juge constitutionnel dans la décision du 19 février 2016 relative aux perquisitions⁶¹⁷ et du 16 mars 2017. En effet, le juge avait censuré ces dispositions aux motifs qu'elles n'étaient entourées d'aucune garantie. Dans cette présente décision, la question de l'explicitation des conditions de mise en œuvre de la mesure est cruciale, en ce que la loi autorise l'administration à comprendre au sein du périmètre interdit à l'individu, son domicile et son lieu de travail. Ainsi, les conséquences d'une telle mesure paraissent suffisamment importantes pour que la loi fixe de façon précise les règles d'application de cette mesure. Cependant, contrairement à ce que le juge administratif avait pu affirmer dans plusieurs ordonnances⁶¹⁸, le Conseil lui, ne censure pas le fait que le domicile soit inclus dans le périmètre de l'interdiction, mais bien le fait que cela ne soit entouré d'aucune garantie.

b) Une censure au bénéfice du Gouvernement

⁶¹³ Conseil Constitutionnel, Décision QPC n°2017-635, 9 juin 2017, §5

⁶¹⁴ Conseil Constitutionnel, Décision QPC n°2017-635, 9 juin 2017, §6.

⁶¹⁵ Mémoire présenté au Conseil d'État par Mes Kempf et Pascual à l'appui des requêtes n°407.229 et 407.230 dans le but de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil Constitutionnel, p.10

⁶¹⁶ Conseil constitutionnel, déc. N°2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, considérant 9 ; Conseil Constitutionnel déc. N°2011—644 DC, 28 décembre 2011, considérant 16 ; Conseil constitutionnel, déc. N°2011-645 DC, 28 décembre 2011, considérant 7 ; Conseil constitutionnel, déc. N°2013-685 DC, 29 décembre 2013, considérant 88.

⁶¹⁷ Conseil constitutionnel, Décision QPC n°2016-536, 19 février 2016, §5 à 9.

⁶¹⁸ Notamment : TA de Rennes, ordonnances du 17 octobre 2016, requêtes n°1604532, n°1604529, n°1604530, considérant 7.

Si « cette censure a donc théoriquement montré que les 683 interdictions de séjour avaient été irrégulièrement adoptées par les préfets depuis novembre 2015 »⁶¹⁹, il apparaît en réalité qu'elle n'est que la manifestation d'un blanc-seing laissé au législateur. Comme l'explique le Professeur Paul Cassia dans l'un de ses articles⁶²⁰, la censure du Conseil constitutionnel a été de prime abord une victoire pour tous les interdits de séjour et les opposants à l'état d'urgence. Pourtant, à mieux y regarder, cette censure n'est qu'un appareil masquant une complicité entre le Conseil constitutionnel, le pouvoir et le législateur.

Le juge constitutionnel a décidé, conformément aux dispositions « de l'article 62 de la Constitution [réservant] le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets [...] »⁶²¹, qu'« afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il y a donc lieu de reporter la date de cette abrogation au 15 juillet 2017 »⁶²². Ce report de la date de la censure du Conseil constitutionnel est loin d'être anodin, puisqu'il permet le transfert temporel de l'illégalité des mesures à la date à laquelle l'état d'urgence devait prendre fin.

Ainsi les « sages » donnent un blanc-seing à l'administration afin de prononcer des interdictions de séjour jusqu'au 15 juillet 2017, fin présumée du régime d'exception. Plus encore, l'effet différé de la censure empêche la mise en cause des interdictions administratives de séjour prises entre le 14 novembre 2015 et le 9 juin 2017 devant les juridictions administratives pour inconstitutionnalité. Le Conseil semble tout à la fois pointer du doigt l'inconstitutionnalité de cette mesure ainsi que sa dangerosité pour la liberté de manifester tout en autorisant cette pratique jusqu'à la fin de la période d'état d'urgence : un paradoxe difficilement compréhensible.

In fine, cette décision du Conseil constitutionnel s'inscrit dans la lignée de la politique jurisprudentielle mise en œuvre depuis le début de l'état d'urgence. Selon le Professeur Cassia : « la décision du Conseil constitutionnel, loin donc de préserver les libertés fondamentales, consacre le primat de la préservation de l'ordre public, comme d'ailleurs quasiment toutes les six précédentes décisions rendues par le Conseil constitutionnel à propos de l'état d'urgence [...] »⁶²³.

L'état d'urgence ne prit pas fin à la date convenue par l'avant-dernière loi de prorogation. En effet, celui-ci fut prolongé par une loi du 11 juillet 2017⁶²⁴ jusqu'au 1^{er} novembre 2017. Plutôt que de supprimer cette disposition, le Gouvernement via le projet de loi, puis le législateur par le vote de la loi, ont préféré conserver les interdictions de séjour en

⁶¹⁹ Paul Cassia, « Interdictions de séjour de l'état d'urgence : censure à la Pyrrhus », *Le blog de Médiapart*, 9 juin 2017. Disponible à : <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/090617/interdictions-de-sejour-de-l-etat-d-urgence-censure-la-pyrrhus>

⁶²⁰ *Ibid.*

⁶²¹ *Ibid.* §8

⁶²² *Ibid.* §9

⁶²³ Paul Cassia, « Interdictions de séjour de l'état d'urgence : censure à la Pyrrhus », *Le blog de Médiapart*, 9 juin 2017. Disponible à : <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/090617/interdictions-de-sejour-de-l-etat-d-urgence-censure-la-pyrrhus>

⁶²⁴ Loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, JORF n°0162 du 12 juillet 2017

modifiant leur rédaction. C'est ainsi que désormais le préfet peut « interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics. L'arrêté énonce la durée, limitée dans le temps, de la mesure, les circonstances précises de fait et de lieu qui la motivent, ainsi que le territoire sur lequel elle s'applique, qui ne peut inclure le domicile de la personne intéressée »⁶²⁵. Le terme d'« entrave à l'action des pouvoirs publics » a donc été remplacé par une notion moins floue et déjà utilisée dans la loi de 1955 : la menace à la sécurité et à l'ordre publics. Comme dans la disposition relative aux assignations à résidence, la mesure est conditionnée à l'existence « de raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics [...] »⁶²⁶. Ainsi, suivant la décision du Conseil, le législateur a modifié la disposition afin de l'entourer de plus de garanties et de laisser une marge de manœuvre plus mince à l'administration.

Pourtant, malgré la modification de la lettre de la loi, l'interdiction de séjour est toujours maintenue en période d'état d'urgence. Il est inutile de revenir sur les développements précédents dans lesquels nous montrions le caractère dangereux des dispositions visant non plus des actes mais des comportements. Il semblerait effectivement que la nouvelle rédaction de l'article 5°3 de la loi de 1955 soit emprunte de ce travers. Plus encore la volonté du gouvernement de conserver cette disposition est sans aucun doute liée à son projet de réforme par ordonnances du Code du Travail. Il est en effet évident que ces ordonnances donneront lieu à une contestation qui s'exprimera dans la rue. L'interdiction de séjour s'avèrera alors particulièrement utile dans l'encadrement, voire la censure, de cette contestation populaire. Le Conseil constitutionnel a donc permis au Gouvernement, avec la complicité du législateur, de maintenir une disposition explicitement destinée à censurer l'opposition politique.

⁶²⁵ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, version consolidée au 31 juillet 2017, article 5°3

⁶²⁶ *Ibid.* article 5°3 et article 6.

QUATRIEME PARTIE

L'ETAT D'URGENCE AU PRISME CONTENTIEUX

L'état d'urgence au prisme contentieux : analyse transversale de corpus

Stéphanie Hennette Vauchez
Maria Kalogirou
Nicolas Klausser
Cedric Roulhac
Serge Slama
Vincent Souty

Sommaire du chapitre :

Prolégomènes : L'état d'urgence comme phénomène juridique

I - Profils de requérants

II - Typologie des mesures

III - Niveaux de contrôle juridictionnel

IV - Impact des choix procéduraux sur la garantie des droits

V - L'état d'urgence dans la toile du pouvoir de police

Conclusion

Prolégomènes: l'état d'urgence comme phénomène juridique

Si l'état d'urgence proclamé le 14 novembre 2015 et qui a pris fin le 1^{er} novembre 2017 a été, pour les citoyens et acteurs sociaux, une réalité bien peu tangible (il ne se *voit* guère), c'est qu'il s'est agi principalement d'une réalité *juridique*⁶²⁷. Mais alors que l'état d'urgence de la fin de l'année 2005 n'avait donné lieu à aucune mesure individuelle et à une poignée d'arrêtés préfectoraux, cet état d'urgence 2015-2017 s'est incarné durant ces 715 jours sous état d'urgence⁶²⁸ dans plus de 10 000 mesures administratives prononcées sur le fondement de la loi du 3 avril 1955. Concrètement, ont été adoptées 4 444 perquisitions administratives, 754 arrêtés d'assignation à résidence, 656 interdictions de séjour, 59 zones de protection et de sécurité (ZPS), 39 interdictions de manifester, 29 fermetures de salles ou débits de boisson, 6 remises d'arme et 5 229 arrêtés autorisant des contrôles d'identité, fouilles de bagages et de véhicules⁶²⁹. Les statistiques existantes ne permettent pas de connaître le nombre de personnes concernées par ces mesures (une même personne peut en effet avoir fait l'objet de plusieurs arrêtés d'assignation mais aussi d'une ou plusieurs perquisitions voire d'interdictions de séjour), ni *a fortiori* le sexe ou le profil des personnes concernées par ces mesures (v. cependant quelques éléments *infra*), ni encore leur ventilation par département ou commune.

⁶²⁷ D'où, certainement, comme on le lit dans l'avis rendu par la CNCDH le 26 janvier 2017 : « *la difficulté éprouvée par la CNCDH et divers acteurs mobilisés en France et en Europe à être entendus sur la question des dangers que fait courir pour les droits de l'Homme l'inscription dans la durée de ce régime d'exception* » ; en effet, l'état d'urgence ne produit que des effets bénins, neutres sur « *la vie quotidienne de la très grande majorité* ».

⁶²⁸ Maud Lena, « 715 jours sous l'état d'urgence », *AJ Pénal*, 2017 p. 464. Voir aussi la Une du Monde et le cahier spécial « Sortir de l'état d'urgence : Un an, 11 mois et 18 jours d'urgence », 1^{er} – 2 novembre 2017 (qui évoque 719 jours d'état d'urgence).

⁶²⁹ Statistiques établies en agrégeant, non sans difficulté, les tableaux statistiques du contrôle parlementaire de l'état d'urgence

<http://www2.assemblee-nationale.fr/15/commissions-permanentes/commission-des-lois/contrôle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence/contrôle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence>

On sait uniquement que le rythme de l'état d'urgence a évolué dans le temps. Ainsi, s'agissant des perquisitions administratives, alors que 3 427 perquisitions avaient été effectuées au cours de la phase I de l'état d'urgence (du 14 novembre 2015 au 25 février 2016), dont 2 700 au cours du premier mois⁶³⁰, leur nombre a décru dans la phase suivante (du 26 février au 25 mai 2016) avec 167 perquisitions. Les perquisitions ont même été interrompues lors de la phase III de l'état d'urgence (du 26 mai au 21 juillet 2016), la 3^{ème} loi de prorogation n'ayant pas autorisé le recours à l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, du fait notamment d'une décision rendue par le Conseil constitutionnel en QPC et censurant partiellement le dispositif légal⁶³¹. Dans la phase IV (22 juillet – 21 décembre 2016), la mesure a connu un regain d'intérêt avec 591 perquisitions ordonnées⁶³² —avant de décroître à nouveau au cours de la dernière année (186 perquisitions au cours de la phase V de l'état d'urgence, du 22 décembre 2016 au 15 juillet 2017, et 73 dans la dernière phase, du 16 juillet 2017 au 1^{er} novembre 2017).

S'agissant des assignations à résidence, leur rythme a été sensiblement différent, avec 350 arrêtés édictés dans première phase de l'état d'urgence (dont 268 encore en vigueur au 25 février 2016), 72 dans la phase II (68 étaient encore en vigueur au 25 mai 2016), 82 arrêtés dans la phase III (75 arrêtés encore en vigueur au 21 juillet 2016), 112 arrêtés dans la phase IV (91 encore en vigueur au 21 décembre 2016)⁶³³, 89 arrêtés dans la phase V (64 en vigueur au 15 juillet 2017) et moins d'une cinquantaine dans la phase V⁶³⁴ (41 encore en vigueur au 30 octobre 2017). Au 2 juin 2017, un total de 439 personnes auraient été assignées à résidence, pour un total de 708 arrêtés pris depuis le 14 novembre 2015⁶³⁵.

⁶³⁰ Rapport n° 220 (2016-2017) de M. Michel Mercier, fait au nom de la commission des lois, Sénat, 14 décembre 2016.

⁶³¹ CC, n° 2016-536 QPC du 19 février 2016.

⁶³² Chiffre issu des tableaux du contrôle parlementaire accessibles sur le site de l'Assemblée. Mais les chiffres varient d'un rapport à l'autre. Ainsi, le rapport Mercier évoque le chiffre de « 612 perquisitions administratives ont été ordonnées entre le 22 juillet et le 21 décembre 2016 » (Sénat, Rapport n° 591 de Michel Mercier, 2016-2017, Commission des lois, 28 juin 2017). Mais l'étude d'impact du projet de la loi sécurité intérieure et terrorisme (SILT) rapporte que le « nombre de perquisitions administratives, mesures qui constituent une source précieuse de renseignement ciblé, s'est élevé à 628 au cours de la quatrième phase de renouvellement (du 22 juillet au 21 décembre 2016) et a atteint 137 (au 26 mai) depuis le dernier renouvellement fin décembre dernier, portant ainsi le total de ces mesures à plus de 4 300, depuis le début de l'état d'urgence. Au total, 30 procédures judiciaires ont été ouvertes par la section anti-terroriste du parquet de Paris des chefs d'association de malfaiteurs avec une entreprise terroriste ou d'entreprise individuelle terroriste à la suite d'une perquisition administrative, que cette mesure ait ou non permis à elle seule de justifier l'ouverture de la procédure » (Etude d'impact, projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, NOR : INTX1716370L/Bleue-1, 20 juin 2017).

⁶³³ L'étude d'impact de la loi SILT évoque pour sa part « 115 arrêtés signés en phase IV (22/07/2016-21/12/2016) » dont « 88 arrêtés en vigueur à la fin de la phase IV ». Mais le tableau reproduit dans cette étude d'impact comporte des erreurs de date sur les différentes phases de l'état d'urgence...

⁶³⁴ Aucun rapport consulté ne comprend le nombre exact d'assignations dans cette seconde phase. Si on retient le chiffre (incertain) de 754 arrêtés d'assignation pour l'ensemble de l'état d'urgence, on peut évaluer à 49 le nombre d'arrêtés pris dans cette dernière phase.

⁶³⁵ *Etude d'impact préalable au projet de loi sur la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, op. cit.*, p. 37.

Nombre total de personnes ciblées durant la première phase de l'état d'urgence⁶³⁶

Selon le rapport du contrôle parlementaire, ces sont au total 563 personnes qui ont fait l'objet d'une *proposition* d'assignation adressée par les préfets à la direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministre de l'Intérieur sur ce sujet. Dans le cadre de la COP21, la DLPJ [direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur] en a rejeté 76 pour n'en garder finalement que 27, dont 15 n'ont pu être notifiées par les services aux personnes concernées. Pour les autres assignations, la DLPJ a rejeté 86 demandes, pour en garder au total 374 sur l'ensemble de la période. Au soir du 25 février 2016, cependant, 271 d'entre elles étaient en vigueur. Cette différence s'explique par le fait que 16 assignations ont été suspendues ou annulées par le juge administratif, 57 ont été retirées ou abrogées en cours de période, 24 bloquées avant même leur notification ; 6, enfin, n'ont pas été notifiées aux intéressés.

Moins médiatisés, les 5 229 arrêtés préfectoraux autorisant, par période de 24 heures, des contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules pour des motifs indéterminés ont, à l'inverse, été particulièrement utilisés dans la dernière année d'état d'urgence –à partir de leur légalisation par la loi du 21 juillet 2016 modifiant l'article 8-1 de la loi de 1955⁶³⁷. Les préfets ont dès lors multiplié ces arrêtés, avec 1 974 pris dans la phase IV (22 juillet 2016 au 21 décembre 2016), 2 327 arrêtés dans la phase V (22 décembre 2016 –15 juillet 2017) et 928 dans la phase VI (16 juillet 2017 au 1^{er} novembre 2017) –donnant lieu à un nombre de contrôles individuels indéterminés⁶³⁸. Pourtant, ces contrôles, comme bien d'autres dispositifs issus de la loi de 1955 modifiée, se sont en définitive avérés contraires aux droits et libertés que la Constitution garantit : le Conseil constitutionnel a en effet invalidé les dispositions législatives les prévoyant, dès lors qu'elles ne font pas référence à des « circonstances particulières » qui permettraient d'éviter « la pratique de ces opérations de

⁶³⁶ Assemblée nationale, Rapport d'information n°4281 au nom de la Commission des lois sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence présenté par MM. Dominique Raimbourg et Jean-Frédéric Poisson, 6 décembre 2016.

⁶³⁷ Art. 8-1 loi de 1955 : « Dans les zones mentionnées à l'article 2 de la présente loi, le préfet peut autoriser, par décision motivée, les agents mentionnés aux 2° à 4° de l'article 16 du code de procédure pénale et, sous leur responsabilité, ceux mentionnés à l'article 20 et aux 1°, 1° bis et 1° ter de l'article 21 du même code à procéder aux contrôles d'identité prévus au huitième alinéa de l'article 78-2 dudit code, à l'inspection visuelle et à la fouille des bagages ainsi qu'à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public ». Ces arrêtés, d'une durée de 24 heures maximum, s'enchaînent dans certaines préfectures sans discontinuer (V. par ex. à Paris : Arrêtés n°2017-00673 du 14 juin 2017, n°2°17-00668 du 13 juin 2017, n°2017-00666 du 12 juin 2017, n°2017-00660 du 11 juin 2017, etc., tous intitulés « autorisant les officiers de police judiciaire à procéder à des contrôles d'identité, à l'inspection visuelle et la fouille des bagages ainsi qu'à la visite des véhicules dans certains lieux de Paris ») ... témoignant de l'effet d'aubaine que constitue, pour les autorités administratives, l'état d'urgence. En temps normal, de tels contrôles ne peuvent avoir lieu que sur réquisition du procureur (art. 78-2 du Code de procédure pénale) ; sous l'état d'urgence, c'est toute une palette de mesures de « sécurisation » qui sont édictées, sans souvent entretenir quelque lien direct que ce soit avec la lutte contre le terrorisme.

⁶³⁸ Aucune statistique officielle ne permet de savoir combien de contrôles d'identité, fouilles de bagages et inspections de véhicules ont été réalisés sur le fondement de ces arrêtés préfectoraux. Le rythme s'est accéléré depuis l'attentat de St Pétersbourg dans la mesure où le Préfet de Police a adopté d'avril à juin 2017, presque chaque jour (même le 17 avril 2017, jour où il a lui-même eu un accident de Vélib') un arrêté avec des périmètres d'application variables mais souvent très étendus :

<https://www.prefecturedepolice.interieur.gouv.fr/Nous-connaitre/Salle-de-presse/Arretes/Liste-des-arretes>

manière généralisée et discrétionnaire »⁶³⁹. Autrement dit, des dizaines de milliers de contrôles d'identité, fouilles de bagages et inspections de véhicules, donnant lieu à un nombre indéterminé de procédures pénales ou administratives (éloignement d'étrangers en situation irrégulièrement principalement), ont ainsi eu lieu durant 18 mois en toute impunité...alors même qu'ils reposaient sur des fondements inconstitutionnels. A notre connaissance, hormis la QPC déposée par la *Ligue des Droits de l'Homme*, qui a eu la présence d'esprit de demander immédiatement l'annulation devant la TA de Paris du premier arrêté de ce genre pris par préfet de Police de Paris⁶⁴⁰, aucune contestation contentieuse de ces arrêtés, ou des décisions individuelles subséquentes, n'a eu lieu.

On évalue donc, sur la période concernée par la présente étude (14 novembre 2015 – 31 janvier 2017), à un peu plus de 7 500 le nombre d'actes administratifs pris sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 - parmi lesquels, approximativement 2 000 arrêtés permettant fouilles, palpations et contrôles individuels. Il faut encore compter, pour appréhender dans sa globalité l'état d'urgence comme phénomène juridique, et du fait d'un effet de halo ou de contamination, avec plusieurs centaines d'autres décisions administratives des autorités publiques adoptées formellement en dehors de l'état d'urgence (ie. Sans avoir la loi du 3 avril 1955 comme base légale), mais justifiées par celui-ci ou son contexte.

Ce corpus d'environ 7 500 décisions individuelles est matériellement et juridiquement impossible à connaître directement. Ces quelques milliers de décisions constituent, en effet, des actes administratifs souvent individuels, souvent défavorables et pris dans le cadre d'une activité de police administrative pour des raisons tenant à l'ordre et la sécurité publics. Ils sont à ce titre non publics et non accessibles aux chercheurs du temps présent. Tout au plus aurait-il été possible d'accéder à un échantillon, pas nécessairement représentatif de ces décisions, en consultant les dossiers détenus par les principales associations de défense des personnes concernés par l'état d'urgence (à l'instar, notamment, du CCIF⁶⁴¹ et de ADM⁶⁴²) et de leurs avocats. Mais il aurait été difficile, dans ces conditions, de prétendre proposer une étude de l'état d'urgence comme phénomène juridique saisi dans sa globalité et la diversité de ses manifestations. Seule la consultation des dossiers individuels détenus par le service juridique du ministère de l'intérieur permettra aux historiens, dans de nombreuses décennies, de le faire.

Dans ces conditions, le travail proposé ici, qui repose sur l'analyse exhaustive du contentieux administratif (à défaut d'avoir pu accéder aux décisions rendues par les juridictions pénales) généré par l'état d'urgence entre novembre 2015 et janvier 2017. Certes,

⁶³⁹ CC., décision n° 2017-677 QPC du 1er décembre 2017, *Ligue des droits de l'Homme* [Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence]. Cette censure est purement platonique dans la mesure les effets de l'abrogation de ces dispositions ont été reportés, sans motivation, au 30 juin 2018 (sur ce point, V. dans le présent volume : Véronique Champeil-Desplats, « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel, ou quand l'Etat de droit s'accommode de normes inconstitutionnelles », *supra*).

⁶⁴⁰ V. la décision du Conseil d'Etat de renvoi de cette QPC du 22 septembre 2017 (n° 411771) qui évoque la demande de la Ligue des droits de l'Homme « tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté du 6 avril 2017 du préfet de police autorisant les officiers de police judiciaire à procéder à des contrôles d'identité, à l'inspection visuelle et la fouille des bagages ainsi qu'à la visite des véhicules dans les transports en commun de voyageurs par voie ferrée de Paris ».

⁶⁴¹ Collectif contre l'Islamophobie en France.

⁶⁴² Action droit des Musulmans.

il souffre sans aucun doute d'un biais contentieux dont on mesure l'importance ; mais ce dernier est inévitable, en ce sens qu'il est apparu impossible de procéder autrement. Charles Vautrot-Schwartz peut bien, en ce sens, appeler à « *dépasser le tropisme contentieux* »⁶⁴³ en rappelant les mots de Rivero⁶⁴⁴ ; reste qu'on voit mal quelles autres options s'offrent à l'analyste dans l'état actuel du droit s'agissant de l'accès à un myriade de décisions individuelles de police et des défaillances de la statistique publique relative à l'état d'urgence. Le présent travail est donc présenté en pleine conscience du biais induit par le fait que l'état d'urgence dont il est question ici ne correspond en réalité qu'à cette petite part de l'état d'urgence qui a suscité des recours contentieux devant le juge administratif. En l'occurrence, le corpus analysé pour les besoins de la présente étude est constitué de 775 décisions. On estime qu'il correspond à environ 10% des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence dans la période considérée.

A - Présentation du corpus d'analyse

Le corpus d'analyse a été constitué grâce à une convention de mise à disposition de la base de jurisprudence interne (non anonymisée) aux juridictions administratives signée entre le CREDOF en charge de l'étude et le Conseil d'Etat⁶⁴⁵. Plusieurs visites au Centre de recherche et de documentation juridique (CRDJ) nous ont donc permis, via la base Ariane Archive, de collecter juridiction par juridiction, une par une, toutes les décisions disponibles sur cette base en les identifiant d'une part par le mot-clef « *loi n°55-385* » (qui, normalement, figure dans tous les visas des décisions rendues sur le fondement de la loi du 3 avril 1955), et d'autre part les mots-clefs « *état d'urgence SANS loi n°55-385* », qui nous ont permis de collecter plus largement des décisions rendues dans le contexte de l'état d'urgence ou par la justification de celui-ci, mais sans que le recours ainsi ajouté à notre corpus ait été, *stricto sensu*, formé contre une mesure prise sur le fondement de la loi de 1955. De cette manière, nous avons pu intégrer à l'étude des mesures telles que des décisions de retrait de carte professionnelle, des interdictions de sortie de territoire du territoire (IST), de gel des avoirs, de placement sous vidéosurveillance 24h/24 d'un détenu ou des arrêtés d'expulsion d'étrangers, de même que, par exemple, des interdictions de déplacements de groupes de supporters... autant de mesures administratives qui, sans trouver leur fondement juridique dans les dispositions de la loi du 3 avril 1955, ont été justifiées par l'autorité administrative par référence à « l'état d'urgence » ou même, parfois, ont été contestées par l'invocation du contexte de l'état d'urgence.

La période retenue pour notre étude s'étend des décisions rendues par les juridictions administratives générales (tribunaux administratifs, cours administratives d'appel et Conseil

⁶⁴³ Charles Vautrot-Schwartz, « L'état d'urgence et la science du droit administratif », *AJDA*, 2017, p. 833.

⁶⁴⁴ Jean Rivero écrivait ainsi : « seul le hasard du recours amène à la lumière la situation sur laquelle celui-ci porte : la résolution d'un plaideur, son humeur, tiennent en suspens, en définitive, la réflexion de la doctrine, ainsi condamnée à ne s'exercer que sur des cas limites, de caractère pathologique, et à ignorer le plerumque fit. Une matière sans contentieux risque fort de demeurer, pour la science du droit administratif, terre inconnue. Aussi ne peut-on parfois se défendre du sentiment que, sous la mince pellicule du contentieux, le flot de la vie administrative continue de couler, et que l'effort de l'analyse doctrinale risque de bâtir une sorte de cité irréaliste, cependant que la vraie cité des hommes s'édifie sans elle », cité par Charles Vautrot-Schwartz, *ibid.*

⁶⁴⁵ Nous saisissons l'occasion de la rédaction de la présente étude pour exprimer notre vive gratitude à M. Martinie pour la confiance ainsi témoignée vis à vis de notre équipe de recherche, ainsi qu'à l'ensemble des membres du CRDJ du Conseil d'Etat leur aide et leur accueil.

d'Etat)⁶⁴⁶ du 14 novembre 2015, date d'entrée en vigueur de l'état d'urgence proclamé par le décret du même jour⁶⁴⁷, et le 31 janvier 2017, date correspondant à la publication d'un bilan officiel chiffré de l'état d'urgence, transmis par le Conseil d'Etat à la CNCDH et publié par cette dernière dans son avis du 26 janvier 2017 sur le suivi de l'état d'urgence⁶⁴⁸.

Le corpus ainsi constitué rassemble un total de 775 décisions de justice, dont 703 jugements ou ordonnances de tribunaux administratifs, 25 arrêts de Cours administratives d'appel et 47 arrêts ou ordonnances rendus par le Conseil d'Etat⁶⁴⁹. Il importe de préciser que la base Ariane archive n'est pas pleinement exhaustive et qu'elle n'est pas toujours bien alimentée par les juridictions administratives. Elle n'est pas exhaustive car ne doivent y être versées que les décisions rendues à l'issue d'une audience (ordonnances de juge des référés ou jugements ou arrêts rendus en formation collégiale) –à l'exclusion des ordonnances dites de « tri » rendues, hors audience, par les présidents en raison d'une irrecevabilité⁶⁵⁰. Elle est également mal alimentée par les juridictions administratives, ou parfois alimentée avec un décalage temporel. Nous avons d'ailleurs pu nous-même nous rendre compte du fait que certaines décisions étaient manquantes. Ainsi, par exemple, interrogés par des journalistes sur certains dossiers, nous avons pu constater que les décisions qu'ils avaient obtenues directement par les avocats des intéressés (par exemple : TA de Lille, 1er décembre 2016, n°1606191⁶⁵¹ et CE, réf., 7 décembre 2016, n°404984⁶⁵²) n'avaient pas été versées sur la base Ariane archive alors qu'elles auraient dû l'être⁶⁵³. Nous avons également pu constater que le rythme d'alimentation de la base varie d'un TA ou d'une CAA à l'autre, de sorte qu'il nous a été impossible de garantir qu'à une date *d*, toutes les décisions étaient effectivement rassemblées dans notre corpus. Nous avons, cependant, tenté de pallier cet aléa au mieux, en complétant régulièrement notre corpus par plusieurs visites jusqu'au printemps 2017⁶⁵⁴ afin d'intégrer les décisions qui, rendues avant le 31 janvier 2017, auraient été versées à la base de données avec retard. Ces visites complémentaires nous ont également permis d'insérer à notre corpus les décisions qui, bien que postérieures à notre date butoir du 31 janvier 2017, constituent le prolongement de recours jugés avant cette date en 1^{re} instance ou en appel.

⁶⁴⁶ La base Ariane ne comprend pas les décisions des juridictions administratives spéciales. Même si la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) est rattachée au Conseil d'Etat, nous n'avons pas exploité la base de ses décisions car elle ne contient pas de décisions relatives à l'application de l'état d'urgence en France mais uniquement des décisions pouvant mentionner des états d'urgence dans le pays du demandeur d'une protection internationale.

⁶⁴⁷ Décret n°2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

⁶⁴⁸ *Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016*, 26 janvier 2017

⁶⁴⁹ NB : nous avons aussi collecté une centaine de décisions relatives à l'état d'urgence d'octobre 2005/ janvier 2006, constitué quasi exclusivement de contentieux assurantiel suite aux émeutes urbaines mais non étudié ici.

⁶⁵⁰ L'article L522-3 du code de la justice administrative (CJA) prévoit en effet que « Lorsque la demande ne présente pas un caractère d'urgence ou lorsqu'il apparaît manifeste, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée, le juge des référés peut la rejeter par une ordonnance motivée sans qu'il y ait lieu d'appliquer les deux premiers alinéas de l'article L. 522-1. »

⁶⁵¹ Citée par Louise Fessard, « A Avesnes-sur-Helpe, l'état d'urgence détruit des vies », *Médiapart*, 24 mars 2017.

⁶⁵² Citée par Jean-Baptiste Jacquin, « L'autorité judiciaire affirme son droit à contrôler l'état d'urgence », *Le Monde*, 17 mai 2017. Nous avons collecté l'ordonnance rendue par le tribunal administratif de Strasbourg dans cette affaire (TA de Strasbourg, réf., 19 octobre 2015, n°1605494), mais l'ordonnance rendue en appel par le juge des référés du Conseil d'Etat, qui en prononce la censure, n'avait été mis ni sur Ariane ni sur Légifrance.

⁶⁵³ Elles l'ont été postérieurement lorsque nous l'avons signalé au CRDJ.

⁶⁵⁴ Date de notre dernier passage : 19 avril 2017.

Ainsi par exemple, la décision d'appel rendue soit par une cour administrative d'appel, soit par le Conseil d'Etat (dans une procédure de référé) sur une décision de première instance figurant dans le corpus y a été ajoutée, même lorsqu'elle est postérieure au 31 janvier 2017.

Au total, il nous semble que le corpus constitué constitue la meilleure appréhension possible de la réalité juridique qu'aura constitué l'état d'urgence sur le temps de l'étude (14 novembre 2015 - 31 janvier 2017). Il rassemble la quasi-intégralité des ordonnances, jugements et arrêts rendus, après audience publique, par les tribunaux administratifs, cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat –étant entendu que certaines de ces décisions sont contraintes (cf. les autorisations d'exploitation de données à caractère personnel saisies à la suite d'une perquisition administrative– v. *infra*) ou quasi-contraintes (lorsqu'une assignation à résidence dure plus de douze mois, compte tenu de son impact sur la vie familiale et professionnelle). Il permet aussi d'appréhender, au-delà du contentieux d'espèce, des « carrières » administratives de personnes concernées par l'état d'urgence. En effet, dans la mesure où les décisions collectées restituent quasi-systématiquement, pour chaque requérant, l'ensemble des mesures dont il ou elle a précédemment fait l'objet, il est possible de découvrir, à l'occasion d'une instance particulière le parcours administratif et contentieux d'ensemble de cette personne, y compris parfois les poursuites et condamnations pénales dont il a pu faire l'objet.

Reste que persiste un décalage entre les divers bilans chiffrés de l'état d'urgence et du contentieux qu'il a généré, tels qu'ils peuvent avoir été publiés dans divers rapports parlementaires ou autres, et notre étude. Cela peut tenir à des questions très contingentes et basiques de délimitation du corpus, ou encore au fait que nous avons inclus dans le corpus certains recours formés contre des décisions faisant référence à « l'état d'urgence » sans viser explicitement la loi du 3 avril 1955. Cela peut également tenir à des choix de comptabilisation et de présentation⁶⁵⁵. Cela peut encore tenir à une authentique difficulté de l'ensemble des acteurs à dénombrer et comptabiliser exactement cette réalité juridique « état d'urgence ». On est ainsi frappé, par exemple, par le fait que dans son rapport annuel pour 2016, le Conseil d'Etat indique que, devant lui, le contentieux de l'état d'urgence a représenté 69 ordonnances en 2016 —année que notre corpus couvre en principe entièrement, alors même qu'on n'y trouve que 44 arrêts⁶⁵⁶. Cela signifie que toutes les ordonnances rendues par le Conseil d'Etat en appel de référé n'étaient pas accessibles sur Ariane archive lorsque notre équipe a consulté la base, soit parce que l'appel a donné lieu à un non-lieu à statuer prononcé par ordonnance du président de la section du contentieux⁶⁵⁷ à la suite d'une abrogation de la mesure critiquée par le ministre (ce qui est le cas, selon le bilan d'activité du Conseil d'Etat, dans 16 cas)⁶⁵⁸, soit

⁶⁵⁵ Ainsi par exemple, les périodes retenues par la CNCDH pour construire le bilan statistique publié dans l'avis du 26 janvier 2017 ne correspondent pas aux 5 phases successives (à laquelle il faut ajouter une 6^{ème} phase courant sur la période 16 juillet-1^{er} novembre 2017) de l'état d'urgence.

⁶⁵⁶ Conseil d'Etat, *Rapport Annuel pour 2016*, La Documentation Française, 2017, p. 40.

⁶⁵⁷ Ordonnance prise sur le fondement de l'article R 122-12 du CJA qui prévoit que « Le président de la section du contentieux, les présidents adjoints de cette section, les présidents de chambre et les conseillers d'Etat mentionnés au quatrième alinéa de l'article R. 122-7 peuvent, par ordonnance : 1° Donner acte des désistements ; [...] 3° Constater qu'il n'y a pas lieu de statuer sur une requête [...] ».

⁶⁵⁸ Selon M. Thomas Andrieu, directeur de la DLPJ du ministère de l'Intérieur à l'époque : « Au cours du premier week-end, les notes [blanches] étaient plus courtes, la pression extrême. Les faits expliqués n'en étaient pas moins graves, mais ils étaient moins étayés. Nous avons donc pris les mesures demandées, puis, au fil du temps, nous avons demandé des compléments et réexaminé les mesures sur le fondement des notes complémentaires ».

parce que l'appel aurait été déclaré irrecevable ou suivi d'un désistement (le bilan d'activité ne fait état d'aucune ordonnance d'irrecevabilité), soit parce qu'une partie de ces ordonnances n'auraient pas (ou pas encore) été versées sur Ariane archive⁶⁵⁹. Cela est d'autant plus étonnant que sur Ariane web⁶⁶⁰ et Légifrance, dont la base est aussi alimentée par un versement de la juridiction administrative, on trouve 71 décisions accessibles pour la période du 14 novembre 2015 au 31 janvier 2017 et 55 pour la seule année 2016...

Ces précisions étant faites, notre estimation d'un total de 7 500 mesures administratives prises en rapport avec l'état d'urgence se décompose de la manière suivante : 4 200 perquisitions administratives, 710 assignations à résidence, 588 interdictions de séjour, 23 interdictions de manifestations, 32 zones de protection et de sécurité (« ZPS »), 18 fermetures de salles de spectacle / débit de boisson ou encore, plus de 2000 arrêtés préfectoraux autorisant, pour 24 heures maximum, des contrôles d'identité généralisés. Les statistiques existantes ne permettent pas de connaître le nombre de personnes concernées par ces mesures (une même personne peut en effet avoir fait l'objet de plusieurs arrêtés d'assignation mais aussi d'une ou plusieurs perquisitions voire d'interdictions de séjour), ni *a fortiori* le sexe ou le profil des personnes concernées par ces mesures (v. cependant quelques éléments *infra*), ni encore leur ventilation par département ou commune⁶⁶¹.

Rapporté à ces chiffres globaux, notre corpus contentieux diffère considérablement ; il ne conserve pas du tout les mêmes proportions. Ainsi, alors même qu'elles représentent, avec les contrôles d'identité, la mesure la plus utilisée du cadre fourni par la loi de 1955, les perquisitions administratives ne font que très marginalement l'objet de recours : sur les 4200 perquisitions effectuées au 12 janvier 2017, seules 1,8% ont fait l'objet d'un recours contentieux. Cela s'explique par le fait que la contestation juridictionnelle d'un ordre de perquisition est de peu d'intérêt, la mesure épuisant ses effets avant même que tout recours

rédigées par les services de renseignement, notamment lorsque des personnes se plaignaient et saisissaient le ministre ou un préfet ou lorsque des recours étaient formés. C'est ce qui nous a conduits à abroger 23 assignations ». « Ensuite, même si, devant le juge, on se bat, il faut parfois reconnaître que l'on s'est trompé. J'assume totalement la politique qui consiste, dans ce cas, à retirer la mesure aussitôt, sans attendre de se faire taper sur les doigts. [...] Il nous arrive donc d'abroger une décision alors même que le contentieux est pendant devant le Conseil d'État. Mais je pense – ce serait au Conseil d'État de le dire – que cela donne davantage de crédibilité aux mesures que nous continuons à défendre. L'abrogation peut être justifiée par le fait que, même si la personne n'est vraiment pas recommandable, tient des propos inadmissibles ou fraude massivement, on ne peut pas, pour autant, établir qu'elle est liée au terrorisme, et donc qu'elle représente une menace grave pour l'ordre public. Dans un tel cas, la mesure a été retirée » (Assemblée nationale, Rapport d'information n° 4281 au nom de la Commission des lois, sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence présenté par MM. Dominique Raimbourg et Jean-Frédéric Poisson, 6 décembre 2016).

⁶⁵⁹ Comme c'était le cas, avant notre intervention, de CE, réf., 7 décembre 2016, n°404984.

⁶⁶⁰ ArianeWeb, qui est une base publique et anonymisée, comprend les décisions du Conseil d'Etat et de cours administratives d'appel qui sont « classées » (pour le conseil d'Etat : A pour les décisions présentant un intérêt jurisprudentiel majeur, B pour les décisions signalées, C pour celles ne présentant pas d'intérêt juridique particulier : pour les cours administratives d'appel : A, B ou, R).

⁶⁶¹ De manière très ponctuelle dans le cadre du contrôle parlementaire de l'état d'urgence, des données plus détaillées et ventilées ont pu être publiées mais pas de manière systématique. Voir par exemple, sur le site du contrôle parlementaire, Dominique Raimbourg, Jean-Frédéric Poisson, « Communication d'étape sur le contrôle de l'état d'urgence », Réunion de la commission des Lois, 22 février 2017, qui contient une carte indiquant la « Répartition géographique des contrôles d'identité et des fouilles de véhicules » ou encore le « Bilan statistique de l'état d'urgence », 30 juin 2017.

puisse être formé – de sorte que les requêtes formées au fond le sont pour des raisons de principe (même dans l’hypothèse où l’annulation est obtenue, la perquisition a bel et bien eu lieu) ou, le cas échéant, pour des motifs indemnitaires⁶⁶². Toutefois, sauf pour le requérant à agir en référé-provision⁶⁶³, les décisions sont rendues bien plus tardivement, compte tenu d’une multiplicité de facteurs : obligation d’une réclamation préalable, délais nécessaires pour que soient rendues des décisions expresses ou implicites de rejet, délais d’introduction de la requête indemnitaire par la voie d’un avocat, délais de jugements plus longs en plein contentieux qu’en excès de pouvoir... Par suite, au moment où nous avons collecté les décisions sur Ariane archive, relativement peu de décisions portant sur des perquisitions avaient été rendues. En outre, le ministère de l’Intérieur semble avoir adopté comme stratégie, à la suite de l’avis du Conseil d’Etat du 6 juillet 2016 qui ouvre largement les possibilités d’indemnisation, surtout au bénéfice des tiers, de privilégier le règlement amiable⁶⁶⁴.

Inversement, les assignations à résidence, ont été, en proportion, bien plus massivement et immédiatement contestées souvent par la voie d’une procédure d’urgence – ce qui là encore se comprend aisément d’une part au regard de l’intérêt de voie contentieuse qui, notamment en référé (référé-liberté ou, le cas-échéant, référé-suspension), peut permettre d’obtenir au moins l’aménagement de la mesure (heures ou lieux de pointage, notamment) afin de mieux la concilier avec la vie professionnelle, privée ou familiale et d’autre part au regard de l’intensité de l’atteinte aux libertés, parfois même au long cours, que constitue une mesure d’assignation. Le recours au référé, particulièrement au référé-liberté, a aussi été favorisé et même encouragé par la présomption d’urgence consacrée par le Conseil d’Etat dès l’arrêt *Domenjoud* en décembre 2015⁶⁶⁵.

Ainsi, en première instance⁶⁶⁶, seuls 72 recours concernent des ordres de perquisition, tandis que 356 ont été formés contre des mesures d’assignation à résidence. Au-delà, on dénombre 16 recours contre des décisions de fermeture d’établissements (essentiellement des lieux de culte), 84 demandes autorisation d’exploitation de données à l’issue d’une perquisition, et plus de 56 interdictions de séjour (interdictions individuelles de manifestation, auxquelles il faut ajouter 8 arrêtés interdisant des manifestations). On dénombre aussi une trentaine d’autres mesures contestées de types variés (interdictions de déplacement de supporters, interdiction de survol par drone d’un hôtel thalasso occupé par l’équipe d’Espagne de football durant l’Euro, retrait de cartes professionnelles, d’agrément, mesures

⁶⁶² A supposer qu’une faute ait été commise ; voir le cadre des réparations posé par CE, Avis, ass., 6 juillet 2016, n°398234, 399135.

⁶⁶³ V. par. ex., CAA de Nancy, 10 janvier 2017, n°16NC01792.

⁶⁶⁴ Ainsi : « du 14 novembre 2015 au 31 décembre 2016, 4367 perquisitions ont été ordonnées. Sur ce total, 115 requêtes en annulation ont été déposées devant les juridictions administratives. À ce jour [Juin 2017], 78 décisions ont été rendues et ont conduit à l’annulation de 31 perquisitions [soit 39,8%]. Préalable obligatoire à l’introduction d’un contentieux de la responsabilité devant les juridictions administratives, 241 demandes d’indemnisation, représentant un montant global de 1,095 million d’euros, ont été formulées auprès des préfetures. 51 de ces demandes ont été acceptées [soit 21,2%], pour un montant de 46 241 euros, 144 refus ont été signifiés [soit 59,8%] et 46 demandes sont en cours d’instruction » (Rapport n°591 par M. Michel Mercier au nom de la Commission des lois, Sénat, 28 juin 2017).

⁶⁶⁵ CE, Sect., 11 déc. 2015, *Domenjoud*, n° 394989.

⁶⁶⁶ En appel, 14 arrêts concernent des recours contre des mesures d’assignation, et 3 contre des ordres de perquisition. Devant le Conseil d’Etat, 41 recours visent des mesures d’assignation et 1 seul un ordre de perquisition.

d'éloignement d'étrangers, interdictions de sortie du territoire...), dont l'hétérogénéité témoigne de la diffusion de la logique de l'état d'urgence bien au-delà du strict cadre fourni par la loi du 3 avril 1955. Il faut encore compter avec la part du contentieux qui est, comme on l'a dit, contraint ou quasi-contraint : depuis la loi du 21 juillet 2016, le juge administratif des référés est susceptible d'intervenir sur saisine du préfet pour autoriser l'exploitation des données informatiques (quelles qu'elles soient, ie. notamment à caractère personnel) contenues dans les appareils électroniques saisis lors d'une perquisition administrative. Cette nouvelle compétence du juge administratif a donné lieu à une un peu moins d'une centaine de décisions dans le corpus d'étude⁶⁶⁷. Ces autorisations de saisie électronique font apparaître, de manière intéressante, des personnes perquisitionnées (et même souvent également assignées à résidence) qui n'avaient jusque-là pas saisi la juridiction administrative d'un recours⁶⁶⁸.

On observe enfin que le taux de recours contre les assignations à résidence, après avoir été relativement stable dans les deux premières phases de l'état d'urgence (44,8% dans la phase I et 47,2% dans la phase II) et la phase IV (46,4%) a fortement, et curieusement, décliné dans la phase III (13,4%) avant de grimper à nouveau à 65% dans la dernière phase, à partir de laquelle a commencé à émerger la catégorie des assignations ultra-longue durée (plus d'un an)⁶⁶⁹. Doit-on en conclure que le pourcentage de mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence qui font l'objet de recours contentieux croît à mesure que ce régime d'exception s'ancre dans la durée ? L'augmentation du taux de recours dans cette dernière phase peut en effet s'expliquer par le fait que les personnes concernées sont, à l'instar de ce qui se donne à voir dans le contentieux de l'éloignement et de la rétention des étrangers, « poussées » à saisir le juge administratif par la combinaison des facteurs suivants : ancrage des mesures initiales (ici, les mesures prises sur le fondement de la loi du 3 avril 1955) dans la durée, multiplication des mesures complémentaires à leur égard (mesures complémentaires à celles prises sur le fondement de la loi de 1955 : gel des avoirs, interdiction de sortie du territoire, procédure d'expulsion en instance pour les étrangers, etc.), mise en œuvre de la procédure d'autorisation d'exploitation des données qui les mène devant le juge administratif voire, en cas de non-respect des obligations liées à l'état d'urgence ou de constatation d'une infraction au cours d'une perquisition administrative (exemple de la possession de vidéos illicites), condamnation à des peines de prison ferme –sans compter que, une fois sorties de prison, les

⁶⁶⁷ Dans son éditorial au Rapport Annuel 2016, Jean-Marc Sauvé indique que ces demandes d'autorisation d'exploitation des données informatiques correspondent à 12,7% des cours introduits dans le cadre de l'état d'urgence : Conseil d'Etat, *Rapport Annuel pour 2016*, La Documentation Française, 2017, Editorial. V. aussi, dans le présent volume : Vincent Souty, « Le contentieux de l'exploitation des données », *infra*.

⁶⁶⁸ Dans son rapport de juin 2017, Michel Mercier mentionne que « les services du ministère de l'intérieur lui ont indiqué qu'à l'occasion des perquisitions réalisées au cours de la cinquième phase [22 décembre 2016 à zéro heure jusqu'au 15 juillet 2017], 84 d'entre elles ont donné lieu à des consultations de données informatiques sur le lieu perquisitionné, 14 à des copies de données informatiques et 27 à des saisies de matériels informatiques. S'agissant des 14 cas de copies de données informatiques sur des supports pendant les perquisitions : - 6 ont donné lieu à un accord d'exploitation par le juge des référés ; - dans les 8 autres cas, le ministère de l'intérieur ne dispose pas des informations. S'agissant des 27 saisies de matériels informatiques : - 19 ont donné lieu à une saisine du juge des référés ; - 4 ont ensuite fait l'objet de suites judiciaires, la saisie ayant alors été traitée dans ce cadre ; - pour les 4 autres saisies, le ministère de l'intérieur n'a pu fournir de précisions [...] » : Rapport n°591 par M. Michel Mercier au nom de la Commission des lois, Sénat, 28 juin 2017.

⁶⁶⁹ Au 2 juin 2017, 13 personnes demeurent assignées à résidence depuis plus de 12 mois : *Etude d'impact préalable au projet de loi sur la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, op. cit., p. 37.

personnes présentant ce type de profil sont généralement de nouveau assignées à résidence. On comprend bien alors que, au-delà de la mesure d'assignation elle-même, c'est tout ce qu'elle charrie dans bien des cas de contraintes supplémentaires qui mène les intéressé.e.s à saisir le juge administratif pour tenter de faire cesser cette —très contraignante— vie d'assigné.e.s à résidence.

Les mesures administratives de l'état d'urgence : les chiffres du Parlement

Selon les statistiques disponibles sur le site du contrôle parlementaire de l'état d'urgence⁶⁷⁰, au cours d'une première phase de l'état d'urgence (du 14 novembre au 25 février 2016), 400 arrêtés d'assignation à résidence avaient été édictés (dont 27 personnes assignées à résidence pendant la durée de la réunion de la COP 21 à Paris, du 24 novembre au 12 décembre 2015). 179 d'entre eux (44,75%) avaient fait l'objet d'un référé-liberté (et 12 suspendus). A la fin de cette période 268 arrêtés restaient en vigueur.

Au cours de la seconde phase (du 26 février 2016 à zéro heure au 25 mai 2016), 72 arrêtés ont été édictés et 34 contestés devant le juge administratif (47,2%), 20 par la voie d'un référé-liberté (3 suspensions) et 14 d'une requête en annulation (0 annulation). A la fin de cette phase, 68 arrêtés d'assignation à résidence étaient en vigueur.

Au cours de la troisième phase (26 mai 2016 à zéro heure au 21 juillet 2016), 82 arrêtés ont été édictés et 11 (13,4%) ont fait l'objet d'un référé-liberté (0 suspension). A la fin de cette période, 75 arrêtés étaient encore en vigueur.

Au cours de la quatrième phase (22 juillet 2016 à zéro heure au 21 décembre 2016), 112 arrêtés d'assignation à résidence ont été pris⁶⁷¹. Ils ont fait l'objet de 52 recours devant la juridiction administrative (soit 46,4% contestés), 32 recours en référé ayant conduit, dans deux cas seulement, à la suspension de la mesure par le juge et 20 recours pour excès de pouvoir, dont deux ayant conduit au rejet de la requête, les autres contentieux étant toujours en cours⁶⁷². 91 arrêtés sont restés en vigueur jusqu'à la fin de la période.

Il est à noter qu'une partie des personnes assignées à résidence font l'objet de mesures administratives complémentaires. Ainsi, sur ces 91 personnes assignées : - 34 font l'objet d'une mesure d'interdiction de sortie du territoire (IST) et 13 dossiers sont en cours d'instruction ; - 5 procédures d'expulsion sont à l'étude ; - 4 personnes sont frappées par un arrêté de gel d'avoirs et 7 dossiers sont à l'étude.

Au cours de la cinquième phase (22 décembre 2016 à zéro heure au 15 juillet 2017), 90 arrêtés d'assignation à résidence ont été pris et 64 personnes demeuraient assignées à la fin de la période. Ils ont fait l'objet de 59 recours devant les juridictions administratives (65%), dont 40 recours en référé, ayant conduit dans cinq cas à la suspension de la mesure par le juge administratif et 9 recours pour excès de pouvoir, dont quatre ont conduit au rejet de la requête, les autres contentieux étant toujours en cours.

⁶⁷⁰

[http://www2.assemblee-nationale.fr/14/commissions-permanentes/commission-des-lois/contrôle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence/contrôle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence/\(block\)/34453](http://www2.assemblee-nationale.fr/14/commissions-permanentes/commission-des-lois/contrôle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence/contrôle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence/(block)/34453)

⁶⁷¹ *Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, Cinquième prorogation de l'état d'urgence (rapport - première lecture), Rapport n° 4298 (2016-2017) de M. Pascal Popelin, fait au nom de la commission des lois, Assemblée nationale, 12 décembre 2016.

⁶⁷² *Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, Cinquième prorogation de l'état d'urgence (rapport - première lecture), Rapport n° 220 (2016-2017) de M. Michel Mercier, fait au nom de la commission des lois, Sénat, 14 décembre 2016.

Les 775 décisions analysées constituent l'aboutissement d'actions contentieuses engagées par environ 600 requérants (personnes physiques ou morales)⁶⁷³ ; en effet, il n'est pas rare qu'un.e même requérant.e, qu'il ait ou non fait l'objet de plusieurs mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, l'aie ou les aie contesté par plusieurs recours (référé-liberté, référé-suspension, recours pour excès de pouvoir, requête indemnitaire ou référé-provision). L'étude du corpus d'analyse révèle ainsi qu'un nombre non négligeable de requérants sont des *repeat players* : non seulement ils intentent parfois plusieurs recours contre une même mesure (ex. une procédure en référé + un recours au fond), mais encore bien souvent, faisant l'objet de plusieurs mesures (arrêtés d'assignation à résidence renouvelés, par exemple), ils forment des recours contre plusieurs des mesures.

Dans ce panel de 607 requérant.e.s, le masculin l'emporte sur le féminin (474 hommes pour 70 femmes et 7 couples homme-femme), particulièrement chez les *repeat players* (jusqu'à 10 requêtes pour certains). L'étude spécifique du sous-corpus de recours formés par des femmes ou des couples (car ils font l'objet d'une mesure d'assignation ou de perquisition en tant que couple) permet de mettre en évidence certaines spécificités de la manière dont l'état d'urgence est mobilisé par les autorités administratives en fonction du sexe des personnes concernées : le plus souvent on ne leur reproche pas de faits répréhensibles précis mais d'être sous l'influence ou de soutenir leur conjoint ou un proche lui-même radicalisé⁶⁷⁴. On dénombre également parmi les requérants 46 organisations (associations, syndicats, clubs de supporters, mosquée, commerce, etc.), tandis que 10 recours sont formés par un représentant de l'Etat⁶⁷⁵.

Ce décalage entre le nombre total de mesures (plus de 7000), le nombre de requêtes (775) et le nombre de requérants réels (environ 600) est révélateur de l'accès différencié à la justice selon les groupes sociaux. Il est en effet bien établi que les individus n'ont pas le même accès au droit et à la justice et ce, pour une variété de raisons qui tiennent à la détention de différents types de ressources (cognitives, sociales, culturelles, financières, de confiance en la justice...) qui déterminent un éloignement ou, au contraire, une familiarité plus ou moins grande avec les choses de la justice⁶⁷⁶.

⁶⁷³ Ce chiffre indique le nombre de requérants à l'origine de affaires jugées en 1^{re} instance ; les requérants en appel ou en cassation ne sont pas comptabilisés ici, puisque par hypothèse, ils l'ont déjà été en 1^{re} instance. Le chiffre est indicatif (environ 600) car complexe à établir, et sera affiné par la suite.

⁶⁷⁴ Pour plus de développements, voir dans le présent volume : Stéphanie Hennette Vauchez, Maria Kalogirou, « Les femmes requérantes dans le contentieux de l'état d'urgence », *infra*.

