

UN JOUR SANS FIN.
LA FRANCE SOUS ÉTAT
D'URGENCE

VINCENT **SOUTY**



Un jour sans fin
La France sous état d'urgence

Groundhog Day
A Very Long State of Emergency

VINCENT SOUTY

Membre associé du *Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux* (CREDOF),
Université Paris Nanterre
E-mail: vincent.souty@yahoo.fr

ABSTRACT

La présente contribution vise à analyser l'état d'urgence tel qu'il est appliqué depuis novembre 2015 en France. À l'aide d'une interprétation des régimes de crise fondée sur une étude du droit international des droits de la personne humaine et du droit comparé, elle souligne les problèmes soulevés par la mise en œuvre de l'état d'urgence au regard des principes de l'État de droit.

This contribution aims to present an analysis of the French state of emergency as it is applied since more than one year in France. From a reading grid of emergency powers based on international human rights law and domestic comparative studies, it underlines the problems raised by this state of emergency in the lights of the principles of the rule of law.

KEYWORDS

France, état d'urgence, terrorisme, circonstances exceptionnelles, dérogation

France, state of emergency, terrorism, exceptional circumstances, derogation

Un jour sans fin

La France sous état d'urgence

VINCENT SOUTY*

1. Introduction - 2. *The ghost-writer : la prépondérance d'un exécutif mal préparé* - 2.1. *Un exécutif renforcé par la déférence du législatif* - 2.2. *Gouverner, c'est prévoir ? L'impréparation des pouvoirs publics* - 3. *Lost highway : l'objectif indéterminé de l'état d'urgence* - 3.1. *En mire de l'état d'urgence : un objectif incertain* - 3.2. *Vers un ordre public de l'exception ? Détournements de l'état d'urgence* - 4. *The limits of control : l'effectivité de l'encadrement juridictionnel en question* - 4.1. *Un contrôle en construction* - 4.2. *Un contrôle limité* - 5. *Conclusion*.

1. Introduction¹

«Hegel fait remarquer quelque part que, dans l'histoire universelle, les grands faits et les grands personnages se produisent, pour ainsi dire, deux fois. Il a oublié d'ajouter : la première fois comme tragédie, la seconde comme farce» (MARX 1851, 13).

La France post-2015 devient-elle progressivement une réplique falote des États-Unis ? Les similitudes avec ce qui s'est passé outre-Atlantique après 2001 sont frappantes, comme en témoignent les discours et les réactions des exécutifs de ces deux États. À l'image du président G. W. Bush et dans la foulée des attaques de novembre, le président de la république et le premier ministre reprennent une rhétorique guerrière, annonçant une "guerre contre le terrorisme"². Au plan

* L'auteur tient ici à exprimer ses plus sincères remerciements à Clément Cousin, Virginie Gautron, Juliette Lecame et Valère Ndior.

¹ La présente contribution se base en partie sur ma thèse («La constitutionnalisation des pouvoirs de crise – essai de droit comparé») dans laquelle je propose une grille de lecture des régimes d'exception, basée sur le droit international et sur le droit comparé. Il s'agit ici de s'appuyer sur cette grille de lecture pour l'appliquer au cas précis de l'état d'urgence tel qu'il est mis en œuvre en France depuis le 14 novembre 2015. Il faut toutefois souligner le cadre imparfait de cette étude dans la mesure où à l'heure de remise du manuscrit, l'état d'urgence n'a toujours pas été abrogé et continue de produire ses effets.

² Expression employée par le premier ministre Valls à plusieurs reprises, notamment à l'assemblée nationale, le 13 janvier 2015 (<http://www.lejdd.fr/Politique/Manuel-Valls-Nous-allons-gagner-cette-guerre-797599>). De son côté, dans une déclaration prononcée au lendemain des attentats du 13 novembre, le président Hollande affirme martialement que «[c]e qui s'est produit hier à Paris et à Saint-Denis près du Stade de France est un acte de guerre» (<http://www.elysee.fr/declarations/article/declaration-a-l-issue-du-conseil-de-defense-2/>).

juridique, des régimes d'exception sont mis en place. Aux États-Unis, le président édicte différents *executive orders* et, surtout, le congrès adopte rapidement le *USA PATRIOT Act* le 26 octobre 2001, texte initialement provisoire mais dont certaines dispositions seront périodiquement renouvelées avant d'être définitivement intégrées dans le droit commun. En France, l'état d'urgence est mis en œuvre dès le lendemain des attentats du 13 novembre. Ce régime de crise, réglé par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, a également vocation à être provisoire. Pourtant, il a été prorogé à cinq reprises avec, pour son dernier renouvellement, son maintien de décembre 2016 jusqu'à juillet 2017.

L'analyse juridique de la mise en œuvre de l'état d'urgence révèle que les pouvoirs publics ont agi dans une improvisation et une précipitation pour le moins problématiques au regard des principes de l'État de droit face à une menace réelle et concrète. S'il ne s'agissait pas de drames humains et sociaux, peut-être n'hésiterait-on en effet pas à parler de farce à propos de cette répétition de l'histoire et de la réaction des pouvoirs publics, tant cette dernière confine parfois à l'absurde dans la mise en œuvre de l'état d'urgence.

En matière de régimes de crise, la France se situe, comme une majorité d'États, dans une optique dualiste³ : le système juridique pourvoit un mécanisme spécial, dérogoire, qui modifie substantiellement la répartition des compétences entre les organes constitutionnels et le régime des droits et libertés, lorsque des circonstances exceptionnelles surviennent (LOBEL 1989; GROSS 2003; SOUTY 2015, 52 ss.). Le modèle dualiste, également qualifié de modèle d'accommodation, part du constat que «[t]out État libre où les grandes crises n'ont pas été prévues est à chaque orage en danger de périr» (ROUSSEAU 1782, 98-99) ou, pour reprendre les mots d'Oren Gross et de Fionnuala Ní Aoláin, «whatever responses are made to the challenges of a particular exigency, such responses are to be found and limited within the confines of the constitution» (GROSS, NI AOLAIN 2006, 86).