⁶⁷⁵ *Stricto sensu*, l'ensemble de recours correspondant au nouveau pouvoir du juge administratif des référés d'autoriser l'exploitation des données informatiques saisies lors de perquisitions administratives sont formés par un représentant de l'Etat : la loi du 21 juillet 2016 prévoit en effet que c'est le préfet qui saisit le juge administratif de ces demandes. Toutefois, il nous a semblé préférable de coder ces recours autrement : nous ne les avons pas renseignés comme formés par des requérants « Etat », mais comme formés par les requérants que sont, dans ces hypothèses, les personnes visées par la perquisition et l'exploitation des données.

⁶⁷⁶ V. notamment Jean-Gabriel Contamin, Emmanuelle Saada, Alexis Spire et Katia Weidenfeld, *Le recours à la justice administrative. Pratique des usagers et usages des institutions*, Doc. Fr., Coll. « Perspectives sur la justice », 2008 ; et aussi Alexis Spire, Katia Weidenfeld, « Le tribunal administratif : une affaire d'initiés ? Les inégalités d'accès à la justice et la distribution du capital procédural », *Droit & Société*, 2011/3, n°79, p. 689.

B - Pistes d'analyse

Que peut-on saisir à travers une étude contentieuse telle que celle présentée ici ? Une première démarche globale et transversale permet, dans le présent chapitre, d'attirer avant tout l'attention sur, d'une part, le profil des requérant.e.s⁶⁷⁷ (1) ainsi que sur, d'autre part, le type de mesures prises et leur destin juridictionnel (2). Elle permet également, de manière plus classique et sans qu'il y ait là besoin de formuler de réserves, de fournir des éléments d'analyse du contrôle juridictionnel exercé sur les mesures de l'état d'urgence – son intensité, ses outils, ses issues (3). Ce dernier élément est d'autant plus important que, la question des débats suscités par le principe de l'existence d'un état d'urgence ou d'exception⁶⁷⁸ devant être distinguée de celle de ses effets, il importe pour évaluer ceux-ci de vérifier que les garanties des libertés « *sont à la hauteur des atteintes* »⁶⁷⁹ que l'état d'urgence permet de leur porter. L'analyse d'un corpus contentieux permet également de faire quelques observations sur la manière dont des choix procéduraux peuvent influencer sur l'issue du litige (4), ainsi que sur la manière dont l'étude du corpus confirme la nécessité qui s'attache à ne pas étudier ou penser l'état d'urgence comme une réalité isolée mais, bien au contraire, comme un élément d'un puzzle bien plus large qui saisit les individus de multiples manières (5). Ainsi, pour un même individu, les mesures prises sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 voisinent souvent avec d'autres mesures de police administrative prises sur d'autres fondements ; en outre, elles débouchent souvent sur des mesures pénales, soit parallèles, soit à titre de sanction du non-respect des contraintes administratives en application de l'article 13 de cette loi.

I - Profils de requérant.e.s

Il y a au moins deux séries de raisons pour lesquelles il est intéressant de travailler, à partir d'un corpus contentieux, sur le profil des requérant.e.s. D'abord parce qu'une telle démarche permet, le cas échéant, d'établir la manière inégale dont le droit (ici le régime juridique de l'état d'urgence) pèse sur les personnes, selon différents critères qui peuvent tenir, comme ici, à leur sexe, leur origine (sociale, ethnique...), leur religion ou leur pratique religieuse (converti.e.s, pratique radicale, adhésion au salafisme), leurs opinions politiques, leurs pratiques militantes voire, dans certains cas, leur apparence. Tandis que, dès le mois de janvier 2016, une organisation comme *Amnesty International* soulignait à propos de l'état d'urgence que « ces mesures ont été appliquées de façon beaucoup trop généralisée et, dans certains cas, arbitrairement » et que « dans certains cas, ces mesures ont été appliquées de façon discriminatoire ; certains musulmans ont été ciblés principalement du fait de leur pratique religieuse »⁶⁸⁰, il paraît capital de souligner que l'étude que nous avons réalisée corrobore cette hypothèse d'un impact largement discriminatoire de l'état d'urgence, en ce qu'il a ciblé durant vingt-quatre mois des groupes de population spécifiques identifiées à partir d'un certain nombre de caractéristiques généralement considérés comme constitutives de

⁶⁷⁷ Etant entendu, on le rappelle, que le prisme contentieux est déformant. En ce sens, les éléments fournis par la présente étude sont relatifs à la connaissance du groupe des personnes qui, ayant fait l'objet d'une mesure prise dans le cadre de l'état d'urgence, ont décidé de ou ont été amenés à les contester en justice.

⁶⁷⁸ Sur ce point, voir les contributions réunies sous dans la Ire partie du présent rapport.

⁶⁷⁹ Agnès Roblot-Troizier, « Etat d'urgence et protection des libertés », *RFDA*, 2016, p. 424.

⁶⁸⁰ Amnesty International, *Des vies bouleversées. L'impact disproportionné de l'état d'urgence en France*, janvier 2016 : <https://www.amnesty.org/fr/documents/eur21/3364/2016/fr/>

discriminations⁶⁸¹.

Ensuite parce que, quand bien même le profil de requérant.e.s qui se dégage du corpus contentieux faisant l'objet de la présente étude ne saurait prétendre refléter exactement le profil plus large des personnes qui, depuis novembre 2015, font l'objet de mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, il reste intéressant. Certes, la différence probable entre le groupe constitué par toutes les personnes ayant fait l'objet de mesures dans le cadre de l'état d'urgence et celui, plus restreint, de celles qui ont entrepris de les contester en justice, mériterait à elle seule d'être analysée. Elle serait en effet de nature à enrichir considérablement, dans une optique de sociologie du droit, la compréhension de l'accès et du recours au droit et à la justice.

Reste que ces différentes hypothèses (aspects discriminatoires de l'application de l'état d'urgence, éléments relatifs à l'accès au droit et à la justice) ne pourraient être authentiquement vérifiées, démontrées ou corroborées que s'il était possible d'accéder à l'ensemble de la réalité *administrative* de l'état d'urgence, c'est-à-dire à des données statistiques précises, ventilées par sexe, âge, nationalité voire origine, appartenance religieuse, etc., des mesures administratives et judiciaires prises dans le cadre de l'état d'urgence. Seul l'accès à l'ensemble de ces données permettra(it) de réellement mesurer si des populations particulières ou des groupes particuliers ont été ciblés par l'administration à partir d'un certain nombre de caractéristiques généralement considérées comme illégitimes. Au-delà, l'accès à de telles données permettrait en outre d'évaluer la (non)-représentativité de notre corpus contentieux (et donc, de mesurer, le cas échéant, le biais contentieux évoqué *supra*) voire, d'en tirer des éléments d'analyse relatifs à l'accès au juge et au recours au droit. Certaines hypothèses pourraient en effet être testées, à l'instar de celle selon laquelle les groupes de militants assignés à résidence ou interdits de séjour ont, du fait de relais dont ils bénéficient auprès d'avocats engagés et de leur propre capital social (militantisme), plus facilement recours au juge que des « islamistes radicalisés ». Semblablement, on pourrait chercher à comprendre si, parmi le groupe des « islamistes radicalisés », les « convertis » ont davantage recours au juge que les autres musulmans. Toutefois, ces données détaillées sont essentiellement inaccessibles (voir encadré : l'accès aux données de l'état d'urgence).

L'accès aux données de l'état d'urgence

L'état d'urgence s'incarne à titre principal dans des mesures administratives individuelles pour la plupart et défavorables par définition (restrictions aux libertés). A ce titre, on comprend aisément qu'elles sont, pour l'essentiel, inaccessibles pour des raisons de protection de la vie privée et de protection de la sécurité publique. Dans le cadre de la présente recherche, des partenariats avec divers avocats (notamment : Bourdon & Brenghart ; Alimi ; Kempf & Pascual) ainsi que diverses associations venant en aide à des personnes faisant l'objet de mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence (notamment le CCIF) nous permettent néanmoins de compléter l'étude contentieuse présentée ici par des éléments d'analyse plus qualitatifs. L'accès à différents dossiers complets permettra, dans de

⁶⁸¹ Voir par exemple le cas d'une personne ayant fait l'objet d'un arrêté d'assignation à résidence en raison de son appartenance supposée à un réseau de musulmans radicalisés, qui parvient pourtant à apporter, à l'audience, des preuves de son adhésion à la religion catholique (tatouages, voyages réguliers à Lourdes, etc.). L'erreur d'appréciation l'administration est ici sanctionnée par les juges, mais trahit une application à tout le moins très généralisée et englobante du régime de l'état d'urgence, en fonction, du moins est-on autorisé à le penser, entre autres facteurs d'éléments tels que l'apparence physique : TA Toulouse, 16 juin 2016, n° 1505468.

prochains développements de ce travail de recherche, d'enrichir les analyses tirées des seules décisions de justice⁶⁸².

Il existe, certes, dans le cadre du contrôle parlementaire de l'état d'urgence institué par la loi du 20 novembre 2015, quelques tableaux généraux de données⁶⁸³, complétés le cas échéant par des éléments d'infographie élaborés par l'Assemblée nationale ou le Sénat. Mais ils ne consentent qu'une approche purement quantitative de l'état d'urgence (nombre de mesures, ventilation par type de mesure) – sans aucun élément de raffinement ni de granularité suffisant pour être exploités dans le cadre de la présente étude et être confrontés à notre corpus de décisions, à l'instar, par exemple, d'une ventilation géographique des mesures prises⁶⁸⁴. Diverses démarches ont pourtant été effectuées auprès de l'administrateur général des données en vue de l'obtention des données détaillées ; de même, le Premier ministre a été saisi par le biais d'une lettre ouverte en date du 29 mars 2017 par une dizaine d'ONG. Ces démarches sont cependant pour l'heure restées infructueuses, en dépit du fait que, comme le faisaient valoir les ONG signataires de cette lettre ouverte, le Gouvernement et le Parlement insistent concomitamment sur les efforts de transparence devant accompagner la mise en œuvre de l'état d'urgence. En mai 2016, un rapport de l'Assemblée nationale⁶⁸⁵ insistait ainsi sur le fait que « le contrôle parlementaire s'est vite imposé comme un élément de la légitimité de cette période d'exception », avec pour objectif de « mettre à la disposition de chacun des données complètes qui permettent de saisir l'état d'urgence et de substituer une évaluation aussi complète que possible aux angoisses et aux fantasmes ». D'ailleurs, dès la mise en place, suite à la loi du 20 novembre 2015, de la procédure de contrôle et d'évaluation parlementaire des mesures relevant de l'état d'urgence, on lisait sur le site de l'Assemblée que la « veille continue [...] pour un contrôle effectif et permanent de la mise en œuvre de l'état d'urgence » doit s'appuyer sur « des indicateurs actualisés chaque semaine pour recenser les mesures exceptionnelles permises par l'état d'urgence telles que, par exemple, les assignations à résidence, perquisitions, remises d'armes, interdictions de circuler, dissolutions d'associations, fermetures d'établissement ou interdictions de sites internet. Les suites administratives et judiciaires de ces mesures ainsi que les recours formés à leur encontre seront également recensés ». Or, lorsque l'on consulte le site du contrôle parlementaire de l'état d'urgence⁶⁸⁶, force est de constater que les données publiées sont lacunaires et/ou insuffisamment précises pour permettre la moindre exploitation statistique. Les suites données, sur le plan judiciaire ou contentieux, aux actions conduites dans le cadre de l'état d'urgence sont très peu explicitées. Il en va ainsi en particulier du fondement des poursuites, du sort judiciaire réservé aux intéressés en termes de statut procédural, de mesures de contrainte ou des condamnations prononcées.

De sorte qu'à ce jour, la morphologie globale de l'état d'urgence demeure insaisissable et le prisme contentieux demeure la meilleure approximation possible – et le seul moyen d'appréhender la diversité des mesures administratives prises dans le cadre de l'état d'urgence, y compris au-delà des mesures

⁶⁸² Nous chercherons en outre, sur la base de ces éléments plus qualitatifs, à approfondir les éléments d'analyse relatifs au rôle des « notes blanches » dans le fonctionnement administratif et contentieux de l'état d'urgence, en soulignant notamment leur importance au regard de la fabrique de l'assigné-e à résidence ou du perquisitionné-e.

⁶⁸³ V. notamment :

<http://www2.assemblee-nationale.fr/14/commissions-permanentes/commission-des-lois/contrôle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence/contrôle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence>

⁶⁸⁴ Une telle ventilation permettrait pourtant d'affiner des éléments d'analyse suggérés ci-bas sur la manière dont l'état d'urgence fonctionne comme une habilitation donnée aux autorités administratives qui peuvent, localement, en retenir des interprétations bien différentes – et en faire des usages divers (cf. par exemple les zones géographies où les mesures de l'état d'urgence ont visé presque exclusivement des personnes à raison de leur appartenance supposée à l'Islam radical, tandis que, dans l'autres zones, ce sont essentiellement des militants politiques qui semblent avoir été visés).

⁶⁸⁵ Assemblée nationale, Rapport n°3784 de la commission des lois, 25 mai 2016.

⁶⁸⁶ <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/commissions-permanentes/commission-des-lois/contrôle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence/contrôle-parlementaire-de-l-etat-d-urgence/%28block%29/27358>

d'application de la loi du 3 avril 1955.

Pourtant, alors que le même type de suivi a été prévu pour les mesures des articles 1 à 4 de la loi « SILT » du 30 octobre 2017, on peut constater que dans l'immédiat les données produites sont bien plus exhaustives....⁶⁸⁷

Toutes ces réserves étant faites, il demeure néanmoins possible, sur la base du corpus contentieux ici constitué, de fournir de précieux éléments d'analyse relatifs au profil de requérant qui se dégage du corpus contentieux (pour ce qui est, naturellement, des personnes physiques). Il se dégage en effet de l'analyse systématique des 775 décisions de justice qui ont pu être réunies une constellation ou mosaïque d'images, assez cohérentes, qui correspondent à deux profils dominants : un profil « *Islam radical* » et un profil militant.e.s de la « *mouvance contestataire radicale* »⁶⁸⁸.

Au sein de ces deux groupes dominants qui ressortent de notre corpus d'analyse, on peut encore affiner. Ainsi par exemple, parmi les personnes qui ont fait l'objet de mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence au motif de leur appartenance réelle ou supposée à des mouvances de l'« islam radical », il est parfois précisé pour certaines qu'il s'agit de personnes « converties », ou que leur réseau d'appartenance est « nord-caucasien » (ou « tchéchène »). Ces deux catégories dominantes sont suivies de catégories nettement moins importantes au plan quantitatif (supporters de foot, par exemple) ou beaucoup plus hétérogènes (rappeurs, photographes, lutteur professionnel, ancien militaire, boucher...). Selon les sous-corpus de décisions correspondant aux ressorts des différentes cours administratives d'appel, les profils reviennent avec une fréquence plus ou moins élevée. Ces catégories sont identifiées par l'administration par un instrument commun –la « note blanche » des services de renseignement⁶⁸⁹– à partir d'un certain nombre de caractéristiques qu'on peut tenter d'isoler.

Raison d'être de l'état d'urgence de 2015 – 2017 dans la mesure où les attentats du 13 novembre 2015, et ceux qui ont précédé et suivi, ont été imputés à ou revendiqués par Daesh, l'« Islam radical » est la principale figure de l'état d'urgence (1), dans laquelle on découvre des sous-groupes dans les nomenclatures utilisées par les services de renseignement, principalement les « convertis » et les filières « nord-caucasienne » (2). La seconde figure, celle du militant de la « mouvance contestataire radicale », bien qu'apparue dès le début de l'état d'urgence, est une forme de dérivation, ou de détournement, de celui-ci —notamment dans le contexte de la COP 21 et des manifestations contre la loi El Khomri et Notre Dame des Landes, ou encore du démantèlement la « jungle » de Calais (3).

⁶⁸⁷<http://www2.assemblee-nationale.fr/15/commissions-permanentes/commission-des-lois/contrôle-parlementaire-silt/contrôle-parlementaire-de-la-loi-renforçant-la-sécurité-interieure-et-la-lutte-contre-le-terrorisme/donnees-chiffrees/mesures-de-police-administrative>

⁶⁸⁸ Rappelons que nous utilisons ici des qualifications relevées dans les décisions, parfois par les juges administratifs eux-mêmes, souvent en écho au discours de l'administration sur le requérant dans la décision contestée, ses écrits ou les « notes blanches ». Généralement les requérant.e.s contestent ces « étiquettes » administratives et leur radicalisation.

⁶⁸⁹ Jean-Philippe Foegle, Nicolas Klausser, « Le contrôle du juge administratif sur les notes blanches », *Délibérée*, 2017, n°2, pp.41-45. Voir aussi Pierre Alonso, « Notes blanches : les corbeaux de la Place Beauvau », *Libération*, 15 février 2016.

1.L'« Islam radical » la principale figure de l'état d'urgence

Dans plus de 50% des décisions analysées, il apparaît le profil du requérant l'associe à l'« Islam radical »⁶⁹⁰. L'analyse de ce corpus fait apparaître un certain nombre de caractéristiques intéressantes, révélatrices des méthodes d'identification utilisées par les services de renseignement intérieur.

a)Mention de la religion (et/ou d'une « pratique radicale » de la religion) dans les décisions administratives

A notre connaissance, le contentieux de l'état d'urgence est le seul corpus dans lequel la référence à la religion du requérant et à sa pratique religieuse apparaît dans une large partie des décisions et sont aussi centrales sur l'issue du litige⁶⁹¹. Elle est en effet mentionnée de manière quasi-systématique dans les notes blanches, de même que dans la décision prise par l'administration et dans les décisions des juges administratifs contrôlant ces décisions. Sur l'ensemble des 775 décisions, le terme « islam » apparaît ainsi dans 412 décisions, « radical » dans 260 décisions, « radicaux » dans 101 décisions et « islamisme » dans 43 décisions. Les quatre termes sont utilisés en même temps dans 9 décisions⁶⁹². On dénombre aussi 107

⁶⁹⁰ Nous utilisons ici des qualifications relevées dans les décisions, parfois par les juges administratifs eux-mêmes, souvent en écho au discours de l'administration sur le requérant dans la décision contestée, ses écrits ou les « notes blanches ». Rappelons que les requérant.e.s contestent la plupart du temps cette « étiquette » de radicalisé.e.s.

⁶⁹¹ Certes, la religion apparaît dans d'autres corpus contentieux – par exemple celui de l'éligibilité au statut de réfugié de demandeurs d'asile se disant persécutés en raison de leur religion devant la CNDA – et l'objectif est de leur accorder une protection. On pourrait encore citer, bien que dans une mesure bien moins importante, la mention de la religion dans une part du contentieux suscité par les décrets d'opposition du gouvernement à la déclaration acquisitive de nationalité ; sur ceci, on renvoie à F. Dieu, « Pratiques religieuses et acquisition de la nationalité française : la sanction par le juge administratif du refus de prendre part à la cohésion nationale », in *Liberté religieuse et cohésion sociale*, Florence Faberon, *Liberté religieuse et cohésion sociale : la diversité française*, PUAM, 2015, p. 443 ; et aussi, dans une perspective de genre : Stéphanie Hennette Vauchez, « Genre et religion : le genre de la nouvelle laïcité », in REGINE, *La loi & le genre. Etudes critiques de droit français*, 2014, Ed. du CNRS, p. 715.

⁶⁹² Voir pour des assignations à résidence : TA de Melun, réf., 18 janvier 2016, n°1600344 ; TA de Melun, réf., 8 février 2016, n°1600920 ; TA de Melun, réf., 17 février 2016, n°1600936 ; TA de Melun, réf., 8 juillet 2016, n°1605693 (ces quatre décisions sont rendues par le même magistrat et deux d'entre elles pour le même requérant) ; TA de Cergy-Pontoise, réf., 30 décembre 2015, n°1510951 (non-lieu) ; TA de Toulouse, réf., 1^{er} septembre 2016, n°1603874 confirmée par CE, réf., 12 septembre 2016, n°403256. Ce même requérant, assigné durant tout l'état d'urgence de 2015-2017, a fait l'objet d'une autre ordonnance de rejet d'une requête en référé contre un arrêté d'assignation à résidence (TA de Toulouse, réf., 12 janvier 2017, n°1700102).

Bien qu'assigné pendant 24 mois, il fait partie des quelques personnes qui, dès que cette nouvelle mesure de la loi SILT du 30 octobre 2017 est entrée en vigueur, ont fait l'objet d'une mesure individuelle de contrôle administratif et de surveillance (MICAS) prise sur le fondement de l'article L.228-1 du Code de la sécurité intérieure. En appel de référé-liberté le Conseil d'Etat a confirmé le rejet de son recours contre cette mesure mais a transmis une QPC contre les dispositions des articles L.228-1 et s. du CSI en l'absence de mesure transitoire pour les MICAS prises à l'égard de personnes ayant fait l'objet de mesures d'assignation à résidence de longue durée sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 (2017-691 QPC).

Voir aussi pour des fermetures de restaurant : TA de Nice, réf., 18 décembre 2015, n°1504932 ; ou encore la fermeture d'une salle de prière : TA de Melun, réf., 4 février 2016, n°1600881 ; TA de Melun, réf., 18 février 2016, n°1600954 (également le même magistrat pour ces deux ordonnances que pour les quatre suscitées qui concernent toutes des personnes qui fréquentaient la mosquée – dissoute – de Lagny-sur-Marne).

décisions faisant référence au terme de « religion », 175 mentionnant celui de « jihad » ou « jihadisme » et 62 recourant à celui de « militant » (souvent dans des expressions du type « militant en faveur du jihad » ou « d'autres militants pro-jihadistes »⁶⁹³). Par comparaison (qui ne vaut pas raison), on trouve 9 mentions à la confession « juive » (toutes en référence aux personnes juives comme « cibles » des jihadistes ou à la haine antijuive sauf une décision⁶⁹⁴) et 12 références à la religion chrétienne⁶⁹⁵.

b) Genre et « islam radical »

La catégorie « islam radical » regroupe essentiellement des hommes, musulmans, qu'on devine plutôt jeunes (l'âge est rarement indiqué dans les jugements), classé par les services de renseignement comme relevant de ce profil en raison essentiellement de leurs connaissances ou relations, de la fréquentation d'un lieu spécifique (salle de prière, mosquée, librairie), d'une association, d'un groupe ou d'une personnalité connue pour son radicalisme. Lorsque la décision de justice analysée est liée à une mesure prise au titre de l'état d'urgence à l'encontre d'un femme (ce qui est bien plus rare), on observe que c'est en fait souvent à raison de leur fréquentation d'un homme radicalisé qu'elles font l'objet de mesures de perquisition ou d'assignation ; elles sont souvent, en d'autres termes, indirectement (ie. via un ou des hommes) attirées dans l'orbite de l'état d'urgence⁶⁹⁶. Ainsi, par exemple, une requérante est assignée dès le 22 novembre 2015 au motif qu'elle est « l'une des épouses religieuses [de Monsieur XX], avec lequel elle a eu trois enfants nés en France » ; or celui-ci est « soupçonné d'apporter un soutien financier à l'Emirat islamique du Caucase » et d'avoir « participé à un trafic d'armes au profit de la communauté tchéchène et lié au terrorisme international ». Introuvable depuis son départ pour la Turquie le 12 septembre 2015, il aurait rejoint les groupes jihadistes en zone turco-syrienne, voyage auquel l'intéressée est juste « soupçonnée » d'avoir contribué à l'organisation – ce qui suffit à justifier aux yeux du juge administratif versaillais l'existence d'un trouble à l'ordre et à la sécurité publics⁶⁹⁷.

c) Géographie du contentieux « Islam radical »

Ce profil dominant de requérants se retrouve dans l'ensemble des tribunaux administratifs (à l'exception de ceux de Bastia, Guadeloupe et Mayotte qui n'ont été saisis que

⁶⁹³ V. par exemple CE, ord., 16 janvier 2017, n°406614.

⁶⁹⁴ TA de Besançon, réf., 23 septembre 2016, *Association de déportés internés et familles de disparus du Territoire de Belfort (ADIF 90) et autres*, n° 1601413. Dans cette affaire des associations de déportés et des anciens déportés demandaient la suspension de l'exécution de la délibération du conseil municipal de Belfort du 30 juin 2016 qui avait attribué la dénomination André Tisserand, un collaborateur au régime nazi, à une nouvelle rue. Les requérants faisaient notamment valoir qu'« *en période d'état d'urgence, l'hommage rendu à un homme au passé aussi controversé ne peut manquer de heurter et de scandaliser le plus grand nombre, de raviver des plaies profondes et douloureuses, et heurte la recherche d'union nationale autour des valeurs de la République* ». Le recours aboutit à un rejet car le maire de Belfort s'est engagé à retirer la délibération critiquée.

⁶⁹⁵ Là aussi en référence aux chrétiens comme cible sauf une décision dans laquelle le requérant conteste être « *sensible aux idées de la mouvance islamiste radicale* » dans la mesure où il est... chrétien. Il obtient gain de cause puisque l'ordre de perquisition dont il avait fait l'objet est annulé par le TA (TA de Versailles, 16 décembre 2016, n° 1602587).

⁶⁹⁶ V. dans le présent volume, Stéphanie Hennette Vauchez, Maria Kalogirou, « « Les femmes requérantes dans le contentieux de l'état d'urgence », *infra*.

⁶⁹⁷ TA de Versailles, réf., 16 décembre 2015, n° 1508169.

d'un recours chacun ainsi que ceux de Caen, La Réunion, St Martin, St Barthélemy, Nouvelle-Calédonie qui n'ont enregistré aucun recours), dans lesquels il est quasi-prédominant. Ainsi, parmi les recours portés devant les cours administratives d'appel de Paris et Versailles et les tribunaux de leurs ressorts, 191 recours sur 244 ont été exercés par des personnes ayant un profil décrit comme étant « Islam radical », soit 51,7%. Cette proportion est de 59% pour les tribunaux du ressort de la Cour administrative d'appel de Lyon (56 profils « Islam radical » sur 94 recours), 57,4% pour la Cour administrative d'appel de Bordeaux (58 sur 101), et 65% pour celle de Nancy (42 sur 64). Cette proportion se retrouve plus faiblement pour d'autres Cour administrative d'appel et leurs tribunaux : 46,7% pour celle de Marseille (37 profils « Islam radical » sur 77 recours), et seulement 31% et 22% pour celle de Douai (18 sur 58), et de Nantes (28 sur 122). Dans certains tribunaux, cette proportion est bien plus élevée, comme c'est le cas à Melun : sur les 51 jugements étudiés, 50 concernent des mesures liées à l'appartenance à une mouvance en lien avec l'Islam radical des intéressés – soit 98% du total (en raison notamment de la mosquée de Lagny- voir *infra*). A l'échelle nationale, la proportion des recours portés devant les cours et tribunaux par des profils dits « *islam radical* » s'élève à 55% (427 sur 775). Ces statistiques peuvent s'interpréter comme étant une illustration de la dichotomie entre l'état d'urgence tel qu'il est défini et justifié par les acteurs qui l'appliquent, et sa réalité contentieuse : l'objet du premier (la prévention d'actes terroristes) ne se retrouve que partiellement dans le second.

Dans ces zones géographiques assez spécifiques, c'est encore certains types de lieux que semblent viser les mesures prises sur le fondement de l'état d'urgence. Sur l'ensemble des décisions étudiées, 136 font état de la fréquentation, par les requérants ou leurs connaissances, d'une mosquée ou salle de prière. Pas moins de 45 décisions font ainsi référence à la mosquée de Lagny-Sur-Marne (qui sera dissoute sur le fondement de l'article 8 de la loi de 1955⁶⁹⁸). Ces décisions concernent non seulement la fermeture de cette salle de prière (4 décisions de TA⁶⁹⁹ et une ordonnance du Conseil d'Etat⁷⁰⁰), mais aussi d'une autre salle de prière qui « abritait également une école coranique gérée par la même association dont l'un des enseignants était lié à l'ancien imam de la mosquée de Lagny-sur-Marne, militant islamiste parti s'installer en Égypte le 31 décembre 2014 »⁷⁰¹ ainsi que lors de la dissolution des associations liées aux activités de cet ancien imam au sein de cette mosquée⁷⁰². On retrouve la fréquentation de ce lieu, de ces associations, ou de cet imam dans des décisions relatives à une trentaine d'assignations à résidence⁷⁰³, de perquisitions administratives⁷⁰⁴ mais

⁶⁹⁸ Arrêté du 1^{er} décembre 2015 (confirmé : v. Conseil d'Etat, 25 fév. 2016, n°397153.

⁶⁹⁹ TA de Melun, réf. 4 février 2016, n°1600881 ; TA de Melun, réf., 18 février 2016, n°1600954 ; TA de Melun, 30 septembre 2016, n°1600931 ; TA de Melun, 30 septembre 2016, n°1603471.

⁷⁰⁰ CE, réf., 25 février 2016, *M. J. et autres*, n°397153.

⁷⁰¹ TA de Melun, réf., 17 janvier 2017, n°1700297.

⁷⁰² « Association des musulmans de Lagny » « Retour aux sources » et « Retour aux sources musulmanes ». Dissoutes à deux reprises à la suite d'un « loupé » du ministère de l'intérieur : CE, réf., 30 mars 2016, *association des musulmans de Lagny-sur-Marne*, n° 397890 ; CE, réf., 26 juillet 2016, *association des musulmans de Lagny-sur-Marne*, n° 401379.

⁷⁰³ V., par exemples, TA de Cergy, réf., 21 mars 2016, n°1602382 ; TA de Melun, 23 septembre 2016, n° 1603480 ; CAA de Versailles, 20 décembre 2016, n° 16VE02856 ; CAA de Paris, 8 juillet 2016, *Ministère de l'Intérieur*, n° 16PA01153 ; CE, réf., 25 février 2016, n°3971761 ; CE, réf., 15 avril 2016, n° 3983771 ; CE, réf., 28 avril 2016, n° 3989601 ; CE, réf., 20 mai 2016, n°3996921 ; CE, réf., 22 septembre 2016, n° 4034641 ; TA de Melun, réf., 5 janvier 2017, n°1610214.

⁷⁰⁴ TA de Melun, 10 novembre 2016, n° 1601016.

aussi de gel des fonds d'un des membres⁷⁰⁵ ou d'expulsion du territoire d'un étranger qui fréquentait cette salle de prière et des réseaux liées au jihad⁷⁰⁶.

La mosquée « Al Rawda » à Stains apparaît quant à elle dans 8 décisions, 4 s'agissant de la fermeture de la salle de prière elle-même⁷⁰⁷ et 4 s'agissant des assignations à résidence de personnes qui, soit fréquentaient ce lieu « qui participe à la diffusion d'une idéologie salafiste » tout en étant « également [fidèle] de la mosquée de Lagny-sur-Marne animée jusqu'à une époque récente par un imam aux thèses radicales »⁷⁰⁸, soit « fréquent[ai]ent assidûment la mosquée El Rawda [...] ainsi que celle de La Fraternité [...] à Aubervilliers [...], toutes deux connues pour la promotion des prêches radicaux et anti-occidentaux et [qu'il tenait] actuellement des propos haineux envers l'institution policière en contestant, notamment, les perquisitions administratives menées au sein de mosquées franciliennes à la suite de la commission des attentats du 13 novembre 2013 [sic] »⁷⁰⁹. On trouve aussi, dans une moindre mesure, des références à la mosquée « El Islah » de Villiers sur Marne (5 décisions avec 2 décisions relatives à la fermeture de la salle de prière elle-même)⁷¹⁰.

⁷⁰⁵ TA de Paris, réf., 9 février 2016, n°1601785. L'intéressé serait, selon les notes blanches, devenu « le dirigeant de fait de ces associations », dont il était pour l'une d'entre elle le vice-trésorier, après le départ pour l'Egypte en décembre 2014, de l'imam de la mosquée de Lagny-sur-Marne. Les services de renseignement reprochent à ces associations d'organiser le départ d'élèves de la mosquée rejoindre l'ancien imam afin de suivre un endoctrinement sur le djihad armé. L'intéressé a aussi fait l'objet d'une interdiction de sortie du territoire prononcée par le ministre de l'intérieur le 28 octobre 2015 et d'une série d'assignation à résidence à partir du début de l'état d'urgence. L'ensemble des recours contre ces mesures introduites par l'intéressé ont été rejetés (TA de Paris, réf., 18 janvier 2016, n° 1600343 ; TA de Paris, réf., 19 janvier 2016, n° 1600356 ; TA de Paris, réf., 5 février 2016, n° 1600930 ; TA de Paris, réf. 16 février 2016, n° 1600942 ; TA de Paris, réf., 27 septembre 2016, n° 1607878 ; TA de Paris 10 novembre 2016, n° 1603486 s'agissant des assignations à résidence et TA de Paris, 25 mai 2016, n°1601245 à propos de l'interdiction sortie). Son nom apparaît aussi dans sept autres décisions concernant des mesures prises contre d'autres personnes en lien avec les mêmes réseaux.

⁷⁰⁶ TA de Paris, réf., 31 août 2016, n° 1613045.

⁷⁰⁷ TA de Montreuil, réf., 6 décembre 2016, *Association Centre culturel franco-égyptien - l'association Maison d'Egypte*, n°1609319 (rejet) prolongé par CE, réf., 22 décembre 2016, n°4060131 (non-lieu à statuer car l'arrêté de fermeture à cesser de produire des effets avec la fin de l'état d'urgence le 21 décembre 2016) ; TA de Montreuil, 30 décembre 2016, *Association Centre culturel franco-égyptien - l'association Maison d'Egypte*, n° 1610364 confirmé par CE, réf., 20 janvier 2017, n°4066181.

⁷⁰⁸ TA de Melun, réf., 8 janvier 2016, n°1600085 et 29 avril 2016, n°1601195 (même requérant) ; TA de Cergy-Pontoise, réf., 21 mars 2016, n°1602382.

⁷⁰⁹ TA de Melun, réf., 11 décembre 2015, n° 1510091 ; TA de Melun, réf., 8 janvier 2016, n° 1600085 et TA de Melun, 29 avril 2016, n° 1601195 (même requérant).

⁷¹⁰ TA de Melun, réf., 26 décembre 2016, n° 1610635 (rejet car la décision a cessé de produire des effets ; TA de Melun, réf., 17 janvier 2017, *Association El Islah*, n° 1700297 : « la mosquée El Islah de Villiers-sur-Marne a été dirigée par plusieurs imams salafistes [...] connus pour leurs prêches radicaux ; que plusieurs des personnes qui la fréquentaient assidûment ont effectué des séjours à l'étranger afin de s'initier au djihad ; que certains de ses fidèles ont été condamnés à des peines allant de 3 à 10 ans d'emprisonnement, ou placés sous contrôle judiciaire, en raison de leurs liens avec les filières islamistes ; qu'une « note blanche » en date du 25 août 2016 a révélé qu'elle avait été fréquentée régulièrement par les membres de la filière djihadiste dite de Villiers-sur-Marne [...] impliqués dans une structure logistique, financière et matérielle afin de faciliter l'acheminement en Syrie de combattants de l'organisation terroriste État islamique ; que cette mosquée abritait également une école coranique gérée par la même association dont l'un des enseignants était lié à l'ancien imam de la mosquée de Lagny-sur-Marne [...] ». Pour des assignations : TA de Montreuil, réf., 4 novembre 2016, n° 1608460 et 1608454 (2 frères jumeaux requérants) et, pour l'autorisation d'exploitation des données saisies lors d'une perquisition, d'une personne fréquentant assidûment cette mosquée : TA de Melun, réf., 29 juillet 2016, n°1606384.

La fréquentation de l'association « Fraternité Musulmane Sanâbil », qui vient en soutien aux détenus « pratiquant un islam radical » apparaît dans pas moins de 24 décisions⁷¹¹. On retrouve encore 7 références à des librairies⁷¹², 5 à des kebabs⁷¹³. 3 de ces arrêts relatifs à des kebabs concernent d'ailleurs le même restaurant qui a fait l'objet d'une perquisition administrative avant d'être fermé administrativement sur le fondement de la loi de 1955. Cette affaire est d'ailleurs symptomatique de la façon dont les services de renseignement, et le juge administratif, appréhendent la radicalisation religieuse d'un requérant. La lecture du jugement et de l'arrêt révèlent ainsi que « trois notes blanches » des services de renseignement indiquaient que l'intéressé « [fréquente] de façon très régulière deux lieux de prière au Cannet et à Cannes ». Or, la première salle de prière du Cannet « est de tendance salafiste » et la seconde « a été financée par un proche de la famille royale saoudienne et [... accueille depuis 2015 un imam provenant d'une mosquée radicale de Tourcoing ». En outre, selon ces notes, trois membres cannois « de la cellule terroriste dite de Cannes Torcy, qui a été démantelée » ont fréquenté son restaurant « entre 2012 et 2013 ». A ce propos, le requérant soutient qu'il ne s'agissait que de clients ; mais les notes blanches rapportent que « l'un d'eux, soupçonné d'avoir préparé un attentat, est incarcéré depuis 2013, l'autre a été mis en examen et le troisième a échappé à des opérations de police pour partir combattre en Syrie », et que le gérant du restaurant « connaît également deux autres membres de cette cellule ». Par ailleurs, selon une troisième note blanche, son mariage religieux a été célébré « chez sa belle-famille avec, comme témoin du mariage, M. Sofian F., islamiste radical qui fait l'objet d'une fiche S, qui a séjourné et combattu au Yémen » et qu'il connaît « depuis l'âge de treize ans » ; le requérant reconnaît « lui avoir demandé d'être son témoin en raison de ses connaissances religieuses ». Enfin, « l'exploitation du compte Facebook d'un tiers » a fait apparaître le nom du requérant « ainsi que celui de plusieurs personnes en lien avec la cellule dite de Cannes Torcy ». Par suite, le juge des référés du Conseil

⁷¹¹ Sur des assignations : TA de Cergy-Pontoise, réf., 21 mars 2016, n° 1602382 (confirmé par CE, réf., 15 avril 2016, n° 3983771) ; TA de Cergy, 11 mars 2016, n°1510300 ; TA de Melun, réf., 11 janvier 2016, n° 1600129 ; TA de Melun, 12 février 2016, n°1509631 (rejet confirmé par la CAA de Paris, 20 juin 2016, n° 16PA01209 – arrêt dont l'identité des magistrats est anonymisée)

TA de Melun, 26 février 2016, n°1600167 + TA de Toulouse, réf., 20 octobre 2016, n° 1604592 (confirmé par CE, réf., 23 novembre 2016, n°4049161) + TA de Toulouse, réf., 3 janvier 2017, n°1605909 (confirmé par CE, réf., 16 janvier 2017, n° 4066141 et QPC transmise) (même requérant).

TA de Montreuil, 8 avril 2016, n° 1510209 ; TA de Montreuil, réf., 4 novembre 2016, n° 1608460 et 1608454 (2 frères jumeaux requérants) ; TA de Montreuil, réf., 30 janvier 2017, n°1700726 (confirmé par CE, réf., 21 février 2017, n° 4079021 – requérant sexe féminin) ;

TA de Paris, réf., 27 novembre 2015, n° 1519031 ; TA de Paris, 12 février 2016, n° 1519389 (confirmé par CAA de Paris, 20 juin 2016, n° 16PA01210 – arrêt avec identité des magistrats qui est anonymisée) ;

TA de Paris, réf., 27 novembre 2015, n° 1519030 + TA de Melun, 12 février 2016, n°1509495 (annulation censurée par la CAA de Paris, 8 juillet 2016, *Ministère de l'Intérieur*, n° 16PA01153) + TA Versailles, réf., 13 avril 2016, n° 1602611 (confirmé par CE, réf., 28 avril 2016, n°3989601) + TA de Versailles, réf., 15 avril 2016, n°1602736 (même requérant)

Pour une perquisition : TA de Dijon, 17 mai 2016, n°1600384.

⁷¹² TA de Toulouse, réf., 1^{er} septembre 2016, n° 1603874 confirmé par CE, réf., 12 septembre 2016, n°4032562 ; TA de Toulouse, réf., 12 janvier 2017, n°1700102 ; TA de Toulouse, réf., 17 février 2016, n° 1600722 ; TA de Toulouse, réf., 15 septembre 2016, n° 1604085 ; TA d'Orléans, 19 juillet 2016, n°1600434, 1600435.

⁷¹³ TA de Lille, réf., 22 décembre 2015, n°1510268 (suspension de l'assignation), TA de Marseille, ordo., 17 septembre 2016, Préfet de Haute Provence, n°1607468 (autorisation d'exploitation des données électroniques saisies dans un kebab).

d'Etat estime que, même si certains faits sont imprécis et remontent à 2013, c'est à tort que le juge des référés du TA de Nice avait suspendu l'arrêté du 9 décembre portant assignation à résidence du requérant⁷¹⁴. En revanche, le Conseil d'Etat confirme une seconde ordonnance du même jour par laquelle le juge des référés du TA de Nice avait suspendu l'exécution de l'arrêté du préfet des Alpes Maritimes du 19 novembre 2015 prononçant la fermeture administrative provisoire du restaurant⁷¹⁵. Il souligne, d'une part, que la cellule de Cannes Torcy a été démantelée, ses membres ne l'ont plus fréquenté depuis 2013, et qu'il n'est pas établi que s'y déroulerait toujours (« selon toute vraisemblance ») une activité de propagande et de prosélytisme. Par ailleurs, le fait qu'en 2013, des délinquants ont été interpellés dans ce lieu en possession de bijoux volés et que, la même année, des écoutes téléphoniques ont révélé que cet établissement était fréquenté par des voleurs de voitures, ou encore que le snack a fait l'objet d'une fermeture administrative d'un jour pour un motif sanitaire et que des riverains se seraient plaints récemment sur internet de désagréments résultant de son ouverture nocturne, « ne sont pas de nature à justifier une fermeture administrative en application de la loi du 3 avril 1955 »⁷¹⁶.

d) Réseaux de connaissance et signalements

Par-delà la fréquentation de certains lieux, c'est parfois la fréquentation de certaines personnes ou de certains réseaux qui fondent l'actionnement de la machine administrative de l'état d'urgence. Et quand les connaissances ne justifient pas l'attraction de telle ou telle personne dans l'orbite de l'état d'urgence, ce sont parfois elles qui y précipitent, via les signalements pour radicalisation.

S'agissant des réseaux de connaissance, on trouve —particulièrement chez les *repeat players*— la référence à la fréquentation de djihadistes connus. C'est le cas des frères Clain, mentionnés dans 9 décisions portant sur des assignations à résidence dans la région toulousaine⁷¹⁷, de celles des frères Kouachi (mentionnés quant à eux dans 9 décisions concernant 4 requérants)⁷¹⁸, de celle d'Amédée Coulibaly (auteur des tueries de Montrouge et de l'Hypercasher les 8 et 9 janvier 2015) dans 18 décisions⁷¹⁹ ou encore des époux Corel, dans

⁷¹⁴ TA de Nice, réf., 18 décembre 2015, n° 1504930.

⁷¹⁵ TA de Nice, réf., 18 décembre 2015, n° 1504932.

⁷¹⁶ CE, réf., 6 janvier 2016, n°3956201.

⁷¹⁷ TA de Toulouse, réf., 1^{er} septembre 2016, n° 1603874 confirmé par CE, réf., 12 septembre 2016, n°4032562 ; TA de Toulouse, réf., 25 janvier 2016, n° 1600307 ; TA de Toulouse, réf., 29 janvier 2016, n°1600393 et 1600391 ; TA de Toulouse, réf., 17 février 2016, n° 1600722 ; TA de Toulouse, réf., 16 mars 2016, n° 1601177 ; TA de Toulouse, réf., 15 septembre 2016, n° 1604085 ; TA de Toulouse, réf., 12 janvier 2017, n°1700102.

⁷¹⁸ TA de Cergy-Pontoise, réf., 8 janvier 2016, n° 1600067 ; TA de Cergy-Pontoise, réf., 9 février 2016, n° 1600738 ; TA de Cergy-Pontoise, 19 février 2016, n° 1510591 ; TA de Cergy-Pontoise, 13 mai 2016, n° 1600408 qui prononce l'annulation de l'arrêté d'assignation confirmée par CAA de Versailles, 22 novembre 2016, *Ministre de l'intérieur*, n° 16VE02307 ; TA d'Orléans, 29 janvier 2016, n° 1600258 ; TA d'Orléans, 10 novembre 2016, n° 1600259 ; ainsi que pour une perquisition électronique : TA de Montreuil, ordo, 5 novembre 2016, n°1608561.

⁷¹⁹ Deux s'agissant de la fermeture de la salle de prière de Lagny car l'imam avait des liens avec Amédée Coulibaly : TA de Melun, réf., 4 février 2016, n°1600881 ; TA de Melun, réf., 18 février 2016, n°1600954, plusieurs décisions relatives à des assignations à résidence : TA de Melun, 12 février 2016, n°1509495 (annulation censurée par la CAA de Paris, 8 juillet 2016, Ministère de l'Intérieur, n° 16PA01153) ; TA de Paris, réf., 27 novembre 2015, n° 1519030 ; TA de Versailles, réf., 13 avril 2016, n° 1602611 (rejet confirmé par CE, réf. 28 avril 2016, n° 3989601) ; TA de Versailles, réf., 15 avril 2016, n°1602736 ; TA de Cergy-Pontoise, 19 février 2016, n° 1510591, 1511518 ; TA d'Orléans, réf., 29 janvier 2016, n°1600258 ; TA d'Orléans, 19 juillet 2016, 1600435 ; TA d'Orléans, 10 novembre

6 décisions du TA de Toulouse, dont deux concernant leurs propres assignations à résidence⁷²⁰.

Le ciblage des intéressés peut également être effectué par l'identification de liens avec un groupe ou une cellule. C'est le cas, par exemple, du groupe dissous en 2012 « Forsane Alizza » et son ancien dirigeant, Mohamed Achamlane, condamné à 9 ans d'emprisonnement pour association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste « compte tenu de son positionnement « hostile à l'Occident, antisémite et favorable aux thèses djihadistes » (11 décisions concernant 4 personnes)⁷²¹. C'est aussi, dans une moindre mesure, le cas de la « cellule terroriste Ansar Al Fath » qui « soutenait le financement du jihad international et projetait des attentats en France », particulièrement « dans le département du Loiret, mais également en région parisienne et en Bourgogne » (4 décisions)⁷²².

Dans le corpus, on trouve aussi 21 références à Charlie Hebdo, soit parce que la personne assignée à résidence ou perquisitionnée a tenu des paroles approuvant l'attentat du 7 janvier 2015⁷²³, aurait, selon les services de renseignement, pris des photos à proximité du domicile d'un journaliste de l'hebdomadaire satirique⁷²⁴, a croisé les frères Kouachi, auteurs de cet attentat⁷²⁵ ou a signé une « pétition de soutien à une personne expulsée de France pour avoir appelé en 2013 à la décapitation d'un dessinateur de Charlie Hebdo »⁷²⁶, soit, à l'inverse,

2016, n° 1600259 ; TA de Toulouse, réf., 20 octobre 2016, n° 1604592. Des perquisitions administratives : TA de Versailles, 17 mars 2016, n°1508438, 1508437 ou encore des autorisations de perquisitions électroniques : TA de Montreuil, réf., 5 novembre 2016, *Préfet de la Seine St Denis*, n° 1608561 ; TA de Châlons en Champagne, réf., 14 novembre 2016, *Préfet de la Marne*, n° 1602258.

⁷²⁰ TA de Toulouse, 17 juin 2016, n°1601842 et 1601843 ; TA de Toulouse, réf., 29 janvier 2016, n°1600393 et 1600391 ; TA de Toulouse, réf., 25 janvier 2016, n° 1600329 ; TA de Toulouse, réf., 25 janvier 2016, n° 1600307 ; TA de Toulouse, réf., 29 janvier 2016, n°1600393 et 1600391.

⁷²¹ V. pour des assignations à résidence d'une personne ayant fréquenté cette personne en prison : TA de Nantes, réf., 29 janvier 2016, n° 1600603 confirmée par CE, réf., 10 février 2016, n°3967421 ; TA de Nantes, réf., 29 février 2016, n° 1601336 (non-lieu) ; TA de Nantes, réf. 11 mars 2016, n°1601644 et réf., 4 juillet 2016, n° 1605397 et son interdiction de séjour sur l'arrivée du tour de France le 4 juillet 2016 à Angers : TA de Nantes, réf., 4 juillet 2016, n° 1605398. Voir aussi pour d'autres assignations : TA de Lille, réf., 11 juillet 2016, n° 1604927 ou encore TA de Versailles, réf., 10 mai 2016, n°1603069 ; 12 juillet 2016, n° 1603068 et réf., 27 août 2016, n° 1606103. Voir aussi pour une perquisition : TA de Lyon, 25 janvier 2016, n° 1510244.

⁷²² TA d'Orléans, réf., 29 janvier 2016, n°1600258 + TA d'Orléans, 10 novembre 2016, n° 1600259 (même requérant) ; TA de Cergy-Pontoise, 13 mai 2016, n° 1600408 qui prononce l'annulation de l'arrêté d'assignation confirmée par CAA de Versailles, 22 novembre 2016, *Ministre de l'intérieur*, n° 16VE02307 (l'intéressé a notamment produit une attestation du président de la mosquée Al Fath de Noisy-le-Sec affirmant... ne pas connaître le requérant) ; TA de Dijon, 1^{er} février 2016, n° 1503184 s'agissant d'une perquisition.

⁷²³ CE, réf., 13 mai 2016, n°3994741 (confirmation de l'assignation) ; TA de Toulon, 22 septembre 2016, 1600663 (annulation de l'ordre de perquisition)

⁷²⁴ Dans ce cas particulièrement médiatisé, l'intéressé avait été assigné parce qu'il avait été identifié aux abords du domicile d'un des journalistes de Charlie Hebdo en train, selon les services de renseignement, de prendre des photos avec son téléphone et qu'il fréquentait régulièrement une mosquée « réputée pour accueillir des islamistes radicaux, même s'il soutenait pratiquer un islam modéré ». Après deux audiences, et un complément d'instruction dans lequel le juge des référés a demandé la production de photos prises, la version de l'administration s'est effondrée : il se trouvait en réalité aux abords du domicile de sa mère en train de passer un appel en recourant à la fonction « mains libres » de son téléphone (CE, réf., 22 janv. 2016, n°396116). – voir *infra* pour le détail de ce cas.

⁷²⁵ CAA de Versailles, 22 novembre 2016, n° 16VE02307 (confirmation de l'annulation de l'assignation).

⁷²⁶ TA de Poitiers, 5 octobre 2016, n° 1600124 (indemnisation en raison d'une perquisition électronique illégale) et n° 1503216 (rejet de la demande d'indemnisation malgré une « pratique religieuse [...] totalement

que l'intéressé a produit un témoignage attestant « qu'il a participé à la marche de Paris du 11 janvier 2015 à la suite de l'attentat contre la rédaction du journal Charlie-Hebdo »⁷²⁷.

On retrouve fréquemment dans les décisions analysées la mention d'un signalement d'un proche⁷²⁸, d'un voisin ou d'un employeur comme étant à l'origine des mesures prises à l'encontre du ou de la requérante (le terme « signalement » apparaît dans 53 décisions et « signalé » dans 173). Ainsi, par exemple, un requérant a été signalé le 4 novembre 2015 à la plateforme « stop-djihadisme » du Centre national d'assistance et de prévention de la radicalisation⁷²⁹ comme « musulman radical à tendance salafiste » alors qu'il avait un projet de départ en Syrie⁷³⁰.

Certains signalements se font directement auprès des services de police ou de gendarmerie. Ainsi un signalement ayant justifié l'assignation à résidence et la perquisition d'une femme convertie dont le mari est parti combattre en Syrie, est parvenu « le 17 août 2015 au commissariat de police de Melun » et « faisait état de pressions de son mari pour qu'elle le rejoigne en Syrie avec des fonds destinés à financer la cause jihadiste, et de démarches qu'elle avait entreprises en ce sens en sollicitant son entourage pour une somme de 30 000 euros et en mettant en vente sa maison »⁷³¹. Un autre signalement est parvenu aux services de police, le 15 novembre 2015, présentant le requérant « comme revendiquant son appartenance à l'Etat islamique et son attrait pour la Syrie et justifiant les attentats perpétrés le 13 novembre 2015 ». Il a donné lieu à une perquisition administrative menée le 10 décembre 2015 et à des assignations à résidence⁷³². Un autre signalement à la « gendarmerie départementale de l'Allier » faisait état, sur la base de sources qualifiées de « certaines », « de propos de l'intéressé relatifs notamment à sa volonté de se rendre en Syrie pour faire le « Jihad » ainsi que de l'obtention d'un passeport en juin 2016 »⁷³³.

On peut relever aussi, s'agissant d'un requérant interdit de séjour à proximité et à l'intérieur de tous les lieux de culte de la métropole lyonnaise, qu'il a fait l'objet de « plusieurs signalements téléphoniques au commissariat de police du 5^{ème} arrondissement de Lyon, provenant de parents d'élèves » car il aurait « lors de la rentrée des classes du matin, devant

indépendante du salafisme et du terrorisme ; que toutefois, [une note blanche] fait apparaître que [le requérant] a signé une pétition de soutien à une personne expulsée de France pour avoir appelé en 2013 à la décapitation d'un dessinateur de Charlie Hebdo ; qu'il est connu pour son comportement violent, notamment envers les forces de l'ordre, et son addiction aux stupéfiants ; que cette note blanche fait également apparaître la proximité de [l'intéressé] avec une association salafiste et prosélyte, ainsi que son implication dans des mouvements d'argent liquide importants et inexpliqués »).

⁷²⁷ TA de Versailles, 30 juin 2016, n° 1603084 (annulation de l'assignation).

⁷²⁸ TA de Paris, réf., 26 décembre 2015, n°1520961 ; TA de Lille, réf., 22 juin 2016, n° 1604469.

⁷²⁹ Selon des chiffres du Sénat, en mars 2017, 17 000 personnes étaient au fichier de traitement des signalements pour la prévention de la radicalisation terroriste (FSPRT) et 12 000 faisaient l'objet d'un suivi actif (Maud Léna, « 715 jours sous l'état d'urgence », *AJ Pénal* 2017 p. 464 ; Fabien Leboucq, « Radicalisation terroriste : le FSPRT, beaucoup de chiffres pour quelques lettres », *Libération*, 8 novembre 2017.

⁷³⁰ TA de Grenoble, 27 juin 2016, n° 1600781. Voir aussi, par exemples, TA de Paris, 5 avril 2016, n°1520300/3-2 ; CAA de Nantes, 19 octobre 2016, n° 16NT02147 confirmant TA d'Orléans, 10 mai 2016, n° 1503979 (légalité de l'assignation)

⁷³¹ CE, réf., 14 avril 2016, n°398459 confirmant TA de Melun, réf., 11 mars 2016, n°1602160.

⁷³² TA de Rennes, réf., 28 septembre 2016, n°1604257 confirmée par CE, réf., 16 novembre 2016, n°4047871.

⁷³³ CE, réf., 12 août 2016, n°402348 censurant TA de Clermont, réf., 8 août 2016, n° 1601380 (autorisation d'exploitation de données électroniques saisies lors de la perquisition).

l'établissement d'enseignement catholique Les Lazaristes [...] une posture immobile et insistante pendant plusieurs minutes, regardant les enfants, générant l'inquiétude des parents, ayant nécessité à ce titre l'intervention d'un officier de police » alors qu'il avait peu avant déposé un sac (rempli de pain) « dans l'allée centrale de la cathédrale Saint-Jean »⁷³⁴.

Il résulte du corpus que de manière assez fréquente des perquisitions administratives ont été décidées à la suite de signalements⁷³⁵. Le signalement d'une « radicalisation islamiste » peut résulter de signalements sur les réseaux : par exemple, suite à « la mise en ligne d'une photographie de Kalachnikov sur [la] page « Facebook » » de l'intéressé⁷³⁶. Certaines décisions font aussi état d'un signalement « par le personnel de surveillance du centre de détention » dans lequel l'intéressé était détenu en raison « d'un prosélytisme qualifié d'acharné » à l'égard de ses codétenus⁷³⁷.

Mais le juge peut exprimer des doutes sur ces signalements, notamment lorsqu'ils ne sont corroborés par aucun autre élément du dossier et sont donc, en réalité, le seul élément constitutif de la note blanche. Ainsi, dans un des cas qui vient d'être évoqué, la requérante avait fait l'objet d'un signalement le 23 décembre 2015 à la plateforme téléphonique du centre national d'assistance et de prévention de la radicalisation (CNAPR) du fait de son prétendu changement de comportement et l'influence sur son époux, salarié de l'entreprise Dassault. Or, le tribunal constate que « les informations portées dans cette note blanche, rédigée au conditionnel et dès lors insuffisamment probante, sont vraisemblablement issues d'un seul signalement du 23 décembre 2015 et ne sont établies ou corroborées par aucun élément versé au dossier »⁷³⁸. Dans une autre affaire, l'ordre de perquisition avait aussi été édicté à la suite du signalement des requérantes à la même plateforme téléphonique du CNAPR -lequel avait donné lieu à une note blanche indiquant, sur cette seule base, que les deux jeunes filles évolueraient « dans un environnement familial très pieux », porteraient le voile, publieraient des « posts » en lien avec la religion musulmane sur « Facebook », et auraient été scolarisées au sein d'un établissement d'enseignement privé « musulman ». Scolarisées désormais à Saint-Cyr-l'Ecole, elles se distingueraient « par une attitude communautaire et antirépublicaine », auraient « refusé de respecter la minute de silence organisée après les attentats de Paris du 13 novembre 2015 » et seraient « sensibles aux thèses complotistes ». Toutefois, là encore pour le tribunal, la seule circonstance que ces jeunes filles « portent le voile, soient issues d'une famille religieuse et aient été scolarisées dans un établissement privé musulman ne permet aucunement, en elle-même, de laisser penser que leur comportement est susceptible de constituer une menace pour la sécurité ou l'ordre public ». En outre, le préfet n'apporte « aucun élément ou précision sur l'attitude communautaire et antirépublicaine des jeunes filles, hormis le non-respect de la minute de silence susmentionné, dont il est d'ailleurs allégué par les intéressées, sans être sérieusement contredites, qu'elles n'étaient pas présentes dans l'établissement lors de la pause méridienne » et que leur

⁷³⁴ TA de Lyon, réf., 12 août 2016, n° 1606122.

⁷³⁵ TA de Paris, 27 décembre 2016, n° 1616091/3-1 (confirmation de l'IST).

⁷³⁶ TA de Lille, 24 novembre 2016, n° 1605050, 1605886, 1607171. Voir aussi, pour un signalement pour des propos tenus sur les réseaux sociaux : TA de Paris, réf., 9 août 2016, n° 1605751.

⁷³⁷ TA de Rouen, réf., 23 avril 2016, n° 1601463 (confirmation de l'assignation). Sur cette problématique, v. M. Quinquis, *La policierisation de l'administration pénitentiaire*, sept. 2017, (en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/2958?file=1>).

⁷³⁸ TA Versailles, 16 décembre 2016, n° 1602919.

adhésion aux thèses complotistes n'est pas établie par un commentaire sur les réseaux sociaux et ne peut, à elle seule « représenter un danger pour l'ordre public »⁷³⁹.

e) L'air soft est-il un sport de combat ?

Enfin, tel ou tel fait, telle ou telle pratique, même si banale et légale, semble parfois résider au fondement de l'enclenchement de l'action administrative sur le fondement de la loi du 3 avril 1955. Ainsi, la pratique de l'airsoft, jeu utilisant des répliques d'armes à feu propulsant des billes en plastique, est systématiquement appréhendée par les services de renseignement dans les notes blanches comme un indice de radicalisation et de préparation au jihad armé. Certaines mesures sont même parfois justifiées par la possession de simples armes factices de jeux-vidéo⁷⁴⁰... En règle générale, les juges administratifs retiennent cet élément pour confirmer la légalité des décisions prises dans le cadre de l'état d'urgence – perquisitions, assignations, etc. (10 décisions)⁷⁴¹. Dans une décision, le tribunal administratif censure néanmoins un ordre de perquisition édicté au début de l'état d'urgence (le 3 décembre 2015) en estimant que le préfet n'apportait « aucun élément ou précision » quant aux agissements de [l'intéressé] qui laisserait penser que celui-ci aurait effectivement eu un « comportement perturbateur » ni que, dans sa pratique de l'« Airsoft », il utiliserait, « à l'occasion de « parties sauvages » des répliques d'armes de guerre « de type Famas ou Kalachnikov »⁷⁴².

f) L'état d'urgence comme rhizome

Du fait de ces différents modes d'identification des « radicalisés » sur lesquels elles reposent, les mesures prononcées dans le cadre de l'état d'urgence dessinent une curieuse géographie. Cette surreprésentation tient sûrement au fait que d'une part le radicalisme islamique a une implantation géographique très localisée sur quelques lieux (salles de prière, personnalités constituant le rôle d'émir radical, etc.) et fonctionne en réseaux, d'autre part, et de manière complémentaire, que les notes blanches traduisent surtout l'activité des services de renseignement. Or ceux-ci infiltrent et surveillent ces réseaux par le biais de techniques de renseignement (écoutes téléphoniques, interceptions des correspondances électroniques, surveillances des réseaux sociaux) à partir d'un certain nombre de lieux ou personnalités considérées comme influentes dans ces réseaux. Enfin, le contentieux est lui-même généré par le soutien de ces communautés par un nombre limité d'associations (CCIF, ADM), elles-mêmes en contact avec un nombre restreint d'avocats (qui réapparaissent souvent plusieurs fois dans le corpus que nous avons rassemblé). Or, comme cela a déjà été dit, toutes les

⁷³⁹ TA Versailles, 16 décembre 2016, n°1603756.

⁷⁴⁰ S'agissant de la perquisition d'un rappeur tunisien, motivée par ses liens d'amitié avec le chanteur de son groupe parti rejoindre Daesh et le fait que son téléphone contenait une photographie de l'intéressé « *portant une arme factice* » - qui s'est avérée être une manette de console de jeux vidéo (TA Rennes, réf., 12 août 2016, n°160361812).

⁷⁴¹ Pour des assignations : TA de Lille, réf., 29 janvier 2016, n°1600554 ; TA de Lille, réf., 8 juillet 2016, n°1604978 ; TA de Lille, réf., 8 juillet 2016, n°1605004, 1605007 (2 requérants époux H.) ; TA de Lille, 24 novembre 2016, 1605050, 1605886 (2 requérants, époux H.) ; TA de Rennes, réf., 28 septembre 2016, n°1604257 confirmée par CE, réf., 16 novembre 2016, n°4047871 ; TA de Rennes, réf., 28 septembre 2016, n°1604256 + TA de Rennes, réf., 5 août 2016, n°1603466 (autorisation exploitations données électroniques). Pour des perquisitions : TA de Nancy, réf., 1^{er} septembre 2016, n°1602685 (autorisation exploitation données électroniques).

⁷⁴² TA de Versailles, 16 décembre 2016, n°1602587 (censure car activité de loisir).

personnes ayant fait l'objet d'une mesure dans le cadre de l'état d'urgence ne l'ont pas contesté devant le juge administratif. Il faut pour cela avoir un certain nombre de ressources et accès à ces associations et avocats spécialisés.

Ces phénomènes contribuent à expliquer le caractère rhizomique du contentieux de l'état d'urgence. Non seulement il est très localisé sur quelques tribunaux administratifs mais on constate aussi la récurrence des mêmes personnes (les *repeat players*), des mêmes lieux ou des mêmes associations un grand nombre de fois.

Enfin, on peut se demander si les personnes relevant du profil « Islam radical » n'ont pas moins recours au juge que le profil « militant.e.s ». Le cas des personnes pour lesquelles une demande d'exploitation des données informatiques saisies au cours de perquisitions administratives est à cet égard emblématique : parmi les tribunaux du ressort de la Cour administrative d'appel de Lyon, sur les 18 personnes concernées par une telle demande d'autorisation d'exploitation des données (correspondant, pour la très grande majorité d'entre elles, au profil « Islam radical »), aucune n'a exercé de recours à l'encontre de l'ordre de perquisition administrative lui-même. De même, sur le ressort de la CAA de Nancy, aucun des 15 perquisitionnés concernés par une demande de saisie électronique n'avait contesté de mesures avant. En revanche dans le ressort de la CAA de Nantes, 2 des 7 personnes concernées avaient également contesté leur assignation à résidence.

2. Des sous-groupes de « converti.e.s » et des filières « tchéchène » ou « nord-caucasienne »

Au sein du groupe dominant de notre corpus d'analyse (le profil « Islam radical »), on peut encore affiner – toujours en utilisant les nomenclatures utilisées par les services de renseignement dans les notes blanches sur lesquelles les décisions prennent appui. Ainsi, parmi les personnes qui ont fait l'objet de mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence au motif de leur appartenance, réelle ou supposée, à des mouvances de l'« Islam radical », il est systématiquement précisé pour certaines qu'il s'agit de personnes « converties », ou que leur réseau d'appartenance est « nord-caucasien » (ou « tchéchène »).

a) La conversion : indice de radicalisation et de pression sur l'entourage

Le terme de « *converti* » ou « *convertie* » apparaît dans 67 décisions. Il semble être utilisé par l'administration mais aussi par la plupart des juges administratifs comme une sorte de facteur aggravant, d'indice fort d'une radicalisation. Il est utilisé dans deux types de contextes.

En règle générale il apparaît dans le profil du requérant tel qu'établi sur la base des éléments rapportés par la ou les notes blanches⁷⁴³. Ainsi, par exemple, le juge des référés autorise l'exploitation des données électroniques saisies lors d'une perquisition administrative pour un individu « converti à l'islam depuis quatre ans, [tenant] régulièrement des propos radicaux, librement exprimés de manière publique, [...] en contact avec des individus

⁷⁴³ Voir par ex., TA de Strasbourg, réf., 16 septembre 2016, n° 1605034 ; TA de Montreuil, réf., 4 novembre 2016, n° 1608460 et 1608454 (2 frères jumeaux requérants).

appartenant à la mouvance islamiste radicale en France et en Belgique, notamment dans le quartier bruxellois de Molenbeek, et [ayant] déclaré s'entraîner pour partir en Syrie »⁷⁴⁴. Il en va de même pour une assignation à résidence d'un ancien militaire de carrière, expert en explosifs, qui « a été signalé au cours du mois d'avril 2013 pour montrer des signes de radicalisation religieuse après s'être converti à l'islam » et qui, après avoir été radié des cadres de l'armée le 21 août 2014, s'est fait connaître « leader d'un groupe de musulmans angevins partisans d'un islamisme radical pour lesquels il organiserait des entraînements sportifs de type paramilitaire » avant de s'établir au Maroc avec son épouse et leur enfant, « dans le cadre de l'émigration volontaire vers des pays régis par la loi coranique prescrite aux fidèles musulmans demeurant dans des Etats non régis par une telle loi et dite 'Hijra' ». A son retour, il a notamment visité en prison des détenus radicalisés⁷⁴⁵. Il est d'ailleurs fréquemment fait mention d'une conversion à l'Islam en détention « au contact de co-détenus », eux-mêmes radicalisés ou leader de groupes⁷⁴⁶.

Pour les requérantes, la référence à une conversion à l'Islam est aussi un signe indiquant leur dépendance à un homme radicalisé. Ainsi, par exemple, une note blanche indique, s'agissant d'une assignée à résidence, qu'elle « a été convertie à l'islam radical par son premier mari [...], connu pour avoir été membre d'une organisation islamiste radicale bosniaque au Grand-Duché de Luxembourg » et elle « apparaît totalement sous l'influence de son deuxième époux [...] algérien susceptible d'apporter un soutien logistique (financement, fourniture de faux documents) à la mouvance djihadiste »⁷⁴⁷. L'assignation d'une autre personne est justifiée par le fait qu'elle « s'est convertie à l'islam au contact de l'un des auteurs des attentats terroristes commis le 13 novembre 2015, dont elle était la petite amie avant le départ de ce dernier en Syrie » et que « la perquisition administrative effectuée le 10 décembre 2015 à son domicile a mis en évidence qu'elle entretenait des liens téléphoniques avec la sœur de ce dernier » ainsi que son appartenance à un groupe de radicalisés⁷⁴⁸. L'argument est réversible : l'assignation d'un requérant peut ainsi être justifiée notamment parce que son épouse, « convertie à l'islam comme lui, est vêtue du voile islamique couvrant la tête et les cheveux »⁷⁴⁹.

En revanche, le tribunal administratif de Grenoble suspend une décision de fermeture d'un restaurant qui prenait appui sur le fait qu'il était tenu par deux frères « convertis à l'islam » accueillant « avec bienveillance des individus au profil plus radicalisé » -ainsi que, plus généralement, sur le fait que le lieu serait fréquenté par « des individus défavorablement connus des services de police ». Or aucune pièce du dossier ne vient établir la réalité de cette

⁷⁴⁴ TA de Pau, réf., 9 août 2016, n° 1601533. Il a été aussi assigné à résidence de manière ininterrompue depuis le 20 novembre 2015 et renouvelée le 22 juillet 2016 et a fait l'objet d'une interdiction de sortie du territoire.

⁷⁴⁵ TA de Nantes, réf., 10 décembre 2015, n°15010153, TA Nantes, réf., 29 décembre 2015, n°1510161. Selon des articles de presse, reparti au Maroc, l'intéressé a été arrêté à la descente d'avion à Fés avec, dans ses valises, « quatre couteaux de cuisine, une machette, deux canifs, une matraque rétractable, une cagoule noire et une bonbonne de gaz », qu'il présente comme du matériel de camping. Il a été condamné à 4 ans de prison ferme au Maroc en octobre 2016.

⁷⁴⁶ Par exemple : TA de Montpellier, 20 septembre 2016, n° 1601088 ou encore TA Nantes, réf., 29 janvier 2016, n°1600603 confirmé par CE, réf., 10 février 2016, n° 396742.

⁷⁴⁷ TA de Dijon, 27 juin 2016, n° 1600202.

⁷⁴⁸ TA Strasbourg, réf., 13 mai 2016, n°1602448 ; TA de Strasbourg, 9 juin 2016, n°1603239.

⁷⁴⁹ TA de Dijon, 17 février 2016, n° 1503421.

conversion à l'Islam, que les requérants contestent formellement⁷⁵⁰. Est également suspendue par le TA de Lille une décision de la préfète du Pas-de-Calais de juin 2016 prononçant l'interdiction de séjour du requérant « dans l'environnement des sites du département du Pas-de-Calais liés à l'organisation de l'Euro 2016 » motivée par le fait qu'il « aurait été signalé par sa belle-sœur et sa future ex-épouse comme étant en cours de radicalisation, qu'il aurait exprimé sa volonté de quitter la France pour aller s'établir dans un pays musulman, imposerait à ses filles des principes rigoristes, aurait récupéré les passeports de ses enfants, vivrait avec une jeune femme convertie qui se serait mise à porter le voile au cours des derniers mois [...] »⁷⁵¹. Le Conseil d'Etat quant à lui suspend une assignation à résidence (et l'ordonnance du juge des référés du TA de Bordeaux l'ayant confirmée) dans une affaire où, tout en relevant que le comportement de l'intéressé, converti à l'Islam, était de nature à justifier une mesure d'assignation à résidence « eu égard notamment à l'adhésion sans réserve au courant salafiste [qu'il] revendique » et « à la vulnérabilité de son profil psychologique », l'illégalité de la mesure résulte du fait qu'elle est prise « en l'absence de tout élément avéré sur les contacts et sur le prosélytisme de l'intéressé » -notamment dans l'entraînement aux arts martiaux « de jeunes convertis »⁷⁵².

b) Tchétchènes, wahhabisme et filières jihadistes nord-caucasiennes

Le profil « tchétchène » ou « nord-caucasien » apparaît dans 12 décisions, et est très localisé sur les tribunaux administratifs de l'Est de la France (Strasbourg, Nancy, Chalons)⁷⁵³ - ainsi que, dans une moindre mesure, sur le TA d'Orléans⁷⁵⁴.

On reproche à ces personnes, assignées ou perquisitionnées, d'être des leaders de groupes locaux wahhabites de collecte de fonds au profit de filières jihadistes tchétchènes, ou plus largement au Nord-Caucase, voire en Syrie, en raison de liens avec l'émirat du Caucase, présent dans la zone irako-syrienne. Le cas le plus emblématique est celui d'un lutteur professionnel d'origine tchétchène. Réfugié en France depuis 2003 avec sa famille, il a été naturalisé en 2008 et est devenu champion de France en 2009 et 2010. Toutefois, il a été assigné à résidence le 23 novembre 2015 en raison de la mention dans une note blanche d'un contrôle douanier à un poste-frontière polonais alors qu'il était accompagné de deux individus, dont l'un est connu pour évoluer en périphérie de la mouvance indépendantiste tchétchène⁷⁵⁵. Le tribunal administratif admet la légalité de l'assignation en raison de ses

⁷⁵⁰ TA de Grenoble, réf. 12 février 2016, n° 1600809 (suspension).

⁷⁵¹ TA de Lille, réf., 22 juin 2016, n° 1604469.

⁷⁵² CE, réf., 23 février 2016, n° 3968721. Voir pour une autre annulation dans le même sens : TA Orléans, 19 juillet 2016, n°1600435.

⁷⁵³ TA Strasbourg, réf., 19 février 2016, n°1600968 (assignation à résidence) ; TA Strasbourg, réf., 18 décembre 2015, n°1507097 (assignation) ; TA Nancy, 19 avril 2016, n° 1503344 (assignation d'un couple de réfugiés tchétchènes) ; TA Nancy, réf., 1^{er} septembre 2016, *Préfet de la Meurthe*, n°1602685 (autorisation d'exploitation de données).

⁷⁵⁴ Pour des assignations : CAA de Nantes, 22 février 2017, n°16NT03753 censurant TA Orléans, 20 septembre 2015, n°1600337 ; TA Orléans, réf., 23 février 2016, n°1600432 + TA Orléans, 19 juillet 2016, n°1600431. Pour l'autorisation d'exploitation de données : TA Orléans, réf., 10 octobre 2016, n° 1603238.

Voir aussi : TA de Versailles, réf., 16 décembre 2015, n° 1508169.

⁷⁵⁵ Cette pratique des services de renseignement français de « blanchir » des informations de services de renseignement, en particulier turcs, se retrouve fréquemment dans le corpus de décisions. Le ministre de l'Intérieur Gérard Collomb a, lui-même, fait état de cette pratique dans un entretien à Europe 1 le 27 septembre

« très nombreux déplacements vers l'Ukraine » et de ses relations « avec plusieurs membres de la mouvance jihadiste nord-caucasienne » ainsi que de sa « pratique d'un islam fondamentaliste »⁷⁵⁶. La préfecture lui a néanmoins délivré un sauf-conduit pour lui permettre de participer au championnat de France et l'assignation ne semble pas avoir été renouvelée par la suite⁷⁵⁷.

3. Le profil « Militant-es » : la « mouvance contestataire radicale » aux prises de l'état d'urgence

Le second profil le plus souvent représenté est celui que nous avons désigné de « militant-es ». Il ne s'agit pas ici du vocable utilisé par les services de renseignement dans les notes blanches, ni même par le juge administratif dans les décisions analysées (où l'on trouve toutefois des expressions telles que : « le requérant a participé à un rassemblement de soutien d'un militant anarcho-autonome rennais » ou « à une manifestation de soutien à des militants d'extrême gauche placés en garde à vue »⁷⁵⁸). Il nous a néanmoins paru justifié d'isoler ce profil permettant de désigner des personnes ayant fait l'objet de mesures sur le fondement de l'état d'urgence du fait de certaines de leurs actions. Si certaines mesures (assignations à résidence, notamment) ont pu être prises à l'encontre de personnes correspondant à ce profil de « Militant-es » à l'occasion de la COP 21, d'autres mouvements sociaux nourrissent également cette catégorie (manifestations contre la loi El Khomri au printemps 2016 à Paris, Nantes ou Rennes, manifestations contre l'aéroport de Notre Dame des Landes...). L'élément commun à ce groupe tient alors au fait qu'on leur reproche une radicalité politique (cinq ordonnances font mention du fait que les intéressés font partie de « la mouvance contestataire radicale »⁷⁵⁹), et au fait que celle-ci est présentée comme constitutive d'un risque de trouble à l'ordre et à la sécurité publics (risque qu'ils participent à des « actions revendicatives violentes », formulation qui apparaît dans 24 décisions). Dans la totalité de ces décisions, le contexte (par ex., organisation de la « COP 21 » mais aussi, plus largement, mobilisation des forces de l'ordre du fait des événements ayant justifié le déclenchement de l'état d'urgence) apparaît comme un élément de justification de mesures restrictives de libertés. C'est la logique opérationnelle consacrée dans les conclusions de Xavier Domino sur l'arrêt *Domenjoud* en décembre 2015⁷⁶⁰ : les mesures prononcées dans le cadre de l'état

2017, en révélant que : « en général, ce sont des personnes pour lesquelles on a eu des renseignements de services étrangers ; donc on ne peut pas les judiciaireiser tout de suite ». D'après le journaliste du Monde Jacques Follorou, ce faisant le ministre a brisé un « tabou » du renseignement connu sous le nom de « règle du tiers ». Chaque jour, la Direction générale de la sécurité intérieure (DGSI) et la Direction générale pour la sécurité extérieure (DGSE) reçoivent « des éléments transmis par leurs principaux partenaires, notamment anglo-saxons, concernant la lutte antiterroriste ». Mais « d'un commun accord entre tous les Etats, cette coopération ne peut fonctionner qu'à une condition : qu'à aucun moment ne soit mentionnée l'origine étrangère des informations ». Les informations reçues sont alors « blanchies », c'est-à-dire, expurgées de tout référence à la source (« Collomb compromet le secret-défense... », *Le Monde*, 21 novembre 2017).

⁷⁵⁶ TA Strasbourg, réf., 27 avril 2016, n°1506993.

⁷⁵⁷ Laurent Borredon, « Etat d'urgence : l'assignation à résidence, dernier combat d'un champion de lutte » <http://delinquance.blog.lemonde.fr/2015/12/17>

⁷⁵⁸ A propos d'interdictions de séjour/ de manifester : TA de Rennes, 16 décembre 2016, n°1603810, 1603814.

⁷⁵⁹ TA de Rennes, réf., 30 novembre 2015, n°1505393, 1505394, 1505395, 1505396, 1505397.

⁷⁶⁰ Xavier Domino, « Assignations à résidence en état d'urgence ». Conclusions sur Conseil d'État, Section, 11 décembre 2015, *M. J. Domenjoud*, n° 394989 ; M. L. G., n° 394990, au Lebon ; M. C. V., n° 394991, M. P. B. , n° 394992, Mme M. S., n° 394993 ; Mme S. C., n° 395002 et M. C. D., n° 395009, au Lebon ; *AJDA*, 2016. 247, chron. Louis Dutheil de Lamothe et Guillaume Odinet, *RFDA*, 2016 p.105.

d'urgence peuvent être justifiées au regard de la mobilisation des forces de l'ordre pour assurer la sécurité de divers événements et parer aux attentats terroristes.

Ce groupe de requérant-es « Militant-es » est d'importance variable selon les ressorts géographiques étudiés. À titre d'illustration, l'analyse des jugements rendus par le tribunal administratif de Rennes révèle que ce profil est nettement plus important que les autres : sur 42 recours, 30 ont été exercés par des personnes décrites comme appartenant à « la mouvance anarcho-autonome », soit 71,4% du total. Cette proportion se retrouve en chiffres également significatifs, quoique plus faibles, dans d'autres tribunaux tels que Paris et Toulouse (23,5%). Parfois en revanche, il est presque absent. Ainsi, dans les tribunaux du ressort de la Cour administrative d'appel de Lyon, seuls quatre recours ont été exercés par des personnes ayant été interdites de manifestation. Au total (*ie.* sur l'ensemble du corpus d'analyse), ce sont 78 recours qui ont été exercés par des personnes ayant ce profil, soit 9,6% du total.

Le noyau dur de ce groupe est le plus connu compte tenu du fait qu'il est constitué de personnes ayant fait l'objet, durant toute la durée de la COP 21 (soit, du 30 novembre 2015 au 11 décembre 2015), d'une mesure d'assignation à résidence qui visait, soit à les empêcher de rejoindre Paris durant la conférence sur le climat, soit à les empêcher de quitter les squats qu'occupaient certains d'entre eux dans la banlieue parisienne (notamment, Ivry et le Pré-St-Gervais ; ces squats ont d'ailleurs été visés par des perquisitions administratives avec un important impressionnant déploiement de moyens policiers)⁷⁶¹. Certains de ces militant-es, qui appartiennent aux milieux zadistes nantais ou fréquentent la maison de la grève à Rennes, ont également fait l'objet d'interdictions de manifestation (interdictions de paraître) durant la durée de chaque renouvellement de l'état d'urgence – ce qui est le cas également d'un groupe secondaire rennais, nantais et parisien.

Il est possible que ce groupe de « Militant-es » soit surreprésenté dans notre corpus d'étude du fait du prisme contentieux adopté : peut-être ont-ils fait des recours dans une proportion plus grande qu'ils n'ont fait l'objet de mesure prises dans le cadre de l'état d'urgence —notamment relativement aux personnes suspectées d'être en lien avec l'« *Islam radical* ». Plusieurs facteurs explicatifs peuvent être avancés. D'abord les intéressé-es ont, pour la plupart, été appréhendé-es par les services de renseignement et les mesures prononcées à leur égard en tant que « groupe ». Ensuite, la plupart se connaissaient avant l'état d'urgence et fréquentaient les mêmes réseaux militants —phénomène qu'on ne

⁷⁶¹ Catherine Gouëset, « Quand état d'urgence rime avec dérapages et descentes opportunistes », L'Express, 27 novembre 2015 ; Laurent Borredon, « Etat d'urgence: perquisitions et assignations dans les milieux zadistes et alternatifs », <http://delinquance.blog.lemonde.fr>, 27 novembre 2015 : « Quelques jours avant l'ouverture de la COP21, plusieurs assignations à résidence et perquisitions ont visé des militants proches des milieux zadistes et écologistes, mercredi 25 et jeudi 26 novembre, dans toute la France. Six personnes ont été assignées à Rennes, ainsi qu'un membre de l'équipe juridique de la Coalition Climat21, qui rassemble 130 associations, organisations non-gouvernementale et syndicats. Les policiers ont également tenté de notifier cette mesure à plusieurs personnes à Rouen et à Lyon, notamment. Des perquisitions ont eu lieu à Ivry-sur-Seine (Val-de-Marne) et... chez des maraîchers bio de Dordogne. Selon l'AFP qui cite le ministère de l'intérieur, 24 militants au total ont été assignés à résidence, dans le but de les empêcher d'aller manifester à Paris lors de la COP21. Selon nos informations, plusieurs membres d'associations écologistes ont également reçu la visite de la police, qui souhaitait s'informer sur leurs activités du week-end... » Voir aussi le recensement par la Quadrature du net des « des joies (ou pas) de l'état d'urgence en France » : https://wiki.laquadrature.net/%C3%89tat_urgence/Recensement

retrouve pas, ou peu, au sein du corpus « Islam radical »— sauf pour ceux qui ont été identifiés à partir d'un lieu ou d'un groupe commun (mosquée de Lagny, etc.). Ainsi, du fait d'un réseau de connaissances communes, renforcé le cas échéant par le soutien de certains avocats engagés⁷⁶², c'est dans une démarche collective et contestataire qu'ils ont pu introduire des recours -non seulement devant la juridiction administrative, mais aussi devant le Conseil constitutionnel (par voie de QPC⁷⁶³ ; l'une d'entre elles a d'ailleurs abouti à la censure de la disposition de la loi de 1955 permettant aux préfets de prononcer des interdictions de séjour⁷⁶⁴).

Nombre de recours par tribunaux administratifs exercés par des profil dits "Islam radical"⁷⁶⁵ et "Militant"

Tribunal administratif (CAA)	Profil "Islam radical"	Profil "Militant"	Nombre total de jugements/ordonnances
Amiens (Douai)	9	0	16
Lille	16	3	34
Rouen	5	0	7
Bastia (Marseille)	0	0	1
Marseille	13	0	15
Montpellier	13	0	14
Nice	6	4	33
Nîmes	10	0	11
Toulon	1	0	3
Besançon (Nancy)	2	0	3
Châlons	7	0	11
Nancy	5	0	7
Strasbourg	19	1	23
Nantes (Rennes)	11	3	19
Orléans	18	0	20
Rennes	10	30	42
Melun (Paris)	52	1	53
Paris	34	14	68
Cergy-Pontoise (Versailles)	60	1	67
Montreuil	29	1	37
Versailles	31	1	34

⁷⁶² On pense particulièrement, sur ces dossiers, à MMe Raphaël Kempf et Anoiha Pascual.

⁷⁶³ Cons. constit., déc. n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D.* [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence].

⁷⁶⁴ Cons. constit., déc. n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017, *M. Émile L.* [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence]. Ajoutons que ces deux avocats ont, pour des raisons procédurales, dû s'y prendre à plusieurs reprises avant que la QPC soit transmise. Déposées dans le cadre de la contestation d'interdiction de séjour/ manifester de plusieurs requérants, chaque décision de non-lieu à transmission à donner lieu à des ordonnances avec des numéros distincts, contribuant à grossir le nombre de requêtes imputables à ce profil (v. sur l'article 5 de la loi de 1955 : TA de Rennes, réf., 5 décembre 2016, 1603810, 1603811, 1603813, 1603814 QPC ; TA de Rennes, réf., 16 janvier 2017, Nos 1604924, 1604925, 1604927, 1604929 QPC ; TA de Rennes, réf., 17 janvier 2017, Nos 1604924, 1604925, 1604927, 1604929 QPC ; sur l'article 13 : TA de Rennes, réf., 18 janvier 2017, n° 1604928). La QPC sera finalement transmise, dans un autre dossier, par le TA de Montreuil (TA de Montreuil, ord., n°1606585).

⁷⁶⁵ Entendu ici comme correspondant aux personnes ciblées par l'administration comme étant suspectées d'être radicalisées (car effectivement en lien avec l'Islam radical, ou suspectées car converties, sortantes de prison, ou en raison de leur pratique religieuse).

Bordeaux (Bordeaux)	7	0	10
Guadeloupe	0	0	1
Limoges	4	0	5
Mayotte	0	0	1
Pau	13	0	18
Poitiers	9	0	11
Toulouse	28	11	46
Clermont-Ferrand (Lyon)	4	0	4
Dijon	26	0	30
Grenoble	22	0	31
Lyon	14	0	28
Total	478	70	703

II-Typologie des mesures

Les chiffres publiés par la CNCDH dans son avis du 26 janvier 2017 (reproduit *infra*) indiquent qu'environ 7 500 mesures ont été adoptées dans le cadre de l'état d'urgence, dont 4 200 perquisitions administratives, 710 assignations à résidence, 588 interdictions de séjour, 23 manifestations interdites, 32 zones de protection et de sécurité, 18 fermetures de salles de spectacle et de débits de boisson ou encore plus de 2000 arrêtés préfectoraux autorisant des contrôles d'identité généralisés, par périodes de 24 heures, dans des zones déterminées.

Mesures administratives prises en application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955

Source : ministère de l'Intérieur

Mesures	Du 14 novembre 2015 au 18 juillet 2016	Du 22 novembre 2016 au 21 décembre 2016	Du 22 décembre 2016 au 12 janvier 2017
Perquisitions à domicile de jour et de nuit	3 594	591	15
Assignation à résidence	554	93	63
Interdiction de séjour	540	31	17
Institution de zones de protection et de sécurité	nd	22	10
Interdiction de manifester	nd	23	0
Fermeture provisoire de salles de spectacle, débits de boisson et lieux de réunion	4	13	1
Dissolution d'association ou de groupements	0	nd	nd
Remise d'armes	nd	4	0
Interruption de sites Internet	0	nd	nd

Ces mesures doivent être analysées en regard des éléments de profil des personnes auxquelles elles s'appliquent. Les personnes identifiées comme relevant de l'« *Islam radical* », qui est le profil dominant, ont souvent fait l'objet d'un cumul de décisions individuelles de l'ensemble de la panoplie offerte par la loi de 1955, complétée le cas échéant par d'autres dispositifs législatifs. Ce cumul de mesures, qui a placé certaines personnes non pas sous l'emprise d'une mesure mais au cœur de la toile de l'état d'urgence, amène à réfléchir aux finalités ici poursuivies par l'action administrative. Ne s'agit-il pas, dans une démarche située en amont même de la prévention habituellement associée à la police administrative, d'ancrer l'action publique dans une démarche prédictive, visant à neutraliser les personnes à raison de leur dangerosité supposée ? (A).

En revanche les militant-es « de la mouvance contestataire radicale » ont, pour l'essentiel, été visé-es par des mesures d'interdiction de séjour (et pour une poignée d'entre eux d'assignations à résidence), visant plutôt à les immobiliser à l'occasion d'événements précis (B). Mais comme on le verra, un effort de typologie des mesures amène aussi à mettre en évidence le fait, par effet de halo, l'état d'urgence a aussi généré des mesures poursuivant une grande variété hétéroclite de finalités en lien avec l'ordre public (C).

A. Le profil « *Islam radical* » : indice de dangerosité justifiant des mesures administratives de neutralisation

1. Des mesures cumulatives

On l'a dit, il ressort de l'analyse que les individus relevant du profil « *Islam radical* » ont souvent fait l'objet d'un cumul de mesures administratives prises sur le fondement de la loi de 1955 : assignations à résidence à titre principal, parfois de longue durée (jusqu'à deux ans pour une vingtaine de cas), perquisitions administratives (parfois à plusieurs reprises), saisie des données électroniques, saisie d'armes, interdictions de séjour (y compris, par exemple, interdiction de se rendre sur la lignée d'arrivée du tour de France⁷⁶⁶ ou à la braderie de Lille⁷⁶⁷) ... Ils ont souvent, en outre, fait l'objet de mesures de police administrative complémentaires, fondées sur d'autres bases légales que la loi du 3 avril 1955, à l'instar de mesures de gel des avoirs, d'interdiction de sortie du territoire (IST)⁷⁶⁸, ou de mesures d'expulsion pour les étrangers...). Plusieurs d'entre eux ont aussi fait l'objet de poursuites et condamnations pénales, prononcées ou engagées soit en raison, par exemple, de vidéos djihadistes découvertes lors des perquisitions administratives ou de leur activité « d'apologie » sur les réseaux sociaux, soit pour non-respect des prescriptions contenues dans les actes administratifs dont ils faisaient l'objet au titre de l'état d'urgence⁷⁶⁹.

⁷⁶⁶ TA de Nantes, réf., 4 juillet 2016, n°1605398.

⁷⁶⁷ Cette mesure a été décidée, après suspension par le Conseil d'Etat de l'assignation à résidence, à l'égard du couple H de Maubeuge (voir *infra*). Information transmise par leur avocate, Me Pascual.

⁷⁶⁸ L. 224-1 du Code de la sécurité intérieure.

⁷⁶⁹ En effet, l'art. 13 de la loi du 3 avril 1955 dispose que : « Les infractions aux articles 5, 8 et 9 sont punies de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende. Les infractions au premier alinéa de l'article 6 sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. Les infractions au deuxième et aux sixième à dixième alinéas du même article 6 sont punies d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. L'exécution d'office,

Ce cumul de mesures se traduit aisément dans les chiffres. Ainsi, si l'on étudie la « cohorte » de 63 personnes faisant l'objet d'un arrêté d'assignation à résidence au cours de la 5^{ème} phase de l'état d'urgence (du 22 décembre 2016 au 15 juillet 2017), on observe que : 25 l'ont été pour la première fois au cours de cette phase 30 ont vu leur assignation renouvelée lors de cette 5^{ème} prorogation de l'état d'urgence 8 ont été à nouveau assignées au cours de cette période après une interruption liée à une incarcération

En outre, sur ces 63 personnes assignées, 11 l'étaient assignés depuis plus d'un an, 24 depuis 6 à 12 mois et 28 depuis moins de 6 mois. 25 d'entre eux avaient également fait l'objet d'une mesure d'interdiction de sortie du territoire, 5 avaient été frappées par un arrêté de gel d'avoins et 7 étaient en instance d'expulsion⁷⁷⁰.

Ce cumul de mesures se traduit également dans certains « parcours individuels ». On peut ainsi évoquer l'exemple fourni par l'un des requérants de notre corpus qui a déposé de nombreux recours. Lors d'une première incarcération en 2012, il avait été signalé par les services pénitentiaires, d'une part « pour sa pratique radicale de la religion, [...] un comportement provocateur et parfois violent et [...] son engagement ouvertement favorable aux thèses islamistes » et d'autre part en raison de la correspondance qu'il a engagé avec l'ancien dirigeant du groupe Forsane Alizza. Assigné à résidence dès le début de l'état d'urgence, il fait également, comme cela vient d'être mentionné, d'une interdiction de séjour sur l'arrivée du Tour de France⁷⁷¹ et d'une perquisition administrative. Celle-ci, réalisée à son domicile en août 2016, met en évidence le fait qu'il consulte des sites internet faisant l'apologie du terrorisme -il est d'ailleurs condamné le 14 septembre 2016 par le tribunal correctionnel d'Angers à deux ans d'emprisonnement pour consultation habituelle de sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie⁷⁷². Or, durant son incarcération, et selon le renseignement pénitentiaire, il s'est « rapproché de l'islamiste radical algérien Djamel Beghal ». Sorti de prison en janvier 2017, du fait notamment de la décision par laquelle le Conseil constitutionnel déclare, par voie de QPC, l'inconstitutionnalité du délit pour lequel il avait été condamné, il fait aussitôt l'objet d'une mesure d'assignation à résidence⁷⁷³. Mais s'étant rendu à la piscine dans une commune voisine sans sauf-conduit du préfet, il est de nouveau été interpellé et perquisitionné. De nouvelles vidéos ont été découvertes, et il est une nouvelle fois été condamné sur la base du même délit de consultation habituelle des sites terroristes (qui a, entretemps, été reformulé et revoté par le législateur⁷⁷⁴).

par l'autorité administrative, des mesures prescrites peut être assurée nonobstant l'existence de ces dispositions pénales ».

⁷⁷⁰ Rapport n°591 par M. Michel Mercier au nom de la Commission des lois, Sénat, 28 juin 2017.

⁷⁷¹ La légalité de tous les arrêtés a été confirmée : TA Nantes, réf., 29 janvier 2016, n°1600603 confirmé par CE, réf., 10 février 2016, n° 396742 ; TA Nantes, réf., 29 février 2016, n°1601336 ; TA Nantes, réf., 11 mars 2016, n°1601644 ; TA Nantes, réf., 4 juillet 2016, n°1605397, n°1605398.

⁷⁷² Cons. constit., déc. n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *M. David P.* [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes].

⁷⁷³ TA Nantes, réf., 24 janvier 2017 ; n°1700719 ; TA Rennes, réf., 26 janvier 2017, n°1700300 ; TA Nantes, réf., 10 avril 2017, n°1703072.

⁷⁷⁴ V. article 421-2-5-2 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique; Il faut également préciser que ce délit, y compris dans cette nouvelle formulation corrigée suite à la 1^{re} censure par le Conseil constitutionnel, a de nouveau été déclaré inconstitutionnel : CC, Déc. n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *M. David P.* [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II].

Ces éléments, quantitatifs comme qualitatifs, sont riches d'enseignements. Ils illustrent en particulier une transformation tendancielle de l'action administrative qu'est son orientation de plus en plus marquée vers une logique prédictive. L'analyse de corpus à laquelle il a été procédé met en effet en lumière la dimension volontiers prédictive des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence : au travers d'un faisceau d'indices réunis dans les notes blanches, sur la base d'informations fournies par le renseignement pénitentiaire, le travail des services de renseignement intérieur ou encore des services de renseignement étrangers, l'autorité administrative évalue le degré de radicalisation d'une personne et cherche déterminer sa dangerosité potentielle. Les notes blanches fonctionnent, d'une certaine manière, comme un « casier administratif » qui serait le pendant du casier judiciaire - indépendant de ce dernier. Y sont rassemblés des éléments relatifs au profil de l'intéressé, dressé à partir de son comportement passé, de sa personnalité, de son environnement familial, social et professionnel et plus largement de ses fréquentations, notamment numériques (réseaux sociaux, etc.). L'ensemble dessine un panoptique d'informations visant à mesurer sa dangerosité potentielle et le risque (nécessairement virtuel) de passage à l'acte violent. Comme l'écrit Maxence Chambon : « la méthode systématiquement privilégiée par l'administration et le juge consiste à présenter en bloc [des] éléments disparates en espérant que leur masse fasse oublier leur faiblesse. Le régime de la police administrative ne lui imposant pas d'établir la culpabilité des individus, la persistance de sa dimension spéculative désormais étendue aux comportements individuels devient nécessairement prédictive voire divinatoire. La police administrative se mue alors en une police des intentions »⁷⁷⁵.

En outre, cette technique du cumul de mesures se succédant dans le temps dont on a décrit la récurrence dans notre corpus nourrit la thèse d'un écho croissant des théories du « droit pénal de l'ennemi »⁷⁷⁶ dans le champ administratif⁷⁷⁷. Le prononcé successif, à l'égard d'une même personne, de toute une série de mesures (assignation à résidence de longue durée, perquisitions multiples, interdictions de séjour, gel des avoirs, interdiction de sortie du territoire ou expulsion...) vise bien à *neutraliser* (plus qu'à sanctionner) ces individus considérés comme *dangereux* (plus que coupables) grâce à l'arsenal offert par la loi de 1955 et les autres législations antiterroristes et de sécurité intérieure.

⁷⁷⁵ Maxence Chambon, « Une redéfinition de la police administrative », in Julie Alix, Olivier Cahn dir., *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, Dalloz, 2017, p. 133, p. 140. L'auteur souligne également ici la tendance des autorités administratives à chercher à renforcer encore cette énumération d'éléments relatifs au profil de la personne en prenant appui « sur des éléments de nature pénale afin d'instiller une dose d'objectivité dans cet océan de subjectivité » et ce, indépendamment de l'autonomie de l'ordre public et de la loi pénale - une tendance d'autant plus problématique que « ces éléments peuvent être, soit des condamnations pour terrorisme mais passées, soit des condamnations pour des infractions de droit commun, soit des infractions pour terrorisme mais commises par d'autres personnes avec lesquelles l'intéressé se trouve être en contact », *Ibid.*

⁷⁷⁶ Sur cette théorie, on renvoie notamment à : Olivier Cahn, « 'Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre'. Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *Arch. Pol. Crim.*, 2016, n°1, p. 89 et Dominique Linhardt, Cedric Moreau de Bellaing, « La doctrine du droit pénal de l'ennemi et l'idée de l'antiterrorisme », *Droit et Société*, 2017, n°97, p. 615.

⁷⁷⁷ Voir Stéphanie Hennette-Vaucher, Serge Slama, « Etat d'urgence : l'émergence d'un droit administratif de l'ennemi ? », *AJDA*, 2017 p.1801.

4. *Assignment et réfutation du profil (ou : l'effet du pansement du capitaine Haddock*⁷⁷⁸)

On constate qu'une fois qu'une étiquette « islam radical » a été apposée par les services de renseignement sur un lieu, une personnalité ou une association (essentiellement par le biais, on l'a vu, des notes blanches), il est ensuite très difficile de la contester et de s'en défaire. Le prisme contentieux révèle bien la difficulté éprouvée par les requérants pour obtenir du juge administratif la remise en cause des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence. Ainsi, par exemple, la légalité d'une assignation à résidence est confirmée alors même que le juge administratif constate que « si, contrairement aux éléments contenus dans la note sur laquelle s'est fondé le ministre, [le requérant] prétend ne pas s'être converti à l'Islam », il ne conteste pas, selon le juge des référés, « les autres informations dont fait état ce document et, notamment, son rapprochement durant sa détention des éléments les plus religieux de la population carcérale du centre pénitentiaire de Poitiers-Vivonne et notamment, d'Abdelkader Merah, frère de Mohamed Merah, ses critiques vis-à-vis des autres détenus ne pratiquant pas, selon lui, un 'bon islam', ni sa volonté de monter une organisation non gouvernementale au profit de 'l'Etat islamique' », ainsi que sa fascination pour les armes et les munitions de guerre ou encore avoir crypté des informations sur son disque dur⁷⁷⁹. Il est même reproché aux intéressés, comme le note le juge des référés du Conseil d'Etat dans une ordonnance, de n'avoir, depuis le début des mesures les visant, « manifesté aucune volonté de rompre ses liens avec l'islamisme radical »⁷⁸⁰. Ainsi, les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, en particulier l'assignation à résidence, sont supposées avoir pour les personnes radicalisées qui les subissent une fonction rédemptrice, censées les amener à renoncer à leur pratique radicale de l'Islam.

La difficulté qui s'attache à la contestation du profil « Islam radical » est d'autant plus importante que celui-ci peut être présumé sur la base d'éléments parfois bien vagues et imprécis. C'est souvent une simple référence au « salafisme » ou à l'appartenance à une « mouvance radicale » qui semble motiver les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, sans que davantage de précisions ne soient apportées par l'administration quant au courant salafiste ou la pratique en question. Les exemples sont nombreux⁷⁸¹ : « pratique d'un islam rigoriste de type salafiste »⁷⁸² ; « pratique rigoureuse de l'islam »⁷⁸³ ou plus largement leur « appartenance à une mouvance radicale de l'islam »⁷⁸⁴...

Dans plusieurs dossiers, on trouve même accréditée l'idée selon laquelle la seule pratique radicale de la religion suffirait à établir non seulement la radicalisation mais aussi le risque d'atteinte à l'ordre et à la sécurité publics dans le cadre de l'état d'urgence. Ainsi, par exemple, au début de l'état d'urgence, le préfet de Nord a ordonné à la gendarmerie (une

⁷⁷⁸ Hergé, *L'affaire Tournesol*, 1956.

⁷⁷⁹ TA de Poitiers, 17 mars 2016, n°1600018.

⁷⁸⁰ CE, réf., 25 avril 2017, n° 409677.

⁷⁸¹ V. aussi dans le même sens des exemples cités par Maxence Chambon, « Une redéfinition de la police administrative », *op. cit.*, pp. 139-140.

⁷⁸² TA Grenoble, 2 juin 2016, n° 1600123.

⁷⁸³ TA Grenoble, 16 juin 2016, n° 1600387.

⁷⁸⁴ Par ex., TA Nantes, réf., 10 décembre 2015, n°15010153.

vingtaine de gendarmes accompagnés de chiens renifleurs) de perquisitionner le domicile et les locaux du gérant du cinéma « Le Caméo » à Avesnes-Sur-Helpe (Nord), petite commune de 4600 habitants. L'arrêté préfectoral ordonnant la perquisition administrative se contentait d'indiquer, sans plus de précisions, que le comportement et les activités de l'intéressé « constituent une menace pour l'ordre et la sécurité publics »⁷⁸⁵. En réalité, on reprochait à ce descendant d'Italiens de s'être converti à l'Islam, de s'être laissé pousser la barbe et de se rendre régulièrement en djellabah à la mosquée de Maubeuge. Plus d'un an après que la perquisition ait eu lieu, le tribunal administratif a annulé la décision pour... défaut de motivation : la seule motivation de l'arrêté tenait au « contexte de menace terroriste importante ». Selon toute vraisemblance, l'intéressé aurait fait l'objet d'un signalement, probablement par l'un de ses proches n'approuvant pas sa conversion⁷⁸⁶.

Dans la même région, le cas des époux H. est tout aussi révélateur. Ces époux résidant à Maubeuge ont été assignés à résidence le 23 décembre 2015 et ce, jusqu'à la suspension de leur assignation par ordonnances du TA de Lille du 16 juin 2017⁷⁸⁷, confirmées par le Conseil d'Etat le 19 juin 2017⁷⁸⁸. Cette suspension obtenue au bout de 18 mois d'assignation repose sur l'absence d'élément nouveau ou complémentaire fourni à l'appui du dernier renouvellement de la mesure, le 20 mars 2017⁷⁸⁹ -même si le juge des référés du Conseil d'Etat prend bien soin de préciser, pour valider la légalité de toute la période d'assignation, que les intéressés ont « pu être regardé[s] comme représentant une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics laquelle justifie qu'ils fassent l'objet d'une surveillance renforcée impliquant que soient prises à leur endroit des mesures d'assignation à résidence »⁷⁹⁰. Mais qu'est-il reproché à ce couple maintenu sous assignation pendant 18 mois avec 3 pointages au commissariat par jour (alors que la femme était enceinte), soumis à plusieurs perquisitions, une interdiction administrative de sortie du territoire, une interdiction d'entrer en contact direct ou indirect avec le gérant de la société où l'homme a trouvé un emploi, ainsi qu'une condamnation à une peine de prison ferme pour être arrivé en retard à un pointage ? Pour l'essentiel, c'est leur pratique radicale de la religion, couplée à (ou attestée

⁷⁸⁵ TA de Lille, 1^{er} décembre 2016, n°1606191.

⁷⁸⁶ Louise Fessard, « A Avesnes-sur-Helpe, l'état d'urgence 'détruit des vies' », *Médiapart*, 24 mars 2017.

⁷⁸⁷ TA de Lille, réf., 16 juin 2016, n°1705184.

⁷⁸⁸ CE, réf., 19 juin 2017, *Ministre de l'Intérieur*, n°411587.

⁷⁸⁹ C'est la 5^{ème} loi de prorogation (loi du 19 décembre 2016) qui a créé le régime juridique de ces assignations « ultra-longue durée ». Si le Conseil constitutionnel a censuré le dispositif par lequel il était initialement prévu que le juge des référés du Conseil d'Etat autorise les prolongations d'assignation au-delà de 12 mois (CC, 2017-624 QPC, 16 mars 2017), il n'a pas remis en cause le principe de ces prolongations dans la durée (voir notamment les considérants 17 à 19 de la décision : « au-delà de douze mois, une mesure d'assignation à résidence ne saurait, sans porter une atteinte excessive à la liberté d'aller et de venir, être renouvelée que sous réserve, d'une part, que le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics, d'autre part, que l'autorité administrative produise des éléments nouveaux ou complémentaires, et enfin que soient prises en compte dans l'examen de la situation de l'intéressé la durée totale de son placement sous assignation à résidence, les conditions de celle-ci et les obligations complémentaires dont cette mesure a été assortie [...] Sous [ces] réserves, les dispositions contestées (...) doivent être déclarées conformes à la Constitution ». Utilisant ce standard des éléments nouveaux et complémentaires », le juge des référés du Conseil d'Etat avait estimé qu'il était respecté par un précédent renouvellement (à compter du 20 déc. 2016) de l'assignation des époux de Maubeuge (CE, 17 mars 2017, n°4088991).

⁷⁹⁰ CE, réf., 19 juin 2017, *Ministre de l'Intérieur*, n°411587.

par) leurs mauvaises fréquentations et lectures qui est ici en cause⁷⁹¹. Converti à l'islam en 2013, l'intéressé a fait l'objet, en avril 2014, d'un signalement pour radicalisation, pour avoir notamment posté sur sa page Facebook la photographie d'une Kalachnikov (qui s'est avérée être une imitation), et pour avoir publié des images et des textes favorables au djihad mené en Syrie. De retour en France après un séjour au Maroc en novembre 2014, il a épousé sa conjointe (rencontrée à Maubeuge), laquelle a la même pratique radicale de la religion que lui. D'autre part, il « s'adonnerait régulièrement à la pratique du sport dans les bois ainsi qu'à l'airsoft » (jeu de simulation de tir qui a pu être appréhendé, à la faveur de l'état d'urgence, comme un entraînement paramilitaire). Il consulterait régulièrement sur internet des sites relatifs à l'organisation Etat islamique et serait un lecteur régulier du magazine de propagande *Dar Al Islam*. Des notes blanches établissent encore que, lorsqu'il occupait un emploi d'aide à l'abattage de volailles halal dans une entreprise située dans la commune de Rousies (Nord), il aurait refusé de côtoyer des femmes. Enfin, il se rendrait chaque vendredi à la mosquée « El Imane » à Maubeuge, qui serait « fréquentée par de nombreux salafistes ». Les assignations prises sur la base de ces éléments ont ensuite pu être prolongées pendant 18 mois, soit en raison de vidéos trouvées lors des perquisitions ou lors de l'exploitation des téléphones portables des époux, soit du fait qu'ils ont changé de domicile sans solliciter au préalable l'autorisation de l'autorité administrative, soit encore suite à la condamnation de l'intéressé à un mois de prison ferme par le tribunal de grande instance d'Avesnes-sur-Helpe en raison du retard à un pointage au commissariat (il faxait une pièce à son avocate⁷⁹²). Mais il leur est surtout reproché, comme le note le juge des référés du Conseil d'Etat dans une formule éloquente déjà citée, de n'avoir « manifesté aucune volonté de rompre [ses] liens avec l'islamisme radical » depuis le début des mesures dont ils ont fait l'objet⁷⁹³ : où le juge révèle l'objectif ou la fonction rédemptrice de l'état d'urgence (ici, de l'assignation à résidence) : les intéressé-es sont amené-es à renoncer à leur pratique radicale de l'Islam.

4. Des assignations à résidence généralement confirmées par le juge

Si, très généralement, les juges administratifs confirment prudemment les mesures d'assignations à résidence face à ce type de profil « Islam radical », on dénombre néanmoins un volet de décisions dans lesquelles les faits avancés par l'administration sur la foi des notes blanches sont réellement discutés et, dans certains cas, remis en cause. Le cas le plus caricatural, déjà évoqué et largement médiatisé comme étant « la première suspension d'une assignation à résidence par le Conseil d'Etat »⁷⁹⁴, concernait une personne présentée par les notes blanches comme étant un « salafiste » qui aurait fait des repérages autour du domicile d'un membre de l'équipe de Charlie Hebdo. Il y a un contraste saisissant lorsqu'on consulte l'ordonnance rendue par le juge des référés de première instance et celle rendue par celui du

⁷⁹¹ Après la suspension des assignations à résidence, la préfecture du Nord n'a pas relâché la pression sur ce couple et a pris le soin d'édicter un arrêté lui interdisant le séjour à Lille durant la braderie le premier week-end de septembre.

⁷⁹² De manière intéressante, on peut souligner à propos de la femme du couple que c'est le fait de partager les idées de son mari et de le soutenir qui lui est reproché à titre principal (elle aurait aussi réagi de manière ambiguë à des SMS de connaissances après les attentats du 13 novembre 2015) ; on renvoie là-dessus, dans le présent volume, à : Stéphanie Hennette Vauchez, Maria Kalogirou, « Les femmes requérantes dans le contentieux de l'état d'urgence », *infra*..

⁷⁹³ CE, réf., 25 avril 2017, n° 409677.

⁷⁹⁴ Camille Bordenet, Laurent Borredon, « Etat d'urgence : le Conseil d'Etat suspend pour la première fois une assignation à résidence », *Le Monde.fr*, 22 janvier 2016.

le Conseil d'Etat.

Pour le premier juge, les faits allégués par l'administration dans les notes blanches « ne sont pas utilement contredits par le requérant qui se borne à faire état de la proximité du domicile de sa mère avec celui du journaliste de Charlie Hebdo, mais ne conteste pas fréquenter régulièrement une mosquée réputée pour accueillir des islamistes radicaux, même s'il soutient qu'il pratique pour sa part un islamiste modéré, pas plus qu'il ne dément avoir été mis en cause en 2008 dans un trafic de voitures de luxe destiné à financer des mouvements terroristes radicaux »⁷⁹⁵. En revanche, pour le Conseil d'Etat, il apparaît, « au vu des explications fournies par le requérant aux audiences », d'une part que « sa position a pu être confondue avec celle d'une personne prenant des photographies, alors qu'il utilisait son téléphone portable en mode 'haut-parleur' tenu face au visage afin de pouvoir conserver son casque sur la tête pendant l'arrêt de son scooter à 3 roues pour appeler son épouse qui devait le rejoindre pour se rendre à Paris », et que d'autre part il a pu établir la réalité de ces appels à l'heure à laquelle il a été observé à proximité du domicile de ladite personnalité. Enfin, et surtout, le juge des référés du Conseil d'Etat estime « qu'aucun élément suffisamment circonstancié produit par le ministre de l'intérieur ne permet de justifier [qu'il] appartiendrait à la mouvance islamiste radicale ». Par ailleurs, s'agissant de sa mise en cause dans une affaire de trafic de véhicules en 2008, il n'a en réalité été entendu « comme simple témoin, lui-même se disant victime »⁷⁹⁶. Ce résultat spectaculaire a pu être obtenu grâce à la ténacité de ses avocat- Maitres Bourdon et Brenghart. Ceux-ci ont notamment obtenu du Conseil d'Etat, à l'issue d'une première audience, que l'instruction soit rouverte et que soit notamment ordonnée une mesure d'instruction « tendant à requérir du ministre de l'intérieur les photographies prises par les services de police »⁷⁹⁷. A l'issue d'une seconde audience, la version de l'administration issue des notes blanches s'est effondrée.

Plus récemment, un avocat lillois, Me Florian Borg, a obtenu que le tribunal administratif de Lille ordonne, avant dire droit, un supplément d'instruction tendant à la production, par le ministre de la justice des éléments de preuve relatifs aux différentes allégations des notes blanches, notamment issues du renseignement pénitentiaire. Face à l'incapacité de l'administration à produire autre chose qu'une note blanche complémentaire reprenant les mêmes allégations, et aux vu d'éléments tels que la facture de téléphonie et quatre-vingt-cinq attestations de témoins confortant les assertions du requérant, le tribunal finit par considérer comme non établies d'une part l'affirmation selon laquelle l'intéressé « aurait participé en détention à un simulacre de décapitation » (qui ne résultait pas d'une observation directe du personnel pénitentiaire mais d'une dénonciation d'un codétenu qui aurait eu lieu dans une aile de la maison d'arrêt à laquelle le requérant n'avait pas accès) et, d'autre part, l'existence des menaces qu'il aurait proférées à l'issue de la perquisition menée à son domicile le 18 août 2016 à l'encontre de policiers. Un an après son édiction, l'arrêté d'assignation à résidence du 20 décembre 2016 a donc été annulé⁷⁹⁸.

⁷⁹⁵ TA Melun, 5 janv. 2016, n°1600009.

⁷⁹⁶ CE, réf., 22 janvier 2016, n° 396116.

⁷⁹⁷ Sur l'importance des choix procéduraux (parmi lesquels, notamment, le fait pour le juge d'ordonner un supplément d'instruction), voir dans le présent chapitre, les développements *infra*.

⁷⁹⁸ TA de Lille, 14 décembre 2017, n°1701637 (cette décision et le jugement avant dire droit, qui nous ont été communiqués par Me Borg, ne font pas partie du corpus de décisions analysées par le CREDOF).

Dans le même sens, à Orléans, un étudiant en informatique avait été assigné à résidence en décembre 2016 au motif qu'il était « en relation avec plusieurs individus connus pour leur implication dans la mouvance islamiste radicale orléanaise dont certains sont partis en Syrie et combattent dans les rangs de Daesh », et qu'il était « impliqué » au sein d'une association (dans laquelle il donnait « des cours religieux ») gérée par un ancien dirigeant de la mosquée salafiste *Ibn Badiss*. Toutefois, pour la juridiction administrative, il ressort des pièces du dossier que les faits figurant dans la note blanche étaient en réalité « très peu précis et peu circonstanciés » en ne fournissant notamment pas de preuve des liens que le requérant aurait entretenus avec des personnes radicalisées ou de la dangerosité des réseaux liés à la mosquée dont l'intéressé ignorait tout. En outre, il n'avait dispensé que « que sept heures d'enseignement de l'informatique et aucun cours religieux » dans l'association en cause, dont l'objet était la lutte contre l'échec scolaire et qui n'était pas, en outre, « répertoriée par les services du renseignement comme un groupuscule salafiste »⁷⁹⁹.

5. Des perquisitions plus souvent censurées (mais tardivement)

Il résulte de notre corpus que le taux de censure des perquisitions est plus important que celui des autres mesures, en particulier les assignations. Cela peut s'expliquer d'une part par le degré d'exigence assez important, du Conseil d'Etat notamment, en matière de motivation des perquisitions. Cela peut aussi s'expliquer par le fait que l'administration préfectorale a édicté dans le premier mois de l'état d'urgence plusieurs milliers d'arrêtés sans être très regardante sur la dangerosité réelle des personnes perquisitionnées et sans prendre de grands égards pour les proches des familles perquisitionnées. Cela peut expliquer enfin que, les perquisitions n'étant jugées que dans des contentieux de fond (recours en annulation ou indemnitaires), par des formations collégiales, souvent plusieurs mois après les faits (voire plus), les juges administratifs appliquent moins le principe de précaution que lorsqu'ils sont saisis en urgence, en référé, d'une mesure d'assignation à résidence concernant une personne considérée comme dangereuse par le ministère de l'Intérieur.

Ainsi par exemple, le préfet du Var avait ordonné une perquisition le 12 janvier 2016 car il résultait d'une note blanche que, dès 2012, l'intéressé avait fait l'objet de signalements « recueillis sur son lieu de travail » rapportant qu'il fréquentait « des sites affichant des images de propagande en faveur de Oussama Ben Laden ». La note rapportait encore une « évolution de son comportement » à partir de 2013, « caractérisée par exemple par son refus de saluer les femmes » ainsi que par des « propos ambigus [au lendemain des attentats de janvier 2015] laissant penser que les journalistes de Charlie Hebdo sont responsables des attentats qui les ont ciblés ». La note indique enfin qu'à compter de novembre 2015, « des signalements émanant de sa famille » auraient évoqué « des propos prenant ouvertement le parti des terroristes et des attentats commis en novembre en région parisienne alors même que, dans le même temps, son domicile fait l'objet d'une fréquentation nouvelle par des personnes suivies pour leur radicalisation, leur dangerosité et leur appartenance à la mouvance islamiste radicale ». Le tribunal administratif annule cependant l'arrêté en relevant, au contraire, que le « grand nombre d'attestations rédigées par les membres de sa famille, par des voisins et par des collègues de travail de sexes féminin et masculin, dément chacune de ses assertions » et que la note blanche ne permet pas « d'identifier les faits précis sur lesquels s'est fondée

⁷⁹⁹ TA Orléans, réf., 15 janvier 2016, n°1504254 (suspension totale) + TA Orléans, 7 juin 2016, n°1504253 (annulation).

l'autorité administrative pour décider de la perquisition »⁸⁰⁰.

Il en va de même dans une autre affaire où la requérante, tout en reconnaissant « avoir fréquenté la mouvance salafiste entre 2006 et 2010 », affirmait n'avoir jamais « adhéré aux thèses jihadistes » et s'être même éloignée « de toute mouvance religieuse depuis 2010 ». Confrontant tous les éléments du dossier, le tribunal remet en cause les éléments résultant des notes blanches. Ainsi, tandis que les services de renseignement affirmaient que l'intéressée se serait « réjouie des attentats de janvier 2015 », le juge prend au sérieux le fait la requérante « affirme en réalité avoir désapprouvé la publication des caricatures du prophète par le journal Charlie Hebdo tout en se disant horrifiée par les meurtres perpétrés ». Et, s'agissant de l'affirmation selon laquelle en novembre 2015, après les attentats perpétrés à Paris, la requérante aurait annoncé son intention de rejoindre la Syrie et se serait effectivement rendue en Turquie par avion entre le 14 et 25 décembre 2015 avec son fils mineur, le juge estime que ce voyage à Istanbul a en réalité été réalisé « dans le but d'y bénéficier d'une intervention de chirurgie capillaire », donnant crédit aux « nombreuses pièces concordantes qui justifient de la réalité des faits dont elle se prévaut » produites par la requérante. Sa prétendue volonté de rejoindre la Syrie n'apparaît alors fondée que « sur les signalements de sa mère, qui aurait averti par deux fois à la fin de l'année 2015 les services de renseignement de ses craintes de voir partir sa fille avec son petit-fils pour la Syrie »⁸⁰¹. Ces recours au fond contre des ordres de perquisition témoignent donc de ce qu'il est bien possible pour le juge administratif d'exercer un réel contrôle sur les éléments rapportés par les notes blanches et la mesure dans laquelle elles peuvent valablement fonder des mesures administratives.

B - Le profil « Militant-es » : l'appartenance à la « mouvance contestataire radicale » justifiant des mesures administratives d'immobilisation

Le groupe des « militant-es » contestataires constitué au sein de notre corpus d'étude comprend un noyau dur d'une demi-douzaine de personnes, identifiées notamment du fait de leur présence à l'inauguration de l'exposition universelle de Milan en mai 2015 -comme cela ressort des notes blanches. Ils ont fait l'objet d'assignations à résidence visant à les empêcher de se rendre à la COP 21, ainsi que d'interdictions de séjour visant à les empêcher de manifester. D'autres personnes de la même mouvance ont uniquement fait l'objet d'interdictions de séjour plus ponctuelles.

1. Identification du groupe principal : l'exposition universelle de Milan et la COP 21

Ce groupe d'une demi-douzaine de personnes, connu par la décision rendue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Domenjoud* le 11 décembre 2005⁸⁰², a été identifié par le fait que, présents à Milan le 1^{er} mai 2015 à l'occasion de l'inauguration de l'exposition universelle, ils auraient, selon les services de renseignement italiens, occupé « un logement dans lequel ont été découverts des boulons, billes en acier, bombes de peinture et différents éléments vestimentaires semblables à ceux abandonnés par des activistes ayant causé de violents

⁸⁰⁰ TA de Toulouse, 22 septembre 2016, n°1600663.

⁸⁰¹ TA de Paris, 19 juillet 2016, n°1607960.

⁸⁰² CE, Section, 11 décembre 2015, *M. J. Domenjoud*, n°394989.

incidents »⁸⁰³. Seul le profil de Joël D. est distinct des autres⁸⁰⁴ : on lui reproche en effet des « actions revendicatives violentes » comme d’avoir « participé », dans la nuit du 3 au 4 août 2015, à une action de protestation contre le site d’enfouissement de déchets de Bure durant laquelle « le grillage et le système de vidéosurveillance du site » ont été endommagés et « des engins incendiaires » ont été lancés sur les « forces de l’ordre qui tentaient de s’opposer à l’intrusion dans le site » -sans que ces dégradations ne lui soient spécifiquement imputées.

Le contentieux⁸⁰⁵ généré par les mesures dont ce groupe de contestataires fait l’objet est d’ailleurs globalement problématique de ce point de vue : les membres de ce groupe sont appréhendés comme collectif -et donc, quel que soit leur degré d’implication individuel réel dans les faits qu’on leur impute. Il n’est pas interdit de penser, dès lors que le groupe fait l’objet d’une seule et même note blanche, que cette dernière installe en cela les actes administratifs sur un sentier de dépendance et ce, au mépris de l’exigence d’individualisation des mesures administratives. Les conclusions prononcées par Xavier Domino sur l’arrêt Domenjoud sont de ce point de vue révélatrices. Le rapporteur public présente cinq des six requérants comme ayant « des liens » et comme faisant partie « de mouvements d’ultra-gauche anarchistes rennais ». Il souligne encore que deux des requérants « ont eu ensemble un enfant » et ont, par le passé, « été colocataires » avec un troisième⁸⁰⁶. Le rapporteur public égrène ensuite l’ensemble des faits ayant justifié les mesures en cause. Il fait référence aux « incidents » qui se sont déroulés lors de l’ouverture de l’exposition universelle de Milan en mai 2015, provoqués par « des groupes de militants radicaux, vêtus de tenues noires et de capuches, qui ont jeté des pierres, lancé des pétards, en direction des forces de l’ordre ». Il ajoute que « des véhicules ont été incendiés, des vitrines brisées. Plusieurs policiers ont été blessés ». Pour autant, la participation des requérants à ces événements violents n’est pas établie ; ce n’est que deux jours plus tard que deux d’entre eux ont été interpellés à Gênes par la police italienne (après la dégradation d’un véhicule sur la voie publique, fait pour lequel ils font l’objet de poursuites pour « dégradation aggravée, résistance et lésions à officier public »). Le reste du groupe aurait « pris la fuite et gagné un logement dans lequel ont été découverts des boulons, des billes en acier, un plan de Milan, des bombes de peinture et différents éléments vestimentaires semblables à ceux abandonnés par des activistes ayant causé les incidents de Milan ». Enfin, trois autres membres du groupe, dont les deux femmes du groupe, ont simplement été « identifiés » par la police italienne le 28 avril 2015, juste avant l’exposition universelle de Milan, comme faisant partie des militants anarchistes interpellés lors de fouilles de squats, « dans lesquels ont été trouvés des barres de fer, des casques, des matraques, du matériel utilisé pour la fabrication d’engins incendiaires ». On reproche aussi à l’un des membres du groupe d’avoir « participé » à un rassemblement au mois d’octobre 2015 à Pont-de-Buis, sur le thème « Désarmons la police » au cours duquel ont été commises des dégradations. Le véhicule personnel de l’un des deux militants interpellés à Gênes a également été « remarqué à Pont-de-Buis » -sans qu’il soit établi qu’il avait pris part à ce rassemblement ou participé à des violences. Comme le rappelle Xavier Domino, il est également reproché aux

⁸⁰³ Concl. *préc.*

⁸⁰⁴ Frère de Cédric D., il a donc bien un lien avec le premier groupe.

⁸⁰⁵ V. notamment les décisions rendues par les juges des référés des TA de Nantes, Rennes et du Conseil d’Etat dans son arrêt de Section du 11 décembre 2015.

⁸⁰⁶ Ajoutons un autre lien, que nous avons nous même découvert lors d’une intervention lors d’un cycle de conférence sur l’état d’urgence : ils fréquentent tous et toutes la Maison de la Grève à Rennes <https://maisondelagreve.boum.org/>.

intéressés, plus globalement, d'être « régulièrement impliqués dans des actions de lutte ou de contestation, régulièrement émaillées d'incidents ou de provocations »⁸⁰⁷. L'ensemble des éléments ainsi rapportés par les services de renseignement est donc à la fois peu individualisés et loin d'établir des certitudes.

Pourtant, la légalité de toutes ces assignations à résidence est confirmée par le juge administratif. Certes, les cinq dossiers ayant donné lieu à un « tri » pour défaut d'urgence font l'objet d'une cassation, après avoir subi l'ire du rapporteur public sur ce point⁸⁰⁸ -et, comme on le sait, la Section du contentieux développera à cette occasion la présomption d'urgence en matière d'assignations. Mais ces mêmes cinq dossiers donnent lieu à un rejet au fond, avec une argumentation quasi commune (qui là aussi fait fi de ce que l'implication, réelle ou supposée, des intéressés dans les événements rapportés dans les notes blanches est très diverse, ce que le rapporteur public reconnaît d'ailleurs lui-même en soulignant que les actions de l'une des requérantes est « moins documentée »⁸⁰⁹).

Un seul des requérants du groupe obtient gain de cause (annulation de l'interdiction de séjour dont il fait l'objet⁸¹⁰), après avoir réussi à établir qu'il n'était pas présent à Milan à cette date et que les faits rapportés dans la note blanche étaient donc matériellement inexacts. Mais pour le reste, le Conseil d'Etat estime que le trouble à l'ordre et à la sécurité publics était suffisamment caractérisé ; pourtant, l'implication matérielle des requérants, en particulier des éléments féminins du groupe⁸¹¹, dans les incidents s'étant réellement produits n'est pas établie. Il se contente du fait que les requérantes ont été interpellés « dans le cadre d'une opération menée par les forces de l'ordre italiennes dans des lieux qu'[elles] occupai[en]t avec d'autres activistes » et « qu'ont été découverts dans ces lieux des barres de fer, casques, matraques et du matériel permettant de fabriquer des engins incendiaires »⁸¹². Mais aucun élément n'indique que les requérants en aient réellement fait usage ou qu'ils auraient même été en leur possession lors d'événements antérieurs (Notre Dame des Landes en février 2014) ou postérieurs (Pont de Buis en octobre 2015). En fait, on leur reproche d'avoir été présents dans certains lieux et d'être membres de ce groupe « anarcho-autonome ». On pourrait considérer, d'une certaine manière, que le juge des référés du Conseil d'Etat a inventé, à l'occasion de cette affaire, l'association de fauteurs de troubles en vue d'une entreprise anarchiste... car en dehors de leur présence sur les lieux, aucun fait répréhensible ni même aucun trouble à l'ordre public ne leur est concrètement reproché par la Section du Conseil d'Etat. Il est donc jugé que c'est à bon droit que le ministère de l'Intérieur a pu assigner les

⁸⁰⁷ Xavier Domino, Concl. *préc.*

⁸⁰⁸ Le rapporteur public Xavier Domino faisant part de son « profond désaccord avec la conception de l'urgence et de l'office du juge des référés qui a conduit, dans les six ordonnances contestées ici par le biais de pourvois, mais dans d'autres aussi rendues par ailleurs, à des rejets pour défaut d'urgence sans audience. Tant par la méthode que par la solution à laquelle elles aboutissent, ces ordonnances nous paraissent entachées d'une grosse erreur de droit, et d'une erreur de droit qui a la fâcheuse conséquence de donner une image fautive de ce qu'est, de ce que doit être, l'intervention d'un juge des référés dans de pareilles affaires » (RFDA 2016. 105).

⁸⁰⁹ Si deux d'entre eux ont été appréhendés en train de commettre des actes délictueux lors de manifestations, les autres se voient uniquement reprocher d'avoir été identifiés sur les lieux. Cette responsabilité collective est intéressante à souligner et n'est pas sans rappeler la logique de l'association de malfaiteurs.

⁸¹⁰ TA Rennes, 16 décembre 2016, n°1603810.

⁸¹¹ V. dans le présent volume Stéphanie Hennette Vauchez, Maria Kalogirou, « Les femmes requérantes dans le contentieux de l'état d'urgence », *infra*.

⁸¹² CE, Sect., 11 décembre 2015, n°395002 pour la première requérante et 394993 pour la seconde.

requérants à résidence durant toute la durée de la COP 21, car ils étaient susceptibles de « rejoindre Paris » afin de participer à des « actions revendicatives violentes, aux abords de la conférence » (qui se déroulait au Bourget dans un camp retranché) « et de sites sensibles en Ile-de-France »⁸¹³.

Il faut encore souligner qu'un an plus tard, dans une affaire relative à l'une des requérantes de ce groupe de militant-es, le juge des référés du TA de Rennes a rappelé les allégations relatives à sa participation « à des manifestations violentes à Pont-de-Buis les 23, 24 et 25 octobre 2015 » et ajouté qu'elle avait été « remarquée à plusieurs manifestations les 24 et 26 mars, 5, 20, 22 et 28 avril 2016 et identifiée le visage dissimulé », pour rejeter le recours en référé qu'elle avait formé contre l'arrêté préfectoral du préfet d'Ille-et-Vilaine du 27 juin 2016 portant de manière générale « interdiction de séjour sur le territoire de la commune de Rennes les jours de manifestations contre la loi dite El Khomri et contre les violences policières dans les rues intégrées à l'itinéraire des manifestations et dans un périmètre défini ». Une nouvelle fois, son recours est rejeté sans que son implication personnelle dans les faits rapportés par la note blanche ne soit caractérisée. Le raisonnement du juge mérite ici d'être analysé dans le détail : selon lui, si la requérante conteste les faits ayant justifié son interpellation en Italie et le caractère violent des manifestations rennaises ou finistériennes, « elle n'apporte aucun élément au soutien de ses affirmations en se contentant d'indiquer qu'elle n'est pas connue au fichier des antécédents judiciaires concernant les personnes interpellées et qu'elle ne s'est pas livrée à des violences ou à des troubles à l'ordre public »⁸¹⁴. En d'autres termes, le juge administratif fait ici peser sur la requérante la charge de la preuve de ce qu'elle n'aurait commis aucun acte répréhensible, aucune violence, lors de manifestations auxquelles elle a pris part. Un tel raisonnement est remarquable et dénote par rapport aux principes classiques qui veulent qu'il revienne à l'autorité publique d'établir la réalité d'un comportement fondant une mesure restrictive de libertés⁸¹⁵. Maxence Chambon aussi relève ce point. A propos d'un autre jugement, il écrit : « alors que la note sur laquelle les faits étaient établis était faiblement circonstanciée, le juge l'a néanmoins jugée probante en ce que l'intéressée se bornait à la nier de manière générale (...). Le contradictoire est ici susceptible de se retourner contre son bénéficiaire puisque la foi prêtée à ces notes blanches peut dépendre *in fine*, malgré leur imprécision, de la qualité de la défense du requérant. Il s'agit d'un renversement en puissance de la charge de la preuve qui serait intolérable en droit pénal »⁸¹⁶. C'est en outre une lourde charge de la preuve qui est renversée. Comme l'ensemble des exemples étudiés ici le révèle, tout se passe comme si apporter la preuve de l'inexactitude des éléments rapportés dans les notes blanches était la seule manière, pour les requérants, d'obtenir gain de cause : en-deçà de ce standard très élevé de réfutation, point de salut. Et, de nouveau, on peut souligner ici combien le contentieux de l'état d'urgence constitue un point d'observation privilégié des transformations de la logique profonde de l'action administrative à la faveur de l'état d'urgence (et aussi, notamment depuis

⁸¹³ *Ibid.* Dans son ordonnance de tri du 30 novembre 2015 validant l'assignation à résidence de cinq militants de la « mouvance contestataire radicale », le juge des référés rennais indiquait même qu'il existait « des raisons sérieuses de penser que le comportement [des cinq requérants] constitue une menace pour la COP 21 » : TA Rennes, 16 décembre 2016, n°1603813 (souligné par nous).

⁸¹⁴ TA Rennes, 16 décembre 2016, n°1603813.

⁸¹⁵ Mesure dont le fondement sera, par ailleurs, jugé inconstitutionnel par le Conseil constitutionnel six mois plus tard : CC, Décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017.

⁸¹⁶ Maxence Chambon, « Une redéfinition de la police administrative », *op. cit.*, p. 133, p. 141.

l'adoption de la loi SILT, à la faveur plus généralement de la lutte administrative contre le terrorisme). Notamment, sa dimension prédictive apparaît bien dans la jurisprudence relative à l'admission des raisonnements présentés par les autorités administratives sur le fondement des notes blanches. La logique probabiliste que l'on trouve déjà dans les jurisprudences Dieudonné⁸¹⁷ et AGRIF⁸¹⁸ infuse ainsi le contentieux de l'état d'urgence. Ainsi, tel tribunal considère que le préfet pouvait valablement, en « connaissance de ses actions radicales », estimer que telle requérante était « susceptible d'intégrer des groupes violents » et, par suite, interdire sa présence « aux rassemblements organisés contre le projet de loi travail ou contre les violences policières », car durant ces manifestations « des troubles à l'ordre public sont *prévisibles*, compte tenu des manifestations antérieures »⁸¹⁹.

2. Identification d'un groupe secondaire : interdictions de séjour visant à empêcher de manifester (neutralisation de la contestation locale)

Au-delà de ce premier noyau dur de contestataires qui forme notre profil « Militantes », on trouve également nombre de jeunes empêchés de prendre part à des manifestations à Rennes, Paris ou Nantes en lien avec la contestation de la loi El Khomri ou le projet d'aéroport de Notre Dame des Landes⁸²⁰. Il ressort de l'étude que l'approche peut varier assez sensiblement d'une juridiction à une autre, de sorte que nous présentons ici de manière distincte les observations réalisées sur différents ressorts juridictionnels.

TA Nantes et Rennes : blanc-seing délivré aux interdictions de séjour

Les juges administratifs rennais et nantais ont quasi-systématiquement confirmé la légalité des interdictions de séjour prises sur le fondement du 3° de l'article 5 de la loi de 1955, sous la seule réserve, dans certaines ordonnances, que la mesure n'ait pas pour effet d'empêcher l'intéressé d'accéder à son domicile eu égard à l'impact sur la vie privée et familiale⁸²¹. Les arrêtés pris par ces préfets à Rennes et Nantes empêchaient généralement les intéressés de participer à des manifestations dans les centres ville de ces communes jusqu'à la fin de l'état d'urgence en cours (à chaque prolongation de l'état d'urgence un nouvel arrêté pouvant être pris). Ainsi, par exemple un militant de gauche, qui est connu pour avoir été éborgné par un tir de flashball de la police lorsqu'il était lycéen lors d'une manifestation⁸²², a

⁸¹⁷ CE, réf., 9 janv. 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. D. M'Bala M'Bala*, n°374508, Lebon p. 1.

⁸¹⁸ CE, 9 nov. 2015, *AGRIF et a.*, n°376107 ; *AJDA*, 2015. 2508, concl. A. Bretonneau.

⁸¹⁹ TA Rennes, 16 décembre 2016, n°1603813.

⁸²⁰ Sur la liberté de manifester pendant l'état d'urgence, voir : Amnesty international, *Un droit, pas une menace. Restrictions disproportionnées à la liberté de réunion pacifique sous couvert de l'état d'urgence en France*, rapport, juin 2017, 50 p. Sur la critique de l'article du 3° de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 qui permet les interdictions de séjour (interdictions individuelles de manifestation), voir la plaidoirie remarquée de Me Sureau, pour la Ligue des droits de l'homme, sur le blog <http://libertes.blog.lemonde.fr/> (et reprises à l'écrit in François Sureau, *Pour la liberté. Répondre au terrorisme sans perdre la raison*, Tallandier, 2017).

⁸²¹ TA Rennes, 16 décembre 2016, n°1603813. Cette réserve sera d'ailleurs reprise par le Conseil constitutionnel lorsqu'il a prononcé l'abrogation de cette disposition... à compter du 15 juillet 2017. Ce choix de la modulation des effets dans le temps a pour double conséquence d'une part, de valider toutes les interdictions de séjour prises durant l'état d'urgence et d'autre part, de laisser le temps et l'opportunité au législateur de corriger sa copie à l'occasion du vote de la 6^{ème} loi de prorogation de l'état d'urgence ; CC, Déc. n° 2017-635 QPC du 09 juin 2017 - M. Émile L. [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence].

⁸²² Il fait désormais une thèse de sociologie sur... la police.

fait l'objet d'une interdiction de séjour à chaque manifestation contre la loi El Khomri et ce, jusqu'à la fin de l'état d'urgence. Alors même que 17 manifestations avaient été organisées depuis mars 2016 contre ce texte, sa requête a été rejetée pour défaut d'urgence eu égard au fait qu'il aurait été « signalé à diverses reprises pour sa participation à des manifestations qui ont été entachées de violence », et interpellé et poursuivi le 29 mars 2016 pour des faits de dégradation volontaire de biens privés. En outre, le juge admet dans son ordonnance que le périmètre de l'interdiction se révèle « handicapant quand [il] doit se rendre en différents points de la ville en étant contraint d'éviter ce périmètre élargi, les transports en commun qui y passent nécessairement »⁸²³ ; il rejette néanmoins la requête.

On peut également prendre pour exemple les mesures d'interdiction de manifestation prises, à Rennes, à l'occasion de mouvements contre la loi El Khomri, des militants de gauche (un militant mélanchoniste et un militant du mouvement « Ensemble-Front de gauche », ancien membre de Sud-étudiant et de la LCR, doctorant en histoire et chargé de cours à l'université de Rennes), compte pouvant être tenu de leur « rôle de leader dans les mouvements de contestation actuels ». Si dans un cas le juge administratif n'a rien trouvé à redire à l'arrêté d'interdiction⁸²⁴, dans le second il le suspend... mais au motif de son inutilité : aucune manifestation déclarée n'était prévue dans le périmètre concerné avant la fin de l'état d'urgence⁸²⁵.

Une seule interdiction de séjour visant un militant rennais est jugée disproportionnée en l'absence d'éléments permettant d'établir la participation personnelle de l'intéressé aux faits allégués. Tandis que le préfet fait feu de tout bois pour justifier son arrêté (il invoque la condamnation à une peine de trois mois de prison à laquelle l'intéressé aurait été condamné pour dégradations lors d'une manifestation à Nantes contre le projet d'aéroport de Notre Dame des Landes en février 2014), le juge estime que « cette seule condamnation, alors que le préfet ne produit aucun élément permettant de retenir que [l'intéressé] a personnellement participé aux dégradations et violences survenues durant les manifestations rennaises de 2016, ne permet pas d'établir que l'intéressé, même s'il a manifesté et participé à des actions de soutien à des militants d'extrême-gauche, pourrait entraver l'action des pouvoirs publics »⁸²⁶.

TA de Paris : un contrôle plus poussé des notes blanches ?

A la différence des tribunaux de Nantes et Rennes, le tribunal administratif de Paris a censuré la plupart des interdictions de séjour prononcées par le préfet de Police qui visaient à empêcher des militant-es de participer à des manifestations. Le contentieux des 11 arrêts d'interdiction de séjour (interdictions de manifester) relatifs à la mobilisation contre la loi travail dite El Khomri devant le tribunal administratif de Paris est tout à fait révélateur de cette variabilité et de l'aléa qui semble caractériser le contrôle juridictionnel de l'état d'urgence lorsque les mesures sont fondées sur des notes blanches.

⁸²³ TA Nantes, réf., 02 juin 2016, n°16044374.

⁸²⁴ TA Nantes, réf., 24 juin 2016, n°1605155.

⁸²⁵ TA Rennes, réf., 23 mai 2016, n°1602199.

⁸²⁶ TA Rennes, 27 juin 2016, n°1603773 (annulation).

Sur ces 11 recours, le juge a rendu 9 décisions de suspension, 1 non-lieu⁸²⁷ et 1 rejet. Dans chaque cas, il apparaît que les arrêtés contestés étaient fondés sur des notes blanches établissant que les destinataires des mesures avaient été repérés au cours de manifestations précédentes qui avaient donné lieu à des dégradations et violences. Les 9 ordonnances par lesquelles le juge suspend les interdictions de manifester sont liées au fait que le juge entreprend de soumettre les éléments rapportés dans les notes blanches à un test probatoire ; il exige du préfet qu'il en apporte la preuve et notamment, qu'il confirme la participation *personnelle* des individus faisant l'objet des mesures d'interdiction aux violences. Et ces 9 suspensions sont prononcées au motif que le préfet n'apporte pas la preuve des éléments rapportés dans les notes blanches : pas de preuve de la participation personnelle des intéressé-es aux violences, pas de preuve que les personnes ont été interpellées pour ces violences⁸²⁸, pas de preuve que la personne est fortement suspectée de l'agression hors service d'un militaire⁸²⁹.

Mais le même juge parisien rend également une ordonnance de rejet. Or, à la lecture, elle paraît tout à fait comparable alors même qu'elle aboutit à un résultat opposé. En effet, comme dans les autres affaires, la note blanche mentionne que l'intéressé a déjà été repéré à des manifestations ayant dégénéré ; elle mentionne également qu'il a été interpellé, ce que le requérant conteste. Mais son recours est rejeté. On lit dans le jugement qu'il « a été identifié lors de la manifestation du 30 janvier 2016 comme l'un des auteurs des violences volontaires à l'encontre de deux militaires » —et cette affirmation semble ici suffire. Il n'est donc pas possible, à la seule lecture du jugement, de comprendre ce qui différencie cette affaire des 9 autres qui se sont soldées par une suspension de la mesure contestée. La question des modalités comme de l'intensité du contrôle juridictionnel sur les notes blanches prend bien les allures d'une boîte noire.

L'enjeu est considérable ; et on le comprend d'autant plus que l'étude du contentieux généré par les « Militant-es » permet de mettre en évidence des usages de l'état d'urgence qui restreignent les libertés politiques. On citera en dernier lieu l'affaire du squat d'Ivry-sur-Seine, qui est emblématique de ce point de vue : le préfet en ordonne la perquisition sur le seul fondement qu'il serait occupé par des membres de « mouvances contestataires ». Suite à un recours formé par les occupants du lieu, l'instruction confirme qu'aucun des éléments apportés par l'administration ne permet de penser que le lieu serait fréquenté par des personnes « dont le comportement constituerait une menace pour la sécurité et l'ordre publics », de sorte que, plus d'un an après la réalisation de la perquisition, la mesure doit être annulée⁸³⁰.

C - L'état d'urgence tous azimuts : l'effet de halo

Si les profils « Islam radical » et « Militant-es » sont nettement dominants dans notre corpus d'étude, et étant entendu que le profil « Islam radical » se détache lui-même

⁸²⁷ Le non-lieu concerne un arrêté d'interdiction de séjour visant un photographe de presse ; l'arrêté l'empêchait de suivre et couvrir la manifestation prévue le 17 mai 2016 à Paris. L'arrêté a été retiré le 16 mai, de sorte que le juge n'a pu que prononcer un non-lieu à statuer (TA Paris, 17 mai 2016, n°1607423).

⁸²⁸ TA Paris, 17 mai 2016, n°1607413 ; TA Paris, 17 mai 2016, n°1607415.

⁸²⁹ TA Paris, 17 mai 2016, n°1607420.

⁸³⁰ TA Melun, 23 sept. 2016, n°1600664.

nettement du profil « Militant-es », l'analyse révèle aussi combien l'état d'urgence a pu être utilisé dans des situations fort éloignées du terrorisme et des menaces pesant sur la sécurité publique. Certains cas sont particulièrement anecdotiques et semblent confirmer la manière dont l'état d'urgence a pu être perçu comme une habilitation ou une incitation à prendre toutes sortes de mesures de police par certaines autorités administratives. Leur présence significative dans notre corpus laisse supposer qu'ils ont certainement été bien plus nombreux que ce que le biais contentieux permet d'en voir.

Par effet de halo, le contexte de l'état d'urgence a en effet justifié, par exemple, à Paris au cours des mois de juin et juillet 2016 une dizaine d'arrêtés préfectoraux⁸³¹ visant à interdire, sur la place de la République, toutes les activités liées au mouvement « Nuit Debout » : interdiction de manifester, interdiction de se réunir, interdiction de diffuser de la musique, de stationner les camionnettes utilisées par les associations militantes, etc.⁸³².

De manière plus visible et plus globale, ce sont bien sûr les multiples restrictions à la liberté de manifestation qui illustrent le plus clairement le dévoiement de l'état d'urgence. Ce sujet a fait l'objet d'un rapport précis d'*Amnesty International*⁸³³, et est traité à part entière *infra* dans le présent rapport⁸³⁴. Mais c'est encore la question de la « crise migratoire » et de la gestion du camp de la Lande de Calais qui aura constitué, notamment du point de focalisation que constitue depuis de nombreuses années la zone autour de Calais, un cadre favorable au recours à la logique de l'état d'urgence pour des finalités bien éloignées de la lutte contre le terrorisme. Fabienne Buccio, préfète du Pas-de-Calais jusqu'en février 2017, a ainsi pris de nombreux arrêtés et mesures restrictives des libertés au visa de la loi du 3 avril

⁸³¹ <https://www.prefecturedepolice.interieur.gouv.fr/Nous-connaître/Salle-de-presse/Arretes/Liste-des-arretes>

⁸³² Ainsi, par exemple, avec le visa de la loi du 3 avril 1955, l'arrêté du préfet de police du 21 juin 2016 institue « différentes mesures d'interdiction en vue d'assurer la sécurité et la tranquillité publiques place de la République du mardi 21 au mercredi 22 juin 2016 » en interdisant :

- les activités liées ou générées par le rassemblement déclaré par la lettre du 11 juin 2016 par les représentants du collectif Nuit Debout, de l'association Droit au Logement Paris et Environs, de la fédération SUD PTT et de l'association ATTAC, notamment la diffusion de musiques et de bruits par tous moyens sonores, sont interdites place de la République le mercredi 22 juin 2016 à partir de 00h00 et jusqu'à 07h00 ;
- Les cortèges constitués à partir de la place de la République sont interdits le mercredi 22 juin 2016 à partir de 00h00 et jusqu'à 07h00 ;
- La détention et le transport sur la voie publique de tous objets susceptibles de constituer une arme au sens de l'article 132-75 du code pénal ou pouvant servir de projectile présentant un danger pour la sécurité des personnes, en particulier les bouteilles en verre ; - sont interdits le mardi 21 juin 2016 à partir de 17h00 et jusqu'à 07h00 le lendemain, dans le périmètre délimité par les voies suivantes qui y sont incluses, sauf dans les parties de ce domaine régulièrement occupées par des restaurants et débits de boissons titulaires des autorisations nécessaires [énumération des rues autour de la République] ;
- La consommation de boissons alcooliques du 2^e au 5^e groupes sur la voie publique est interdite le mardi 21 juin 2016 à partir de 17h00 et jusqu'à 07h00 le lendemain dans le même périmètre ;
- La vente à emporter de boissons alcooliques du 2^e au 5^e groupes est interdite le mardi 21 juin 2016 à partir de 17h00 et jusqu'à 07h00 le lendemain dans le périmètre sauf lorsque les commerces « vendent aux riverains de la place de la République ;
- le stationnement des véhicules de catégorie NI (véhicules utilitaires légers) est interdit dans certaines portions de place de la République.

⁸³³ Amnesty International, *Un droit, pas une menace*, op. cit.

⁸³⁴ V. dans le présent volume : Pauline Laborde, « La liberté de manifestation sous état d'urgence : contribution à l'étude de l'impact de l'état d'urgence sur les libertés publiques », *supra*.

1955. Ce fut le cas pour l'arrêté instaurant, le 1^{er} décembre 2015, une Zone de Protection et de Sécurité (ZPS) sur la rocade de la RN 216, mais aussi pour celui du 19 janvier 2016 prononçant l'expulsion d'office des personnes installés sur une bande de 100m de la « lande » en bordure de cette même RN, ou encore de l'interdiction de manifestation du 4 février 2016, de l'arrêté d'expulsion de la zone Sud du 19 février 2016, ou encore celui du 23 octobre 2016 instaurant une nouvelle ZPS afin de permettre le démantèlement de la jungle. En outre, ces usages du cadre législatif de l'urgence sont emblématiques de la manière dont ils peuvent échapper à tout contrôle juridictionnel. D'abord parce que la préfète a plusieurs fois fait le choix de prendre des mesures radicales sur le fondement de l'état d'urgence et de les abroger juste avant l'audience juridictionnelle lorsque des recours étaient intentés. L'arrêté portant ZPS en vue du démantèlement de la jungle était ainsi abrogé, le 27 octobre, quelques heures avant l'audience au cours de laquelle le TA n'a pu, dès lors, que prononcer un non-lieu⁸³⁵ (alors même que diverses dispositions dudit arrêté —et notamment l'interdiction faite aux avocats de pénétrer dans la ZPS pendant les opérations de démantèlement— soulevaient de sérieuses interrogations quant à leur légalité). En outre, il ressort de l'analyse des décisions rendues qu'il est particulièrement difficile pour le juge de censurer des usages que l'on pourrait qualifier de « superfétatoires » de l'état d'urgence. Saisi de recours contre des mesures invoquant la loi du 3 avril 1955 en dehors de toute préoccupation de lutte contre le terrorisme mais pouvant bel et bien remplir par ailleurs tous les critères de légalité, il ne pourra les annuler pour le seul motif d'un visa problématique. C'est ainsi par exemple que la mesure d'expulsion relative à la « zone Sud » du camp est apparue comme proportionnée au juge, demeuré silencieux sur la référence à la loi de 1955⁸³⁶ qui apparaît dès lors comme un registre d'action et d'argumentation supplémentaire —même si non strictement nécessaire. Où l'on voit que l'état d'urgence, et son ancrage dans la durée, ont contribué à la dissémination d'une logique de l'exception et des pouvoirs spéciaux dans l'action administrative.

De manière plus ponctuelle, c'est encore l'état d'urgence qui a justifié l'interdiction de nombreuses manifestations⁸³⁷, et même de conférences. Ce fut notamment le cas d'une conférence qui devait être prononcée le 17 septembre 2016 par M. Hani Ramadan à la mosquée Lumière et Piété. Au regard des propos habituellement tenus par l'intéressé « notamment en faveur de la lapidation et de l'observation stricte de la charia », le maire de Nîmes a estimé non seulement qu'il s'agissait là d'atteintes à la dignité de la personne humaine mais encore que de tels propos risquaient d'attiser la discrimination entre les hommes et les femmes et de menacer la cohésion sociale dans le contexte des récents attentats terroristes⁸³⁸. Et c'est encore l'état d'urgence qui fonde une mesure de retrait la mise à disposition d'une salle de conférence par le directeur d'un Institut d'Etudes Politiques au bénéfice d'étudiants musulmans⁸³⁹.

⁸³⁵ TA Lille, 28 octobre 2016, n°1608070.

⁸³⁶ Le TA a néanmoins limité les effets de la zone d'expulsion aux lieux de vie – permettant la préservation des lieux culturels, scolaires et autres TA Lille, ord. 25 fév. 2016, n°1601386.

⁸³⁷ V., par ex., dans le contexte du début de l'état d'urgence l'interdiction d'une manifestation organisée par la LDH contre l'état d'urgence compte tenu des nécessités opérationnelles (mobilisation des forces de l'ordre à d'autres fins) : TA de Nancy, réf., 28 novembre 2015, LDH, n° 1503346.

⁸³⁸ TA de Nîmes, réf., 19 septembre 2016, *Union Imanopaix Nîmoise*, n°1602897 (rejet).

⁸³⁹ TA de Marseille, réf., 10 mars 2016, *Association des étudiants musulmans d'Aix-en-Provence*, n° 1601502 (rejet).

C'est toujours l'état d'urgence qui a justifié une vingtaine d'arrêtés d'interdiction de déplacement de supporters de football pour des matchs aussi importants que FC Nantes-Bordeaux (2 – 2)⁸⁴⁰ ou Troyes-PSG (0 – 9)⁸⁴¹ ou encore, au moment de l'Euro 2016, la création par arrêté du préfet de la Seine-Saint-Denis d'un périmètre de sûreté et d'un « *corridor d'accès* » autour du stade de France (du 10 juin jusqu'au 17 juillet 2016) rendant inaccessibles, ou difficiles d'accès, certains commerces avoisinants⁸⁴². La fermeture d'un débit de boisson à proximité du Stade de Nice, au sein duquel s'étaient déroulés lors d'un précédent match des bagarres entre supporters, constitue un autre exemple⁸⁴³. De manière plus anecdotique encore, on peut aussi relever que l'état d'urgence aura motivé l'édiction d'un arrêté municipal interdisant le survol par drone d'un hôtel thalasso occupé par l'équipe de football d'Espagne pendant l'Euro –arrêté toutefois annulé par le juge administratif (sans que l'on sache très bien si cela explique la déroute de cette équipe en huitième de finale...)⁸⁴⁴.

C'est parfois de manière plus indirecte que l'état d'urgence a généré des restrictions et des atteintes aux droits et libertés fondamentaux. On songe ici à l'intensification des mesures sécuritaires liées à la proclamation de l'état d'urgence, notamment les contrôles à l'entrée des réunions publiques dans le cadre du plan Vigipirate, qui rend parfois difficile l'organisation d'événements. C'est ainsi en vain qu'une association demandait la suspension d'une décision du chef de service de la vie associative de la ville de Nice subordonnant l'utilisation d'une salle municipale à des fins de réunions ouvertes au grand public au recrutement, par les associations organisatrices, d'un agent de sécurité d'une société privée agréée afin d'assurer le contrôle des sacs à l'entrée⁸⁴⁵.

En revanche, les juridictions administratives n'ont pas donné droit aux requérants qui ont pu demander aux autorités, en vertu de l'état d'urgence, l'interdiction de certaines conférences ou réunions. Ainsi, après que la Fédération des Musulmans du Sud ait organisé, sur le fondement d'une « autorisation accordée par le préfet des Alpes-Maritimes » [sic], une conférence animée par M. Tariq Ramadan, le juge des référés rejette un recours dans une décision bienvenue. Il rappelle ainsi d'une part, qu'en France, en vertu de l'article 1er de la loi du 30 juin 1881 modifiée sur la liberté de réunion, « Les réunions publiques sont libres. Elles peuvent avoir lieu sans autorisation préalable (...) » et que la loi du 3 avril 1955 « n'a pas remis en cause la dispense d'autorisation administrative préalable à la tenue d'une réunion publique ». La décision querellée était donc « inexistante ». Il insiste d'autre part sur le fait que, si les autorités chargées de la police administrative peuvent apporter des restrictions à l'exercice de la liberté de réunion garantie par la loi du 30 juin 1881, « les atteintes portées, pour des exigences d'ordre public, à l'exercice de cette liberté fondamentale doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées ». Or, en l'espèce, estime-t-il en application de la jurisprudence *Dieudonné* « la réalité et la gravité des risques de troubles à l'ordre public allégués par le requérant ne sont établies ni par les pièces du dossier ni par les échanges tenus

⁸⁴⁰ TA de Nantes, réf., 21 janvier 2016, *Association nationale des supporters*, n° 1600410 (rejet) et 22 janvier 2016, *Association nationale des supporters*, 1600413 (rejet).

⁸⁴¹ TA de Châlons en Champagne, réf., 12 mars 2016, *Association de défense et d'assistance juridique des intérêts des supporters*, n°1600463 (rejet).

⁸⁴² TA de Montreuil, réf., 7 juin 2016, *SARL Stadium et autres*, n°1603897, 1603902, 1603903, 1603905, 1603909, 1603910, 1603914, 1603917 (rejet).

⁸⁴³ TA de Nice, réf., 20 juin 2016, *SARL Le Café Le Populaire*, n°1602682.

⁸⁴⁴ TA Poitiers, 9 nov. 2016, n°1601342 (annulation).

⁸⁴⁵ TA de Nice, réf., 13 janvier 2017, *association Les Amis de la Liberté*, n°1605191 (rejet).

au cours de l'audience publique. Il n'est notamment pas établi qu'à l'occasion de ses nombreuses conférences en France M. Tarik Ramadan, qui n'a jamais fait l'objet de poursuites pénales, ait tenu des propos de nature à porter des atteintes graves au respect des valeurs et principes consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine »⁸⁴⁶. La juridiction administrative a également rejeté la requête, en référé mesures-utiles, d'un particulier qui demandait au juge des référés d'enjoindre à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne de renforcer significativement les moyens de sécurité de ses locaux⁸⁴⁷.

L'état d'urgence a donc aussi été de nature à encourager le développement d'un Etat de police : les autorités de police semblent avoir « ratissé large » en matière de maintien de l'ordre, n'hésitant pas, parfois, à viser tous types de fauteurs de trouble -frappant bien au-delà du « péril imminent » censé seul pouvoir justifier l'application de mesures liées à l'état d'urgence.

III - Niveaux de contrôle juridictionnel

Le contrôle juridictionnel est-il même possible en temps d'état d'urgence ; ou, plus exactement : peut-il s'agir du contrôle tel qu'on le connaît en « temps normal » ? Certain-es auteur-es contestent l'idée même. Lors de l'état d'urgence de 2005, Dominique Rousseau écrivait ainsi : « par définition c'est mission impossible puisque, précisément, l'instauration de l'état d'urgence a pour objet de permettre ce que l'Etat de droit interdit : les atteintes au libre exercice des libertés et l'affaiblissement des garanties, notamment juridictionnelles, de leur protection ». Il poursuivait : « les interdictions de manifester, les assignations à résidence, les limitations d'aller et venir ne peuvent plus, en effet, être contrôlées au regard de la légalité ordinaire, au regard du droit commun des libertés, mais au regard de la 'légalité' d'exception qui les autorisent. En d'autres termes, les bases du contrôle changent : alors qu'en temps ordinaire, elles permettant au juge de sanctionner les atteintes graves à tel ou tel droit fondamental, en temps d'état d'urgence elles lui permettent de les déclarer justifiées par les circonstances exceptionnelles. Maintenu en théorie, le contrôle devient inopérant en pratique »⁸⁴⁸. Et la difficulté, sinon l'incapacité structurelle, d'un juge à s'opposer à l'exécutif en de telles circonstances est également soulignée, au-delà de telle ou telle expérience française de l'état d'urgence⁸⁴⁹, sur un plan plus théorique : il s'agit de circonstances commandant le *self-restraint* juridictionnel et même lorsqu'ils en ont l'autorité formelle, les juges ne peuvent s'opposer au pouvoir⁸⁵⁰. Au premier abord, l'état d'urgence 2015-2017 fait mentir ces sombres prédictions ; il a en effet, et de manière largement inédite, généré un abondant contentieux de l'état d'urgence -sur l'analyse d'une large partie duquel repose,

⁸⁴⁶ TA de Nice, réf., 17 mars 2016, n° 1600996 (rejet).

⁸⁴⁷ TA de Paris, réf., 19 novembre 2015, n°1518854/9 (rejet).

⁸⁴⁸ Dominique Rousseau, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Projet*, 2006, n°2, p. 19, p. 25.

⁸⁴⁹ V. également, à propos de l'état d'urgence inaugural de 1955 : Arlette Heymann Doat, « L'état d'urgence : un régime juridique d'exception pour lutter contre le terrorisme ? », *Archives de Politique Criminelle*, 2016, vol. 1, n°38, p. 59, p. 71 : « Le Conseil d'Etat a exercé un contrôle minimal sur les mesures de police, se bornant à vérifier qu'elles n'étaient pas prises pour des motifs étrangers au champ d'application de la loi et ne vérifiant même pas l'exactitude matérielle des faits ». Puis, à propos de l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie : « En 1985, le Conseil d'Etat fit porter son contrôle sur l'erreur manifeste d'appréciation ».

⁸⁵⁰ David Dyzenhaus, « L'état d'exception », in Dominique Chagnollaud, Michel Troper dir., *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, p. 739.

précisément, le présent chapitre. Mais on prend ici la question au sérieux : dans tout ce volume de décisions contentieuses, quelle a été l'intensité du contrôle effectivement opéré par le juge ? Voilà la question sur laquelle il faut désormais se pencher.

L'analyse du corpus révèle tout d'abord l'importance du référé-liberté dans le contentieux de l'état d'urgence, qui apparaît clairement comme la voie contentieuse privilégiée : sur 775 arrêts et jugements étudiés, on dénombre 269 recours en référés-liberté au stade de la 1^{re} instance, et 39 en appel devant le Conseil d'Etat –soit un total de 308, soit 39,7% du total des recours. Le référé-suspension a été, lui, utilisé dans 83 recours, soit 10,7% du total. Pour le reste, et réserve faite des 84 recours correspondant en fait à des demandes d'autorisation d'exploitation des données informatiques, le corpus d'analyse est essentiellement constitué de recours en annulation au fond (recours pour excès de pouvoir) et, marginalement, de recours indemnitaires⁸⁵¹. On peut évoquer l'intensité du contrôle exercé par le juge administratif notamment s'interroger sur l'utilisation du fameux « triple test », qui semble assez peu visible (A.) puis examiner les outils utilisés en particulier l'importance des notes blanches (B.) ainsi que l'issue de ces contentieux (C.).

A - Contrôle - Intensité : l'invisibilité du triple test ?

L'intensité du contrôle effectué par le juge paraît largement tributaire de cette prédominance du référé-liberté. Clairement, il y aurait de nombreuses raisons de considérer *a priori* que le contrôle effectué dans le cadre du référé-liberté en général, et vis-à-vis des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence en particulier, serait un contrôle de proportionnalité – alors que le caractère « *manifeste* » du contrôle sur l'illégalité commise laisserait davantage penser à un contrôle restreint (de l'erreur manifeste d'appréciation). C'est d'abord une lecture doctrinale commune du référé-liberté, qui y voit un contrôle tendant à ressembler de plus en plus fortement au contrôle opéré par le juge du fond⁸⁵².

C'est ensuite une lecture doctrinale de l'important arrêt de Section rendu par le Conseil d'Etat le 11 décembre 2015, qui précisant justement, le degré de contrôle effectué par le juge administratif sur les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence -et notamment, les assignations à résidence, romprait avec le contrôle restreint correspondant à la jurisprudence *Dagostini*⁸⁵³. Le Conseil d'État affirme ainsi dans les ordonnances de décembre 2015 : « considérant que les dispositions de cet article 6 doivent (...) être comprises comme ne faisant

⁸⁵¹ 275 recours en REP en 1^{re} instance, 17 en appel ; une quinzaine de recours indemnitaires.

⁸⁵² V. hier : Paul Cassia, « L'examen de la légalité et référé-suspension et en référé-liberté », RFDA, 2007, p. 45 : « le juge du référé-liberté adopte une attitude très pragmatique, afin de protéger les libertés fondamentales, qui le conduisent parfois, sous couvert d'une identification d'une 'illégalité manifeste', à exercer une appréciation de la légalité identique à celle du juge du fond » ; et aujourd'hui : Christophe Alonso, « Le référé-liberté, la police administrative et l'état d'urgence : contexte actuel », JCP A, 2016, p. 552 : « le juge administratif accepte d'élever le degré de son contrôle en développant un contrôle de proportionnalité sur les mesures de police administrative, qui plus est, dans le cadre de la procédure du référé-liberté ». V. encore la notion de « contrôle de proportionnalité 'à peine dégradé' », in Louis Dutheil de Lamothe et Guillaume Odinet, « L'urgence dans tous ses états », AJDA, 2016, p. 247.

⁸⁵³ CE, 25 juill. 1985, *Mme Dagostini*, n° 68151 – contrôle limité à l'erreur manifeste que l'on retrouve dans la réponse aux recours contre la décision de président de la République de promulgation de l'état d'urgence comme contre celle de ne pas l'interrompre (CE, réf., 9 déc. 2005, *Mme Allouache*, n°287777 ; CE, 27 janv. 2016, *LDH*, n° 396220).

pas obstacle à ce que le ministre de l'intérieur, tant que l'état d'urgence demeure en vigueur, puisse décider, sous l'entier contrôle du juge de l'excès de pouvoir, l'assignation à résidence de toute personne résidant dans la zone couverte par l'état d'urgence, dès lors que des raisons sérieuses donnent à penser que le comportement de cette personne constitue, compte tenu du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, une menace pour la sécurité et l'ordre publics ; qu'il appartient au Conseil d'Etat statuant en référé de s'assurer, en l'état de l'instruction devant lui, que l'autorité administrative, opérant la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public, n'a pas porté d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, que ce soit dans son appréciation de la menace que constitue le comportement de l'intéressé (...) ou dans la détermination des modalités de l'assignation à résidence »⁸⁵⁴. C'est encore une lecture confortée par le discours du Conseil constitutionnel qui a fait du triple contrôle de la nécessité, de la proportionnalité et du caractère adapté des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence —contrôle qui échoit au juge administratif— une pièce maîtresse du contrôle de constitutionnalité qu'il exerce sur le cadre législatif que constitue la loi du 3 avril 1955⁸⁵⁵.

Pourtant, nous avons retenu ici une grille de classification un peu différente, dictée par le choix méthodologique de ne pas considérer *a priori* que dans telle configuration, le juge administratif opère tel ou tel type de contrôle —et bien plutôt, de privilégier une démarche inductive : nous ne qualifions ici le contrôle opéré que sur le fondement de nos observations. Pour ce faire, nous nous sommes donc attaché.e.s au vocabulaire employé par le juge et avons distingué selon qu'il recourt lui-même, ou non, au vocabulaire de la proportionnalité— ou, plutôt, à celui de l'erreur d'appréciation voire, à celui du contrôle de la matérialité des faits⁸⁵⁶. Cette approche nous a mené à distinguer, dans le corpus juridictionnel, quatre formules récurrentes que nous avons rattachées à autant de niveaux de contrôle.

⁸⁵⁴ CE, Sect., 11 déc. 2015, n°394990. Pour des analyses qui voient le juge exercer ici un contrôle de proportionnalité, v. notamment Jean-Marc Sauvé, « La protection des libertés et des droits fondamentaux dans le contexte de la menace terroriste », Intervention du 12 déc. 2016, Fondation Varenne (en ligne) : « le Conseil d'Etat a précisé que, dans le cadre de son contrôle de légalité comme en urgence, il exerçait sur ces mesures d'assignation le triple contrôle de leur caractère nécessaire, adapté et proportionné » et « le Conseil d'Etat a aussi eu l'occasion de préciser le régime des perquisitions administratives ordonnées dans le cadre de l'état d'urgence, sur lesquelles il a décidé d'exercer un contrôle approfondi de même nature » ; ou encore Agnès Roblot-Troizier, « Etat d'urgence et protection des libertés », *RFDA*, 2016, p. 424.

⁸⁵⁵ V. notamment Cons. constit., 2015-527 QPC, 22 déc. 2015, *Assignations à résidence*, § 12 : « considérant, en deuxième lieu, que tant la mesure d'assignation à résidence que sa durée, ses conditions d'application et les obligations complémentaires dont elle peut être assortie 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 ; que le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit ».

⁸⁵⁶ La question des frontières entre contrôle normal et contrôle restreint, ou entre contrôle de la matérialité des faits (*ie.* sans contrôle de la qualification juridique des faits) et contrôle limité à l'erreur *manifeste* d'appréciation, est délicate. On considère généralement que le contrôle restreint tend aujourd'hui à se faire de plus en plus rare, singulièrement en matière de police administrative (ainsi, François Dore et Pearl Nguyen-Duy, « Le contrôle du juge administratif à l'épreuve du terrorisme », *AJDA*, 2016, p. 886 rappellent que le contrôle est désormais normal sur : l'expulsion des étrangers pour menace grave à l'ordre public (CE, 12 fév. 2014, n°365644), le gel des avoirs (CE, 3 nov. 2004, n°262626) et, bien sûr, les assignations à résidence (CE, Sect., ord., 11 déc. 2015, n°394990)). On n'entre pas ici dans le jeu des qualifications ; on cherche simplement à mettre en lumière le fait que, dans une part non négligeable de notre corpus, on identifie bien un contrôle de la matérialité des faits —le plus souvent couplé à un contrôle normal (erreur d'appréciation).

Une première formule, spécifique au référé-liberté, tient au constat de l'absence (ou de la présence) d'une « atteinte grave et manifestement illégale » à une liberté fondamentale. Il nous est en effet apparu que, dans de nombreux cas, c'est en ces termes que le juge raisonne — sans toutefois que l'on puisse avec certitude, à la lecture attentive de l'arrêt ou du jugement, identifier des indices probants qu'il y aurait là un contrôle particulièrement poussé de la proportionnalité— entendu notamment comme renvoyant à l'analyse du caractère « nécessaire, adapté et proportionné des mesures ».

Invisibilité du contrôle de proportionnalité : TA Paris, réf., 28 nov. 2015⁸⁵⁷

Le requérant dans cette affaire est un homme ayant fait l'objet d'un arrêté d'assignation à résidence accompagné d'une obligation de pointer auprès des services de police deux fois par jour. Dans son ordonnance, le juge fait une large part aux arguments mis en avant par le ministre :

« Le ministre de l'intérieur a motivé cette mesure de police en s'appuyant notamment sur le fait que M. S. s'était brutalement radicalisé, s'isolant et refusant toute vie sociale en dehors de la mouvance islamiste et sur le souhait qu'il aurait manifesté de rejoindre les rangs de Daech en Syrie. À l'appui de son mémoire en défense, le ministre de l'intérieur produit une note des services de renseignement qui précise que M. S. a fait l'objet d'un signalement en juillet 2015 en raison d'un changement de comportement de l'intéressé sur son lieu de travail et de son projet de départ en Syrie. Cette note expose également que M. S. s'est vanté auprès de ses collègues d'avoir des membres de sa famille, notamment des cousins tunisiens, ayant combattu et combattant dans les rangs de l'État islamique ».

Le requérant conteste néanmoins ces informations ; son avocat fait valoir que « le requérant, qui a fait l'objet d'une dénonciation malveillante, n'a aucun lien avec des salafistes et n'est pas pratiquant ; qu'il ne pratique aucun art martial » et le juge restitue en ces termes les éléments apportés par la défense :

« Si M. S. produit à l'appui de sa requête des attestations d'anciens condisciples de l'École nationale supérieure de mécanique et d'aéronautique de Poitiers, au sein de laquelle il a obtenu des diplômes à l'issue de l'année universitaire 2011-2012, et d'anciens collègues de travail qui témoignent de sa sociabilité, et une attestation d'une de ses amies qu'il présente comme sa compagne et qui réside à Bordeaux, aucun de ces documents ne contredit le changement récent de comportement signalé à partir de l'été 2015 de M. S.. En outre ce dernier ne conteste pas avoir tenu les propos relatés dans la note des services de renseignements concernant des membres de sa famille ayant rejoint les rangs de l'État islamique ». De l'ensemble de ces éléments, le tribunal conclut qu'« en estimant qu'il existait des raisons sérieuses de penser que le comportement de M. S. constituait une menace pour la sécurité et l'ordre publics et en l'assignant à résidence pour ce motif, le ministre de l'intérieur n'a pas porté une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale ».

On est bien ici dans le cadre d'un référé-liberté ; mais peut-on pour autant affirmer, à la seule lecture du jugement, que le contrôle exercé par le juge est un contrôle de proportionnalité ? On peut en douter, au regard du fait que les éléments apportés par le requérant au soutien de son recours semblent écartés parce que trop antérieurs à un signalement, qu'il considère comme malveillant⁸⁵⁸, dont il a fait l'objet en 2015 —le juge ne semblant aucunement tenir compte de cette allégation de malveillance. On observe en outre que la mesure d'assignation à résidence dont fait l'objet ce requérant sera retirée par l'administration le 11 décembre 2015 —ce qui rendra sans objet son recours au fond, qui se soldera par un non-lieu à statuer (TA Paris, 4 janv. 2016, n°151944). De sorte qu'il nous a semblé justifié d'isoler les arrêts et jugements où le juge conclut, comme ici, à « l'absence d'atteinte grave et manifestement illégale » à une liberté fondamentale, pour y voir un standard de contrôle propre au référé-liberté mais non nécessairement équivalent à un contrôle de proportionnalité.

⁸⁵⁷ TA Paris, réf., 28 nov. 2015, n°1519404.

⁸⁵⁸ On reviendra *infra* sur la question spécifique du standard requis par le juge pour réfuter des éléments rapportés dans les notes blanches.

Une seconde formule récurrente dans le corpus d'étude passe par une référence explicite du juge à l'absence (ou la présence) d'une « erreur d'appréciation » de la part de l'autorité administrative. Signe de ce que la doctrine classifie parfois comme l'indice d'un contrôle dit « normal », nous avons souhaité l'isoler en tant que tel.

Contrôle de l'erreur d'appréciation : TA Grenoble, 2 juin 2016⁸⁵⁹

Dans cette affaire, le requérant fait l'objet d'une mesure d'assignation à résidence depuis le 17 novembre 2015, qui l'oblige à pointer quatre fois par jour au commissariat de sa commune. Le 12 janvier 2016, il demande l'annulation de cette mesure, en exerçant un recours auprès du tribunal administratif de Grenoble. Il soutient « qu'il ne s'est pas radicalisé ni désocialisé, qu'il n'a aucune activité criminelle ou terroriste et qu'il ne participe à aucun trafic pouvant nuire à la sécurité et à l'ordre public ».

Selon la note blanche des services de renseignement, le requérant, converti depuis six ans, « pratique un islam rigoriste et fréquente la mosquée de Y, dont le responsable est enclin à accueillir plusieurs jeunes salafistes résidant à Annecy ou ses environs ». Toujours selon cette même note, il « compte parmi son tissu relationnel des individus connus de services partenaires évoluant dans la mouvance de l'islam radical et susceptibles de partir sur zone » et il « désire quitter la France pour aller vivre dans un pays musulman ». Considérant que ces éléments, « dépourvus d'autres précisions », ne sauraient caractériser « une activité de l'intéressé s'avérant dangereuse pour la sécurité et l'ordre public », le juge estime simplement que l'intéressé est fondé à soutenir que « l'arrêté par lequel le ministre l'a assigné à résidence est entaché d'erreur d'appréciation et à en demander l'annulation ». Ce jugement illustre bien la manière dont le juge cantonne ou limite parfois son contrôle à l'erreur d'appréciation, sans qu'il soit vraiment possible de se convaincre qu'un authentique contrôle de proportionnalité a eu lieu.

Ce sont enfin souvent des enjeux liés à la matérialité des faits qui semblent déterminer l'intensité du contrôle ; là encore, nous avons souhaité isoler cette configuration.

Contrôle de l'inexactitude matérielle des faits, TA Lyon, 15 juin 2016⁸⁶⁰

Dans le même ordre d'idées, le contrôle semble parfois se limiter à la matérialité de faits, comme par exemple dans cette affaire où le requérant a fait l'objet d'une perquisition administrative décidée par le préfet du Rhône, qui le soupçonne d'être radicalisé. Le requérant conteste cet ordre de perquisition, qui selon lui est entaché « d'un détournement de pouvoir, en ce qu'il reconnaît lui-même qu'il a été décidé compte-tenu d'une participation à un groupe se livrant au trafic de stupéfiant dans le secteur Tolstoï de Villeurbanne ; le fondement de l'ordre de perquisition est donc bien la recherche de stupéfiants, non une prétendue radicalisation ».

Afin de justifier le bienfondé de la perquisition qu'il a ordonnée, le requérant produit une note blanche selon laquelle le concerné « s'est radicalisé en prison et avait évoqué à sa sortie de maison d'arrêt son souhait de se rendre en Syrie ». Au regard du caractère très sommaire de la note blanche, le tribunal administratif a considéré que le requérant était « fondé à soutenir que la décision attaquée est entachée d'une erreur de fait en lui reprochant une radicalisation et des velléités de départ en Syrie, lesquelles ne sont pas matériellement établies ».

On tire de l'ensemble de ces éléments une conclusion d'importance : le contentieux de

⁸⁵⁹ TA Grenoble, 2 juin 2016, n°1600123.

⁸⁶⁰ TA Lyon, 15 juin 2016, n° 1600360.

l'état d'urgence est lourdement tributaire des faits. C'est ainsi que l'on propose en effet d'interpréter le fait que la très vaste majorité des annulations ou suspensions prononcées par le juge tient à des considérations de fait : décisions fondées sur des faits matériellement inexacts ou, plus souvent, sur des faits insuffisamment établis, et dont l'imprécision ou le caractère trop ancien ne permettent pas de considérer que les personnes visées représentent effectivement une menace pour la sécurité et l'ordre publics⁸⁶¹.

Au-delà des exemples présentés *supra* dans les encadrés, on peut prendre appui sur les décisions d'annulation d'ordres de perquisition : lorsqu'elles sont prononcées, c'est bien à titre principal parce que l'autorité administrative faillit à apporter la preuve d'éléments lui ayant permis de penser que se trouvaient, dans le lieu perquisitionné, des éléments de nature à causer un trouble à l'ordre ou la sécurité publics⁸⁶². Le principe est le suivant : « il appartient au juge administratif d'exercer un entier contrôle sur le respect de cette condition, afin de s'assurer, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, que la mesure ordonnée était adaptée, nécessaire et proportionnée à sa finalité, dans les circonstances particulières qui ont conduit à la déclaration de l'état d'urgence. Ce contrôle est exercé au regard de la situation de fait prévalant à la date à laquelle la mesure a été prise, compte tenu des informations dont disposait alors l'autorité administrative sans que des faits intervenus postérieurement, notamment les résultats de la perquisition, n'aient d'incidence à cet égard »⁸⁶³. Dans ces conditions, lorsque l'autorité préfectorale ne fournit « aucun élément permettant d'établir que les motifs sur lesquels [elle] a fondé sa décision étaient réels et suffisants pour justifier que fut ordonnée une mesure de perquisition administrative », il convient d'annuler la mesure pour erreur d'appréciation⁸⁶⁴.

Dans le même ordre d'idées, lorsqu'il ne fait valoir qu'une note blanche qui rapporte des faits anciens ou non datés, imprécis, et de nature à laisser penser qu'il puisse y avoir erreur

⁸⁶¹ Cette observation ou piste d'analyse tenant à l'importance des faits dans le contrôle juridictionnel des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence pourrait probablement être élargi à l'ensemble des mesures de police prises sur le fondement d'éléments apportés par les services de renseignement ; la question qui se pose au juge devient en effet alors relative au point de savoir si les faits rapportés sont de nature à faire naître chez les autorités administratives la conviction d'un risque ou d'une menace pour la sécurité et l'ordre publics. François Dore et Pearl Nguyen-Duy, « Le contrôle du juge administratif... », *op. cit.*, p. 886 consacrent d'ailleurs des développements de leur étude à l'importance du contrôle de la matérialité des faits dans le contentieux de l'IST.

⁸⁶² Pour mémoire, dans sa version aujourd'hui applicable, la loi du 3 avril 1955 exige, pour qu'une perquisition puisse être ordonnée, qu'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 ».

⁸⁶³ CE, avis, 6 juil. 2016, n°398234.

⁸⁶⁴ TA Melun, 23 sept. 2016, n°1600664. V. aussi, le même jour : TA Melun, 23 sept. 2016, n°1600960 : « Considérant ainsi que si M. Y ne peut se prévaloir du fait que la perquisition opérée à son domicile le 3 décembre 2015 n'aurait eu aucun résultat, il soutient, sans être contredit par le préfet du Val-de-Marne 'qu'il n'a jamais eu de complaisance tant à l'égard des groupes terroristes que de leur idéologie, qu'il vit en enseigne paisiblement sa religion et considère n'avoir aucun point commun avec les auteurs des attentats du 13 novembre 2015' ; que le préfet du Val-de-Marne n'établit ni même n'allègue que le local visé par sa décision aurait été fréquenté par d'autres personnes que M. Y et dont le comportement constituerait une menace pour l'ordre public ; que, dans ces conditions, la perquisition ordonnée par le préfet du Val-de-Marne le 3 décembre 2015 n'était ni nécessaire ni proportionnée ». Pour d'autres exemples voir aussi TA Versailles, 17 mars 2016, n°1508438 ; 17 mars 2016, n°1600440 ; 14 avril 2016, n°1600301.

sur la personne⁸⁶⁵, le « ministre n'établit pas qu'il existe des raisons sérieuses de penser que le comportement [du requérant] constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics » de nature à valablement fonder une assignation à résidence⁸⁶⁶.

Bien sûr, on trouve aussi dans le corpus d'analyse quelques exemples où un réel contrôle de la proportionnalité est bien exercé ; nous les indiquons alors comme tels.

Le contrôle de la proportionnalité : CE, réf., 23 nov. 2016, n°404916

Dans cette affaire où était contestée un énième renouvellement d'une mesure d'assignation à résidence, le Conseil d'Etat précise d'emblée qu'il « appartient au juge des référés de s'assurer, en l'état de l'instruction devant lui, que l'autorité administrative, opérant la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public, n'a pas porté d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, que ce soit dans son appréciation de la menace que constitue le comportement de l'intéressé, compte tenu de la situation ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, ou dans la détermination des modalités de l'assignation à résidence ». Dans cette affaire, le juge considère que ce n'est pas tant le renouvellement de l'assignation à résidence que le déménagement à Toulouse de l'intéressé qui l'empêche de continuer à bénéficier de l'aménagement de peine dont il bénéficiait par ailleurs suite à une condamnation pénale.

On trouve dans notre corpus d'étude d'autres illustrations d'un authentique contrôle de proportionnalité, où sont mis en balance l'atteinte aux libertés du requérant et le trouble à l'ordre et à la sécurité publics. Dans une affaire, un juge des référés suspend ainsi partiellement un arrêté d'assignation à résidence en tant qu'il obligeait un épicier hallal à rentrer pendant la période de Ramadan à son domicile à 20h. En effet, il constate l'atteinte disproportionnée à sa liberté d'entreprendre compte tenu du fait que gérant d'une « épicerie fréquentée par une clientèle essentiellement de confession musulmane », le début du ramadan le 6 juin prochain implique « une forte fréquentation de son épicerie en soirée, avant la tombée du jour, soit jusqu'à 22 heures ». Ainsi, dans ces conditions, le respect de son obligation de résidence à son

⁸⁶⁵ Comp. TA Melun, ord., 22 déc. 2015, n°1510316, à propos d'une personne assignée à résidence sur le fondement de notes assimilant des demandes de congé et des séjours en Egypte à une forme de radicalisation, alors que l'intéressé prend ses congés normaux pour aller étudier l'arabe littéraire ; ou encore, pour une suspension prononcée à l'encontre d'un arrêté d'assignation fondé sur des faits matériellement inexacts : TA Melun, ord., 15 fév. 2016, n°1601237.

⁸⁶⁶ CAA Versailles, 22 nov. 2016, n°16VE02307. V. aussi TA Paris, ord., 6 avril 2016, n°1604880, pour la suspension d'un arrêté d'assignation à résidence fondées sur des notes blanches insuffisamment circonstanciées et contestées par le requérant ; ou encore TA Paris, ord., 12 mai 2016, n°1606056/9 : « considérant que la décision de retrait de la carte professionnelle en cause s'appuie sur la circonstance qu'à la suite de la consultation du fichier des personnes recherchées 'il existe des indices sérieux et concordants établissant que le comportement de M. Z est susceptible de porter atteinte à la sécurité publique et à la sûreté de l'Etat' ; que, toutefois, le CNAPS (...) n'apporte aucune précision sur les faits reprochés à M. Z. et sur le motif de son inscription sur le fichier des personnes recherchées permettant d'établir que le comportement de M. Z serait incompatible avec l'exercice d'activités de sécurité privée ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de ce que la motivation de la décision litigieuse est insuffisante en ce qu'elle ne lui permet pas de connaître les faits qui lui sont reprochés et qui ont justifié le retrait de sa carte professionnelle en application des dispositions du 2 de l'article L. 612 20 du code de la sécurité intérieure est de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision ; qu'il y a donc lieu, dans les circonstances de l'espèce, d'ordonner la suspension de l'exécution de cette décision ». Pour d'autres exemples voir aussi TA Versailles, 30 juin 2016, n°1603084 ; TA Montreuil, 4 mars 2016, n°1509717 ; 8 avril 2016, n°1509877 ; TA Cergy-Pontoise, 18 fév. 2016, n°1510947.

domicile à partir de 20 heures faisait peser, « en raison du ramadan à venir et de l'activité professionnelle », un risque élevé de perte de chiffre d'affaires que ne justifiait manifestement pas les motifs ayant conduit à décider de son assignation à résidence⁸⁶⁷. Constitue également une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre le nombre de pointages au commissariat eu égard à la gravité des faits et à la profession d'entrepreneur du requérant⁸⁶⁸.

Une interdiction de séjour visant à empêcher de manifester un militant rennais est aussi jugée disproportionnée car, même s'il a été condamné à une peine de trois mois de prison pour dégradations lors d'une manifestation à Nantes contre le projet d'aéroport de Notre Dame des Landes en février 2014, « cette seule condamnation, alors que le préfet ne produit aucun élément permettant de retenir que [l'intéressé] a personnellement participé aux dégradations et violences survenues durant les manifestations Rennaises de 2016, ne permet pas d'établir que l'intéressé, même s'il a manifesté et participé à des actions de soutien à des militants d'extrême gauche, pourrait entraver l'action des pouvoirs publics »⁸⁶⁹.

Mais il est parfois difficile de déterminer l'intensité du contrôle qui est effectivement exercé par le juge. L'analyse de notre corpus nous permet de souligner qu'en toute hypothèse, les différentes étapes qui devraient correspondre au « *triple test* » de proportionnalité (les mesures sont-elles nécessaires, adaptées, proportionnées ?) ne sont pas au rendez-vous, formellement du moins. Certes, il conviendrait de ne pas surévaluer l'importance de ce point. En effet, en dehors du contrôle juridictionnel de l'état d'urgence, il est assez rare que ces étapes (adéquation, nécessité, proportionnalité) soient nettement identifiées et distinguées dans le raisonnement juridictionnel. L'analyse de la jurisprudence mène au contraire à relever des flottements terminologiques, ainsi qu'à constater le caractère peu explicite et parfois globalisant de la démarche suivie par les juges. Si, dans l'absolu, les appréciations portant sur l'adaptation, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu* des mesures devraient pouvoir être distinguées, la nature précise des évaluations qu'induiraient ces critères peut, de manière générale, être qualifiée de mystérieuse –de sorte qu'il conviendrait, de ce point de vue, de ne pas être plus exigeant avec le contentieux de l'état d'urgence qu'avec le contentieux administratif en général. Il n'en reste pas moins que l'analyse de notre corpus révèle une tendance forte : il semble que plutôt qu'à un « *triple test* » le juge se livre en réalité à un contrôle consistant à vérifier d'une façon sommaire que les faits sont assez sérieux et avérés pour justifier la mesure, autrement dit, qu'il existe une concordance générale entre la gravité de la mesure et la situation de l'individu visé. En particulier, ce type d'appréciation se manifeste lorsque le juge commence par faire état de quelques variables relatives, par exemple, à un arrêté d'assignation à résidence (la durée d'application de la mesure, les aménagements dont elle fait l'objet), avant de considérer que la mesure est « *adaptée, nécessaire et proportionnée* », selon la formule consacrée, mais sans que soit véritablement développé chacun de ces critères⁸⁷⁰. Parfois, certaines appréciations ou certains arguments avancés par les magistrats semblent parfois plus précisément s'inscrire à la jonction de ces

⁸⁶⁷ TA Rennes, réf., 4 juin 2016, n° 1602381 (susp. partielle).

⁸⁶⁸ TA Orléans, réf., 19 janvier 2016, n°1600148 (suspens. partielle).

⁸⁶⁹ TA Rennes, 27 juin 2016, n°1603773 (annulation).

⁸⁷⁰ V. par ex. TA de Toulouse, 19 janvier 2017, n° 1602801 : « qu'ainsi eu égard au degré de l'atteinte en cause, à sa durée relative et aux aménagements de la mesure d'assignation dont M. C. a pu bénéficier, les mesures édictées à son encontre étaient, à la date à laquelle elles ont été prises, à la fois adaptées, nécessaires et proportionnées ».

critères. Si l'on admet que la vérification de la « *nécessité* » d'une mesure consiste à déterminer si une autre moins attentatoire aux droits et libertés aurait permis la réalisation de l'objectif visé, et que le contrôle de sa « *proportionnalité* » suppose qu'il soit établi qu'elle ne porte pas une atteinte excessive à un droit ou une liberté, on observe que le contrôle juridictionnel opère souvent à la jonction de ces exigences. Tel est notamment le cas lorsqu'il est relevé que l'individu assigné à résidence aurait pu demander à bénéficier d'une autorisation de sortie de la zone à laquelle il est assigné en vue de l'exercice effectif de son activité professionnelle ou pour une autre raison⁸⁷¹. Il en est de même lorsque le juge administratif relève, en portant alors attention aux moyens de police disponibles, qu'en égard au contexte caractérisé par un afflux de population important qui nécessiterait une surveillance de la part des forces de l'ordre, la réduction de la durée d'une manifestation n'apparaît pas comme une restriction disproportionnée au droit de manifester⁸⁷². Reste que, le plus souvent, le juge ne vérifie pas (ou en tous cas, pas explicitement) que des mesures moins attentatoires aux libertés auraient pu être prises, de sorte que le contexte de l'état d'urgence semblerait faire obstacle à la mise en œuvre de la logique de la jurisprudence *Benjamin* du Conseil d'État —et donc, à un authentique contrôle de proportionnalité⁸⁷³.

Ainsi, par exemple, on ne peut qu'être étonné par le refus du juge administratif orléanais de reconnaître le caractère disproportionné de l'atteinte portée à la vie privée et familiale d'un requérant par son assignation à résidence au domicile de son... ex-épouse (!), alors que « divorcé depuis le 9 novembre 2015 », il a dû, du fait de l'arrêté d'assignation, « réintégrer ce domicile et que la cohabitation « est intenable » ». D'autant que c'est sous prétexte qu'il n'apporterait « aucun élément de nature à établir qu'il avait effectivement quitté le domicile commun avant son assignation à résidence » que la requête est rejetée...⁸⁷⁴. A Rennes, le juge des référés n'estime pas disproportionné le refus d'aménager l'assignation à résidence d'un requérant dans des termes qui, là encore, semblent permettre de douter de l'exercice d'un réel contrôle de proportionnalité. Notant que le ministre de l'intérieur avait déjà accepté de tenir compte de la formation d'infirmier à laquelle l'intéressé a été admis pour changer son lieu d'assignation (de Roubaix à Brest) et aménagé ses horaires de pointage au commissariat de police ainsi que la durée de son assignation à résidence à son domicile, il refuse de lui accorder un nouvel aménagement et d'étendre son assignation à la commune

⁸⁷¹ V. par exemple TA de Toulouse, 17 juin 2016, n° 1600349 ; 27 octobre 2016, n° 1600398 ; 27 octobre 2016, n°1600399.

⁸⁷² TA de Pau, 22 juillet 2016, n° 1601383. L'arrêt que le Conseil d'Etat a rendu dans l'affaire connue à propos du militant Domenjoud est marquée par cette logique, étant donné que l'assignation du requérant sur le territoire de la commune de Malakoff a été justifiée par la prise en considération des ressources matérielles et humaines de la police. (CE n°394989 « *il résulte également de l'instruction que les forces de l'ordre demeurent particulièrement mobilisées pour lutter contre la menace terroriste et parer au péril imminent ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, ainsi que pour assurer la sécurité et le bon déroulement de la conférence des Nations-Unies se tenant à Paris et au Bourget jusqu'à la fin de celle-ci* »).

⁸⁷³ Cet analyse fait écho à des observations faites par Maxence Chambon, « Une redéfinition de la police administrative », *op. cit.*, p. 147 : « Classiquement, une mesure de police administrative générale doit être nécessaire, d'une part c'est à dire doit reposer sur un risque d'atteinte à l'ordre public et proportionnée, d'autre part, c'est à dire qu'aucune autre mesure moins attentatoire aux libertés ne pouvait permettre d'endiguer ce risque. Or ces deux critères sont largement contrariés en matière de terrorisme. (...) les lois relatives au terrorisme, reprenant rituellement la formule 'des raisons sérieuses de penser', permettent à l'administration de présumer dans une large mesure l'existence d'un risque d'atteinte à l'ordre public et vide par là même de son objet le contrôle de la nécessité de la mesure de police ».

⁸⁷⁴ TA Orléans, réf., 22 février 2016, n°1600514 (rejet) ; TA Orléans, 21 juin 2016, n°1600516 (rejet).

de... Roubaix, où réside sa mère, afin qu'il puisse lui rendre visite pour les vacances de la Toussaint et de Noël et de lui délivrer les sauf-conduits correspondants⁸⁷⁵. N'est pas davantage jugée disproportionnée une mesure d'assignation à résidence, déjà évoquée, prise à l'encontre d'un lutteur professionnel qualifié pour la phase finale des championnats de France⁸⁷⁶. Français d'origine tchéchène, on lui reproche de participer au recrutement de combattants tchéchènes. Toutefois, suite à la médiatisation de son cas, l'intéressé a finalement obtenu un sauf-conduit de la préfecture de Moselle pour participer à ce championnat...

En d'autres termes, il nous paraît d'autant plus important d'insister sur ces différents degrés d'intensité du contrôle juridictionnel de l'état d'urgence que notre étude nous a mené à la conclusion qu'il s'agit d'un contentieux qui prend souvent les allures d'un contrôle des faits allégués par l'administration que celui d'un contrôle de l'éventuelle atteinte aux droits des requérants. En effet, c'est rarement au motif qu'elles porteraient une atteinte disproportionnée à un droit fondamental (liberté d'aller et venir, respect de la vie privée et familiale...) que les censures sont prononcées ; lorsque c'est le cas, c'est plutôt parce que les faits sur lesquels s'appuie l'administration ne sont pas suffisamment étayés.

B - Contrôle – Outils (le trou noir des notes blanches)

Du point de vue des éléments pris en compte par le juge dans le cadre du contrôle qu'il exerce sur les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, la caractéristique la plus frappante dans le corpus étudié tient à l'importance considérable des notes blanches (notes établies par les services de renseignement⁸⁷⁷). En tant que réalité administrative, l'état d'urgence présente en effet une spécificité notable qu'est sa grande dépendance aux informations transmises par les services de renseignement ; et celle-ci se répercute logiquement sur le contentieux, puisque les éléments figurant dans les notes blanches jouent un rôle considérable dans le contrôle de la nécessité des mesures exercé par le juge. Notre analyse contentieuse révèle ainsi la force probante de ces notes blanches —ou, plus exactement, la difficulté qu'a le juge à questionner cette dernière⁸⁷⁸. Dans notre corpus, 349 des 703 jugements rendus en 1^{re} instance font explicitement référence à une note blanche des services de renseignement, soit un pourcentage de 49,6%. Ainsi par exemple, pour les tribunaux du ressort de la Cour administrative d'appel de Lyon, sur les 39 arrêtés où une note blanche est utilisée, seuls quatre ont été annulés, dont un car la préfecture ne l'a pas produite à l'audience.

Il ne fait guère de doute que le juge accepte que des mesures administratives soient fondées sur les notes des services de renseignement ; ce point est établi depuis longtemps et indépendamment de l'état d'urgence⁸⁷⁹. Reste que la très forte dépendance qualitative et quantitative des mesures prises dans le cadre de ce régime d'exception invite à penser à

⁸⁷⁵ TA Rennes, réf., 28 octobre 2016, n°1604677 (rejet).

⁸⁷⁶ TA Strasbourg, 27 avril 2016, n°1506993 (rejet).

⁸⁷⁷ Plus spécifiquement, il s'agit de fiches qui ne sont ni datées ni signées, contenant des extraits de rapports de police ou de renseignement et qui apportent des éléments au sujet du comportement d'individus.

⁸⁷⁸ Denis Salas parle quant à lui de « renseignements incontrôlables » : Denis Salas, « L'état d'urgence : poison ou remède au terrorisme ? », *Archives de Politique Criminelle*, 2016, vol. 1, n°38, p. 75.

⁸⁷⁹ CE, 3 mars 2002, *Min. Intérieur c. Rakhimov*, n°238662, v. AJDA, 2003, p. 1343, note O. Lecucq.

nouveaux frais la question des moyens de contrôle du juge face à ce type de motivation ou de justifications de mesures administratives. Il importe en effet de s'interroger sur la manière dont le juge peut s'assurer de la véracité ou, du moins, de la vraisemblance, des éléments rapportés dans lesdites notes. Quel degré de précision et de détail exiger des éléments qui y sont rapportés afin qu'elles puissent valablement fonder des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence ? Quel est le régime procédural de ces notes —notamment au regard du principe du contradictoire⁸⁸⁰ ? Quels standards sont exigés du requérant qui conteste des éléments rapportés dans les notes ? Les questions, on le voit, sont nombreuses. Les réponses, pour autant qu'on se base sur le corpus ici étudié, sont plus impressionnistes⁸⁸¹. En fait, le juge semble peu équipé pour remettre en cause les éléments factuels contenus dans des notes blanches. De fait, on ne connaît ni le standard de précision et de preuve exigé (le cas échéant) par le juge pour admettre que ces éléments puissent valablement fonder des décisions administratives, ni le standard exigé des requérants pour (le cas échéant) les réfuter. Rien ne permet véritablement de comprendre, et donc d'apprécier, le raisonnement du juge dans le corpus analysé ; ceci vaut particulièrement relativement aux jugements par lesquels le juge considère comme n'étant pas de nature à créer un doute sur la légalité des mesures attaquées la parole des requérant.e.s qui contestent la véracité des éléments figurant dans les notes blanches.

De manière générale, le juge semble exiger des notes blanches qu'elles soient « précises et circonstanciées » ; à défaut, il pourra annuler ou suspendre les mesures contestées en raison des insuffisances des notes blanches. Les éléments rapportés doivent donc être datés (et il arrive que le juge estime que des éléments trop anciens ne peuvent valablement être retenus⁸⁸²). Dans le cas où la note rapporte des propos qui auraient été tenus par l'intéressé, le juge peut en outre exiger que leur nature précise soit établie⁸⁸³. Dans le cas où elle liste un réseau de relations dans lequel la personne serait insérée, il importe que leur

⁸⁸⁰ Le juge admet que les notes blanches constituent un moyen de preuve (v. encore, dans le cadre de l'état d'urgence : CE, Sect., ord., 11 déc. 2015, n° n°394990, que « aucune disposition législative ni aucun principe ne s'oppose à ce que les faits relatés par les notes blanches produites par le ministre, qui ont été versées au débat contradictoire et ne sont pas sérieusement contestées par le requérant, soient susceptibles d'être pris en considération par le juge administratif ») ; mais pour que l'intéressé puisse se défendre, elles doivent être versées à l'instruction et doivent pouvoir être débattues dans le cadre du contradictoire (CE, 3 mars 2002, *Min. Intérieur c. Rakhimov*, n°238662). En revanche, le juge accepte que la situation d'urgence dans laquelle se trouve par hypothèse le ministre pour prendre les mesures qu'il prend dans le cadre de l'état d'urgence lui permet de prendre des mesures sans mettre les intéressés en situation de présenter leurs observations et sans, le cas échéant, leur communiquer les notes des services de renseignement qui fondent leurs décisions.

⁸⁸¹ V. Jean-Philippe Foegle, Nicolas Klausser, « Le contrôle du juge administratif sur les notes blanches », *op. cit.*

⁸⁸² Pour un exemple où le juge annule pour erreur d'appréciation un ordre de perquisition fondé sur une note blanche qui, précisément, rapporte des éléments liés à un passé de radicalisation trop ancien de l'intéressée (et qui paraît en outre, au plan de son contenu, insuffisante) : TA Paris, 19 juil. 2016, n°1607960. Pour un autre exemple, voir TA Melun, 22 déc. 2015, n°1510316.

⁸⁸³ Par exemple, le juge des référés suspend une assignation à résidence d'une femme convertie à l'islam. Pour le juge des référés la note blanche ne fait pas état de circonstances de fait précises. La décision litigieuse repose essentiellement sur le fait que la requérante est mariée religieusement à une personne ayant séjourné au Yémen de 2006 à 2009 et devenue par la suite prédicateur et conférencier officiant dans divers lieux de culte salafistes et que, sous son influence, elle participe à l'activité d'une association d'obédience salafiste, en lien avec la mouvance radicale (TA Nantes, réf., 21 janvier 2016, n°1600385 (suspension totale).

fréquence soit établie⁸⁸⁴. Mais au-delà de ces quelques observations très générales, il faut convenir que le contrôle exercé sur ces notes blanches semble marqué du sceau de l'aléa ; des variations peuvent être constatées en fonction des juges dans le contrôle des éléments figurant dans les notes blanches, parfois même relativement à un même cas particulier.

À cet égard, une intéressante divergence a par exemple opposé le tribunal administratif de Bordeaux à la Cour administrative d'appel de cette même ville, au sujet précisément de la relation d'un individu assigné à résidence et d'une partie de son entourage réputé radicalisé. En première instance, le tribunal refusait de censurer l'arrêté d'assignation à résidence en faisant état du « riche » contenu du dossier du requérant : le Ministère de l'intérieur mettait en effet en avant « le comportement violent de l'intéressé, connu pour des faits de délinquance qui l'ont conduit à être incarcéré à plusieurs reprises, son adhésion aux thèses de l'islam radical et ses propos marqués d'idéologie djihadiste et exprimant son souhait de rejoindre la Syrie ». Ces éléments trouvaient directement leur origine dans une note blanche qui faisait référence au fait que le frère de l'intéressé était « défavorablement connu des services de police et faisait lui-même l'objet d'une assignation à résidence en raison de sa propre radicalisation », et précisait que « d'autres éléments dont la ou les sources sont à protéger impérativement, s'inscrivant dans une phase de renseignement et ne donnant pas lieu à une procédure judiciaire, attestent d'une adhésion de l'intéressé à l'idéologie djihadiste »⁸⁸⁵. En appel cependant, l'arrêté d'assignation était censuré au motif explicite que « la mesure d'assignation ne comportait aucune interdiction faite au requérant d'entrer en relation avec son frère ». La Cour jugeait alors que, dans ces conditions, et à défaut d'« éléments plus précis et circonstanciés, propres à la personne même du requérant, et pas seulement à son lien de parenté [...], de nature à établir qu'il pouvait exister des raisons sérieuses de penser que le comportement du requérant lui-même constituait une menace pour la sécurité et l'ordre publics », le ministre de l'intérieur avait entaché ses arrêtés prononçant l'assignation à résidence de ce dernier d'une erreur d'appréciation⁸⁸⁶.

Un autre exemple est tout aussi parlant, qui a trait à un requérant qui obtient la suspension de la mesure d'assignation à résidence dont il fait l'objet, précisément au motif que, malgré un report de l'instruction, le préfet n'apporte aucun élément de nature à corroborer les éléments figurant dans la note blanche. Or, dans une autre requête formée par le même requérant contre une autre mesure dont il faisait également l'objet (une interdiction de sortie du territoire) et qui était fondée sur la même note blanche, l'intéressé n'a pas obtenu satisfaction⁸⁸⁷. De sorte qu'on a ici affaire à une même note blanche qui fonde deux mesures défavorables dont l'une est prise dans le cadre de l'état d'urgence et passe le cap de l'examen juridictionnel tandis que l'autre ne l'est pas et est suspendue par le juge... où l'on voit que le juge est bien mal équipé ou préparé pour contrôler ces mesures fondées sur du renseignement, et se retrouve alors singulièrement tributaire du travail de la DGSI en l'absence de standards juridictionnels définis.

Si le standard de précision et de véracité des éléments de renseignement sur lesquels

⁸⁸⁴ Pour un exemple d'arrêt où l'ensemble de ces critères sont évoqués : CAA Versailles, 22 nov. 2016, n°16VE02307.

⁸⁸⁵ TA de Bordeaux, 17 décembre 2015, n° 1505132.

⁸⁸⁶ CAA de Bordeaux, 7 juillet 2016, n° 16BX00784

⁸⁸⁷ TA Paris, réf., 6 avril 2016, n°1604880.

les autorités administratives fondent leurs décisions n'est pas clair, il en va de même de celui requis des requérants qui entendraient contester ou réfuter les éléments en cause. On comprend intuitivement qu'il leur appartient d'apporter devant le juge tout élément de nature à contredire utilement les éléments figurant dans les notes blanches ; on comprend d'ailleurs à cet égard l'investissement d'avocats pénalistes dans ce contentieux qui se rapproche, de ce point de vue, du procès pénal – avatar supplémentaire de la transformation des frontières entre droit administratif et droit pénal qui opère à la faveur de l'état d'urgence. On comprend également la difficulté structurelle qui caractérise toute entreprise consistant à réfuter des informations provenant de notes blanches : comment, en effet, prouver qu'on n'était *pas* à telle réunion, qu'on n'est *pas* en contact avec telle personne, qu'on n'a *pas* l'intention de partir en zone de combat ou qu'on ne partage *pas* une idéologie belliqueuse ? Une affaire, déjà évoquée, tirée de notre corpus illustre plus particulièrement ces difficultés et enjeux – elle a d'ailleurs, pour ce motif, eu les honneurs de la grande presse⁸⁸⁸. Un individu avait ainsi, dans les premiers mois de l'état d'urgence, été assigné à résidence sur le fondement de notes des services de renseignement établissant notamment qu'il avait été identifié aux abords du domicile d'un des journalistes de Charlie Hebdo en train de prendre des photos avec son téléphone⁸⁸⁹. Le recours en référé-liberté qu'il forme devant le tribunal administratif est rejeté, au motif que : « ces faits ne sont pas utilement contredits par le requérant qui se borne à faire état de la proximité du domicile de sa mère avec celui du journaliste de Charlie Hebdo, mais ne conteste pas fréquenter régulièrement une mosquée réputée pour accueillir des islamistes radicaux, même s'il soutient qu'il pratique pour sa part un islamiste modéré, pas plus qu'il ne dément avoir été mis en cause en 2008 dans un trafic de voitures de luxe destiné à financer des mouvements terroristes radicaux »⁸⁹⁰. En appel devant le Conseil d'Etat cependant, l'intéressé parviendra à convaincre les juges : il se trouvait effectivement aux abords du domicile de sa mère (la proximité de celui d'un journaliste de Charlie Hebdo relevant alors de la coïncidence) ; il ne prenait pas de photos mais passait un appel en recourant à la fonction « mains libres » de son téléphone car il avait un casque de moto sur la tête —sa facture téléphonique détaillée établissant la réalité de cet appel. Dans les mots du Conseil d'Etat :

« Considérant que l'arrêté dont la suspension est demandée est motivé par le fait que M. A. appartient à la mouvance islamiste radicale, qu'il a été signalé le 13 mai 2015 aux abords du domicile d'une personnalité faisant l'objet d'une protection particulière alors qu'il prenait des photos dudit domicile et du dispositif policier mis en place et qu'il a été mis en cause dans une affaire de trafic de véhicules de luxe, animé par des acteurs de la mouvance islamiste radicale ;

Considérant toutefois qu'il ressort de l'instruction, et notamment des débats au cours des

⁸⁸⁸ http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/01/22/etat-d-urgence-le-conseil-d-etat-suspend-pour-la-premiere-fois-une-assignation-a-residence_4852070_1653578.html

⁸⁸⁹ Aux termes de l'ordonnance lue en 1^{re} instance, la note blanche mentionne les éléments suivants : « Le ministre de l'intérieur pour prendre l'arrêté litigieux s'est fondé sur le fait que le requérant avait été signalé à plusieurs reprises aux abords du domicile d'un journaliste du journal satirique Charlie Hebdo et qu'il avait pris des photos de l'immeuble de celui-ci ainsi que du dispositif policier, qu'il était connu pour son appartenance à la mouvance islamiste radicale en fréquentant régulièrement une mosquée de Vitry-sur-Seine réputée abriter de nombreux islamistes radicaux de la région d'Ile France, qu'il a également été mis en cause en 2008 pour son appartenance à un vaste trafic international de véhicules de luxe animé par des membres de la mouvance islamiste radicale dont une partie des bénéfices permettait le financement de structures terroristes ainsi que d'une filière d'envoi de jeunes franciliens dans les écoles coraniques d'obédience chiite du Yémen » : TA Melun, 5 janv. 2016, n°160009.

⁸⁹⁰ TA Melun, 5 janv. 2016, n°160009.

deux audiences tenues les 19 et 21 janvier par le juge des référés du Conseil d'Etat ainsi que des suppléments d'instruction qu'il a ordonnés à deux reprises, que M. A. a pu justifier de manière cohérente et circonstanciée sa présence aux abords du domicile de la personnalité en question par une visite rendue à sa mère, qui habite à proximité immédiate ; qu'il apparaît, au vu des explications fournies par le requérant aux audiences, que sa position a pu être confondue avec celle d'une personne prenant des photographies, alors qu'il utilisait son téléphone portable en mode « haut-parleur » tenu face au visage afin de pouvoir conserver son casque sur la tête pendant l'arrêt de son scooter à 3 roues pour appeler son épouse qui devait le rejoindre pour se rendre à Paris ; que M. A. a pu établir la réalité de ces appels à l'heure à laquelle il a été observé à proximité du domicile de ladite personnalité ; qu'aucun élément suffisamment circonstancié produit par le ministre de l'intérieur ne permet de justifier que M. A. appartiendrait à la mouvance islamiste radicale ; que s'agissant de sa mise en cause dans une affaire de trafic de véhicules en 2008, il résulte de l'instruction qu'il a en réalité été entendu comme simple témoin, lui-même se disant victime, sans que le ministre ne l'ait contesté à l'audience, et qu'en outre aucun élément produit par le ministre n'a permis d'accréditer, en ce qui concerne ce trafic, l'existence d'un contexte d'islamisme radical »⁸⁹¹.

Le Conseil d'Etat prononce alors la suspension de la mesure d'assignation à résidence ainsi que l'annulation de l'ordonnance du tribunal administratif, en jugeant que le ministre a porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir de l'intéressé. Cette affaire illustre donc bien la difficulté de la preuve négative que toute personne faisant l'objet d'une mesure prise sur le fondement de notes blanches se trouve donc en situation de devoir apporter —et de l'imprécision des standards jurisprudentiels de réfutation.

Et cet exemple est illustratif de ce qui se donne à voir au terme de l'analyse de l'ensemble du corpus jurisprudentiel : l'évaluation des éléments apportés en défense à l'aune des éléments relatés dans les notes blanches paraît en effet bien variable d'un juge à l'autre. Ainsi, le tribunal administratif de Grenoble a pu annuler une mesure d'assignation à résidence alors que celle-ci semble être contestée en des termes très sommaires⁸⁹², tandis que celui de Dijon⁸⁹³ a pu rejeter un tel recours malgré l'apparente pertinence des documents produits en défense. Dans cette dernière affaire, deux notes blanches indiquent que le concerné aurait souhaité rejoindre son frère qui se trouve à la tête d'un groupe de combattants en Syrie, afin de le conseiller « dans la mise en place d'une banque islamique ». Pour contester ces allégations, le requérant a produit plusieurs documents (attestation d'un proche, de formation professionnelle...), dont un certificat médical d'un psychiatre indiquant que, déjà hospitalisé pour un épisode délirant dans un contexte de troubles bipolaires, le requérant bénéficie d'un traitement ayant pour effet « une altération de la motivation associée à un ralentissement psychomoteur manifeste » incompatibles avec un « processus de radicalisation ». Malgré cela, ces deux notes blanches ont été considérées comme suffisamment circonstanciées par le juge des référés, qui voit dans l'assignation à résidence une juste conciliation des intérêts en présence.

Le contentieux des 11 arrêtés d'interdiction de séjour (interdictions de manifester) relatifs à la mobilisation contre la loi « travail » dite « El Khomri » devant le tribunal

⁸⁹¹ CE, 22 janv. 2016, n°396116.

⁸⁹² TA Grenoble, 2 juin 2016, n°1600123,

⁸⁹³ TA Dijon, 17 décembre 2015, n°1503402.

administratif de Paris est, lui aussi, tout à fait révélateur de cette variabilité et de l'aléa qui semble caractériser le contrôle juridictionnel de l'état d'urgence lorsque les mesures sont fondées sur des notes blanches (voir *supra*).

C - Contrôle – Issue

L'existence même d'un juge et de voies de recours compte indubitablement parmi les piliers de l'Etat de droit ; et, de fait, à l'occasion des débats et travaux parlementaires auxquels les six lois successives de prorogation ont donné lieu, il a très fréquemment été avancé que les mesures prises dans le cadre de ce régime d'exception n'étaient nullement soustraites au contrôle d'un juge –et que si le contrôle de ces mesures échappait au juge judiciaire⁸⁹⁴, il n'y avait pas lieu de voir là une source d'inquiétude dès lors que la protection des droits et libertés étaient parfaitement garantie par « la nature du contrôle exercé par le juge administratif et la rapidité de son intervention »⁸⁹⁵. Mais plus encore, par-delà l'existence et la compétence d'un juge, il importe de mesurer la qualité de sa production : un juge qui n'annulerait jamais aucune mesure ou trancherait toujours en faveur des mêmes parties n'apporterait assurément pas les garanties attendues du juge auquel renvoie le « droit au juge » aujourd'hui largement consacré⁸⁹⁶. Plus avant, il faut interroger finement le corpus d'analyse pour l'évaluer du point de vue de sa contribution à la préservation des libertés.

Globalement, le contentieux de l'état d'urgence nous paraît caractérisé par un relativement faible taux de succès des recours. En 1^{re} instance, sur 703 recours, 482 ont rencontré une issue défavorable au requérant (rejet, autorisation d'exploitation des données) —soit 68,5% du total ; tandis que 139 jugements sont favorables au requérant (annulations ou suspensions totales ou partielles, refus d'autorisations d'exploitation de données, injonctions favorables au requérant...)— soit 19,7% du total. Nous avons ainsi cherché à distinguer, au-delà d'une lecture mécanique binaire de l'issue des recours (rejet versus annulation ou suspension), entre ceux des arrêts et jugements qui sont favorables aux requérants et ceux qui leur sont défavorables ; une annulation ou une suspension n'est en effet pas nécessairement une victoire pour le requérant. On comprend en effet aisément que, si l'annulation d'une mesure de l'état d'urgence en 1^{re} instance est, par hypothèse, favorable au requérant, il en va tout à fait différemment en appel où l'annulation obtenue par le ministre peut précisément concerner le jugement de 1^{re} instance —et donc, faire revivre la mesure initialement contestée⁸⁹⁷. Par ailleurs, certaines annulations ou suspensions sont tellement partielles qu'elles ne remettent pas fondamentalement en cause l'économie générale du régime de l'urgence —pas plus qu'elles n'apportent de changement substantiel à la situation du requérant. C'est le cas par exemple de ce militant belge qui a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français sans délai de départ volontaire (DDV) et donc accompagné d'une

⁸⁹⁴ Hormis l'hypothèse de poursuites pénales ; voir Crim. 13 déc. 2016, n°16-84.794.

⁸⁹⁵ Jean-Marc Sauvé, « La protection des droits et libertés fondamentaux dans le contexte de la menace terroriste », 12 décembre 2016, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-protection-des-libertes-et-des-droits-fondamentaux-dans-le-contexte-de-la-menace-terroriste>

⁸⁹⁶ V. en dernier lieu : Xavier Vuitton, *Le procès équitable. L'article 6-1 de la CEDH : état du droit et perspectives*, LGDJ, 2017.

⁸⁹⁷ Ainsi : CAA Paris, 8 juil. 2016, n°16PA01153 est un arrêt d'annulation du jugement par lequel le TA de Melun avait annulé arrêté d'assignation à résidence pour incompétence de l'auteur de l'acte (TA Melun, 12 fév. 2016, n°1509495). *Idem* concernant les arrêts : CAA Versailles, 21 juin 2016, n°16VE01130 et CAA Versailles, 8 nov. 2016, n°16VE01752 ; voir aussi CAA Versailles, 6 déc. 2016, n°16VE02856.

décision de placement en rétention administrative : si le juge estime que la seule participation à une manifestation interdite ne justifie pas à elle seule le refus de DDV car il n'y a pas, à proprement parler, d'urgence à éloigner l'intéressé, il ne prononce qu'une annulation partielle, concernant le refus de DDV et le placement en rétention — mais pas l'OQTF⁸⁹⁸. Plus emblématiques encore de la mesure relative dans laquelle l'intervention du juge peut être favorable aux requérants sont les quelques injonctions prononcées par le juge qui, sans remettre en cause les mesures attaquées, en commandent l'aménagement. Ainsi, le TA de Paris a pu enjoindre au ministre d'aménager une mesure d'assignation à résidence afin de permettre au requérant de poursuivre sa vie professionnelle, et de lui délivrer un sauf-conduit pour qu'il puisse se rendre aux consultations médicales rendues nécessaires par son état de santé propre et le suivi de la grossesse de son épouse⁸⁹⁹.

Le taux d'annulation ou de suspension totale des assignations à résidence confirme le faible taux de succès des recours : en effet, seules 10,8% des assignations à résidence ayant fait l'objet d'un recours devant les tribunaux, cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat ont été annulées ou suspendues totalement. Ce taux s'élève à 20,1% si on ajoute aux annulations et suspensions totales les désistements et non-lieux à statuer, les arrêtés d'assignation à résidence ayant été abrogés avant l'audience par le ministère de l'Intérieur. En tout état de cause, ces taux illustrent le faible impact du juge administratif sur les décisions d'assignations à résidence, celui-ci n'étant à l'origine que de la moitié des décisions favorables aux personnes (45 jugements sur les 86 favorables répertoriés). Ils ne correspondent pas exactement aux statistiques produites par le Conseil d'Etat, qui fait état d'un taux de plus de 20 ou 30% pour ces recours (voir *infra*). Concernant les perquisitions administratives, le taux d'annulation est beaucoup plus élevé, près de 46% des recours exercés à leur encontre devant les tribunaux, les cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat ayant abouti à une annulation.

Enfin, certaines victoires contentieuses sont avant tout symboliques et ne produisent que peu ou pas de changement sur la situation personnelle des requérant.e.s. Tel est notamment le cas lorsque le juge prononce l'annulation pour excès de pouvoir d'arrêtés de perquisition. Il faut donc encore relativiser les chiffres et pourcentages d'annulation mentionnés *supra*, dès lors que ce sous-corpus spécifique de l'annulation des ordres de perquisition renforce de manière exagérée sinon trompeuse la contribution du juge administratif à la protection des libertés.

⁸⁹⁸ TA Paris, 3 déc. 2015, n°1519697/8.

⁸⁹⁹ TA Paris, réf., 26 déc. 2015, n°1520961. Pour d'autres exemples voir aussi CE, 6 janv. 2016, n°395622 : « Dans ces conditions, les modalités de l'assignation à résidence telles qu'elles étaient déterminées par l'arrêté portaient une atteinte grave et manifestement illégale à son droit au respect de sa vie familiale ainsi qu'à l'intérêt supérieur de ses enfants auquel une attention primordiale doit être accordée en vertu de l'article 3 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 ». « Dès lors, il y avait lieu d'enjoindre au ministre de l'intérieur, afin de faire cesser les atteintes constatées aux libertés fondamentales de Mme T., de prendre, sans délai, toute mesure de nature à permettre, par tous moyens, à l'intéressée de s'acquitter dans tous les cas et tous les jours de ses obligations de présentation dans sa commune ». V. aussi : TA Cergy-Pontoise, 8 fév. 2016, n°1600952 : « Dans ces conditions, les modalités de l'assignation à résidence portent une atteinte au droit que M. Y. a de travailler. Or, en l'absence de toute défense du ministre de l'intérieur sur ce point, aucun motif de sécurité publique ne s'oppose à un aménagement des conditions de l'assignation à résidence de M. Y. afin de lui donner un temps suffisant pour se rendre à Bezons sur son lieu de travail entre deux obligations de présentation au commissariat de Méry-sur-Oise ».

Prenons l'exemple d'une série spécifique : pour ce qui est du ressort de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, un même juge rapporteur a ainsi contribué à l'annulation de cinq mesures de perquisitions, à chaque fois pour la même raison tenant à la motivation insuffisante de l'acte administratif. La série pourrait *a priori* suggérer l'efficacité générale du contrôle, attestée par exemple par un taux d'annulation important des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence. Pourtant, outre le fait que la solution consistant en l'annulation d'un ordre de perquisition qui, par hypothèse, a largement épuisé ses effets au moment où le juge se prononce n'est pas déterminante pour le requérant, la série n'est pas forcément significative d'un examen poussé et d'un contrôle affirmé du juge en matière de protection des libertés. En effet, dans ces cinq affaires, les ordres de perquisition étaient tous motivés par le fait qu'il existait « des raisons sérieuses de penser que se trouvent dans les lieux visés des personnes, armes ou objets susceptibles d'être liés à des activités à caractère terroriste ». Une telle motivation peut bien apparaître comme manifestement « excessivement générale et ne permettant pas de connaître les éléments de fait sur le fondement desquels (les ordres) de perquisition (ont) été pris »⁹⁰⁰.

Contentieux de l'état d'urgence : les statistiques du Conseil d'Etat

On l'a dit plus haut, les chiffres relatifs au nombre de mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sont source de confusion et difficiles à établir avec certitude. Mais la mise en ordre statistique du contentieux de l'état d'urgence semble, tout autant, pouvoir donner lieu à des présentations différentes. Prenons par exemple la présentation qu'en faisait le vice-président du Conseil d'Etat à la fin de l'année 2016 :

« Quelques statistiques donnent la mesure de l'efficacité du contrôle opéré par le juge administratif dans ce cadre : plus de 30 % des assignations à résidence prises au titre de l'état d'urgence depuis le 14 novembre 2015 et contestées devant le juge des référés des tribunaux administratifs ont cessé d'être appliquées, soit qu'elles aient été suspendues en tout ou partie par ce juge, soit qu'elles aient été préventivement abrogées, avant ou après l'audience devant le juge, par le ministre de l'intérieur. En appel devant le Conseil d'Etat, le taux de remise en cause des assignations s'est élevé à 56%. Depuis le 21 juillet 2016, les tribunaux administratifs ont par ailleurs été saisis de 80 demandes d'autorisation d'exploiter des données informatiques saisies dans le cadre d'une perquisition. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de se prononcer à six reprises sur ces jugements en exerçant également un entier contrôle sur la régularité et la nécessité de ces mesures. Le juge administratif a aussi été saisi de plusieurs recours contre des interdictions de séjour dans toute ou partie d'un département. Dans plus de 53 % des cas, les juges des tribunaux administratifs ont prononcé une suspension partielle ou totale de ces décisions ».

Dans le cadre d'une présentation de l'activité du Conseil d'Etat en matière de lutte contre le terrorisme, Jean-Marc Sauvé s'est à nouveau félicité du contrôle approfondi défini par le Conseil d'Etat, qui s'est révélé « efficace » : « plus de 20% des assignations à résidence et plus de 30% des perquisitions administratives ordonnées sur le fondement de l'état d'urgence ont été annulées, retirées ou abrogées »⁹⁰¹.

A propos du contentieux visant spécifiquement les assignations à résidence, deux éléments sont par exemple mentionnés : un taux de suspension « en tout ou partie » d'une part et les abrogations préventives d'autre part. On l'a dit, les hypothèses de suspension partielle ne sauraient être lues comme démontrant nécessairement « l'efficacité du contrôle opérée par le juge administratif » au

⁹⁰⁰ TA de Pau, 7 avril 2016, n° 1600062, 1600063, 1600065, 1600066, 1600067.

⁹⁰¹ Jean-Marc Sauvé, « Présentation de l'activité du Conseil d'Etat dans le cadre de la lutte contre le terrorisme », Conférence organisée par Lysias Sceaux et l'Association des étudiants publicistes, Sceaux, 7 décembre 2017.

regard des droits et libertés et ce, pour une pluralité de motifs. D'abord, parce que concrètement, l'étude de notre corpus révèle que la suspension partielle correspond généralement à un aménagement mais non à une remise en cause de la mesure en son principe : le nombre de pointages au commissariat de police, ou leur heure, seront revisités – mais le principe de l'assignation ne sera pas remis en cause. Ensuite, parce ces suspensions partielles peuvent être lues comme autant d'illustrations de ce que l'on a appelé supra la forte dépendance du contrôle juridictionnel aux notes blanches qui fondent si souvent les mesures : mal équipé pour exercer un authentique contrôle de la qualité des éléments qui y sont rapportés, peu clair sur les qualités exigées de leur réfutation, le juge est bien en peine de remettre en cause les mesures dans leur principe – et se contente d'en atténuer, lorsqu'il le peut, les effets.

Quant aux abrogations préventives, on constate en effet qu'il s'agit là d'une pratique quantitativement significative dans le corpus ici constitué : la plupart des nombreux non-lieux à statuer (54 non-lieux sur 703 jugements de 1^{re} instance, soit 6,9%) correspondent en effet à des situations dans lesquelles l'autorité administrative retire la mesure contestée avant l'audience. Mais il paraît pour le moins étonnant de prendre appui sur cette pratique pour en déduire un élément attestant « l'efficacité du contrôle opérée par le juge administratif » qui, par hypothèse, n'a précisément pas eu à s'exercer. Une interprétation alternative, voyant-là une forme d'admission à mots couverts par l'autorité administrative du fait que la mesure, prise dans la précipitation, n'est pas justifiée, pourrait aisément être privilégiée⁹⁰². On peut bien lire en ces termes la pratique, identifiée par exemple à la préfecture du Tarn-et-Garonne, de l'abrogation « par lots » d'arrêtés d'assignation à résidence. Le tribunal administratif de Toulouse a ainsi rendu une série de quatre ordonnances de non-lieu le 22 janvier 2016 au motif que les arrêtés, en date du 20 novembre 2015, avaient tous été abrogés la veille de l'audience⁹⁰³.

Il faut encore insister sur le fait que, dans certaines juridictions, on dénombre une quantité notable d'ordonnances de tri. Ainsi, les tribunaux (TA et CAA) de Paris rendent 13% du total de 28 ordonnances de tri présentes dans le corpus – tandis qu'on n'en trouve aucune dans le ressort des CAA de Lyon, Douai, Marseille et Bordeaux. Comme on le sait, ces ordonnances, prévues par l'article 522-3 du Code de justice administrative⁹⁰⁴, permettent au juge de rejeter des requêtes mal fondées ou ne présentant pas de caractère d'urgence. Or l'usage qui en est fait ici est parfois étonnant, voire discutable. On peut mentionner par exemple le cas d'un militant, assigné à résidence au motif, selon l'administration, de raisons sérieuses de penser que son comportement était susceptible de constituer une menace pour la sécurité et l'ordre publics dans le cadre de la COP 21. Ledit militant a attaqué la mesure dont il faisait l'objet par la voie du référé-liberté, mais aussi par celle de l'excès de pouvoir. Tandis que le juge des référés a, dans un premier temps, fait référence à des faits de violence passés pour « trier » la requête⁹⁰⁵, le juge de l'excès de pouvoir a par la suite annulé la mesure en mettant en avant l'ancienneté des éléments sur lesquels l'administration s'était fondée pour

⁹⁰² Cette hypothèse peut en outre être élargie à différents dispositifs de lutte contre le terrorisme. On note en effet avec intérêt l'observation de François Doré, Pearl Nguyen-Duy, « Le contrôle du juge administratif... », art. préc. : « *il convient également de noter que (...) le ministre a, postérieurement à l'introduction de recours contentieux, abrogé certaines IST conduisant à des désistements, ce qui peut expliquer en partie le faible taux d'annulation en la matière* ».

⁹⁰³ TA de Toulouse, 22 janvier 2016, n° 1600262, 1600264, 1600266, 1600270.

⁹⁰⁴ « *Lorsque la demande ne présente pas un caractère d'urgence ou lorsqu'il apparaît manifeste, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée, le juge des référés peut la rejeter par une ordonnance motivée sans qu'il y ait lieu d'appliquer les deux premiers alinéas de l'article L. 522-1* ».

⁹⁰⁵ TA de Toulouse, réf., 7 décembre 2015, n°1505662.

prendre la mesure et, du coup, l'absence de preuve⁹⁰⁶. Cette annulation ne peut manquer d'interroger quant à la mesure dans laquelle la procédure du « tri » est susceptible de faire disparaître des requêtes, en fait, bien fondées.

IV - Impact des choix procéduraux sur la garantie des droits

Si l'étude des niveaux de contrôle, couplée à celle des outils qu'il mobilise et de l'issue à laquelle il aboutit nous mène à un constat nuancé sur l'efficacité du contrôle exercé par le juge administratif sur les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence au regard de la protection des libertés, il nous paraît important de souligner la mesure dans laquelle l'étude de notre corpus illustre l'importance des choix procéduraux retenus, ou non, par les juges au regard de cet objectif de garantir des droits. L'étude systématique des 775 décisions à laquelle nous nous sommes livrés fait en effet apparaître ce point assez nettement.

L'importance de ces choix peut se donner à voir en tout stade de la procédure. Notre corpus d'étude fait ainsi par exemple apparaître le fait que, d'emblée, *ie.* au stade absolument initial de l'introduction de la requête, certaines difficultés peuvent se poser. On dénombre ainsi une quantité non négligeable de décisions par lesquelles le juge rejette le recours au motif qu'il a été introduit devant la mauvaise juridiction (typiquement, de nombreux recours contre des arrêtés d'assignation à résidence pris par le ministre de l'intérieur ont été introduits devant le TA de Paris⁹⁰⁷, alors même qu'ils devaient l'être devant le TA du ressort du lieu de résidence de la personne assignée⁹⁰⁸). Du point de vue des requérant.e.s, il s'agit là sans doute des erreurs contentieuses dont l'importance en quantité a peut-être à voir avec la combinaison des effets d'un régime juridique marqué par l'urgence, la sévérité des mesures prises et la faible expérience des acteurs juridiques (avocats compris). Cela étant, il apparaît que, dans une telle hypothèse, le rejet « sec » (rejet pur et simple de la requête comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître) n'est pas la seule option qui s'offre au juge. En effet, dans certains (rares) cas, on a vu le juge incorrectement saisi à transmettre le dossier au juge compétent⁹⁰⁹. On mesure bien ici l'enjeu, notamment lorsqu'il s'agit de saisir un juge

⁹⁰⁶ TA de Toulouse, 17 juin 2016, n°1505805.

⁹⁰⁷ Le TA de Paris a ainsi rendu près d'une quinzaine d'ordonnances de rejet pour ce motif, sur un total de 68 décisions, soit 22% du total.

⁹⁰⁸ Cf. Article R. 312-8 CJA : « Les litiges relatifs aux décisions individuelles prises à l'encontre de personnes par les autorités administratives dans l'exercice de leurs pouvoirs de police relèvent de la compétence du tribunal administratif du lieu de résidence des personnes faisant l'objet des décisions attaquées à la date desdites décisions ».

⁹⁰⁹ V. par ex. : TA Paris, 25 mai 2016, n°1601243 : « Considérant qu'aux termes de l'article R. 312-8 du code de justice administrative : 'Les litiges relatifs aux décisions individuelles prises à l'encontre de personnes par les autorités administratives dans l'exercice de leurs pouvoirs de police relèvent de la compétence du tribunal administratif du lieu de résidence des personnes faisant l'objet des décisions attaquées à la date desdites décisions. (...)'; Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que M. X. réside à Lagny-sur-Marne (77) ; que, par application des dispositions précitées, le tribunal administratif de Melun est compétent pour connaître des conclusions du requérant dirigées contre l'arrêté du 30 novembre 2015 portant assignation à résidence qui constitue une mesure de police administrative prise en application de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, dans sa rédaction issue de la loi du 20 novembre 2015, dans le cadre de l'état d'urgence déclaré à compter du 14 novembre 2015, à zéro heure, sur le territoire métropolitain et de la Corse, et prorogé pour une durée de trois mois, à compter du 26 novembre 2015, par décret n° 2015-1476 du 14 novembre 2015, modifié par le décret n° 2015-1478 du même jour ; qu'il y a lieu de transmettre à ce tribunal les conclusions de la requête de M. X. ».

en référé dès lors que tout délai ou tardiveté dans le dépôt de la requête est susceptible d'être analysé comme révélateur d'un défaut d'urgence.

De la même manière, l'analyse du corpus ici rassemblé a permis de constater l'importance de la co-construction de l'objet même du litige à laquelle le juge peut s'arroger le droit de prendre part. Ceci est particulièrement notable dans la fraction du contentieux qui porte sur les mesures d'assignation à résidence prises dès le déclenchement de l'état d'urgence (14 novembre 2015) et avant la 1^{re} loi de prorogation (20 novembre 2015). Ces premières mesures ont été prises selon des modalités particulières : dans sa version applicable au 14 novembre 2015⁹¹⁰, la loi du 3 avril 1955 n'encadrait pour ainsi dire pas les décisions d'assignation à résidence, de sorte que celles qui furent prises dans les tous premiers jours contredisaient et outrepassaient le cadre qui sera finalement fixé par la loi du 20 novembre 2015⁹¹¹. En particulier, et de manière notable, elles s'accompagnent bien souvent d'une obligation de se présenter aux services de police quatre fois par jour, alors que la loi du 20 novembre limitera le nombre de pointages quotidiens possibles à trois. Saisi de recours contre des arrêtés d'assignation pris entre le 14 et le 20 novembre, le juge administratif n'a souvent pu les examiner, même en référé, qu'environ une à deux semaines plus tard ; or, entretemps, ces arrêtés ont pu être abrogés et remplacés par d'autres –abaissant notamment à trois le nombre de pointages journaliers requis. On observe que, dans cette configuration, le juge administratif considère généralement que la requête formée contre l'arrêté initial doit être considérée comme valablement formée, en fait, contre l'arrêté ultérieur qui le remplace⁹¹². Et le fait que, d'autres fois, le juge a considéré que le recours devait être dirigé contre les deux arrêtés conjointement⁹¹³, démontre qu'il s'agit bien là d'un choix procédural qui s'offre au juge. A première vue, le choix de considérer que la requête doit être considérée comme formée contre celui des actes qui, non abrogé, produit effectivement des effets est potentiellement favorable au requérant, qui ne voit pas son action contentieuse vidée de son

⁹¹⁰ « Le ministre de l'intérieur peut prononcer l'assignation à résidence dans une circonscription territoriale ou une localité déterminée de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret visé à l'article 2 dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics ».

⁹¹¹ Loi n°2015-1501 du 20 novembre 2015 : « Le ministre de l'intérieur peut prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret mentionné à l'article 2 et à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics dans les circonscriptions territoriales mentionnées au même article 2. Le ministre de l'intérieur peut la faire conduire sur le lieu de l'assignation à résidence par les services de police ou les unités de gendarmerie. La personne mentionnée au premier alinéa du présent article 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. b) A la fin du troisième alinéa, les mots : « visées à l'alinéa précédent » sont remplacés par les mots : « mentionnées au premier alinéa » c) Sont ajoutés cinq alinéas ainsi rédigés : Le ministre de l'intérieur peut prescrire à la personne assignée à résidence : 1° L'obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, selon une fréquence qu'il détermine dans la limite de trois présentations par jour, en précisant si cette obligation s'applique y compris les dimanches et jours fériés ou chômés... ».

⁹¹² Pour une illustration : TA Paris, ord., 27 nov. 2015, n°1519031 : « Considérant que, par arrêté du 15 novembre 2015, le ministre de l'intérieur a assigné M. X, ressortissant français, à résidence dans la commune des M... en application des dispositions de l'article 6 de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 instituant l'état d'urgence ; que cet arrêté a été abrogé et remplacé par un arrêté du 23 novembre 2015 ; que, par la présente requête, M. X doit être regardé comme demandant au juge des référés de suspendre l'exécution de cette dernière décision sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ».

⁹¹³ CAA de Bordeaux, 7 juillet 2016, n°16BX00784.

sens par le fait que la mesure attaquée a été abrogée et remplacée entre l'introduction de la requête et l'audience en référé. Reste que, dans le cas particulier, il s'agit aussi d'un choix qui a permis au juge administratif de faire échapper à la censure des dizaines d'arrêtés d'assignation qui, contraignant les assignés à quatre pointages par jour, étaient illégaux⁹¹⁴.

En outre, comme tout choix, ce raisonnement procédural recèle une part de discrétion —voire, d'arbitraire. Et l'on observe en effet que, si le juge administratif semble s'y être conformé pour l'essentiel et avoir effectivement raisonné ainsi la plupart du temps, il y a des exceptions. Ainsi par exemple, le tribunal administratif de Melun a pu rejeter une demande de suspension d'un arrêté d'assignation à résidence datant du 20 novembre au motif qu'à la date de l'introduction de la requête (16 décembre 2015), seul était applicable un arrêté ultérieur (du 25 novembre 2015) sans qu'il y ait lieu pour le juge de considérer que les conclusions dirigées contre le premier vaudraient contre le second, « dès lors que la substitution du second arrêté au premier n'est pas intervenue en cours d'instance pendant l'instruction de la requête mais avant l'introduction de la requête »⁹¹⁵. Il a donc fallu que la requérante forme un nouveau recours⁹¹⁶.

Par-delà le stade de l'introduction des requêtes, le corpus étudié révèle encore des éléments intéressants relativement aux cas dans lesquels le juge décide d'ordonner un supplément d'instruction⁹¹⁷. Cette hypothèse semble en effet avoir joué un rôle particulièrement important du point de vue du contrôle exercé sur les éléments rapportés par l'administration via les services de renseignement (les notes blanches). Le supplément d'instruction fait en effet figure d'indice de ce que le juge n'est pas satisfait de la qualité (précision, caractère circonstancié...) des éléments rapportés dans les notes blanches et invoqués par l'administration comme motivant la mesure contestée.

De manière plus intéressante encore, il semble que, lorsqu'ils sont ordonnés, ces suppléments d'instruction destinés à permettre à l'auteur de l'acte d'apporter des éléments complémentaires ou supplémentaires ne suffisent pas. Ainsi par exemple, dans le corpus correspondant au ressort de la Cour administrative d'appel de Paris, dans 5 des 7 cas où un report de la clôture de l'instruction a été ordonné, la requête mène à une suspension⁹¹⁸. A Toulouse, après que le tribunal a demandé au préfet de produire la fiche S sur laquelle indiquait se fonder pour justifier un ordre de perquisition, il juge que l'autorité administrative ne rapporte pas assez d'éléments convaincants —et annule la mesure pour excès de pouvoir⁹¹⁹. Ce schéma, bien sûr, n'est pas systématique ; et les éléments nouveaux rapportés par le ministre ou le préfet peuvent bien mener le juge à rejeter les recours⁹²⁰. Reste que ce choix de requérir un supplément d'instruction peut se révéler déterminant pour la garantie

⁹¹⁴ Pour un autre exemple voir TA Montreuil, 8 avril 2016, n°510049.

⁹¹⁵ TA Melun, ord., 18 déc. 2015, n°1510236.

⁹¹⁶ TA Melun, ord., 22 déc. 2015, n°1510322.

⁹¹⁷ Dans une affaire où le ministre de l'Intérieur se borne à évoquer la teneur d'une note blanche sur la base de laquelle il refuse la délivrance d'un visa, sans la produire, le juge peut « ordonner avant-dire droit au ministre [...] dans un délai d'un mois, les éléments qui peuvent être versés au dossier dans le respect des exigences liées à la sécurité nationale » : CE 1^{er} juin 2011, n°337992.

⁹¹⁸ Dans les 2 autres cas, l'autorité administrative a produit, grâce à ce report, une note complémentaire qui semble-t-il satisfait le juge : TA Paris, 5 avril 2016, n°1520300 ; TA Paris, 1^{er} fév. 2016, n°1600455.

⁹¹⁹ TA de Toulouse, 13 octobre 2016, n°1600296.

⁹²⁰ V. par exemple : TA de Limoges, 1^{er} février 2016, n°1600109.

concrète des droits des requérants, notamment lorsqu'ils font l'objet de mesures aussi rigoureuses et soudaines que celles qui peuvent être prises sur le fondement de la loi du 3 avril 1955. Il importe en effet de rappeler que le principe du contradictoire ne s'applique généralement pas en matière de haute police — ni donc, pour les mesures prononcées dans le cadre de l'état d'urgence. Les personnes visées par de telles mesures n'en sont pas averties en amont et n'obtiennent l'accès au dossier (et donc, le cas échéant, aux notes blanches) qu'une fois qu'elles ont engagé une action contentieuse. De ce point de vue, le fait que la voie de recours privilégiée soit une procédure d'urgence restreint d'autant le temps qu'elles ont pour préparer leur défense sur la base d'éléments découverts tardivement. Le supplément d'instruction peut, de ce point de vue aussi, constituer un délai précieux pour apporter, le cas échéant, les éléments de preuve nécessaires à la réfutation d'éléments figurant dans les notes blanches. Ici encore, l'affaire Abdelmalek, déjà mentionnée⁹²¹, est emblématique : cette toute première annulation, par le Conseil d'Etat, d'une assignation à résidence⁹²², avait précisément donné lieu à un supplément d'instruction dont on peut présumer, à la lecture de l'enchaînement des ordonnances, qu'il a joué un rôle central dans la réunion, par le requérant, des éléments ayant fondé l'annulation contentieuse.

Plus récemment, comme cela a déjà été relevé, le tribunal administratif de Lille a ordonné, avant dire droit, un supplément d'instruction tendant à la production, par le ministre de la justice des éléments de preuve relatifs aux différentes allégations des notes blanches, notamment issues du renseignement pénitentiaire⁹²³.

L'importance des procédures de référé dans le contentieux de l'état d'urgence amène encore à faire quelques observations sur la qualification même de la condition d'urgence. De manière notable, la jurisprudence administrative s'est fixée autour du principe d'une présomption d'urgence causée par les mesures prises sur le fondement de la loi du 3 avril 1955⁹²⁴. Il y a tout de même eu, dans les premières semaines, des hésitations et des maladresses ; et nombre de recours en référé se sont vus rejetés pour défaut d'urgence⁹²⁵. Mais à compter des ordonnances rendues par le Conseil d'Etat le 11 décembre 2015⁹²⁶, la règle est posée : « eu égard à son objet et à ses effets, notamment aux restrictions apportées à la liberté d'aller et venir, une décision prononçant l'assignation à résidence d'une personne, prise par l'autorité administrative en application de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, porte, en principe et par elle-même, sauf à ce que l'administration fasse valoir des circonstances particulières, une atteinte grave et immédiate à la situation de cette personne, de nature à

⁹²¹ http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/02/03/etat-d-urgence-le-ministere-capitule-sur-l-assignation-a-residence-de-halim-abdelmalek_4858873_3224.html

⁹²² CE, réf, 22 janv. 2016, n°396116.

⁹²³ TA de Lille, 14 décembre 2017, n°1701637 (cette décision et le jugement avant dire droit, qui nous ont été communiqués par Me Borg, ne font pas partie du corpus de décisions analysées par le CREDOF).

⁹²⁴ CE, Sect., réf., 11 déc. 2015, n°394990.

⁹²⁵ Voir par exemple le jugement n°1510344 du TA de Cergy-Pontoise rendu le 28 novembre 2015. Il s'agit de l'affaire du militant Domenjoud, qui, par un pourvoi et deux mémoires complémentaires, a demandé au Conseil d'Etat d'annuler cette ordonnance et de suspendre l'exécution de l'arrêté par lequel le ministre de l'intérieur l'avait astreint à résidence dans la Commune de Malakoff (CE, 11 déc. 2015, n°394989). Concernant le pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat a annulé l'ordonnance du TA de Cergy-Pontoise en considérant que « le juge des référés a commis une erreur de droit en refusant de retenir l'existence d'une situation d'urgence ». Il a pour autant rejetée la demande de suspension.

⁹²⁶ CE, Sect., réf., 11 déc. 2015, n°394990.

créer une situation d'urgence justifiant que le juge administratif des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, puisse prononcer dans de très brefs délais, si les autres conditions posées par cet article sont remplies, une mesure provisoire et conservatoire de sauvegarde ». C'est donc une présomption d'urgence qui est posée ici par le juge —à rebours, c'est notable, de ce qui se donne à voir sur d'autres terrains⁹²⁷.

Dans le cadre de la procédure du référé-suspension, déconnectée donc de cette évolution qui ne concerne que le référé-liberté fondamentale, une décision de rejet pour défaut d'urgence retient l'attention en raison d'une référence expresse à ce qu'il est désormais convenu de nommer la « *logique opérationnelle* ». Appelé à se prononcer sur une demande de suspension d'une décision de recrutement d'un agent en qualité de brigadier-chef de police, le Tribunal administratif de Guadeloupe a en effet, pour justifier le défaut d'urgence, pris en considération de façon remarquable les moyens matériels et humains à la disposition des services de police⁹²⁸. Dans un considérant destiné apparemment à consolider son jugement, le tribunal considère plus précisément que « compte tenu de la nécessaire discipline que doivent faire observer les forces de police et de la continuité des actions qu'elles doivent mener, notamment en période d'état d'urgence, la suspension de la nomination de [l'agent] serait susceptible de préjudicier de façon grave aux intérêts de la commune »⁹²⁹. Il peut alors conclure, au regard notamment de cette appréciation pragmatique, que l'urgence à suspendre la décision contestée n'est pas établie.

Reste enfin à souligner l'importance du recours, par les juridictions administratives aux prises avec le contentieux de l'état d'urgence, à l'anonymisation des décisions de justice : les noms du rapporteur, du rapporteur public ou encore du président et des membres de la formation de jugement n'apparaissent pas et ce, par dérogation au principe posé à l'article L. 10 du Code de justice administrative (qui dispose : « Les jugements sont publics. Ils mentionnent le nom des juges qui les ont rendus »). Cette dérogation, qui viserait à protéger les juges concernés d'éventuelles représailles, s'expliquerait par le caractère sensible de certaines affaires. Elle a été clairement utilisée par certaines juridictions (TA Cergy-Pontoise, CAA Paris et Conseil d'Etat) en particulier⁹³⁰.

⁹²⁷ Ainsi par exemple, en matière d'interdiction de sortie du territoire, le juge ne considère pas que la mesure est *a priori* de nature à faire naître une situation d'urgence : v. les exemples de jugements du TA de Paris (devant lequel est unifié le contentieux des IST) cités in François Doré, Pearl Nguyễn-Duy, « Le contrôle du juge administratif à l'épreuve du terrorisme », *AJDA*, 2016, p. 886.

⁹²⁸ TA de Guadeloupe, 3 juillet 2016, n° 1600677 : « Considérant, en quatrième et dernier lieu, que compte tenu de la nécessaire discipline que doivent faire observer les forces de police et de la continuité des actions qu'elles doivent mener, notamment en période d'état d'urgence, la suspension de la nomination de M. C. en qualité de brigadier-chef principal de la police municipale serait susceptible de préjudicier de façon grave aux intérêts de la commune des Abymes ».

⁹²⁹ Il s'agit du considérant n° 6 de la décision.

⁹³⁰ Au TA de Cergy-Pontoise, 42 décisions (sur un ensemble de 66 du corpus) ne comportent pas de nom de juge. A la CAA de Paris, les 6 arrêts sont anonymisés. Au Conseil d'Etat, on voit par exemple que parmi les 10 ordonnances qui portent sur les décisions des juridictions de Versailles se trouvent 8 dont l'auteur n'est pas identifié ; c'est le cas pour la quasi-intégralité (n=9) des arrêts du Conseil d'Etat concernant le contentieux des TA de Paris et Melun —à l'exception d'une ordonnance signée par M. Bernard Stirn].

V - L'état d'urgence dans la toile du pouvoir de police

Étudié ici en tant que tel, l'état d'urgence ne saurait toutefois, en tant que phénomène juridique, être étudié de manière autarcique, détaché ou indépendant du contexte plus vaste dans lequel il s'insère. Il se trouve que celui-ci est bien particulier, marqué d'une part (à un niveau macro), par l'ancrage croissant, au cours des trois décennies écoulées, au sein du droit français, d'un puissant paradigme sécuritaire et d'autre part et corrélativement (à un niveau micro), par le fait que bien souvent, les personnes ayant fait l'objet de mesures prises sur le fondement de l'état d'urgence ont simultanément fait l'objet de mesures restrictives de leurs libertés fondées, elles, sur le droit « commun » de la lutte contre le terrorisme. En ce sens, l'état d'urgence n'est qu'un élément du puzzle bien plus large de l'anti-terrorisme —un petit morceau de la toile du pouvoir de police.

L'intensification des instruments juridiques de la lutte contre le terrorisme n'est plus à prouver ; il suffit de la constater.

**Stéphanie Hennette Vauchez, Diane Roman,
Droit des Libertés l'Homme et libertés fondamentales,
3^è ed., Dalloz, 2017, Coll. Hypercours, pp. : 400-402.**

S'il est un domaine sur lequel le législateur n'a cessé, au cours des dernières décennies, de se remettre à l'ouvrage, c'est bien celui de la lutte contre le terrorisme. Il faut ici prendre le temps de l'énumération —pour prendre la mesure du phénomène. Se sont ainsi succédé, en la matière de nombreuses lois depuis 1986.

- loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 (création du parquet national anti-terrorisme, création de la cour d'assises spécialement composée de magistrats professionnels, extension de la durée de garde à vue à 4 jours...)
- loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique (insertion des actes de terrorisme dans le nouveau code pénal) ; loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes (procédure dérogatoire applicable aux actes de terrorisme)
- loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité (vidéosurveillance dans les lieux et bâtiments publics)
- loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique (création du délit d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste)
- loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme
- loi n° 97-1273 du 29 décembre 1997 tendant à faciliter le jugement des actes de terrorisme (délocalisation des juridictions spécialisées)
- loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne (création du délit de financement des actes de terrorisme, de la peine de confiscation des biens des personnes coupables d'infractions terroristes, extension des pouvoirs de police en matière de contrôles d'identité dans le cadre de la lutte contre le terrorisme : fouilles etc.).
- loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure (extension du Fichier national automatisé des empreintes génétiques)
- loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (juridictions interrégionales spécialisées en matière de terrorisme, création du statut de repent, création du 'plaider coupable'...)
- loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions

diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers (garde à vue de 6 jours en cas de menace d'attentats, obligation pour les fournisseurs d'accès à internet de conserver les données de connexion pendant 6 ans, accès de la police à ces données sous le contrôle de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (et non plus un magistrat judiciaire)).

- loi n° 2012-1432 du 21 déc. 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme (prolongation de dispositifs permettant la surveillance, notamment informatique, dispositions permettant la poursuite d'infractions terroristes commises par des français à l'étranger ainsi que la participation à des camps d'entraînement terroriste à l'étranger)

- loi n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (interdiction du territoire des personnes suspectées d'être candidat.e.s au djihad, création du délit d'entreprise terroriste individuelle)

- loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement (encadrement du recours par les services de renseignement à la surveillance informatique, création de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement)

- loi n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales (possibilité de surveillance des « communications qui sont émises ou reçues de l'étranger » au nom de la « défense et de promotion des intérêts fondamentaux de la Nation », v. art. L. 854-1 Code de la sécurité intérieure)

- loi n° 22 mars 2016 relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités et les atteintes à la sécurité publique et actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs (possibilité pour les agents de la SNCF, RATP de procéder à des fouilles, palpations etc.)

- loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale (nouveaux moyens d'investigation en matière de terrorisme (perquisitions de nuit, utilisation de nouveaux dispositifs techniques tels que l'IMSI catcher, renforcement des contrôles d'accès aux lieux organisant de grands événements...).

- Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique (création du délit de consultation habituelle des sites djihadistes, protection des forces de sécurité (peuvent être autorisés à s'identifier par un numéro d'immatriculation administrative, en lieu et place de leur état civil, possible anonymat des décisions administratives prises en matière de terrorisme).

Et il faudrait encore compter, parmi les nombreux autres textes qui, sans se donner comme raison d'être la lutte contre le terrorisme, y ont consacré des dispositions : la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques, qui permet les interceptions de sécurité (écoutes administratives) dans le cadre de la lutte contre le terrorisme), la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI), qui permet la captation de données informatiques, la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue qui, tout en organisant en règle générale la présence de l'avocat dès la première heure de GAV, maintient en régime dérogatoire en matière de terrorisme (possibilité de report de la présence de l'avocat à 72h, durée de GAV de 4 jours...), la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché, la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'état d'urgence (qui reprend nombre de dispositions discutées mais non retenues lors de l'adoption de la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, à l'instar de l'augmentation du quantum de nombreuses peines en lien avec le terrorisme, la vidéosurveillance 24h/24h de certaines personnes placées en détention provisoire, l'augmentation de la durée de la détention provisoire, y compris pour les mineurs, en cas de poursuites liées à des infractions à caractère terroriste... Sans parler des projets qui, à l'échelle européenne comme ailleurs, sont foisonnants en la matière. Pour ne prendre qu'un exemple, le Parlement européen, le Conseil et la Commission ont présenté en décembre 2016 un projet législatif visant remplacer la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 nov. 2008, et à incriminer la formation de « combattants étrangers », de « loups solitaires » ainsi que la préparation d'attentats terroristes sur le sol européen.

De nombreux travaux analysent les spécificités de cet arsenal anti-terroriste⁹³¹, les standards constitutionnels⁹³² et européens⁹³³ auxquels il est astreint (ou non) et la philosophie générale qui l'imprègne⁹³⁴. Le présent rapport n'est pas le lieu de faire le recensement et l'analyse de cette littérature ; on souhaite simplement souligner une de ses lignes de force, qui est particulièrement bien mise en lumière par l'étude de l'état d'urgence : la transformation, à la faveur de la montée en puissance du paradigme sécuritaire, des frontières entre droit administratif et droit pénal. Pour certains auteurs, cette transformation est aujourd'hui si profonde qu'en réalité, c'est un nouveau droit qui apparaît –un modèle qui ne relève pas tant de la pénalisation du droit administratif ou de l'administrativisation du droit pénal, que de l'émergence d'un modèle *sui generis*⁹³⁵.

L'état d'urgence comme phénomène juridique illustre nettement ce mouvement, tant il est précisément fait d'une intrication profonde des logiques judiciaire et administrative. Prenons le cas de figure où une perquisition administrative prononcée dans le cadre de l'état d'urgence révèle des infractions (ex : détention d'arme non autorisées). Ce fait transforme aussitôt le régime juridique applicable (compétence du juge judiciaire) et permet que soient prises des mesures privatives de liberté. Ainsi, une perquisition ordonnée le 21 novembre qui révèle la présence de deux armes de poing de catégorie B entraîne ainsi le placement immédiat du perquisitionné en garde à vue et sa condamnation par le tribunal correctionnel à 6 mois de prison, tout comme l'incompétence du juge administratif⁹³⁶. Plus marquant encore de ce point de vue est l'article 13 de la loi du 3 avril 1955, qui prévoit que tout manquement aux mesures administratives de l'état d'urgence est pénalisé⁹³⁷. On documente ainsi, à la faveur de l'étude, plusieurs cas où des personnes assignées à résidence (par exemple) se sont vues incarcérer du fait d'un manquement à l'obligation (ou aux pointages afférents), pour être, le cas échéant, soumis de nouveau à une mesure de contrôle fondée sur la loi de 1955 dès leur sortie de prison.

En deçà de ces transformations globales des rapports entre droit administratif et droit pénal, c'est encore à l'échelle des individus à l'encontre desquelles sont prises des mesures de

⁹³¹ Christine Lazerges, Hervé Henrion-Stoffel, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC*, 2016. 649 ; Olivier Cahn, « 'Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre'. Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *Arch. Pol. Crim.*, 2016, n°1, p. 89 ; Pauline Le Monnier de Gouville, « De la répression à la prévention. Réflexion sur la politique criminelle antiterroriste », *La Cahiers de la Justice*, 2017, n°2, p. 209.

⁹³² Karine Roudier, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, LGDJ, 2012.

⁹³³ Athanasia Petropoulou, *Liberté et Sécurité : les mesures antiterroristes et la Cour européenne des droits de l'Homme*, Pedone, 2014.

⁹³⁴ Vincent Sizaire, *Sortir de l'imposture sécuritaire*, La Dispute, 2015.

⁹³⁵ V. notamment en ce sens : Olivier Cahn, conférence prononcée au CREDOF à l'invitation du groupe de recherche, 6 avril 2017 ; et du même auteur, « Propos introductifs », in Julie Alix, Olivier Cahn dir., *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, Dalloz, 2017.

⁹³⁶ TA Paris, 16 fév. 2016, n°1519340.

⁹³⁷ « Les infractions aux articles 5, 8 et 9 sont punies de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende. Les infractions au premier alinéa de l'article 6 sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. Les infractions au deuxième et aux sixième à dixième alinéas du même article 6 sont punies d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. L'exécution d'office, par l'autorité administrative, des mesures prescrites peut être assurée nonobstant l'existence de ces dispositions pénales ».

l'état d'urgence que l'on trouve de nombreux éléments permettant de ne voir l'état d'urgence que comme un élément d'une toile bien plus vaste des pouvoirs de police. Notre étude nous a ainsi révélé la fréquence avec laquelle il apparaît que les mesures prises sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 sont non seulement cumulatives entre elles (accumulation assignation à résidence / perquisition, par exemple) mais surtout, ne sont qu'un des multiples registres de mesures de police administrative prises à l'encontre des intéressés. C'est en effet avec une belle fréquence que l'on observe que les requérants que nous avons recensés font par ailleurs l'objet de mesures autres, telles que : le gel des avoirs, l'interdiction de sortie du territoire (ou autres mesures d'éloignement du territoire pour les étranger.e.s) ou encore, pour les personnes morales, la dissolution ou la fermeture administrative de lieux de culte.

Il est édifiant de ce point de vue d'analyser la liste des personnes dont les avoirs sont gelés⁹³⁸ au regard de notre corpus d'analyse –tant les points de contact sont nombreux. Prévu par l'article L. 562-1 du Code monétaire et financier, le gel des avoirs⁹³⁹ a été introduit en droit français par la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme⁹⁴⁰ ; les mesures nationales de gel des avoirs sont en outre complétées par divers dispositifs internationaux et européens⁹⁴¹. La consultation de la liste nationale de gel des avoirs montre l'imbrication entre ce dispositif et celui de l'état d'urgence, dès lors que les trois personnes morales figurant sur la liste ont toutes trois fait l'objet de décrets de dissolution fondés sur l'article L. 212-1 du Code de sécurité intérieure, pris respectivement les 6 mai 2016 et 24 octobre 2016 et du 4 mai 2017, et que pas moins de 6 des 17 personnes physiques concernées figurent également dans notre corpus d'analyse —3, directement parce qu'ils ont intentés des recours contre des mesures prises sur le fondement de la loi de 1955 dont ils ont fait l'objet, et 3 autres indirectement, parce que leur nom apparaît dans les notes blanches citées dans les recours formés par le groupe analysé.

L'interdiction de sortie du territoire semble elle aussi constituer une mesure de police qui s'ajoute souvent à celles prises sur le fondement de la loi du 3 avril 1955. Au sein de notre corpus d'analyse, elle semble plus particulièrement frapper ceux de nos requérants appartenant au groupe des *repeat players* évoqué plus haut. Mesure de police administrative créée par la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme et codifiée à l'article L. 224-1 du Code de la sécurité intérieure⁹⁴², l'IST permet au ministre de l'Intérieur d'empêcher, dès la publication de la mesure (et potentiellement, avant sa notification), le départ de France de tout.e ressortissant.e français.e dès lors qu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette de se prendre part à des

⁹³⁸ Disponible en ligne :

https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/4248_dispositif-national-de-gel-terroriste

⁹³⁹ V. Delphine Burriez, « Le dispositif national de gel des avoirs : discrète mais contestable mesure de police administrative en matière de lutte contre le terrorisme », *RFDA*, 2017, p. 139.

⁹⁴⁰ Les dispositions du Code monétaire et financier ont été modifiées par la loi n°2012-1432 du 21 déc. 2012 relative à la sécurité et la lutte contre le terrorisme ainsi que par la loi n°2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme qui prévoit notamment que la décision serait désormais prise conjointement par le ministre de l'économie et de l'intérieur.

⁹⁴¹ V. notamment Règlement CE n°2580/2001 du 27 déc. 2001.

⁹⁴² L'IST a été validée par le Conseil constitutionnel, qui juge la mesure non excessive dans l'atteinte aux libertés, au regard de l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public qu'elle poursuit (CC, 2015-490 QPC, 14 oct. 2015, *Interdiction administrative de sortie du territoire*).

opérations ou entraînements terroristes⁹⁴³. La méconnaissance de l'IST peut entraîner jusqu'à 3 années de prison et 45.000 euros d'amende. Autre signe de l'imbrication forte entre IST et mesures liées à l'état d'urgence : le rôle que peuvent jouer des mesures d'assignation ou de perquisition ordonnées dans le cadre de la loi du 3 avril 1955 dans l'appréciation de la légalité du renouvellement d'une IST⁹⁴⁴.

Enfin, les mesures d'éloignement susceptibles d'être prises à l'encontre des étrangers qui viennent compléter le tableau.

Focus micro :

le contentieux versaillais comme illustration de la variété des mesures « de droit commun » frappant les personnes soumises à des mesures prises sur le fondement de la loi du 3 avril 1955

A titre d'illustration, dans le corpus des 152 jugements et arrêts de la CAA de Versailles (enrichi par la prise en compte de leurs développements ultérieurs au Conseil d'Etat), on trouve 13 décisions qui concernent ce type de mesures. La grande majorité des requêtes (7 sur 13) portent sur des fermetures de salles de prière. Précisément, quatre mosquées ont été fermées et toutes les requêtes ont été rejetées⁹⁴⁵. Le juge a considéré qu'étant donné l'ensemble des éléments qui lui ont été présentés, « il n'en résulterait pas une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ». Le rôle de la note blanche a effectivement été capital, notamment à la lumière de la défense du requérant, estimée par le juge comme insuffisante. En outre, sur le fondement de l'état d'urgence ont été ordonnés le refus de renouvellement de l'habilitation d'accéder à la zone réservée des plateformes aéroportuaires, que le requérant avait obtenue pour exercer son métier d'agent d'opérations à l'aéroport Roissy Charles de Gaulle et au Bourget⁹⁴⁶, l'interdiction de sortie du territoire national pour six mois, accompagnée de l'obligation pour le requérant de restituer ses documents d'identité invalidés⁹⁴⁷, le placement d'une personne détenue pour trois mois sous vidéosurveillance continue dans sa cellule⁹⁴⁸ ainsi que la restriction pour des raisons de sécurité d'accès à la salle de séance de l'assemblée du Conseil communautaire de la commune de Trappes⁹⁴⁹. Quasiment toutes les requêtes ont également été rejetées. Seulement à propos de l'habilitation de l'agent d'opération à Roissy et au Bourget le juge a annulé la décision de refus et condamné l'Etat à verser la somme de 2.000 euros (au lieu de 25.587 euros que le requérant demandait) au titre de préjudice moral. Une autre mesure qui a été totalement suspendue était la décision du proviseur d'un lycée d'autoriser les élèves à fumer dans la cour du lycée. Par cette décision il voulait éviter les attroupements des élèves aux abords de l'école pour des raisons de sécurité, objectif d'ailleurs fixé par la circulaire du 25 novembre 2015. La décision a été pour autant suspendue sur la base de l'interdiction législative de fumer au sein des

⁹⁴³ F. Dore, P. Nguyen-Duy, « Le contrôle du juge administratif... », *op. cit.*, indiquent que le ministère de l'Intérieur aurait communiqué au 16 nov. 2015 le chiffre de 203 IST prononcées, ce qu'ils qualifient de nombre « relativement restreint ».

⁹⁴⁴ F. Dore, P. Nguyen-Duy, « Le contrôle du juge administratif... », *op. cit.* : « le juge pourra également tenir compte d'autres circonstances non évoquées dans les notes blanches, telles que le non-respect de l'assignation à résidence ou els résultats d'une perquisition domiciliaire ».

⁹⁴⁵ TA Versailles, 17 janv. 2016, n°1607754 ; TA Montreuil, 6 déc. 2016, n°1609319 et 30 déc. 2016, n°1610364 ; TA Cergy-Pontoise, 30 déc. 2015, n°1510816 et 18 fév. 2016, n°1510817 ; TA Cergy-Pontoise, 9 juin 2016, n°1603715 ; CE, 22 déc. 2016, n° 406013.

⁹⁴⁶ TA Montreuil, 5 janv. 2016, n°1603522.

⁹⁴⁷ TA Montreuil, 8 fév. 2016, n°1600902.

⁹⁴⁸ CE, 28 juil. 2016, n° 401800.

⁹⁴⁹ TA Versailles, 10 mars 2016, n°1600296 et n°1600299.

établissements d'enseignement⁹⁵⁰. Il est intéressant de noter que certaines de ces mesures (5 sur 13) ont été prises au nom de l'état d'urgence, sans pour autant qu'elles aient été précisément fondées sur la loi du 3 avril 1955, et ses modifications. Enfin, l'état d'urgence a été invoqué par les autorités administratives pour refuser le renouvellement du titre de séjour d'un étudiant étranger et l'obliger à quitter la France dans un délai de trente jours. Cette mesure aussi a été prise sans référence à la loi de 1955 et la requête a été également rejetée. Le juge a considéré que les conclusions présentées par le requérant « n'étaient pas susceptibles de prospérer devant le juge des référés, lequel ne peut ordonner que des mesures provisoires »⁹⁵¹.

Eléments de conclusion

L'étude du corpus contentieux généré par l'état d'urgence (2015-17) fait apparaître l'intérêt qui s'attache à l'étude du droit administratif de l'urgence⁹⁵² —voire, plus largement, aux transformations du droit administratif à la faveur de l'état d'urgence⁹⁵³. Parmi celles-ci, certaines concernent le droit administratif substantiel, tandis que d'autres affectent, plus abstraitement, l'office du juge administratif.

L'étude contentieuse présentée ici confirme ainsi notamment l'hypothèse d'une contribution de l'état d'urgence à une évolution des finalités de la police administrative, qui n'apparaît comme seulement préventive ou curative des troubles à l'ordre public, mais aussi *prédictive* de divers risques *virtuels* de commission d'infractions. Il ressort en effet du corpus d'analyse que le juge administratif contrôle les mesures prises non seulement au regard du « *comportement* » de la personne, comme le prévoit la loi de 1955, mais aussi plus largement au regard de son profil, sa personnalité, son environnement familial, social et professionnel et plus largement ses fréquentations, notamment numériques (réseaux sociaux, etc.), telles qu'elles sont dépeintes dans des « notes blanches » des services de renseignement. Tout comme le droit pénal de l'anti-terrorisme a fait, au fil des ans, une large place à l'« *intention* », souvent saisie à partir d'actes dits « *préparatoires* », on voit émerger en droit administratif des éléments de prise en compte de la volonté des personnes. Les récents développements contentieux des assignations à résidence « ultra-longue durée » (de plus d'un an) illustrent ainsi la manière dont le juge s'attache à l'analyse de « volonté » du requérant « *de rompre ses liens* » avec le radicalisme (CE, réf. 25 avril 2017, n°409677).

Elle illustre aussi certaines transformations de l'office du juge administratif —ou, à tout le moins, certains des défis auxquels il est confronté. Nonobstant les diverses itérations d'une réorientation de l'office du juge vers celui d'un administrateur (après la création, par la loi Renseignement de 2015, d'une section habilitée « secret-défense » au sein du Conseil d'Etat

⁹⁵⁰ TA Cergy-Pontoise, 21 avril 2016, n° 1602883.

⁹⁵¹ TA Cergy-Pontoise, 28 juil. 2016, n°1607247.

⁹⁵² Stéphanie Hennette Vauchez, Serge Slama, « Le droit administratif de l'état d'urgence dans la durée », *AJDA*, 2017, edito, p. 137.

⁹⁵³ Stéphanie Hennette Vauchez, Serge Slama « Etat d'urgence : l'émergence d'un droit administratif de l'ennemi », *AJDA*, 2017, edito ; v. encore : Stéphanie Hennette Vauchez, Serge Slama « Harry Potter au Palais royal ? La lutte contre le terrorisme comme cape d'invisibilité de l'état d'urgence et la transformation de l'office du juge administratif », *Cahiers de la justice*, 2017, n°2, pp. 281-298. Denis Salas estime aussi que « la voie est toute tracée pour un droit administratif de l'ennemi » : Denis Salas, « L'état d'urgence : poison ou remède contre le terrorisme ? », *Archives de Politique Criminelle*, 2016, vol. 1, n°38, p. 86.

chargée de procéder à diverses vérifications, l'état d'urgence aura été marquée par la création d'une part des autorisations d'exploitation de données informatiques par le juge administratif⁹⁵⁴ et d'autre part des autorisations de prolongation de durée exceptionnelle des mesures d'assignation à résidence⁹⁵⁵ — même si cette dernière compétence a été censurée par le Conseil constitutionnel en tant qu'elle pourrait mettre en question l'impartialité du Conseil d'Etat⁹⁵⁶. Au-delà de ces aspects quasi-institutionnels sur lesquels la justice administrative n'a pas de prise directe, il faut encore compter avec certaines des caractéristiques matérielles de ce phénomène juridique que constitue l'état d'urgence, et souligner l'impact qu'elles ont sur la nature du contrôle exercé par le juge. De ce point de vue, la très forte dépendance des décisions administratives qui font l'état d'urgence aux notes blanches des services de renseignements nous paraît constituer un élément de première importance. Il l'est d'abord parce que le juge paraît en effet largement démuné face à des recours qui l'obligent à prendre en compte la logique du renseignement comme justification principale à un corpus conséquent de décisions administratives : quel degré de précision exiger des informations rapportées ou des contre-arguments invoqués par les requérants ? Il l'est ensuite parce que l'intensité du contrôle exercée par le juge sur les mesures ainsi fondées sur l'état d'urgence en paraît affectée ; comme on a essayé de le montrer ici, le contrôle semble largement marqué voire dominé par le contrôle des faits — qui prend le dessus, au moins partiellement, sur le contrôle de proportionnalité qu'il serait logique de voir ici le juge exercer.

⁹⁵⁴ Loi du 21 juillet 2016.

⁹⁵⁵ Loi du 19 décembre 2016.

⁹⁵⁶ CC, 2017-624 QPC du 16 mars 2017, *Assignations à Résidence II*.

Les femmes requérantes dans le contentieux de l'état d'urgence

Maria Kalogirou
Stéphanie Hennette Vauchez

Cherchant à tirer du corpus contentieux autant d'éléments que possible indiquant le profil des personnes à l'encontre desquelles ont été prises des mesures fondées sur l'état d'urgence, nous nous sommes logiquement intéressées à la question du sexe des requérantes et des personnes visées par de telles mesures. S'il demeure impossible, au regard des données disponibles, de déterminer la proportion de femmes et d'hommes ayant fait l'objet de mesures fondées sur la loi du 3 avril 1955, on peut néanmoins établir la proportion de femmes requérantes dans notre corpus ; or, elles sont peu nombreuses : seuls 81 des 775 décisions constituant notre corpus d'analyse ont été rendus dans le cadre de recours intentés par des femmes. Mais au-delà de l'analyse quantitative, c'est bien sur le terrain qualitatif que l'on souhaite situer le présent focus : existe-t-il des spécificités liées au traitement des femmes sous l'empire de l'état d'urgence ? Sont-ce les mêmes types de motifs qui justifient qu'elles y soient soumises ? Le raisonnement juridictionnel les concernant est-il similaire ou différent de celui déployé sur la grande majorité des requêtes, formées par des hommes ?

Il convient d'abord de faire valoir quelques observations générales et de souligner que, par bien des aspects, rien dans le sous-corpus contentieux des recours formés par des femmes requérantes ne paraît singulier ou notoirement différent de ce qui se donne à voir dans le reste du corpus (ie. requêtes formées par des hommes). En d'autres termes, les grandes lignes de l'analyse contentieuse globale⁹⁵⁷ ne sont pas remises en cause par la focale « sexe des requérant-es ». On est ainsi frappé à titre principal, dans le présent sous-corpus comme de manière générale, par le fait que le contrôle juridictionnel des mesures liées à l'état d'urgence demeure essentiellement fondé sur la matérialité des faits : soit ils sont constitutifs de « raisons sérieuses qui permettent de penser que le comportement de ces femmes-là constitue une menace pour l'ordre et la sécurité publics » -et alors, la requête sera généralement rejetée-, soit ce n'est pas le cas et la requête pourra être partiellement ou totalement admise. L'issue du contrôle opéré sur les mesures concernant des femmes est, de même et comme cela a été établi par l'étude globale, généralement défavorable aux requérantes. Enfin, certains profils de requérantes ne semblent présenter aucune particularité notable. Il en va notamment ainsi du profil des « militantes », à propos desquelles les ordonnances et jugements rendus dans le cadre de recours contre des interdictions de séjour, assignations à résidence, ou autres mesures restreignant la liberté de manifester, ne diffèrent que faiblement de ceux concernant des militants hommes⁹⁵⁸.

⁹⁵⁷ V. dans le présent volume, S. Hennette Vauchez, M. Kalogirou, N. Klausser, C. Roulhac, S. Slama, V. Souty, « Le contentieux de l'état d'urgence : éléments d'analyse », *supra*.

⁹⁵⁸ Notons toutefois, à propos notamment des ordonnances CE Sect., 11 déc. 2015, n° 395009, 394990, 394992, 394993, 394989, 394991, 395002 (groupe rennais, v. dans le présent volume, S. Hennette Vauchez, M. Kalogirou, N. Klausser, C. Roulhac, S. Slama, V. Souty, « Le contentieux de l'état d'urgence : éléments d'analyse », *supra*) que, lorsqu'on regarde attentivement les dossiers de deux membres féminins de ce groupe, il apparaît qu'aucun fait répréhensible et même aucune « action revendicatrice violente » ne leur est personnellement imputé. On ne leur reproche en réalité que leur appartenance à ce groupe et leur *présence* sur différents lieux et ce, alors même que s'agissant des hommes du groupe, c'est bien leur participation à des actions violentes lors de manifestations qui

En revanche, certaines spécificités ou particularités du sous-corpus « femmes » méritent d'être soulignées –notamment pour le profil « Islam radical »⁹⁵⁹. La première tient précisément au fait que les particularités observables en ce qui concerne le traitement des femmes dans l'état d'urgence soient en lien, ou à l'intersection, avec le fait religieux. On le sait, d'autres terrains de recherche ont déjà permis d'établir que les femmes (musulmanes) étaient tendanciellement particulièrement touchées par l'intensification de la régulation juridique du fait religieux⁹⁶⁰. L'hypothèse de l'état d'urgence comme prolongement ou renforcement de cette analyse mérite ici d'être formulée, même s'il paraît que cette intersection entre état d'urgence et Islam féminin opère différemment que l'intersection observée ailleurs -entre neutralité du service public, ou interprétation du défaut d'assimilation dans les procédures d'acquisition de la nationalité, et Islam féminin. En effet, ce que révèle le contentieux administratif ou de la nationalité, c'est que la différence essentielle qui caractérise le traitement de la croyance religieuse selon qu'elle est exprimée par des hommes ou des femmes a à voir avec le point de savoir si la croyance s'exprime dans la seule sphère privée ou également dans la sphère publique. Ainsi, la foi ou les croyances religieuses des femmes peuvent être juridiquement saisies comme pertinentes (ie. de nature à fonder des décisions) y compris lorsqu'elles sont exprimées (voire, cantonnées) dans la sphère privée, tandis qu'il est généralement nécessaire, pour qu'un homme soit appréhendé comme religieux, qu'il y ait eu manifestation publique de la foi –qu'elle soit délictuelle ou non⁹⁶¹. Le prisme ici adopté (ie. celui que constitue le contentieux de l'état d'urgence) ne permet pas d'observer cette distinction. On observe assurément que la religion (et en fait, d'un mode de vie religieux qui passe par la manifestation de la foi musulmane dans l'espace public comme dans l'espace privé) joue un rôle important, sinon déterminant, parmi les indices utilisés par les autorités publiques de considérer qu'il y a appartenance à la mouvance terroriste⁹⁶² -mais il semble que sous ce régime d'exception, ce soit indifféremment ses expressions publiques que privées qui érigent ainsi la religion en facteur susceptible d'attirer les personnes dans l'orbite de l'état d'urgence.

fonde les mesures dont ils font l'objet. En ce sens, et comme c'est le cas pour les femmes relevant du profil « Islam radical » sur lesquelles se concentre pour l'essentiel le présent chapitre, les femmes de ce groupe rennaissent de militant-es sont assignées ou interdites de séjour par association, en raison du fait qu'elles cotoient les éléments masculins de ce groupe.

⁹⁵⁹ Il existe certes plusieurs décisions du sous-corpus « femmes » qui concernent un terrorisme nord-caucasien (v. notamment : TA Lille, 24 nov. 2016, n°1605051, 1605587, 1607172 ; TA Lille, 4 août 2016, n°1605866 ; TA Lille, 3 sept. 2016, n°1606528 ; TA Lille, 7 oct. 2016, n°1607512 ; TA Marseille, 12 août n°1606744 ; TA Marseille, 25 nov. 2016, n°1609237) ; mais ici, on ne note pas de spécificité.

⁹⁶⁰ Problématique sur laquelle on peut renvoyer, pour ce qui est du droit français, à : O. Bui-Xuan, « Regard genré sur les dispositions juridiques relatives à la neutralité religieuse », in REGINE (S. Hennette Vauchez, M. Möschel, D. Roman dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, 2013 et S. Hennette Vauchez, « Genre et religion : le genre de la "nouvelle laïcité" », in REGINE (S. Hennette-Vauchez, M. Pichard, D. Roman dir.), *La loi & le genre. Etudes critiques de droit français*, Ed. du CNRS, 2014, p. 715-731.

⁹⁶¹ Sur les aspects public / privé de la religion et le traitement différencié hommes / femmes de ce point de vue, on peut renvoyer à : D. Koussens, « Sous l'affaire de la burqa... quel visage de la laïcité française ? », *Sociologie et sociétés*, 2009, vol. 41, n°2, p. 327-348 ; A. Hajjat, « Port du hijab et 'défaut d'assimilation'. Étude d'un cas problématique pour l'acquisition de la nationalité française », *Sociologie*, 2010, n°4, p. 128 ; S. Hennette Vauchez, « Genre et religion : le genre de la "nouvelle laïcité" », *op. cit.*

⁹⁶² A titre d'illustration : TA Paris n° 1604755/3-1, 19 juillet 2016 ; TA Paris n° 1607718/3-1, 19 juillet 2016 ; TA Versailles, n° 1602919, 16 décembre 2016

La seconde spécificité que permet l'analyse resserrée du corpus contentieux résultant de recours intentés par des femmes tient à la visibilité plus grande, dans le sous-corpus « femmes », de la logique de « police des fréquentations » qui innerve le fonctionnement de l'état d'urgence : les autorités administratives (non contredites en cela par le juge) prennent des mesures liées à l'état d'urgence à l'encontre de femmes qui ne sont pas nécessairement elles-mêmes en lien avec la menace (ou mouvance) terroriste mais *fréquentent des personnes qui le sont*. L'étude contentieuse globale a en effet permis de confirmer « l'hypothèse d'une contribution de l'état d'urgence à une évolution des finalités de la police administrative, qui n'apparaît plus comme seulement préventive ou curative des troubles à l'ordre public, mais aussi prédictive de divers risques virtuels de commission d'infractions »⁹⁶³ ; et cette conclusion prend essentiellement appui sur le fait que « il ressort en effet du corpus d'analyse que le juge administratif contrôle les mesures prises non seulement au regard du 'comportement' de la personne, comme le prévoit la loi de 1955, mais aussi plus largement au regard de son profil, sa personnalité, son environnement familial, social et professionnel et plus largement ses fréquentations, notamment numériques (réseaux sociaux, etc.), telles qu'elles sont dépeintes dans des notes blanches des services de renseignement »⁹⁶⁴. Cette dimension spécifique du corpus étudié, qui d'une part révèle l'importance des « fréquentations » dans l'établissement du profil d'une personne et d'autre part permet de souligner combien le lien peut être indirect entre la personne concernée et les faits ou idées problématiques, ressort avec une particulière netteté du sous-corpus « femmes »⁹⁶⁵. Ces deux particularités seront examinées successivement.

I. Mode de vie religieux et attraction dans l'orbite de l'état d'urgence

Il importe bien sûr de garder à l'esprit le fait que l'état d'urgence intervient dans un contexte où la visibilité des signes religieux -et notamment des signes religieux portés par les femmes musulmanes dans l'espace public⁹⁶⁶- est devenu tendu. Ce fait est loin d'être anodin, du point de vue de l'impact concret de l'état d'urgence sur les femmes (et spécifiquement les femmes que l'on pourrait qualifier de « visiblement musulmanes ») d'une part et sur l'analyse des glissements et dévoiements de l'état d'urgence d'autre part. Il amène à s'interroger sur diverses formes de glissement entre signes de piété et de rigorisme (ex. : port du niqab), radicalité et terrorisme.

Comme on l'a dit, le sous-corpus relatif aux femmes permet d'établir que les mesures adoptées sur la base de l'état d'urgence sont potentiellement justifiées par des éléments relevant des croyances religieuses et donc, des conduites et de la vie privée des personnes. En particulier, la lecture des arrêts sur des recours formés par des femmes révèle l'importance de la référence des autorités administratives et du juge au port des tenues religieuses et à l'adoption d'un mode de vie pieux. On peut citer à titre d'illustration un arrêt relatif à une

⁹⁶³ S. Hennette Vauchez, M. Kalogirou, N. Klausser, C. Roulhac, S. Slama, V. Souty, « Le contentieux de l'état d'urgence : éléments d'analyse », *op. cit.*.

⁹⁶⁴ *Ibid.*

⁹⁶⁵ A titre d'illustration voir TA Paris, 19 juil. 2016, n° 1604755/3-1 ; TA Versailles, 17 mars 2016, n° 1508438 ; TA Montreuil, 6 août 2016, n°1605992 ; TA Paris, 19 juil. 2016, n°1607960/3-1 ; TA Melun, 22 déc. 2015, n°1510322 ; TA Lyon, 24 déc. 2015, n°1510612 ; TA Lyon, 1^{er} sept. 2016, n° 1606526 ; TA Amiens, 21 janv. 2015, n°1503609.

⁹⁶⁶ V. notamment loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 relative à l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public.

interdiction de sortie du territoire français, où a été retenu comme signe de radicalisation islamiste le port par la requérante de gants noirs et d'un niqab « ne laissant apparaître que ses yeux »⁹⁶⁷. De manière encore plus emblématique, dans un autre arrêt concernant une interdiction de sortie du territoire français⁹⁶⁸, il est affirmé que, conformément à une « note blanche », la requérante est identifiée comme ayant porté « le voile intégral dans l'espace public à deux reprises, le 6 juin 2011 dans un centre commercial et le 29 novembre 2015 lors d'un contrôle policier ». Le juge souligne que, de surcroît, la note blanche motivant la mesure fait état de ce que « lors de ce dernier contrôle, Mme X. était accompagnée de deux autres personnes également revêtues d'un voile intégral, dont l'une est connue des services de renseignements pour son radicalisme et son prosélytisme religieux et a fait l'objet d'une assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence. »⁹⁶⁹. On ne saurait ici faire abstraction du fait que le *niqab*, dont le port est certes prohibé par la loi du 11 octobre 2010 mais pour des motifs qui ne sont pas en lien avec la lutte contre le terrorisme⁹⁷⁰, est ici construit comme un signe de radicalisme religieux de nature à constituer des « raisons sérieuses de penser que comportement constituerait un trouble à l'ordre et à la sécurité publics » -lesquelles forment le standard de mise en mouvement de l'état d'urgence⁹⁷¹.

Il faut admettre que, dans ces deux jugements, le port du voile n'est pas le seul élément qui fonde l'appréciation administrative motivant les actes pris sur le fondement de l'état d'urgence ; il est complété par un ensemble d'autres éléments. Reste que la référence à la tenue religieuse (fût-elle interprétée comme exprimant une compréhension radicale de la religion) est par elle-même importante –ce qui ne manque d'interroger au regard de la préservation de libertés aussi fondamentales que la liberté de conscience, la liberté personnelle et de se vêtir. Elle l'est d'autant plus que le cadre de l'état d'urgence permet de conférer un sens à ces tenues quelles que soient les conditions et les lieux dans lesquels elles sont revêtues. Cette centralité du vêtement religieux féminin met en lumière la lourde contrainte (qui pèse tant dans l'espace public que privé) qui, du fait du cumul entre restrictions latentes à la liberté religieuse d'une part et état d'urgence d'autre part, pèse sur les femmes musulmanes.

Un autre élément remarquable dans les arrêts consiste en ce que la référence aux tenues religieuses est souvent couplée à la mention de la manifestation par les requérantes de leur volonté de quitter la France, qu'elles considèrent le cas échéant comme un pays non respectueux de leur religion⁹⁷². Dans un grand nombre des décisions, le mode de vie religieux

⁹⁶⁷ TA Paris, 19 juil. 2016, n° 1604755/3-1.

⁹⁶⁸ TA Paris, 19 juil. 2016, n° 1607718/3-1.

⁹⁶⁹ Voir également l'arrêt TA Versailles, 16 déc. 2016, n°1602919 (La perquisition du domicile de la requérante « a été pris au motif que Mme XXX aurait adopté les codes d'un islam rigoriste par le port de tenues traditionnelles et l'austérité de son cadre de vie, qu'elle fait systématiquement référence à la religion et elle serait connue pour des faits de délaissement de mineur »).

⁹⁷⁰ On le sait, la loi du 11 octobre 2010 est construite comme justifiée par la nécessité de préserver les « conditions essentielles de la vie en société ». A telle enseigne que c'est ce motif qui a permis que la loi française soit jugée conforme à la Convention Européenne des Droits de l'Homme –à l'exclusion, précisément, des arguments tirés de la protection de la sécurité publique. Après avoir admis de considérer que la sécurité publique pourrait constituer un but légitime de la loi, La Cour européenne des droits de l'Homme juge disproportionnée à cet objectif une interdiction générale et permanente hors de tout contexte « révélant une menace générale contre la sécurité publique » (CEDH, GC, 1^{er} juil. 2014, *SAS c. France*, § 139).

⁹⁷¹ C'est le standard autour duquel sont articulés les art. 6 et 11 de la loi du 3 avril 1955, relatifs aux assignations à résidence et aux perquisitions.

⁹⁷² A titre d'illustration : TA Paris, 19 juil. 2016, n° 1604755/3-1 ; TA Bordeaux, 15 janv. 2016, n°1600113.

est ainsi examiné en combinaison avec les voyages de ces femmes, notamment en Turquie ou en Arabie saoudite. Or, lorsque les requérantes cherchent à justifier ces voyages en invoquant des raisons personnelles ou familiales (comme par exemple des opérations médicales⁹⁷³, des visites rendues aux membres de leurs familles résidant dans ces pays⁹⁷⁴ ou encore des vacances en famille⁹⁷⁵), les juges ne considèrent généralement pas ces justifications comme suffisamment probantes. Plusieurs arrêts défavorables sont ainsi fondés sur l'absence de contestation « suffisante » des « faits suffisamment précis et circonstanciés » relatés dans les « notes blanches ». Ici comme ailleurs, on relève que la remise en cause des faits rapportés par les notes blanches suppose un standard probatoire élevé : la charge de la réfutation est lourde. Il est nécessaire de pouvoir prouver des faits avérés contredisant ceux mentionnés dans les notes blanches.

Un rare jugement qui fait droit aux arguments du requérant établissant que des voyages qu'il aurait réalisés étaient sans lien avec quelque projet terroriste que ce soit. On peut ici concerne un homme, qui convainc ainsi les juges du TA de Melun que ses voyages en Egypte sont justifiés par des raisons culturelles et indépendantes du terrorisme islamiste⁹⁷⁶. Alors même qu'une note blanche qualifiait le requérant de « militant salafiste porteur des attributs des musulmans radicaux », que sa « pratique radicale de l'islam [aurait] conduit depuis 2012 à séjourner régulièrement en Egypte » y compris après avoir posé de longs « congés sans solde (11 mois) durant lesquels il [aurait] étudié le Coran dans une des madrassas du Caire et [aurait] déclaré que pendant cette période, il s'était rendu en Syrie (sans autre précision) ». Le tribunal suspend pour autant l'assignation à résidence du requérant, en prenant en considération les arguments de ce dernier, et notamment ceux par lesquels il démontre avoir effectué ces voyages pour « apprendre l'arabe littéraire et développer son apprentissage du coran auprès de l'institut de langue arabe 'Fajr' au Caire ». Le juge souligne ainsi que le requérant a séjourné en Egypte en 2012 et 2013 sans dissimulation, s'étant inscrit au consulat général de France » et qu' il « a suivi des cours auprès d'un organisme reconnu internationalement, notamment par l'ONU et l'UNESCO »⁹⁷⁷.

Illustre par contraste le caractère très élevé du standard de réfutation requis des requérantes l'affaire suivante. Une femme ayant « adopté les codes d'un islam rigoriste par le port de tenues traditionnelles et l'austérité de son cadre de vie » et « [faisant] systématiquement référence à la religion » fait l'objet d'un ordre de perquisition administrative – fondé, par hypothèse, sur le fait qu'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 ». Si le juge annule l'ordre de perquisition⁹⁷⁸ et refuse d'estimer que les éléments relevant de la vie privée de la requérante révèlent l'existence d'un danger terroriste⁹⁷⁹, c'est parce que la requérante fournit pas moins de cinq attestations rédigées par son employeur, des membres de sa famille et des amis, qui convergent pour établir que « l'intéressée n'a pas changé d'attitude depuis son arrivée en France et vit 'comme une femme moderne' ». Couplées au fait que la note blanche est elle-même rédigée au

⁹⁷³ TA Paris, 19 juil. 2016, n° 1607960/3-1.

⁹⁷⁴ TA Paris, 19 juil. 2016, n° 1604755/3-1 ; TA Versailles, 16 déc. 2015, n° 1508169.

⁹⁷⁵ TA Paris, 19 juil. 2016, n° 1607718/3-1.

⁹⁷⁶ TA Melun, 22 déc. 2017, n°1510316.

⁹⁷⁷ TA Melun, 22 déc. 2017, n°1510316.

⁹⁷⁸ TA Versailles, 16 déc. 2016, n°1602919.

⁹⁷⁹ Il relève que les faits relatés dans la note blanche sont « de nature privée et donc sans lien avec l'existence d'une quelconque menace pour la sécurité et l'ordre publics » : v. TA Versailles, 16 déc. 2016, n°1602919.

conditionnel, ces attestations permettent au juge de décider que celle-ci est « insuffisamment probante » et qu'elle repose sur des informations résultant « vraisemblablement issues d'un seul signalement » et qui ne sont « établies ou corroborées par aucun élément versé au dossier »⁹⁸⁰. Où l'on voit que le glissement depuis des signes de radicalité religieuse à « des raisons sérieuses de penser » que telle personne est en lien avec le terrorisme - ou est susceptible de présenter un risque de trouble à l'ordre ou à la sécurité publics- est difficile à renverser... ce qui explique en large part la difficulté qui s'attache à la critique des raisonnements et glissements entre Islam, piété et terrorisme qui fondent nombre de décisions administratives.

De ce point de vue, la saga tragi-comique des arrêtés d'interdiction du burkini sur les plages à l'état 2016 a illustré avec une grande netteté ces formes de dévoiement de l'état d'urgence : il faut en effet rappeler que non seulement nombre de maires ont formellement comme politiquement pris appui sur l'état d'urgence pour fonder leurs arrêtés mais encore que le premier juge à se prononcer sur ces affaires avait jugé utile d'entériner l'idée selon laquelle le port du burkini pourrait être compris par certains comme une « forme de provocation de nature communautariste ou identitaire » (fût-ce au prix d'un 'amalgame' entre l'extrémisme religieux et le vêtement dénommé 'burkini' »)⁹⁸¹. Certes, il avait, en cela comme sur le fond, été sèchement contredit par le Conseil d'Etat⁹⁸² ; mais la manière dont des glissements, amalgames et assimilations entre Islam et terrorisme⁹⁸³ étaient favorisés par l'état d'urgence apparaissait avec une grande netteté⁹⁸⁴.

Illustre bien ce point une autre affaire extraite de notre sous-corpus 'femmes'. Le préfet du Rhône avait interdit un « rassemblement de personnes » organisée place de la République à Lyon, dans le cadre de la « journée mondiale du foulard »⁹⁸⁵. Deux femmes forment une requête par laquelle elles contestent l'interdiction ; elles soulèvent notamment les moyens suivants : le rassemblement interdit avait vocation à être « statique, ne concernant qu'une

⁹⁸⁰ TA Versailles, 16 déc. 2016, n°1602919.

⁹⁸¹ TA Nice, ord., 22 août 2016, n°1603508 et 1603523

⁹⁸² CE, ord., 26 août 2016, n°402742 et 402777 : « Si le maire est chargé (...) du maintien de l'ordre dans la commune, il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois. Il en résulte que les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage. Il n'appartient pas au maire de se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public »

⁹⁸³ On se permet ici de renvoyer à S. Hennette Vauchez, « Le burkini de l'état d'urgence », <http://doyoulaw.blogs.liberation.fr/2016/08/23/et-le-burkini-devint-debat-national/>.

⁹⁸⁴ La dépendance des arrêtés anti-burkini à la logique de l'état d'urgence trouve d'ailleurs une illustration dans notre sous-corpus : sans fonder explicitement son arrêté sur la loi de 1955, le maire du Touquet a néanmoins invoqué l'état d'urgence pour justifier son interdiction du port du burkini. Saisi d'une requête postérieure au cadrage fourni sur cette question par le Conseil d'Etat, le TA de Lille a jugé qu'« en l'absence de tels risques de troubles à l'ordre public, l'émotion et les inquiétudes résultant des attentats terroristes commis en France depuis 2015 et la prolongation de l'état d'urgence, ne suffisent pas à justifier légalement la mesure d'interdiction contestée ; que, dans ces conditions, le maire ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs de police, édicter des dispositions qui interdisent l'accès à la plage et la baignade alors qu'elles ne reposent ni sur des risques avérés de troubles à l'ordre public ni, par ailleurs, sur des atteintes établies à l'hygiène, à la décence ou à la sécurité de la baignade » : TA Lille, 8 sept. 2016, n°1606619.

⁹⁸⁵ TA Lyon, 1^{er} juin 2016, n°1601476.

dizaine de personnes », « sans slogan ni tract », « organisé dans un esprit de tolérance », et dès lors, selon elles, il ne relève d'« aucun risque de confusion ou de provocation avec les attentats du 13 novembre 2015 » et « aucun risque important d'affrontement n'est établi ». Elles concluent qu'« une présence policière minimale aurait été suffisante », tout en soulignant qu'« aucun trouble à l'ordre public n'est à relever » et qu'en tout état de cause « les dispositions de l'état d'urgence ne peuvent être invoquées qu'à propos de faits ayant un lien avec les causes de l'état d'urgence ». Mais le préfet, énonce l'ordonnance, « a interdit la manifestation au litige au motif que, dans le contexte consécutif aux attentats du 13 novembre 2015, cette manifestation peut générer des troubles graves et avérés à l'ordre public en raison d'un risque de confusion ou de provocation que peut engendrer la tenue vestimentaire des participants dans l'esprit du public, et d'un risque important d'affrontements que ladite manifestation est de nature à faire naître, et que la seule mesure possible est l'interdiction ». Certes, la mesure, fondée sur la seule manifestation de la religion, est ici annulée – au motif qu'elle est disproportionnée au but recherché⁹⁸⁶. Mais le parallèle avec les arrêtés anti-burkini est frappant, qui révèle combien nombre d'autorités administratives ont pu, à la faveur de l'état d'urgence, placer ces femmes musulmanes à l'intersection de problématiques liées à des tensions relatives à la laïcité d'une part et à des glissements entre Islam et terrorisme d'autre part.

L'adoption d'une focale sur les femmes dans le contentieux de l'état d'urgence permet donc de souligner combien l'impact des mesures prises sur le fondement de la loi de 1955 peut être décuplée lorsqu'il concerne des femmes – et donc, notamment, lorsque les mesures sont édictées à cause de leurs liens avec l'« Islam radical ». Depuis 2010 en effet, du fait de la loi relative à l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public⁹⁸⁷, celles des femmes musulmanes portant le voile intégral sont exclues de l'espace public : dans la rue ou dans les lieux publics, elles peuvent être verbalisées voire condamnées à un stage de citoyenneté. Mais depuis l'entrée en vigueur de l'état d'urgence, il faut ajouter à cela que le fait pour elles de porter des tenues manifestant une certaine foi religieuse ou une forme trop grande de piété est susceptible de justifier une mesure restrictive de liberté dans le cadre de l'état d'urgence⁹⁸⁸. C'est donc désormais tant dans l'espace public que privé que, pour des raisons et dans des cadres juridiques différents, la liberté religieuse des musulmanes souhaitant porter le niqab pieuses est entravée.

⁹⁸⁶ Le juge estime que « aucun élément du dossier ne permet d'établir que ce rassemblement aurait pu être à l'origine, d'abord et de la part des organisatrices, de tracts ou de slogans susceptibles d'être une source de provocation pour lesdits passants, par ailleurs et de la part des passants, de réactions tellement hostiles qu'elles auraient nécessité une mobilisation trop importante des forces de l'ordre les détournant de leurs missions prioritaires dans le contexte de l'état d'urgence » ; dès lors : « le préfet a fait une inexacte application de l'article 8 précité de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, relative à l'état d'urgence, en entachant son arrêté d'une erreur dans l'appréciation des faits de l'espèce et en prenant une mesure disproportionnée au but recherché ».

⁹⁸⁷ Loi 2010-1192 du 11 octobre 2010.

⁹⁸⁸ A titre d'illustration, TA Paris, 19 juil. 2016, n°1604755/3-1 ; TA Paris, 19 juil. 2016, n° 1607718/3-1 ; TA Versailles, 16 déc. 2016, n°1602919.

II. Etat d'urgence, « police des fréquentations » et saisie indirecte des femmes

La seconde particularité que révèle la part du contentieux de l'état d'urgence initiée par des recours formés par des femmes consiste en la survisibilité de l'importance des relations et fréquentations des requérantes comme indices d'une menace de trouble à l'ordre et à la sécurité publics : souvent, les femmes de notre corpus y figurent parce qu'elles sont en lien avec des personnes elles-mêmes identifiées comme dangereuses ou « radicalisées »⁹⁸⁹. Ainsi, les mesures à l'encontre des requérantes sont fondées sur des raisons qui concernent davantage le comportement de personnes avec lesquelles elles entretiennent des rapports que sur le leur propre. Ce double caractère, rhizomique⁹⁹⁰ de la logique de l'état d'urgence et indirect des liens entretenus par les personnes faisant l'objet de mesures et l'Islam radical, a déjà été souligné dans l'étude contentieuse globale : c'est l'état d'urgence comme police des fréquentations⁹⁹¹. Il est toutefois exacerbé en ce qui concerne les femmes, notamment parce que ces liens indirects sont presque toujours des liens reprochés à ces femmes avec des hommes : leurs (ex-)compagnons, époux, oncles, pères, fils ou frères incarcérés, interpellés ou encore juste signalés comme constituant des dangers pour l'ordre et la sécurité publics. Elles sont généralement soit suspectées de leur apporter de l'aide, soit d'être influencées par leurs activités radicales ou jihadistes. En d'autres termes, les femmes, même en lien seulement passif avec des hommes de leur entourage qui sont, eux, suspectés d'appartenir à l'Islam radical, peuvent être attirées dans l'orbite de l'état d'urgence.

Ceci se donne à voir, par exemple, dans un jugement du TA de Dijon établissant que c'est le fait que son compagnon « avait accueilli à son domicile en juillet 2015 son frère X. qui venait de quitter la Grande-Bretagne *'vraisemblablement pour tenter de se rendre en Syrie'* » et qu'il « comptait un autre frère, Y., qui *'se trouverait actuellement sur la zone irako-syrienne'* »⁹⁹², qui fonde l'assignation à résidence de la requérante. Dans une autre affaire jugée à Bordeaux, le juge valide un ordre de perquisition visant le domicile de la requérante au motif que « M. X., compagnon de la requérante, pour lequel il existait alors des raisons sérieuses de penser qu'il constituait une menace pour la sécurité et l'ordre publics, ce qui justifiera une mesure d'assignation à résidence à son encontre sur le territoire de la commune de Mulhouse à compter du 17 novembre 2015 validée par jugement définitif du 19 janvier 2016 du tribunal administratif de Strasbourg, séjournait à ce moment [à son] domicile »⁹⁹³.

La chose est particulièrement frappante dans un certain nombre de configurations où c'est par association que les requérantes sont réputées constituer un risque de trouble à l'ordre ou à la sécurité publique : elles sont assimilées de manière indissociable à un certain nombre de faits ou comportements imputables (au moins aussi) à leurs maris ou compagnons.

⁹⁸⁹ Par exemple : TA Paris, 19 juil. 2016, n°1604755/3-1 : « il ressort des pièces du dossier que, d'une part, Mme X. s'est radicalisée ; qu'elle est en contact, notamment, avec son ex-époux religieux, islamiste radical notoire ayant fait l'objet d'une mesure d'interdiction de sortie du territoire le 5 janvier 2016 et d'une assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence (...) ». V. aussi : TA Versailles, 17 mars 2016, n°1508438 ; TA Montreuil, 6 août 2016, n° 1605992 ; TA Paris, 19 juil. 2016, n°1607960/3-1.

⁹⁹⁰ V. dans le présent volume, S. Hennette Vauchez, M. Kalogirou, N. Klausser, C. Roulhac, S. Slama, V. Souty, « Le contentieux de l'état d'urgence : éléments d'analyse », *supra*.

⁹⁹¹ V. dans le présent volume, S. Hennette Vauchez, M. Kalogirou, N. Klausser, C. Roulhac, S. Slama, V. Souty, « Le contentieux de l'état d'urgence : éléments d'analyse », *supra*.

⁹⁹² TA Dijon, 22 janv. 2016, n°1600161 ; TA Dijon, 27 juin 2016, n°1600202.

⁹⁹³ TA Bordeaux, 25 juil. 2016, n°1600137.

Certes, ce sont parfois des comportements imputables au couple qui justifient les mesures prises sur le fondement de la loi de 3 avril 1955 - configuration dans laquelle il est difficile de comprendre de ce qui est exactement, le cas échéant, reproché à l'un ou l'autre. C'est le cas dans des affaires jugées à Toulouse à propos d'assignations à résidence⁹⁹⁴. Dans l'un d'entre eux, le TA, saisi en référé, considère qu'« il n'apparaît pas » que le ministre de l'intérieur en prononçant l'assignation à résidence du couple de requérants « ait porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir des intéressés ou au droit au respect de leur vie privée et familiale ou à l'attention primordiale devant être portée à l'intérêt supérieur de leurs enfants ». Et cela, parce que « les requérants ne contestent pas avoir entretenu et continuer à entretenir des relations avec des personnes ayant rejoint les rangs de l'état islamique comme les frères X » et que « si rien ne permet d'établir qu'en entreprenant des démarches pour se rendre à l'étranger ils auraient eu l'intention de rejoindre eux-mêmes des groupes terroristes, il résulte en revanche ainsi de l'instruction qu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'ils participent au soutien et à l'animation de réseaux pro-jihadistes »⁹⁹⁵.

Il en va de même d'un jugement du TA de Toulouse qui souligne les visites au domicile du couple « de fidèles radicalisés, qui choisissent ensuite d'accomplir un jihad armé sous forme d'attentat ou de départ vers la zone de combat irako-syrienne » et qui seraient nombreuses et justifiées par « des conseils ou des enseignements religieux »⁹⁹⁶. Le jugement précise encore que « la requérante et son époux ont continué, postérieurement à la mesure d'interdiction de sortie du territoire dont le dernier a fait l'objet, à accueillir au sein de la communauté d'Artigat des individus appartenant à la mouvance islamiste la plus radicale, voire des terroristes tels que X., auteur des attentats commis à Toulouse et Montauban en 2012, sa sœur Y. qui a quitté le territoire français à destination de la Syrie le 9 mai 2014 avec ses quatre enfants mineurs, ou encore les frères Z. qui ont rejoint le groupement terroriste Daech en Syrie ». Mais, alors que la requérante fait valoir que seuls sont rapportés des éléments concernant son mari (lesquels sont en effet plus étayés⁹⁹⁷), le juge estime qu'il résulte des éléments figurant dans la note blanche et ne sont pas « utilement contredits », que « la requérante a participé activement ainsi que d'autres membres de la communauté d'Artigat à l'activité de propagande et de prosélytisme menée par son époux, laquelle a permis le recrutement de jeunes convertis de la région et l'accélération des départs à destination de la zone irako-syrienne ; qu'elle héberge, au même titre que son époux, à son domicile des individus radicalisés, comme par exemple G., qu'elle se rend à Toulouse pour rendre visite à des femmes qu'elle invite à porter le voile intégral et auxquelles elle tient un discours

⁹⁹⁴ TA Toulouse, 25 janv. 2016, n°1600307 et 1600308 ; TA Toulouse, 17 juin 2016, n°1600312.

⁹⁹⁵ TA Toulouse, 25 janv. 2016, n°1600307 et 1600308.

⁹⁹⁶ TA Toulouse, 17 juin 2016, n°1600312.

⁹⁹⁷ L'arrêt affirme en effet qu'elle « est l'épouse de H., leader de la communauté islamiste d'Artigat qui, engagé dès son plus jeune âge au sein de la confrérie des Frères Musulmans Syriens, a très rapidement intégré les forces militaires de la confrérie en Syrie ; que dans les années 1980, il a fait partie d'un groupe clandestin basé en Irak qui s'entraînait dans la perspective d'une attaque simultanée en Syrie ; qu'ancien vétéran surnommé 'HH.', il est devenu le leader de la communauté d'Artigat où il a accueilli de nombreux djihadistes partis en Syrie et notamment les djihadistes B. et C., individus condamnés en France le 9 juillet 2009, pour leur participation à une filière toulousaine d'envoi de djihadistes en Irak, qui ont rejoint les rangs de Daech en Syrie et sont respectivement apparus sur une vidéo d'exécution d'un otage et sur l'enregistrement audio des revendications des attentats commis à Paris le 13 novembre 2015 pour le compte de Daech ; que localement, le groupe d'Artigat concentre aujourd'hui tous ses efforts militants en direction des convertis et des jeunes des quartiers populaires, pour qui la vocation salafiste constitue un acte valorisant et socialement respecté ».

rétrograde et antirépublicain, prônant notamment la charia ». Le juge estime donc qu'elle « s'implique personnellement dans cet embrigadement que ce soit à Artigat ou à Toulouse ».

Un autre jugement du TA de Toulouse concerne semblablement un couple sans qu'il soit réellement possible, dans le recours contentieux formé par la femme, de distinguer ce qui lui est reproché en propre des éléments qui concernent son couple. On lit ainsi dans le jugement qu'« il résulte des éléments précis et circonstanciés reposant sur des faits suffisamment étayés par les éléments transmis au ministre de l'intérieur par les services de renseignement, s'appuyant sur les deux notes blanches établies avant l'assignation à résidence de l'intéressée et avant son interdiction de sortie du territoire, que, nonobstant ses dénégations, le radicalisme religieux qu'elle présente avec son compagnon transparaît au travers de leurs fréquentations »⁹⁹⁸. Signalons encore une autre ordonnance, où le juge rejette également la requête par laquelle la requérante conteste son assignation à résidence⁹⁹⁹, édictée en raison des rapports de la requérante et de son époux avec des personnes liées au terrorisme islamiste. La juge considère que la requérante « n'a atténué la réalité des éléments avancés par le ministre de l'intérieur qu'en faisant valoir qu'elle ne pensait pas que ceux de la communauté islamiste radicale qu'elle fréquentait, occasionnellement et principalement par l'intermédiaire de leurs épouses, notamment X. et les frères Y., auraient pu être concernés par des attentats comme ceux du 13 novembre 2015 »¹⁰⁰⁰. Ces décisions attestent du fait que d'une part que l'examen jurisprudentiel des mesures prises à l'encontre des requérantes passe souvent par la référence à des fréquentations qui leur sont reprochées et d'autre part que les juges tendent à rejeter les arguments par lesquels elles contestent, le cas échéant, les motifs des mesures dont elles font l'objet, au motif que les éléments qu'elles font valoir ne sont pas suffisamment probants. Il est difficile pour elles de convaincre le juge que les notes blanches ayant mené aux mesures contestées ne sont pas « suffisamment précises et circonstanciées »¹⁰⁰¹.

Enfin, cette attraction « par association » des femmes dans l'orbite de l'état d'urgence est plus nette encore en matière de perquisitions, ie. lorsqu'il s'agit de perquisitionner un logement où cohabitent un homme et une femme. Ainsi en va-t-il dans cette ordonnance du tribunal administratif de Versailles rendue suite au recours formé contre un ordre de perquisition visant un homme, mais aussi indirectement une femme hébergée par ce dernier dans le logement perquisitionné - perquisition suivie d'une autorisation d'exploitation des données informatiques saisies délivrée par le juge administratif¹⁰⁰². Lorsque la requérante demande au juge des référés « d'ordonner à l'autorité administrative de restituer rapidement les affaires personnelles qu'elle a saisies lors la perquisition » (à savoir « de nombreux matériels informatiques lui appartenant, comme des boîtiers permettant à l'accès à Internet dans l'appartement fournis par un opérateur téléphonique, un téléphone portable, des disques durs, des clefs USB, des ordinateurs»), le juge rejette sa demande comme

⁹⁹⁸ TA Toulouse, 27 oct. 2016, n°1600399.

⁹⁹⁹ TA Toulouse, réf., 29 janv. 2016, n°1600391 : « ... mariée à M.XXX, d'origine syrienne, [la requérante] et celui-ci sont proches de la mouvance islamiste radicale toulousaine et membres de la communauté salafiste d'Artigat, dirigée par XXX, dont ils partagent les convictions religieuses les plus extrêmes, et qu'elle participe à l'activité de cette communauté et fréquente depuis de nombreuses années les nouveaux convertis ou les historiques, comme les XXX qui, installés en Syrie, ont revendiqué au nom de l'Etat islamique les attentats terroristes du 13 novembre 2015 ».

¹⁰⁰⁰ TA Toulouse, réf., 29 janv. 2016, n°1600391.

¹⁰⁰¹ Par exemple, TA Toulouse, 17 juin 2016, n°1601086 ; TA Toulouse, 25 janv. 2015, n°1600329 et 1600330.

¹⁰⁰² TA de Versailles, réf., 9 août 2016, n°1605751.

manifestement mal-fondée car introduite avant l'expiration du délai de quinze jours¹⁰⁰³ dont dispose l'administration pour exploiter le matériel saisi¹⁰⁰⁴. Ce faisant, le juge ne prête guère attention aux arguments soulevés par la requérante, aux termes desquels d'une part, ces matériels ne contiennent « aucune donnée pouvant être utile dans le cadre de l'état d'urgence » et d'autre part, la saisie « lui porte préjudice puisque les matériels qui ont été pris contiennent des données scientifiques utiles pour les travaux de recherche qu'elle mène à présent », étant précisé que ces travaux visent à « aboutir à la publication d'un article scientifique dont la date limite de remise est fixée au 21 août 2016 »¹⁰⁰⁵. Il est vrai que l'article 56 du Code de procédure pénale qui gouverne les perquisitions de droit commun ouvre un large champ aux enquêteurs et leur permet de procéder à la perquisition dans un lieu désigné sans se préoccuper des titres de propriété que telle ou telle personne peut faire valoir sur les biens examinés ; sans doute faut-il comprendre ici qu'il en va de même en matière de perquisitions administratives.

Encore plus intéressantes de ce point de vue sont les décisions qui justifient des mesures fondées sur la fréquentation par les requérantes des personnes qui ne sont pas elles-mêmes identifiées comme une menace terroriste, mais qui sont proches d'autres personnes liées avec cette menace (lien doublement indirect)¹⁰⁰⁶. On trouve ainsi dans le sous-corpus des cas où l'(ex) époux ou compagnon de la requérante connaît une ou des personnes incarcérées pour des faits en lien avec le terrorisme islamiste. Citons à titre d'illustration une mesure d'assignation à résidence ayant fait l'objet d'un recours en référé-liberté et d'un recours pour excès de pouvoir¹⁰⁰⁷ formés par une requérante étant la compagne d'un homme incarcéré pour escroquerie et qualifié par le préfet comme « musulman radicalisé », hébergée par la famille de ce dernier¹⁰⁰⁸. Il ressort de l'ordonnance que cet homme fréquente des « individus impliqués dans des affaires de terrorisme », « notamment X., incarcéré pour des faits en lien avec le terrorisme, Y., mis en examen pour association de malfaiteurs en vue de la préparation d'actes de terrorisme et financement du terrorisme, et Z., incarcéré pour participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme »¹⁰⁰⁹. La juge affirme en outre que la requérante « est une amie proche » de l'ex-compagne d'un des trois individus mentionnés ci-dessus – laquelle « amie proche » se serait rendue « en Turquie en décembre 2014 sous prétexte humanitaire, [aurait] été interpellée par la police turque début

¹⁰⁰³ Article 11 de la loi du 3 avril 1955.

¹⁰⁰⁴ TA Versailles, réf., 18 août 2016, n° 1605908. Dans la même logique, voir aussi TA Pau, réf., 16 déc. 2016, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, n°1602436. Par cette ordonnance a été accordée l'autorisation d'exploitation des données saisies lors de la perquisition du domicile d'un couple. Après un long paragraphe sur les raisons ayant fondé la justification de cette mesure à l'encontre de l'homme, la seule raison portant sur la femme consiste en ce qu'« elle est également connue des services de police pour avoir été auparavant la compagne de M.XXX, lui-même connu pour ses velléités et ses sympathies pour la cause djihadiste ». Voir également TA de Châlons, 21 mars 2016, n°1600109 : légalité d'une assignation pour une femme convertie qui « s'est mariée religieusement le 5 décembre 2014 avec un islamiste radical [lui-même assigné] qu'elle a tenté de rejoindre par la Turquie le 5 octobre 2015 » avant d'être interpellés et refouler vers la France et dont le frère « est soupçonné d'être en relation avec des passeurs et des djihadistes opérant en zone irako-syrienne ».

¹⁰⁰⁵ TA Versailles, 18 août 2016, n°1605908.

¹⁰⁰⁶ A titre d'illustration voir TA Cergy Pontoise, 13 mai 2016, n°1601689 ; TA Versailles, 16 déc. 2016, n°1602919 ; TA Dijon, 22 janv. 2016, n°1600161 ; TA Dijon, 27 juin 2016, n°1600202.

¹⁰⁰⁷ TA de Cergy-Pontoise, 13 mai 2016, n°1601689.

¹⁰⁰⁸ TA Cergy Pontoise, réf., 19 fév. 2016, n°1601330 ; v. aussi TA Cergy Pontoise, 13 mai 2016, n°1601689.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*

2015 à proximité de la frontière turco-syrienne et [aurait] reconnu, dans un entretien administratif mené lors de son retour en France, avoir établi, avant son voyage et durant sa détention en Turquie, des contacts 'facilitateurs' ». Ensemble avec la requérante, elle se serait ensuite rendue, début février 2015, à la maison d'arrêt du Val-d'Oise, pour rendre visite à leurs compagnons respectifs »¹⁰¹⁰. Dans cette affaire, la juge considère que la requérante conteste seulement « une partie » des faits qui lui sont reprochés », et qu'elle ne conteste pas « de façon crédible les éléments suffisamment précis et circonstanciés contenus dans la note blanche sur lesquels s'est fondé le ministre de l'intérieur pour prendre la mesure dont la suspension est demandée »¹⁰¹¹. On a donc bien ici affaire à une configuration où ce sont des liens indirects qui unissent la requérante avec des personnes dont le comportement est jugé menaçant sont au fondement de la mesure.

Parfois, le lien unissant les femmes faisant l'objet de mesures fondées sur l'état d'urgence et les personnes justifiant qu'elles soient attirées dans l'orbite de l'état d'urgence est d'ailleurs si indirect qu'il est qualifié de « risque » : il y a un risque que ces femmes se mettent en contact avec certaines personnes déjà identifiées comme dangereuses. Ainsi, dans une ordonnance du TA de Versailles on peut lire que la nièce d'un « vétéran djihadiste, ancien membre du commando de Francfort, cadre d'Al Qaïda et dirigeant d'une khatibat de combattants djihadistes sur la zone irako-syrienne [...] fait actuellement l'objet d'une interdiction de sortie du territoire et *est susceptible d'être en contact avec son oncle* »¹⁰¹². Ainsi, « la perquisition du domicile [de la requérante] est motivée par les circonstances [qu'elle] est soupçonnée d'avoir un comportement constituant une menace pour l'ordre et la sécurité publics étant donné qu'elle a tenté en 2015 de rejoindre la Syrie via la Turquie et l'Espagne où elle a été refoulée ». En outre, « la perquisition a révélé la présence d'un ordinateur lui appartenant, verrouillé par un mot de passe, et d'une unité centrale non accessible, la découverte de deux cahiers dans sa chambre dont l'un contenant notamment un texte en forme de testament et l'autre sur le système de gouvernance du 'khilafat' et un article de journal concernant l'arrestation de son oncle ». A l'appui de ces éléments, la juge confirme « l'existence d'indices d'un comportement constituant une menace pour la sécurité et l'ordre publics ayant conduit à autoriser la perquisition »¹⁰¹³. Ici, comme dans plusieurs autres affaires¹⁰¹⁴, le lien matériel entre les fréquentations et la menace terroriste – outre le fait qu'il repose à titre principal, comme on l'a souligné dans l'étude contentieuse globale, sur les éléments rapportés par les notes blanches- demeure abstrait et imprécis et caractérise des virtualités, des risques, plus qu'il ne se fonde sur des éléments établis.

Soulignons toutefois qu'ici encore, le contentieux n'est pas univoque ; et la logique du risque est parfois remise en cause. C'est ce qu'on observe par exemple dans un jugement du TA de Paris où le juge estime que l'« ancienneté des liens » entre la requérante et trois personnes (ses deux époux et une femme qu'elle connaît) aboutit à ce qu'« en ordonnant une

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

¹⁰¹¹ *Ibid.*

¹⁰¹² TA Montreuil, réf., 6 août 2016, n°1605992 (souligné par nous).

¹⁰¹³ *Ibid.*

¹⁰¹⁴ V. par ex. TA Strasbourg, réf., n°1602448 ; TA de Strasbourg, réf., 9 juin 2016, n° 1603239 (rejet confirmé par CE, réf., 4 juillet 2016, n°4009451) : la mesure d'assignation à résidence est confirmée s'agissant d'une femme, convertie à l'islam, « au contact de l'un des auteurs des attentats terroristes commis le 13 novembre 2015 à Paris et à Saint-Denis, avec lequel elle entretenait une relation amoureuse avant le départ de ce dernier en Syrie ». Par ailleurs elle fréquente un groupe de jeunes adultes « faisant régulièrement du prosélytisme sur les places publiques et adoptant un comportement virulent et agressif, sous la houlette de l'imam d'une mosquée fréquentée par plusieurs individus d'obédience salafiste ».

perquisition de l'appartement de l'intéressée [fondée sur ces éléments relationnels], le préfet de police a commis une erreur d'appréciation »¹⁰¹⁵.

C'est d'ailleurs plus généralement qu'il importe de souligner que ce sont des grandes tendances que l'on cherche ici à isoler et décrire ; et les contre-exemples existent. De certaines décisions étudiées¹⁰¹⁶, il ressort donc des éléments opposés : les mesures prises sur le fondement de l'état d'urgence contre des femmes reposent parfois sur un vaste ensemble d'éléments de nature diverse qui permet de qualifier leur comportement de dangereux. On peut ainsi citer une ordonnance du TA de Versailles qui autorise l'exploitation de l'équipement de la requérante saisi lors de la perquisition de son domicile sur la base de nombreux éléments : détention d'applications permettant de parler de façon cryptée, effacement de traces de communication constatées pendant la perquisition, haut degré de discrétion manifesté par la requérante, changement régulier de véhicule, achat d'un ordinateur à un membre de la mouvance salafiste, visite au taxiphone de la Grande Borne après un voyage en Syrie ayant eu lieu avec un homme lui-même condamné pour avoir projeté de commettre un attentat en France et caractérisé par le préfet comme « un membre du groupement terroriste Daesh », reconnaissance de cet homme comme père de l'enfant mis au monde suite à son retour de Syrie...¹⁰¹⁷. De la même manière, le seul « risque » de collusion entre une femme et des personnes issues de la mouvance radicale ne suffit pas toujours à fonder des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence. Il en va ainsi, par exemple, suite à la fermeture de certains lieux de restauration à Annecy sur le fondement de « l'existence probable d'une collusion entre réseaux criminels et filières djihadistes dans l'agglomération annécienne ». Bien que dans les deux cas, des personnes et des documents liés (selon le préfet) à la mouvance radicale, aient été identifiés, ne suffit pas : le juge estime que les éléments invoqués par les autorités administratives « ne permettent pas d'accréditer l'existence d'une menace

¹⁰¹⁵ TA Paris, 19 juil. 2016, n°1607960/3-1 : « Dans ces conditions, eu égard à l'ancienneté des liens de Mme XXX avec les membres de la mouvance jihadiste et à l'insuffisance des éléments produits par le préfet de police pour estimer qu'il existait des raisons sérieuses de penser que l'intéressée projetait des déplacements vers la Syrie, il n'est pas établi que l'intéressée présentait, à la date de la décision du 20 avril 2016, une menace pour l'ordre et la sécurité publics. Par suite, en ordonnant une perquisition de l'appartement de l'intéressée, le préfet de police a commis une erreur d'appréciation ».

¹⁰¹⁶ V., dans le même sens : TA Grenoble, 7 oct. 2016, n°1605637 : « Considérant, en second lieu, qu'il résulte de l'instruction que la perquisition a été ordonnée par le préfet de l'Isère en raison des relations fréquentes que Mme XXX entretient avec des individus poursuivis pour association de malfaiteurs en lien avec une entreprise terroriste, du soutien qu'elle affiche à l'Etat islamique, du cryptage systématique de ses communications sur les sites de messagerie et de l'utilisation d'un compte mutualisé sur le réseau Facebook en lien avec un compte pro-Etat islamique à partir duquel elle a notamment recherché des conseils sur la taqiya ; qu'il résulte du procès-verbal de mise à exécution de l'ordre de perquisition signé par l'intéressée que son téléphone portable Samsung S7 Edge contient des captures d'écran d'images représentant des combattants susceptibles d'appartenir à Daesh, des textes en rapport avec les trois degrés du djihad et le bombardement d'un hôpital d'Alep où est porté le commentaire « qu'Allah vous détruise bande de chiens chiite et pro Poutine et pro USA et pro Hollande tous au feu » qui, selon les déclarations à l'audience de Mme XXX, a été écrit sous le coup de la colère ; que, dans ces conditions, et alors même qu'elle soutient que ces images et textes étaient à son seul usage et qu'elle ne les a pas diffusés, il apparaît que le téléphone de Mme XXX est susceptible de contenir des données relatives à la menace que constitue son comportement pour la sécurité et l'ordre publics ; que, par suite, il a lieu d'accorder l'autorisation d'exploiter les données du téléphone portable saisies lors de la perquisition à laquelle il a été procédé le 5 octobre 2016 au domicile de Mme XXX ».

¹⁰¹⁷ TA Versailles, réf., 13 août 2016, *Préfet de l'Essonne*, n°1605872.

liée au fonctionnement de l'établissement »¹⁰¹⁸. Ces contre-exemples existent et nous en faisons état ; mais la lecture de l'ensemble des décisions établit que dans la plupart des cas, c'est surtout en leur qualité de compagnes ou membres de la famille d'une personne elle-même considérée comme dangereuse que les juges considèrent que les requérantes représentent une menace terroriste. Autrement dit, parmi les nombreux éléments qui sont invoqués, le rôle des fréquentations demeure le plus souvent prépondérant –et prévalent par rapport à l'engagement actif des femmes requérantes.

Enfin, il faut souligner la dynamique spécifique qui irrigue cette logique des liens concentriques ou indirects qui attrait les requérantes dans l'orbite de l'état d'urgence à raison de leurs fréquentations : c'est qu'en effet, elles paraissent souvent comme victimes ou du moins influencées par les hommes (le plus souvent leurs maris/compagnons) dont les liens avec l'Islam radical fondent la mesure dont elles font, elles (aussi), l'objet. C'est en fait bien souvent la relation entre l'homme et la femme qui paraît déterminante¹⁰¹⁹, en ce sens que c'est souvent cette relation permet aux autorités administratives et aux juges de procéder à une sorte d'extension aux requérantes du « profil » des hommes qui se trouvent dans leur environnement social et familial. C'est effectivement en ce sens qu'est particulièrement important le fait qu'il s'agit surtout d'hommes. Emblématique est une affaire ayant fait l'objet de trois ordonnances du TA de Melun¹⁰²⁰. Dans cette affaire, la requérante « soutient que le ministre de l'intérieur ne fournit aucune preuve d'une activité ou de comportement susceptible de constituer de sa part une menace pour la sécurité et l'ordre public ; il ne se réfère qu'au fait qu'elle est l'épouse d'une personne qu'il qualifie d'islamiste radical parti en Syrie le 26 avril 2015 »¹⁰²¹. Ce qui est remarquable sont les références par la note blanche à l'état émotionnel de la requérante à l'égard de son mari, d'autant plus que pour le ministre et les juges, les sentiments de la requérante opèrent comme un élément de radicalisation. La requérante est ici décrite comme étant sous l'emprise de son mari, à telle enseigne que son autonomie personnelle disparaît, tous ses actes étant interprétés comme guidés, en dernier ressort, par une force extérieure à elle¹⁰²². Plus précisément, les jugements font référence au fait que la note blanche établirait que la requérante « confiait que son mari était très pieux et que pour faciliter sa vie de couple, elle se soumettait à ses obligations religieuses ». La note se référerait en outre aux menaces subies par la requérante de la part son époux afin de le

¹⁰¹⁸ TA Grenoble, réf., 11 janv. 2016, n°1507833 : « un client interpellé à la frontière entre la Croatie et la Slovénie en possession d'armes de guerre » et « de documents faisant état de transferts financiers au profit d'une association culturelle » ; et TA Grenoble, 12 mai 2016, n°1600822 : « des individus de diverses communautés faisant l'objet de surveillance par les services de police, que s'est développé autour de ce point de ralliement un trafic de stupéfiants susceptible de contribuer à l'interaction entre les réseaux de criminalité organisée et les filières islamistes radicales ».

¹⁰¹⁹ Voir par exemple TA Bordeaux, réf., 15 janv. 2016, n°1600113.

¹⁰²⁰ TA Melun, réf., 18 déc. 2015, n°1510236 ; TA Melun, réf., 22 déc. 2015, n°1510322 ; TA Melun, réf., 11 mars 2016, n°1602160 (confirmée par CE, réf., 14 avril 2016, n°3984591)

¹⁰²¹ TA Melun, 18 déc. 2015, n°1510236.

¹⁰²² Le terme d'emprise et, plus généralement, le vocabulaire de la vulnérabilité psychologique n'est pas sans rappeler la manière dont le droit qualifie ou évoque les victimes de mouvements et embrigadements sectaires. Voir en ce sens la circulaire du 27 mai 2005 relative à la lutte contre les dérives sectaires et plus généralement la loi du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'Homme -notamment l'article 223-15-2 du Code pénal.

rejoindre en Syrie et de vendre sa maison pour financer le mouvement terroriste islamiste¹⁰²³. Ces deux remarques semblent importantes pour les juges dans la mesure où ils considèrent que la requérante « apparaissait comme une femme éperdument amoureuse de son mari et prête à le soutenir malgré des convictions religieuses extrémistes qu'elle ne partageait pas »¹⁰²⁴. Ainsi, alors même que la requérante insiste sur le fait qu'elle n'est « ni vulnérable ni soumise à l'emprise de son époux »¹⁰²⁵, mais, au contraire, « indépendante », « extrêmement stable et équilibrée »¹⁰²⁶, les ordonnances semblent converger pour établir au contraire que l'attachement de la requérante à son compagnon en fait une femme incapable de refuser d'adhérer aux thèses du terrorisme islamiste - et valident la mesure d'assignation à résidence prise à son encontre au motif qu'elle n'aurait pas porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir de l'intéressée », bien qu'il se fut agi d'une mesure renouvelée à plusieurs reprises de nombreuses fois et accompagnée de nombreuses autres mesures¹⁰²⁷. Un tel raisonnement prenant lourdement appui sur la situation d'emprise, de dépendance, de perte d'autonomie des femmes requérantes analysées dans notre corpus se retrouve dans plusieurs décisions¹⁰²⁸.

Le contentieux des autorisations d'exploitation

¹⁰²³ TA Melun, 11 mars 2016, n°1602160 : « un signalement parvenu (...) au commissariat de police de Melun (...) précisait que X (le mari de la requérante) menaçait sa femme et faisait pression sur elle, depuis la Syrie, pour qu'elle vende au plus vite la maison qu'elle possédait à G.. Il lui demandait également de le rejoindre en Syrie avec l'argent obtenu ». Ainsi, selon la note blanche, la requérante non seulement « cherchait à obtenir la somme de 20 000 à 30 000 euros, en sollicitant son entourage, mais elle était aussi « prête à partir avec cet argent pour rejoindre son mari. » Cependant, comme « ce dernier estimait que cette somme d'argent était insuffisante », elle « se hâtait alors de mettre en vente sa maison »

¹⁰²⁴ TA Melun, 11 mars 2016, n° 1602160 ; et encore : « le ministre de l'intérieur soutient que la requérante « est totalement sous l'emprise de son mari » et « disposée à vendre sa maison pour se procurer des ressources qu'elle lui aurait fait parvenir »

¹⁰²⁵ TA Melun, 18 déc. 2015, n°1510236.

¹⁰²⁶ TA Melun, 11 mars 2016, n°1602160.

¹⁰²⁷ TA Melun, 11 mars 2016, n°1602160.

¹⁰²⁸ TA de Dijon, 27 juin 2016, n° 1600202, s'agissant d'une assignée à résidence : elle « a été convertie à l'islam radical par son premier mari [...], connu pour avoir été membre d'une organisation islamiste radicale bosniaque au Grand-Duché de Luxembourg » et elle « apparaît totalement sous l'influence de son deuxième époux [...] algérien susceptible d'apporter un soutien logistique (financement, fourniture de faux documents) à la mouvance djihadiste ».

À propos de la notion de marge nationale d'appréciation et du contrôle de la Cour EDH sur les dérogations au titre de l'article 15 de la Convention, Oren Gross et Fionnuala Ní Aoláin considèrent qu'il appartient aux juges de procéder à un examen minutieux de l'action des pouvoirs publics en cas de mise en œuvre de pouvoirs de crise visant à faire face à des circonstances exceptionnelles. Estimant que les crises exceptionnelles sont des « suspect situations »¹⁰²⁹, les deux auteurs estiment que : « [a] government's attempt to justify or excuse a perceived violation of human rights in terms of exigency and derogation ought to be treated as a suspect classification that calls for a stricter scrutiny of the government's case. »¹⁰³⁰. Autrement dit, il appartient au juge d'opérer un contrôle approfondi de l'exercice de pouvoirs de crise.

L'analyse du contentieux concernant les demandes d'autorisation d'exploitation des données électroniques suite à une perquisition administrative laisse à penser que le juge administratif ne s'est pas exactement placé dans la perspective préconisée par ces deux auteurs, dont l'une a récemment été nommée Rapporteuse spéciale des Nations Unies pour la protection des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Cette prérogative offerte à l'administration par l'état d'urgence est introduite par la première loi de prorogation, n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 et figure à l'article 11 consacré aux perquisitions administratives. Elle permet à l'administration de copier des données stockées sur tout support afin d'exploiter les informations qui pourront en être tirées. Ce mécanisme a été modifié plusieurs fois, à la suite de censures du Conseil constitutionnel à l'instar d'autres dispositions de la loi de 1955, « toilettée » après les attentats de novembre 2015.

Dans la décision n°2016-536 QPC du 19 février 2016, le Conseil considère que la possibilité de copier toutes les données informatiques auxquelles il aura été possible d'accéder au cours de la perquisition doit être assimilée à une saisie. Or, constate-t-il, le législateur n'a pas prévu l'intervention d'un juge afin de contrôler cette saisie et l'exploitation qui en découle, alors que la mesure est susceptible de porter une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée (cons. n° 14). Il censure donc cette disposition en considérant que « le législateur n'a pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée ». La possibilité pour l'administration d'exploiter les données électroniques saisies durant une perquisition administrative ne sera finalement réintroduite qu'avec la troisième prorogation de l'état d'urgence, par la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016. Prenant acte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le législateur va procéder d'une curieuse façon en investissant le juge administratif des référés du pouvoir d'autoriser, *a priori*, l'exploitation des données saisies lors d'une perquisition administrative, à la demande du préfet.

Toutefois, le législateur n'a pas prévu de limite temporelle à la conservation des

¹⁰²⁹ Oren GROSS et Fionnuala Ní AOLÁIN, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n° 3, août 2001, p. 643.

¹⁰³⁰ *Ibidem*.

données lorsque celles-ci révélaient une menace à l'ordre public sans pour autant conduire à la constatation d'une infraction. Le Conseil constitutionnel vient donc à nouveau censurer l'article 11 sur ce point, dans sa décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016.

Ces censures, et les variations de rédaction de cet article 11, sont révélatrices d'un aspect de l'état d'urgence, tel qu'il a été appliqué à partir de novembre 2015 : l'absence de recul et de réflexion quant à la conformité des normes adoptées avec la Constitution. Elles témoignent d'une impréparation certaine tant de l'exécutif, rédacteur des projets de loi, que du législatif, qui les a adoptés, mais également du Conseil d'État, qui a pourtant été sollicité à chaque loi de prorogation et a systématiquement émis un avis favorable aux différents textes soumis, y compris s'agissant de cette possibilité d'exploiter les données électroniques¹⁰³¹. C'est donc par petites touches que le régime de l'autorisation d'exploitation des données a été affiné, du fait des ajustements rendus nécessaires par les constats d'inconstitutionnalité prononcés par le Conseil constitutionnel.

Ainsi, à la suite d'une perquisition administrative, l'administration peut, sur le fondement de l'article 11 de la loi de 1955, solliciter du juge qu'il autorise l'exploitation des données figurant sur tout type de stockage informatique saisi : « si la perquisition révèle l'existence d'éléments, notamment informatiques, relatifs à la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée », elle peut décider de copier l'ensemble des données présentes (ou accessibles) sur tous les supports de stockage ou, en cas d'impossibilité, de saisir ces supports afin de procéder à la copie ultérieurement.

Les données copiées sont placées sous scellé et l'administration doit immédiatement (« dès la fin de la perquisition ») demander au juge des référés du tribunal administratif l'autorisation de les exploiter. Le juge statue dans les 48 heures, « [a]u vu des éléments révélés par la perquisition ». L'administration dispose alors de quinze jours pour exploiter lesdites données, durée prorogeable une seule fois, sur une nouvelle autorisation du juge des référés. Une voie de recours à l'encontre de la décision d'autorisation est ouverte : le juge des référés du Conseil d'État peut être saisi d'un appel dans les 48 heures suivant la décision de première instance et doit également statuer dans les 48 heures. À moins que l'exploitation ne révèle la constatation d'une infraction¹⁰³², la loi prescrit que les données sont détruites à l'expiration d'un délai de trois mois. La rédaction de l'alinéa 8 de l'article 11 amène à penser que ce délai court à compter de la décision du juge des référés.

L'intérêt d'une étude du sous-corpus « exploitation des données électroniques » est justifié par le rôle particulier qui a finalement été conféré au juge des référés du tribunal administratif en la matière. En effet, le juge administratif se voit investi du pouvoir d'autoriser, ou non, l'exploitation de données électroniques saisies au cours d'une perquisition administrative, lui offrant la possibilité d'exercer un contrôle en amont d'une action de l'administration. Le dispositif avait d'ailleurs suscité les réserves du Syndicat de la magistrature administrative qui s'interrogeait sur un mécanisme conduisant le juge « non pas à statuer sur

¹⁰³¹ V. à ce sujet, Vincent Souty, « Un jour sans fin, la France sous état d'urgence », *Diritto & questioni pubbliche*, XVII, 2017 / 2, p. 143 et s., disponible sur http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2017_n17-2/07_mono%201_6_Souty.pdf.

¹⁰³² Dans cette hypothèse, l'article 11 prévoit que les données et leurs supports sont conservés selon les règles applicables en matière de procédure pénale.

la légalité d'une décision administrative, mais à autoriser a priori une mesure de police administrative, susceptible au surplus de donner lieu à l'engagement de poursuites pénales »¹⁰³³. Il apparaît dès lors intéressant de s'interroger sur l'existence, ou non, de spécificités propres à ce type de « contentieux » et de savoir si le juge administratif a entendu se saisir pleinement de son office qui lui offre une place privilégiée de co-auteur de la décision administrative.

I - Présentation du corpus

Le sous-corpus est constitué de 74 ordonnances du juge des référés, dont 3 portent sur des demandes de prorogation, et de 5 décisions du Conseil d'État. Le corpus porte donc sur 71 demandes de l'administration. Sur une période similaire, on constate que l'administration a ordonné beaucoup plus de perquisitions administratives. Les chiffres du ministère de l'intérieur indiquent ainsi qu'entre le 22 juillet et le 21 décembre 2016, 591 perquisitions administratives ont été ordonnées. Sur cette période, le corpus porte sur 69 affaires. Autrement dit, 88 % des perquisitions administratives ne sont pas suivies d'une procédure de demande d'autorisation d'exploitation des données. Un tel différentiel amène à s'interroger sur les raisons du nombre réduit de décisions portant sur une demande d'autorisation d'exploitation des données au regard du nombre de perquisitions administratives opérées.

Plusieurs éléments d'explication peuvent être avancés, sans qu'il soit possible, faute de disposer de l'ensemble des statistiques pertinentes, de déterminer quelle explication prévaut. Le premier élément d'explication pourrait tenir dans le fait que de nombreuses perquisitions administratives se sont révélées infructueuses ; aucun élément n'ayant permis d'établir que la personne visée constituait une menace, l'administration n'a alors pas jugé utile de procéder à l'exploitation des données des personnes visées. Le deuxième élément d'explication pourrait résider dans l'idée que l'administration ne saisit pas systématiquement le juge pour obtenir son autorisation. Il n'est en effet pas impossible d'imaginer que dès la phase de la perquisition administrative, les services de police peuvent avoir accès au contenu des données stockées et récolter des informations (numéro de téléphone, adresses, ...) qui ne nécessitent pas une copie ou une saisie des matériels. Il serait alors possible pour l'administration de procéder à une exploitation des données qui, bien que sommaire, court-circuite complètement le contrôle juridictionnel, alors même que cette procédure présente un caractère intrusif et constitue sans aucun doute une ingérence aggravée de l'État dans l'exercice du droit à la vie privée.

L'analyse du corpus permet de faire ressortir un certain nombre de points saillants qui mettent en lumière de nombreux problèmes liés à un contrôle juridictionnel imparfait. Les données sont à cet égard éclairantes puisque parmi les décisions analysées, seules 6 décisions ont donné lieu à un refus de la part du juge, 7 en comptant une demande de prorogation de délai qui a été refusée. Autrement dit, dans plus de 90 % des cas, le juge administratif autorise l'exploitation des données. Si ce chiffre, en lui-même, ne permet guère de tirer de conclusions, il semble toutefois conforter l'idée qui se dégage de l'analyse du corpus dans son ensemble : le contrôle du juge administratif présente une tendance à pencher en faveur de l'administration. Ici, il semble facilement s'accommoder d'altérations apportées au principe

¹⁰³³ SJA, *Communiqué de presse*, « état d'urgence-nouvelle compétence du juge administratif », disponible sur : <http://www.lesja.fr/index.php/la-vie-du-sja/communiques/662-communique-de-presse-etat-d-urgence-nouvelle-competence-du-juge-administratif>

du contradictoire (A) et au droit au procès équitable et, surtout, appréhende de manière très large les motifs d'autorisation d'exploitation retenue par la loi (B).

A - Des atteintes au principe du contradictoire

Le contentieux de l'exploitation des données est un contentieux de l'urgence et l'article 11 renvoie d'ailleurs au livre V du code de justice administrative qui traite des procédures de référés. L'analyse du sous-corpus montre que le juge administratif sait se montrer extrêmement diligent. Ainsi, près de 45 % des audiences se tiennent dans les 24 heures suivant la demande de l'administration. Or cette célérité ne se retrouve pas systématiquement dans tous les contentieux d'urgence ; en matière de rétention administrative des étrangers, par exemple, le délai de 72 heures pour statuer issu de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile n'est pas sanctionné et la pratique montre qu'il n'est guère respecté. Si l'on ne peut qu'applaudir sur ce point l'efficacité du juge administratif, il semble toutefois que cette trop grande célérité pose la question du respect du contradictoire. En effet, cela ne laisse pas la possibilité, pour la personne visée, de préparer sa défense de manière efficace. D'ailleurs, on observe que, sur le sous-corpus ici étudié, la personne visée n'est ni présente, ni représentée dans 27% des audiences. De manière plus notable encore, dans plus de 87 % des cas, la ou les personnes visées ne sont pas même défendues par un avocat, y compris dans une affaire impliquant une mineure, qui n'est assistée que de sa mère durant l'audience¹⁰³⁴.

S'il existe certainement une diversité de facteurs explicatifs de tels chiffres, on peut également les rattacher à la précipitation avec laquelle les audiences sont tenues, revers de la médaille d'une trop grande diligence du juge des référés. Le Conseil d'État a lui-même pu estimer qu'une notification par voie administrative d'un avis d'audience reçue à 22h45 pour une audience se tenant le lendemain à 14h ne méconnaissait pas le caractère contradictoire de la procédure¹⁰³⁵, validant une procédure ne laissant au requérant que 15h15min pour contacter un avocat et préparer ses arguments afin de demander au juge des référés de rejeter la demande de l'administration, délai commençant de surcroît à courir de nuit, et alors même que son domicile était distant d'environ une heure de trajet du tribunal. Le Conseil d'État estime que des délais aussi courts ne méconnaissent pas les exigences d'un procès équitable ; et l'on retrouve au sein du corpus d'autres exemples de ce type. Ainsi, le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens a estimé qu'un délai de 6h15 entre la notification et l'audience ne présentait pas de difficultés particulières¹⁰³⁶. Dans ces deux affaires, la personne visée par la demande n'était ni présente ni représentée et le juge a accordé l'autorisation.

Or l'absence d'un avocat apparaît problématique dans la mesure où ce type de contentieux implique de lourdes atteintes au droit à la vie privée. Il n'est en outre pas tout à fait certain que les personnes visées aient une bonne connaissance de l'étendue de leurs droits.

Ainsi, dans 21 ordonnances, il est mentionné que la ou les personnes visées par la demande d'autorisation ne s'opposent pas à cette exploitation. Le juge a accordé l'autorisation dans 20 décisions. La personne visée ne dispose d'un avocat pour assurer sa

¹⁰³⁴ TA Marseille, ord. 25 novembre 2016, n° 1609237.

¹⁰³⁵ CE, ord., 23 septembre 2016, n° 403675.

¹⁰³⁶ TA Amiens, ord. 9 septembre 2016, n°1602838.

défense que dans 2 procédures ; dans les 19 autres, elle est seule face à l'administration et son juge. À la lecture des décisions, il n'est pas impossible de penser que l'accord donné par la partie à l'exploitation des données résulte d'une déclaration spontanée. Cela étant, dès lors que la personne n'a pas eu accès à un avocat, la question de savoir si le choix est éclairé ou non se pose. La question est d'autant plus cruciale qu'il apparaît qu'à deux reprises (devant le TA de Lyon), c'est le juge des référés lui-même qui demande à la personne visée si elle s'oppose à l'autorisation d'exploitation des données¹⁰³⁷. L'on peut raisonnablement se demander si le justiciable, qui n'a pas eu accès à un avocat et qui se retrouve, parfois pour la première fois, dans une salle d'audience d'un tribunal administratif, seul face au juge et à l'administration, peut effectivement opposer un refus en faisant valoir des arguments tenant au respect de la procédure ou du droit à la vie privée.

Cet aspect n'est pas sans poser problème, au regard notamment du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Certes, ce principe gouverne à titre principal la matière pénale mais, précisément, la procédure d'exploitation des données électroniques peut aboutir à la constatation d'une infraction poursuivie pénalement. Or, la Cour EDH a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises le caractère fondamental du droit de ne pas s'incriminer soi-même, qu'elle place « au cœur de la notion de procès équitable »¹⁰³⁸.

B - Une acception très large des motifs justifiant l'autorisation d'exploitation

S'agissant de la motivation généralement retenue par le juge dans les décisions rendues (le plus souvent, des autorisations d'exploitation des données saisies), l'analyse du corpus montre qu'elle est généralement succincte et peu détaillée. Il apparaît alors parfois difficile de comprendre la nature et l'étendue exactes des motifs sur lesquels le juge s'appuie pour autoriser l'administration à exploiter les données. D'après l'article 11 de la loi de 1955, le juge doit se fonder sur les éléments révélés lors de la perquisition¹⁰³⁹. L'administration ne peut donc en principe se fonder sur les éléments qui ont justifié la perquisition administrative, et doit apporter de nouveaux éléments. Elle a néanmoins une vision très large des motifs fondant la demande d'autorisation, qui n'est pas toujours suivie par le juge. Ainsi, le fait de posséder deux livres (« Les méditations d'Ibn Al-Qayyim » et « Penser l'art islamique ») ou un dossier intitulé « Islam » contenant des fichiers en arabe n'est pas suffisant pour que soit

¹⁰³⁷ TA de Lyon, ord. 2 décembre 2016, n° 1608687, et 13 octobre 2016, n° 1607770.

¹⁰³⁸ V. par ex. : Cour EDH, 16 juin 2015, *Schmid-Laffer c. Suisse*, n° 41269/08, § 37 : « La Cour rappelle ensuite que le droit de garder le silence et le droit de ne pas s'incriminer soi-même sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable (*Saunders c. Royaume-Uni*, 17 décembre 1996, § 68, Recueil 1996-VI, *Allan c. Royaume-Uni*, no 48539/99, § 44, CEDH 2002-IX, et *Jalloh c. Allemagne* [GC], no 54810/00, § 100, CEDH 2006-IX). Le droit pour l'accusé de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne saurait raisonnablement se limiter aux aveux de méfaits ou aux remarques le mettant directement en cause (*Saunders*, précité, § 71). Il suffit que ses déclarations soient susceptibles d'affecter substantiellement la position de l'accusé (*Chabelnik c. Ukraine*, no 16404/03, § 57, 19 février 2009), les déclarations faites lorsque l'accusé n'est pas informé de son droit de garder le silence et de ne pas s'incriminer lui-même, devant être traitées avec précaution extrême (*Loutsenko c. Ukraine*, no 30663/04, § 51, 18 décembre 2008). ».

¹⁰³⁹ Art. 11 de la loi du 3 avril 1955 : « Au vu des éléments révélés par la perquisition, le juge statue dans un délai de quarante-huit heures à compter de sa saisine sur la régularité de la saisie et sur la demande de l'autorité administrative » (nous soulignons).

accordée une autorisation d'exploitation¹⁰⁴⁰.

On peut tout de même relever que le juge administratif peut lui aussi adopter une vision assez large des éléments justifiant une autorisation d'exploitation. Il valide ainsi le choix des autorités administratives de considérer comme suspicieux le fait de placer en favori internet un lien vers la source n° 9¹⁰⁴¹ ou encore de consulter le site universitaire « *djihadology* »¹⁰⁴². Certes, dans ces deux décisions, le juge se fonde également sur d'autres éléments. Plus exactement, il estime que « conjugués » aux motifs ayant fondé les ordres de perquisition, ces éléments justifient la demande d'autorisation d'exploitation des données¹⁰⁴³. Le juge recourt parfois à la méthode du faisceau d'indices, s'appuyant sur un ensemble disparate d'éléments : ainsi, le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens se fonde sur le fait que « l'historique de l'ordinateur » de la personne visée est systématiquement effacé, sur son passé pénal et sur son profil tel que révélé par une « note blanche »¹⁰⁴⁴.

Cette technique de la « conjugaison » apparaît problématique dans la mesure où la rédaction même de l'article 11 indique en principe que seuls des éléments nouveaux, découverts lors de la perquisition, peuvent fonder une autorisation d'exploitation. Il faut toutefois noter que l'on trouve au sein du corpus, des décisions dans lesquelles l'autorisation a précisément été refusée en raison de l'absence de découverte d'éléments probants durant la perquisition¹⁰⁴⁵. À cet égard, une seule ordonnance de notre corpus cherche à proposer une théorisation des éléments susceptibles de justifier l'autorisation d'exploitation des données. Le juge refuse en effet la requête de l'administration au motif que la perquisition n'a pas révélé « la présence d'écrits, d'armes ou de vêtements laissant penser que l'intéressé avait un comportement entrant dans le champ des dispositions législatives susvisées »¹⁰⁴⁶. Cette décision est restée relativement isolée, et d'autres ordonnances montrent que le juge administratif ne se fonde pas toujours sur la présence d'éléments concrets liés à la menace terroriste, acceptant même parfois de recourir à des éléments dont on peine à comprendre en quoi ils peuvent, en eux-mêmes, être rattachés à l'idée de menace pour la sécurité et l'ordre publics.

Ainsi, selon le tribunal administratif d'Amiens, l'utilisation de logiciels de messagerie chiffrée est considérée, en elle-même, comme suspect. Le juge affirme ainsi, à propos de l'utilisation des logiciels *WhatsApp* et *Telegram*, que « l'utilisation de ces messageries cryptées [sic], révélée par la perquisition, constitue un indice sérieux conduisant à penser que le lieu perquisitionné est fréquenté par des personnes dont le comportement est susceptible de constituer une menace pour la sécurité et l'ordre publics »¹⁰⁴⁷. Dans cette décision, c'est là le seul élément mentionné comme permettant de justifier l'autorisation d'exploitation des données accordées par le juge. L'on retrouve également en filigrane dans d'autres décisions cette idée selon laquelle l'utilisation d'« applications permettant de communiquer de façon

¹⁰⁴⁰ TA Nancy, ord. du 4 août 2016, n° 1602371 et ordonnance du 29 juillet 2016, n° 1602275 ; TA Strasbourg, ord. du 5 août 2016, n° 1604460.

¹⁰⁴¹ TA Dijon, ord. du 30 juillet 2016, n° 1602237.

¹⁰⁴² TA Strasbourg, ord. du 1^{er} août 2016, n° 1604316.

¹⁰⁴³ TA Versailles, ord. du 13 août 2016, n° 1605872 ; TA Lyon, ordonnance du 2 décembre 2016, n° 160868.

¹⁰⁴⁴ TA Amiens, ord. du 5 août 2016, n° 1602506.

¹⁰⁴⁵ TA Nancy, ord. du 4 août 2016, n° 1602371 ; TA Rennes, ord. du 5 août 2016, n° 1603447 ; TA Strasbourg, ord. du 5 août 2016, n° 1604460 ; TA Strasbourg, ord. du 29 août 2016, n° 1604800.

¹⁰⁴⁶ TA Lille, ord. du 19 août 2016, n° 1606178.

¹⁰⁴⁷ TA Amiens, ord. du 5 août 2016, n° 1602497.

anonyme et sécurisée » est suspicieux¹⁰⁴⁸.

Cette remarque appelle deux observations. D'abord, le juge ne semble guère coutumier de l'utilisation des technologies de communication. Le vocabulaire employé est à cet égard assez révélateur (« *darkweb* » dans une ordonnance du tribunal administratif de Versailles¹⁰⁴⁹ ; « *darknet* » dans une ordonnance du tribunal administratif de Rouen¹⁰⁵⁰ ; utilisation impropre du terme « crypté » en lieu et place du terme « chiffré » au TA d'Amiens¹⁰⁵¹) et il est plus que douteux que les magistrats aient effectivement saisi à quoi faisaient référence ces différents termes. Ensuite, il convient de souligner que parmi les logiciels auxquels se réfèrent certaines des décisions étudiées se trouvent des applications extrêmement populaires et utilisées par une très grande part de la population (*WhatsApp* et *Telegram*, par exemple) ou des outils, comme *Tor*, qui relèvent tant du grand public que de professionnels soucieux de respecter des impératifs de confidentialité, à l'instar des avocats, des journalistes, des ministres, des militants politiques venant de pays pratiquant des formes de censure, etc. Pour recourir à une analogie certes facile mais qui permet d'illustrer l'aspect problématique de tels raisonnements, cela revient à considérer d'emblée comme suspect le simple fait d'envoyer un pli glissé dans une enveloppe cachetée. En outre, étant donné le nombre d'utilisateurs de ce type de messagerie, cela offre potentiellement la possibilité à l'administration de considérer comme suspect une immense partie de la population¹⁰⁵².

Conclusion

Alors même qu'il est issu d'une innovation récente, apportée par la première loi de prorogation de novembre 2015, le régime des autorisations d'exploitation de données électroniques faisant suite à une perquisition administrative a connu une évolution notable, afin que soient respectées des garanties minimales, notamment par l'introduction de l'intervention du juge administratif en amont. Les révisions de l'article 11 ont abouti à un régime original, plaçant le juge dans une situation inhabituelle pour lui, assez comparable à celle du juge des libertés et de la détention. L'analyse du corpus des décisions adoptées sous l'empire de l'état d'urgence montre, qu'au mieux, le juge administratif n'a pas su se montrer à hauteur des enjeux de l'office que lui avait confié le législateur. Son contrôle apparaît limité et il accepte facilement de considérer que les éléments produits par l'administration lui permettent « d'établir suffisamment une présomption de menace pour la sécurité et l'ordre

¹⁰⁴⁸ TA Versailles, ord. du 13 août 2016, n° 1605872 ; v. aussi TA Amiens, ord. du 9 sept. 2016, n° 1602838.

¹⁰⁴⁹ TA Versailles, ord. du 13 août 2016, n° 1605872

¹⁰⁵⁰ TA Rouen, ord. du 27 août 2016, n° 1602830.

¹⁰⁵¹ TA Amiens, ord. du 5 août 2016, n° 1602497

¹⁰⁵² L'on ne pourrait clore cette partie sans mentionner une décision particulièrement critiquable mais qui est restée isolée. Dans une ordonnance en date du 4 août 2016, n° 1602293, le juge des référés du tribunal administratif de Dijon a en effet répondu favorablement à la demande de l'administration alors même que la perquisition n'a rien permis de révéler, si ce n'est « la présence d'ouvrage révélant la pratique d'un culte religieux ». Dans cette affaire, c'est le seul état psychique de la personne visée qui a conduit le juge à autoriser l'exploitation des données saisies, alors même que l'administration ne fait état d'aucun élément tangible s'agissant d'une éventuelle menace pour la sécurité et l'ordre publics (« au cours de la perquisition administrative du 3 août 2016 la consultation du téléphone portable de l'intéressé a révélé l'existence de messages envoyés par M. X et dont la teneur laisse paraître un comportement délirant ; qu'interrogé sur le sens de ces messages au cours de l'opération de perquisition, M. X a donné une réponse tout aussi incohérente »).

publics que constituerait le comportement »¹⁰⁵³. Cette dernière formulation provient de l'une des rares décisions qui rejette une demande d'autorisation, mais elle illustre assez bien la logique que semble avoir adoptée le juge administratif sous l'empire de l'état d'urgence, opérant un véritable renversement de la charge de la preuve dès lors que l'administration peut établir l'existence d'un soupçon, y compris le plus ténu, quant à la potentielle dangerosité d'un individu. Il revient alors à ce dernier de présenter de solides éléments pour renverser la présomption ainsi établie.

Désormais, depuis l'adoption de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (SILT), cette procédure d'autorisation d'exploitation des données est intégrée dans le droit commun. Aux perquisitions administratives se sont substituées les visites domiciliaires et un nouvel article L. 229-5 a été inséré dans le code de la sécurité intérieure qui permet à l'administration de demander l'autorisation d'exploiter des données saisies au cours d'une visite¹⁰⁵⁴, à cette modification près que la compétence juridictionnelle a été transférée au juge judiciaire (plus particulièrement, au juge des libertés et de la détention du TGI de Paris). Les justifications de ce transfert de compétences ont été de deux ordres.

D'une part, l'idée des avantages de la centralisation des compétences en matière de lutte anti-terroriste a été avancée, l'intervention, en matière d'exploitation des données, d'une juridiction unique, produisant une jurisprudence unifiée, permettant de renforcer son volet judiciaire. D'autre part, le gouvernement a souhaité insister sur le fait qu'il ne s'agissait pas pour lui, en présentant le projet de ce qui allait devenir la loi SILT, de « normaliser » les dispositifs et pouvoirs exceptionnels de l'état d'urgence. Preuve en était, selon lui, le fait que contrairement à ce qui prévaut sous état d'urgence, le nouveau contentieux de l'autorisation de l'exploitation des données est désormais confié à son juge « naturel », le juge des libertés et de la détention. Ce faisant, les pouvoirs publics tentent de cantonner la question des régimes d'exception à un simple problème de compétence juridictionnelle. Il sera en tout cas intéressant de voir si le nouveau juge de l'exploitation des données reprendra à son compte la jurisprudence administrative ou s'il s'en départira.

Données :

74 ordonnances de juges des référés de tribunaux administratifs ; 5 décisions du Conseil d'État.

¹⁰⁵³ TA de Clermont-Ferrand, ord. 8 août 2016, n° 1601380.

¹⁰⁵⁴ Article L229-5 du CSI : « I.-Aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme, si la visite révèle l'existence de documents, objets ou données relatifs à la menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics que constitue le comportement de la personne concernée, il peut être procédé à leur saisie ainsi qu'à celle des données contenues dans tout système informatique ou équipement terminal présent sur les lieux de la visite soit par leur copie, soit par la saisie de leur support lorsque la copie ne peut être réalisée ou achevée pendant le temps de la visite.

La copie des données ou la saisie des systèmes informatiques ou des équipements terminaux est réalisée en présence de l'officier de police judiciaire [...]. Les éléments saisis sont conservés sous la responsabilité du chef du service ayant procédé à la visite. A compter de la saisie, nul n'y a accès avant l'autorisation du juge. II.-Dès la fin de la visite, l'autorité administrative peut demander au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris d'autoriser l'exploitation des données saisies. Au vu des éléments révélés par la visite, le juge statue dans un délai de quarante-huit heures à compter de sa saisine sur la régularité de la saisie et sur la demande de l'autorité administrative. Sont exclus de l'autorisation les éléments dépourvus de tout lien avec la finalité de prévention de la commission d'actes de terrorisme ayant justifié la visite [...] ».

Tribunal administratif	Nombre de décisions
Amiens	6
Besançon	1
Chalons en Champagne	1
Cergy-Pontoise	4
Clermont-Ferrand	1
Dijon	4
Grenoble	5
Lille	8
Lyon	4
Marseille	5
Melun	3
Montpellier	1
Montreuil	4
Nancy	4
Nantes	1
Orléans	2
Nice	2
Paris	1
Pau	1
Rennes	3
Strasbourg	7
Rouen	3
Toulon	1
Toulouse	1
Versailles	1

Données diverses	
Nombre de personnes visées	78
Nombre d'autorisations	67 ordonnances autorisant l'exploitation des données de 71 personnes
Nombre d'audiences à huis clos	14
Nombre d'audiences dans lesquelles la personne visée est assistée d'un avocat	12
Nombre d'audiences durant lesquelles la personne visée est entendue	47
Durée moyenne entre la demande de l'administration et l'audience	1,8 jours
Nombres d'audience se tenant dans les vingt-quatre heures suivant la saisine	32

L'état d'urgence préféré au droit commun : quel usage pour quelles conséquences ?

Nicolas Klausser

L'analyse de l'application de l'état d'urgence a permis la mise en évidence de la transformation des frontières entre droit administratif et droit pénal du fait de la montée du paradigme sécuritaire, transformation qui a été illustrée à plusieurs reprises dans le présent rapport. Les critiques de l'usage de ce régime n'excluent pas le constat d'une réelle menace représentée par certains comportements ciblés par l'état d'urgence : ce constat est si prégnant dans certains cas que le droit pénal aurait pu être immédiatement mobilisé, sans recourir aux dispositions de la loi du 3 avril 1955¹⁰⁵⁵. Dès lors, un point qu'il apparaît utile de développer plus longuement est relatif à l'usage des mesures permises par l'état d'urgence pour cibler des personnes dont le comportement pourrait aussi bien faire l'objet d'une procédure pénale « classique », eu égard à la matérialité des faits commis ou constatés par les services de police et de renseignement. Cette étude apparaît d'autant plus pertinente que lors de son audition par la mission de contrôle parlementaire de l'Assemblée nationale, P. Calvar, alors directeur de la Direction générale de la sécurité intérieure (DGSI), tenait les propos suivants : « nous avons visé des individus que nous ne pouvions pas, sur la base des informations dont nous disposons, intégrer dans le cadre des procédures judiciaires. Il s'agit par exemple des personnes rentrées de la zone syro-irakienne sans que nous ayons la preuve qu'elles avaient pénétré en Syrie et rejoint des groupes terroristes ; en l'absence de cette preuve, elles ne pouvaient pas faire l'objet de ces procédures. Nous savions avec exactitude qu'elles s'étaient rendues en Turquie, mais il nous manquait les informations sur leur itinéraire ultérieur. Nous avons également rangé parmi les cibles des individus sur lesquels nous possédions des informations indiquant un possible engagement djihadiste, mais sans actes matériels qui nous auraient permis d'entrer dans une phase judiciaire »¹⁰⁵⁶. Il ressort cependant de notre corpus jurisprudentiel un certain nombre de cas où les personnes ont été ciblées par l'état d'urgence pour des faits assimilables à une infraction pénale à caractère terroriste — dont les services de police et de renseignement avaient connaissance —, et pour lesquels l'état d'urgence a été utilisé en lieu et place des procédures pénales de droit commun¹⁰⁵⁷.

L'idée de cette hypothèse prospective n'est pas d'affirmer que les faits matériels décrits ci-après relèvent bien du droit pénal, seul un juge pouvant opérer une telle qualification. Il s'agit de relever les « non-qualifications pénales », autrement dit, de mettre en exergue que les comportements de certaines personnes ciblées par l'état d'urgence

¹⁰⁵⁵ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

¹⁰⁵⁶ Audition de P. Calvar par la mission de contrôle parlementaire de l'état d'urgence, 8 janvier 2016. http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/14/rapports/r3784/%28index%29/depots#P461_159599

¹⁰⁵⁷ On travaille ici en ce sens sur une hypothèse évoquée par Olivier Cahn : « Le recours à l'état d'urgence, suivi de l'introduction progressive dans le droit commun de certaines des mesures d'exception qu'il prévoit, et la prolongation de ce dispositif malgré le constat de la disparition des conditions légales de sa mise en œuvre, semblent révéler un renoncement à combattre le terrorisme par les droits communs », in « Propos introductifs », Julie Alix, Olivier Cahn dir., *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme*, Dalloz, 2017, p. 7.

auraient probablement pu être appréhendés par le prisme du droit commun au regard des éléments dont disposaient le ministère de l'Intérieur préalablement aux mesures édictées, dont les perquisitions administratives en particulier. L'objet du présent chapitre est d'exposer ces différents cas de figure, pour questionner les tenants et aboutissants d'un tel usage de l'état d'urgence. S'il s'agit de démontrer dans quelles mesure ces exemples viennent corroborer l'hypothèse du développement d'un droit administratif de l'ennemi¹⁰⁵⁸, du fait de la pénétration du droit administratif par la logique sécuritaire, une telle utilisation de l'état d'urgence dépasse les enjeux de protection des droits de l'homme et des libertés publiques : il implique également d'interroger ses répercussions en termes lutte contre le terrorisme. En effet, en confiant la chaîne antiterroriste aux services de renseignements territoriaux et aux préfetures, et non aux acteurs et mécanismes prévus par le droit pénal, l'état d'urgence n'affaiblirait-il pas la lutte contre le terrorisme elle-même¹⁰⁵⁹ ? A cet égard, le bilan des attentats commis pendant l'état d'urgence légitime cette interrogation, et renvoie à la nécessité d'un bilan de l'efficacité de l'état d'urgence comme prévention du terrorisme plus complet que celui dressé par ministère de l'Intérieur pour la presse¹⁰⁶⁰. Il est bien connu que les préfetures et les procureurs ont parfois travaillé conjointement, certains procureurs fournissant aux préfetures des cibles qu'ils n'arrivaient pas à « judiciariser »¹⁰⁶¹. La présente étude ne vise pas ces cas de figure, mais justement ceux qui auraient pu être « judiciarisés » en amont de toute mesure administrative, mais qui ne l'ont pas été. Cet angle présente d'autant plus d'intérêt lorsqu'il est mis en perspective avec les propos tenus par la directrice de la police judiciaire : « nous craignons, et pas uniquement en France, une nouvelle tuerie de masse ou des attentats multiples. Il faut donc —c'est en tout cas la tendance que l'on observe— judiciariser le plus tôt possible le renseignement. (...) les procureurs, qui, auparavant, auraient souhaité disposer de davantage d'éléments pour ouvrir une enquête préliminaire, acceptent aujourd'hui de judiciariser immédiatement »¹⁰⁶².

I - L'usage de l'état d'urgence pour des faits matériels relevant potentiellement du droit commun

Notre corpus jurisprudentiel révèle plusieurs agissements qui sembleraient pouvoir tomber sous le coup d'incriminations telles l'association de malfaiteurs terroriste (AMT) et l'entreprise individuelle à caractère terroriste. L'AMT recouvre divers types d'infractions. L'article 421-2-1 du Code pénal vise « le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes » mentionnés aux articles 421-1 et 421-2 du même code, tels que la détention

¹⁰⁵⁸ Stéphanie Hennette Vauchez, Serge Slama, « Etat d'urgence : l'émergence d'un droit administratif de l'ennemi », AJDA 2017 p. 1801.

¹⁰⁵⁹ Sauf à accepter l'hypothèse, évoquée par Maxence Chambon, que « la répression des attaques terroristes apparaît comme superflue au point d'être assimilée à une défaite », dans un paradigme nouveau où « la guerre contre le terrorisme est une guerre singulière privilégiant l'anticipation au combat » : Maxence Chambon, « Une redéfinition de la police administrative », in Julie Alix, Olivier Cahn dir., *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme*, Dalloz, 2017, p. 133, p. 135.

¹⁰⁶⁰ « Sortie de l'état d'urgence. Un bilan, des chiffres clés », Ministère de l'Intérieur, Information presse du 2 novembre 2017.

¹⁰⁶¹ Audition de M. Ballestrazzi, directrice centrale de la police judiciaire du ministère de l'Intérieur, par la mission de contrôle parlementaire de l'état d'urgence, 8 janvier 2016.

¹⁰⁶² *Ibid.*

d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires, les atteintes volontaires à la vie, les vols, ou l'introduction de substance dans les airs. Cette définition floue de l'AMT s'associe à une « jurisprudence plastique »¹⁰⁶³ concernant ses éléments constitutifs, en ce qu'elle n'impose pas de définition claire des faits préparatoires ou de l'intensité des contacts au sein de l'association. Il en résulte un large panel de comportements pouvant faire l'objet de cette incrimination, étant inutile pour l'instruction de « démontrer une participation aux crimes listés, ni même leur préparation par les membres du groupe sur place (...) ; il suffit que ce groupe ait ces crimes pour objet, ce qui est présumé en cas de départ sur une zone de combat après 2015 »¹⁰⁶⁴.

Plusieurs personnes assignées à résidence nous semblent, *a priori*, relever du Code pénal plutôt que de la loi de 1955. Tel est notamment le cas d'une personne assignée à résidence le 21 novembre 2015 par le ministère de l'Intérieur dont le recours a été rejeté par le tribunal administratif de Dijon¹⁰⁶⁵, car les notes blanches le concernant ont précisé « la nature des "activités de soutien à des filières djihadistes" de M. X », telles que le « financement de groupes radicaux par l'intermédiaire de l'économie souterraine et [la] fourniture de faux documents d'identité, (...) [et font] aussi fait état de déplacements réguliers de l'intéressé, sans activité professionnelle, en région parisienne et en Belgique, où il garde de nombreux contacts ». Pour un autre exemple, il y a le cas d'un homme assigné à résidence le 26 novembre 2015, dont le recours a également été rejeté¹⁰⁶⁶, en raison de « deux "notes blanches" circonstanciées rassemblant des informations recueillies par les services de renseignement et la gendarmerie » selon lesquelles le frère du concerné, « à la tête d'un groupe de combattants en Syrie, a demandé au requérant (...) de le rejoindre pour participer à la mise en place d'une banque islamique, en lui prodiguant des conseils afin de justifier ses déplacements sans éveiller les soupçons, et M. F. B. a acquiescé à cette demande, a pris la décision de quitter la France, accompagné jusqu'à Marseille par un ami d'enfance appartenant à la mouvance salafiste, par un itinéraire le conduisant en Syrie via Marseille, Alger et la Turquie, a été intercepté le 23 octobre 2015 par la gendarmerie dans la Drôme avant d'entamer son périple et enfin a fait savoir, le 16 novembre 2015, qu'il persistait dans son projet de rejoindre la Syrie ». Au regard de l'application de la législation pénale antiterroriste, il apparaît que ces faits auraient probablement pu faire l'objet d'une judiciarisation, car « si l'incrimination de participation à une association de terroristes est aisément consommée, elle est encore plus aisément suspectée, ce qui est de nature à justifier le déclenchement d'une enquête et la mise en œuvre de mesures coercitives »¹⁰⁶⁷, le propre des infractions antiterroristes « étant de sanctionner des actes préparatoires potentiellement *ineptes, innocents en eux-mêmes* »¹⁰⁶⁸ sans commencement d'exécution »¹⁰⁶⁹.

Il en est de même concernant des personnes ayant fait l'objet d'une perquisition administrative à la suite de laquelle la préfecture a demandé à pouvoir perquisitionner

¹⁰⁶³ Laurence Blisson, « Risques et périls de l'association de malfaiteurs terroriste », *Délibérée*, vol. 2, no. 2, 2017, pp. 16-20

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*

¹⁰⁶⁵ TA Dijon, 27 juin 2016, n°1600196, n°1600203.

¹⁰⁶⁶ TA Dijon, 17 décembre 2015, n°1503402.

¹⁰⁶⁷ Julie Alix, « Réprimer la participation au terrorisme », *RSC* 2014, p. 849.

¹⁰⁶⁸ Pour reprendre les mots de Maître F. Sureau devant le Conseil constitutionnel, dans l'affaire 2017-625 QPC.

¹⁰⁶⁹ Laurence Blisson, « Risques et périls (...) », *préc.*

électroniquement certains appareils saisis. Les faits ayant motivé la perquisition interrogent parfois également leur potentielle pénalisation, tels ceux reprochés à une femme perquisitionnée « en raison des relations fréquentes [qu'elle] entretient avec des individus poursuivis pour association de malfaiteurs en lien avec une entreprise terroriste, du soutien qu'elle affiche à l'Etat islamique, du cryptage systématique de ses communications sur les sites de messagerie et de l'utilisation d'un compte mutualisé sur le réseau Facebook en lien avec un compte pro-Etat islamique à partir duquel elle a notamment recherché des conseils sur la *taqiya* »¹⁰⁷⁰. Le cas d'un homme, « théologien et figure emblématique du salafisme en Ile-de-France »¹⁰⁷¹ interpelle également. Il a été assigné à résidence dès le 15 novembre 2015, car « impliqué dans une filière d'acheminement vers la Syrie et mis en cause dans plusieurs affaires d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste, financement du terrorisme et apologie de celui-ci », et que « sous couvert de l'association Fraternité Musulmane Sanâbil qu'il préside, il fournit un soutien logistique aux détenus islamistes et utilise sa notoriété pour recruter de futurs combattants pour le djihad ». La même observation peut être faite concernant un homme assigné à résidence en décembre 2015¹⁰⁷², car décrit par le ministère de l'Intérieur comme étant « lié à une activité à caractère terroriste en raison de sa proximité avec M.B..., prêcheur radical et imam de la mosquée de Lagny-sur-Marne jusqu'à son départ en décembre 2014 pour l'Egypte, sur ses liens avec des individus engagés dans le djihad et avec lesquels il s'est associé en 2015 pour reprendre la gestion d'une salle de prière à Lagny-sur-Marne, et sur ses contacts réguliers avec des islamistes radicaux mis en cause dans l'enquête sur l'attentat perpétré le 19 septembre 2012 à Sarcelles ». Est également visée son « intention de rejoindre le djihad dans la zone irako-syrienne et sa relation avec un idéologue syrien vétéran d'Al Qaida ».

La même problématique s'observe concernant l'infraction d'entreprise individuelle à caractère terroriste, et plus particulièrement concernant le délit d'apologie du terrorisme prévu par l'article 421-2-5 du Code pénal. Il en est notamment ainsi d'un mineur perquisitionné, car ayant notamment affiché le drapeau de *Daesh* sur son compte Facebook, ainsi que son soutien à cette organisation et des signes de ralliement à celle-ci¹⁰⁷³. Pour un autre exemple, il y a également celui d'un homme perquisitionné, car il « s'est converti à l'islam il y a une quinzaine d'années et que depuis son retour en Haute-Savoie en 2005, son implication religieuse s'est accrue et son apparence physique et vestimentaire a très nettement changé, que son profil Facebook « a fait état de la présence d'un drapeau de Daesh, ainsi que de plusieurs publications appelant les musulmans à la violence contre la France ou contre les juifs », [et] que son « habitation supposée » est « un lieu dans lequel il existe des raisons sérieuses de penser qu'il est fréquenté par une ou plusieurs personnes dont le comportement constitue une menace pour l'ordre et la sécurité publics »¹⁰⁷⁴. Pour un autre exemple de délit d'apologie du terrorisme, le cas d'un individu assigné à résidence dans le 13^{ème} arrondissement de Paris, car selon les services de renseignement, il co-administre une structure « ouvertement favorable au "jihad" et soutient "l'Etat islamique" (...) spécialisée dans la production de montages photographiques et de vidéos de propagande destinés à inciter son public à désobéir aux lois françaises, à manipuler des armes et à rejoindre la zone

¹⁰⁷⁰ TA Grenoble, 7 octobre 2016, n°1605637.

¹⁰⁷¹ CE, 28 avril 2016, n°398960.

¹⁰⁷² CE, 25 février 2016, n°397176.

¹⁰⁷³ TA Lyon, 15 octobre 2016, n°1607540.

¹⁰⁷⁴ TA Grenoble, 15 septembre 2016, n°1603062.

irako-syrienne ». L'assignation à résidence était également motivée en raison d'une vidéo de propagande réalisée au profit d'une « association soupçonnée d'avoir financé la cause "jihadiste", ainsi qu'une autre vidéo pour le compte du site internet de propagande radicale mettant en scène M. A.B., condamné en 2012 pour association de malfaiteurs à visée terroriste, qui a gagné depuis la zone irako-syrienne en février 2015 ». Il n'est pas précisé, pour chacun de ces dossiers, si des poursuites pénales pour apologie du terrorisme ont été engagées en plus de cette perquisition. Mais cette information ne nous apparaît pas pertinente dans le cas de la présente analyse, dans la mesure où nous prêtons attention aux éléments dont disposent les services de police avant toute mesure de police administrative.

Le fait « d'avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes », incriminé par l'article 421-2-6 du Code pénal, a également retenu notre attention, car un certain nombre de personnes ciblées par une assignation à résidence ou une perquisition l'ont précisément été en raison d'un tel séjour, ou du moins, de sa tentative supposée. Tel est le cas d'un homme assigné à résidence en juillet 2016, car il a « effectué plusieurs allers-retours en Syrie entre décembre 2012 et mars 2014 et (...) ses contacts avec des membres de l'armée syrienne libre six mois durant, de janvier à juin 2013, avant d'avoir rejoint le groupe Ahrar-al-Sham favorable au salafisme et au jihade¹⁰⁷⁵, le rend susceptible d'avoir acquis une expérience militaire de terrain dans le maniement des armes à feu et des explosifs »¹⁰⁷⁶. C'est également le cas d'une femme assignée à résidence en novembre 2015, car elle « et son époux font partie de la mouvance islamiste radicale et forment un couple de profondes convictions pro-jihadistes ; qu'elle est la sœur d'un terroriste tunisien, membre éminent d'Al Qaïda au Maghreb Islamique (AQMI) » et que « Mme X, à l'instar de certains membres de son entourage familial, a été signalée en zone syro-irakienne »¹⁰⁷⁷. Certaines personnes ont également été ciblées pour des tentatives supposées de séjour à l'étranger, tel qu'un homme assigné à résidence pour « entretenir des liens avec une famille connue pour son fondamentalisme religieux, ainsi qu'avec un imam radical tunisien », et pour avoir été refoulé à l'entrée du territoire turc¹⁰⁷⁸.

Force est de constater que pour une partie des situations exposées – et le recueil ici présenté est loin d'être exhaustif par rapport à notre corpus¹⁰⁷⁹ –, un large spectre de faits connus des services de police aurait pu être appréhendé dans le cadre de procédures judiciaires. Ce constat amène à s'interroger sur les conséquences d'un tel usage de l'état d'urgence.

II - Les conséquences du renoncement au droit pénal

Plusieurs hypothèses peuvent être émises sur l'intérêt d'un tel usage de l'état d'urgence en lieu et place du droit commun. Il y a tout d'abord l'argument avancé par l'ex-directeur de la DGSi, selon lequel l'état d'urgence « permet d'aller voir directement au lieu de

¹⁰⁷⁵ Ce groupe rebelle salafiste est membre du Front islamique qui opère en Syrie. Il a par ailleurs condamné les attentats du 13 novembre 2015 : <https://news.siteintelgroup.com/Jihadist-News/ahrar-al-sham-official-calls-paris-attacks-despicable-compares-to-syrian-situation.html>

¹⁰⁷⁶ TA Lyon, 29 juillet 2016, n°1605634.

¹⁰⁷⁷ TA Lyon, 24 décembre 2015, n°1510612.

¹⁰⁷⁸ TA Grenoble, 23 janvier 2016, n°1600362.

¹⁰⁷⁹ Il ne porte en effet que sur une partie des recours exercés devant la Cour administrative d'appel de Lyon.

déployer des moyens de surveillance »¹⁰⁸⁰. Le corollaire d'un tel intérêt étant de moindres résultats en termes de lutte contre le terrorisme, puisque comme le reconnaît P. Calvar, « chez certaines personnes, nous n'avons pas trouvé ce que nous aurions pu espérer car ils s'attendaient à notre venue. (...) certains ont compris qu'ils étaient toujours dans le collimateur. Comme ils sont un peu paranoïaques, ils sont persuadés, certains à juste raison, que c'était un avertissement et que nous continuons à être derrière eux »¹⁰⁸¹. Donc si l'état d'urgence permet de lever un doute sur une personne suspectée de représenter une menace pour l'ordre et la sécurité publics, il incite incidemment les personnes suspectées à juste titre à être plus vigilantes, ces dernières se sachant dans le viseur des autorités. Il est dès lors possible d'émettre l'hypothèse d'une utilisation de l'état d'urgence au détriment de la lutte contre le terrorisme à long terme, les personnes se sachant ciblées ou potentiellement ciblées, sont plus vigilantes, ce qui impacte nécessairement les résultats escomptés par les enquêtes judiciaires futures.

Dès lors, s'observe un phénomène « d'état d'urgence autarcique », ce dernier auto-justifiant son usage dans le temps, et a fortiori, son inscription dans le droit commun : les personnes représentant une menace pour l'ordre et la sécurité publics étant plus vigilantes, car ayant été ciblées ou se sachant sous le joug d'une mesure prise au titre de l'état d'urgence, les services de police ne détiennent pas suffisamment d'éléments pour « judicialiser » leurs cas. Le seul moyen pour les autorités de continuer d'avoir une emprise sur elles est que les mesures permises par l'état d'urgence perdurent dans le temps, étant plus facile de cibler une menace pour l'ordre et la sécurité publics plutôt que les faits matériels des infractions précitées. Ainsi, en exploitant à l'extrême cette hypothèse, l'état d'urgence a été inscrit dans le droit commun pour vingt-trois personnes¹⁰⁸².

Une autre question est soulevée par les perquisitions administratives (moins de 1% du total)¹⁰⁸³ ayant abouti à l'ouverture d'une information judiciaire par la section antiterroriste du Parquet de Paris. Si, comme le soulignait J.-J. Urvoas, « des procureurs peuvent vouloir saisir l'occasion de ces perquisitions administratives pour lever le doute sur un dossier qu'ils n'arrivent pas à judicialiser »¹⁰⁸⁴, le très faible taux de judicialisation amène à s'interroger sur le sort des personnes ciblées par l'état d'urgence pour des faits qui auraient pu être pénalisables, et qui n'ont pas fait l'objet de procédures judiciaires par la suite. Deux hypothèses, non exclusives l'une de l'autre, peuvent être émises, mais non vérifiées : soit elles continuent d'être surveillées par les services de renseignements ; soit les faits sur lesquels l'administration s'est appuyée pour prendre ces mesures étaient inexacts ou mal fondés, d'où l'absence de judicialisation. Cette dernière hypothèse est d'autant plus plausible que, contrairement au droit pénal, les services de police n'ont pas à prouver concrètement les comportements reprochés : il suffit que ces éléments soient mentionnés dans une note

¹⁰⁸⁰ Audition précitée.

¹⁰⁸¹ Audition parlementaire précitée.

¹⁰⁸² Soit le nombre de personnes ciblées par une mesure de surveillance individuelles prise sur le fondement de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. <http://www2.assemblee-nationale.fr/15/commissions-permanentes/commission-des-lois/controle-parlementaire-silt/controle-parlementaire-de-la-loi-renforçant-la-securite-interieure-et-la-lutte-contre-le-terrorisme/donnees-chiffrees/mesures-de-police-administrative>

¹⁰⁸³ « Etat d'urgence : une efficacité difficile à mesurer », *Le Monde*, 31 octobre 2017.

¹⁰⁸⁴ Propos tenus lors de l'audition de Serge Gouès et Hélène Bronnekant par la mission de contrôle parlementaire, 7 janvier 2016.

blanche pour que le ministère de l'Intérieur motive sa décision. La lecture de certains ordres de perquisitions administratives confirme d'ailleurs cette dernière hypothèse, certains étant simplement motivés par la mention générale selon laquelle il est possible que le lieu visé soit « fréquenté par des personnes dont le comportement constitue une menace pour l'ordre et la sécurité publique ».

En tout état de cause, l'abondance de cas où les faits auraient pu être pénalisés, avant toute mesure prise au titre de la loi relative à l'état d'urgence, vient relativiser l'utilité de ce dernier, dans la mesure où cela démontre que l'arsenal juridique nécessaire existait déjà dans le droit commun. Cette prédominance du droit administratif exceptionnel sur le droit commun s'explique « par le renversement de la 'hiérarchie des droits' du fait des lois n°2015-912 relatives au renseignement et n°2015-1501 prorogeant l'état d'urgence – qui réservent au droit pénal un rôle de supplétif dans la lutte contre le terrorisme »¹⁰⁸⁵, en ce que le législateur transfère progressivement la lutte contre le terrorisme des autorités judiciaires pénales vers les autorités administratives policières. Dans le cas de l'état d'urgence, ce rôle supplétif se « justifie » par la facilité d'action octroyée à l'administration, qui peut user de la simple notion de « menace à l'ordre et la sécurité publics » pour englober tous types de comportements, infractions pénales incluses, légitimant ainsi l'assise du droit de l'état d'urgence sur le droit commun. Cette prédominance amène trois constats.

Premièrement, elle peut s'interpréter comme le fruit de la « mutation de la notion de police administrative (...) vers une logique prédictive où la pré-science administrative dicte l'action ». En usant de l'état d'urgence à la place du droit pénal, les autorités concourent à cette notion en faisant émerger la notion d'ordre public prédictif en droit de la police administrative. Et, deuxième constat, cette émergence est directement liée à l'évolution d'un droit administratif parallèle à celui du droit pénal : celui du droit administratif de l'ennemi. Ce dernier conduit à ce que « le droit à la sûreté (...) et la séparation des pouvoirs, cèdent devant l'invocation d'un ennemi intérieur contre lequel l'Etat doit pouvoir tout » au point que la mesure de police administrative en vient à « concurrencer l'interdit pénal »¹⁰⁸⁶. Il se manifeste surtout par la facilité d'action dont dispose l'administration à l'égard des personnes ciblées, ces dernières n'ayant que de faibles garanties juridiques. Si en droit pénal, le présumé terroriste est soumis à une « procédure moins 'garantiste' privilégiant la rapidité et l'efficacité aux droits de la défense »¹⁰⁸⁷, la procédure réservée au présumé terroriste en droit administratif l'est davantage, car dénuée de contrôle juridictionnel a priori. A l'image du droit pénal, le droit administratif de l'ennemi est caractérisée « par l'anticipation de la répression, le retrait de certains droits fondamentaux et la sévérité des sanctions »¹⁰⁸⁸. L'usage de l'état d'urgence plutôt que le droit pénal confirme ainsi les craintes de « détournement de procédure et de recours à l'enquête administrative pour éviter les garanties judiciaires (...), d'autant plus qu'on admet qu'une enquête administrative puisse démarrer une procédure

¹⁰⁸⁵ Olivier Cahn, « *"Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre."* Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *APC*, n° 38/2016, p. 110.

¹⁰⁸⁶ Olivier Cahn « *"Cet ennemi intérieur (...)"* », *préc.* p. 22 ; Laurence Blisson, « La loi du 13 novembre 2014, analyse juridique », in *Actes du colloque du SAF : « Non à la société de surveillance, non aux lois d'exception »*, 12 juin 2015.

¹⁰⁸⁷ Michel Massé, « La criminalité terroriste », *RSC* 1/2012, p. 100.

¹⁰⁸⁸ Olivier Cahn, « *"Cet ennemi intérieur (...)"* », *préc.* p. 96

judiciaire »¹⁰⁸⁹. Enfin, de cette prédominance du droit de l'état d'urgence sur le droit pénal antiterroriste découle une hybridation administrativo-répressive. Si « le droit pénal intervient de manière toujours plus précoce »¹⁰⁹⁰, étant un « outil d'anticipation permettant à la répression de s'exprimer avant même que toute action ne soit commise »¹⁰⁹¹, force est de constater que la même temporalité est permise par le droit administratif : ainsi, dans le cadre de l'état d'urgence, une personne suspectée d'activité terroriste peut tout aussi bien relever de la police administrative que du droit pénal. Ce dédoublement de régimes juridiques en matière antiterroriste tend à brouiller les « grandes divisions qui structurent l'action de l'Etat », et qui « en se chevauchant, perdent de leur capacité d'organisation, mais aussi de protection des personnes »¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁹ François Fourment, « La loi "Renseignement", le renseignement incident de commission d'une infraction et l'autorité judiciaire », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 04, p. 75.

¹⁰⁹⁰ Raphaële Parizot, « Surveiller et prévenir...à quel prix ? » - Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement », *JCP* 2015, n° 41, doctrine 1077.

¹⁰⁹¹ Pauline Le Monnier de Gouville, « De la répression à la prévention », *Les Cahiers de la Justice*, 2017/2, p. 220.

¹⁰⁹² Pascal Beauvais, « La nouvelle surveillance pénale », in *Humanisme et Justice*, Dalloz, 2016, p. 259