Cette même logique se retrouve en droit international. Trois grandes conventions internationales généralistes relatives aux droits de la personne humaine contiennent des clauses de dérogation qui visent à permettre aux États d'exciper de leur irresponsabilité en cas d'ingérence dans l'exercice des droits et libertés lorsque la situation à laquelle ils font face les empêchent d'assurer la plénitude de l'exercice de ces droits, réservée aux périodes "normales". Ces clauses de dérogation figurent aux articles 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (BALGUY-GALLOIS 2011), 15 de la Convention de sauvegarde

³ L'état d'urgence est l'un des trois régimes de crise que connaît le droit français, avec l'état de siège et les pleins pouvoirs de l'article 16 de la constitution. Contrairement aux deux autres qui possèdent un fondement constitutionnel, l'état d'urgence est issu d'une loi ordinaire, originellement adoptée en 1955 pour faire face au conflit algérien. L'idée est d'éviter de mettre en œuvre l'état de siège, trop militairement connoté alors que la France se refuse à reconnaître l'existence d'un véritable conflit armé colonial (ROUSSEAU 2006, 20; THENAULT 2007, 63 s.; SOUTY 2015, 185 ss.).

des droits de l'Homme et des libertés fondamentales de 1950 (TAVERNIER 1999) et 27 de la Convention américaine des droits de l'Homme de 1969. Si le régime qu'elles introduisent apparaît de prime abord relativement limité, la jurisprudence et la doctrine ont tôt fait de compléter ce proto-régime par l'affirmation de principes directeurs de l'état d'exception. Ces derniers sont encore imprécis et leur force juridique incertaine. Il est néanmoins possible d'en dégager des traits communs (DECAUX 1998, 281; SOUTY 2015; SOUTY 2017). Pour assurer la compatibilité d'un état d'exception avec les principes de l'État de droit, son régime doit obéir à un certain nombre de prérequis et respecter les principes de légalité, de nécessité, de proportionnalité ainsi que leurs principes corollaires.

Sur bien des points, l'analyse juridique de la mise en œuvre de l'état d'urgence depuis novembre 2015 montre que les principes internationaux de l'état d'exception ne sont pas respectés. Si la décision initiale de décréter l'état d'urgence ne peut être sérieusement contestée du point de vue de la théorie de l'état d'exception⁴, la gestion de ce régime sur le long terme met en lumière à la fois la prépondérance de l'exécutif mais également son impréparation (1.). Ainsi, l'objectif qu'il cible est mal défini et sujet à caution (2.). Enfin, le contrôle exercé sur les pouvoirs conférés à l'administration apparaît en deçà de ce qui pourrait être attendu (3.).

2. *The ghost-writer : la prépondérance d'un exécutif mal préparé*

La logique même d'un état d'exception implique que l'exécutif est généralement le bénéficiaire des pouvoirs exceptionnels mais que le législatif joue un rôle en matière de contrôle. En France, depuis que l'état d'urgence est mis œuvre, le parlement donne le sentiment de s'être effacé devant l'exécutif (2.1.) et cette configuration est d'autant plus inquiétante que ce dernier fait preuve d'une certaine improvisation dans l'exercice des pouvoirs de crise (2.2.).

2.1. *Un exécutif renforcé par la déférence du législatif*

L'état d'urgence a pour effet d'octroyer des compétences en matière de maintien de l'ordre à l'administration. Ce sont les préfets et le ministre de l'intérieur qui sont investis de ces pouvoirs extraordinaires. Or, aux termes de l'article 2 de la loi de 1955, l'état d'urgence est déclaré «par décret en Conseil des ministres». Autrement

⁴ L'expression "état d'exception" est polysémique. Dans la présente contribution, elle est définie comme le concept générique d'un régime applicable aux situations de crise qui se caractérise avant tout par une redistribution de compétences au profit d'une autorité bénéficiaire de pouvoirs exceptionnels et/ou une restriction des libertés fondamentales (pour plus de développements, voir SOUTY 2015).

dit, le déclenchement de l'état d'urgence obéit à une logique d'auto-investiture⁵ : c'est l'organe bénéficiaire des pouvoirs de crise qui décide de sa mise en œuvre, dans une perspective finalement assez schmittienne (SCHMITT 1922). Ce mécanisme est tempéré par la très courte durée initiale. En effet, au-delà d'un délai de douze jours, il revient au législateur de voter une loi de prorogation. Cette brève durée apparaît bienvenue dans la mesure où elle permet en principe d'associer les organes exécutif et législatif dans la détermination de la durée de l'état d'urgence.

Toutefois, en pratique, l'exécutif conserve une place primordiale, confortée par la déférence du législateur qui reste en retrait lors de l'adoption des cinq lois de prorogations.

Ainsi, à chaque renouvellement, le gouvernement engage la procédure législative accélérée prévue aux articles 42, 45 et 46 de la constitution de 1958, qui permet l'adoption d'un texte plus rapidement en limitant l'examen des parlementaires à une seule lecture. Efficace, cette procédure réduit drastiquement le temps du débat et rend moins audible la voix d'éventuels contestataires. Si ce choix de recourir à la procédure accélérée apparaît justifié lors de la première prorogation qui doit intervenir dans les douze jours suivant le déclenchement de l'état d'urgence sous peine de caducité de ce dernier⁶, tel n'est pas le cas en ce qui concerne les quatre renouvellements suivants. Il était loisible au gouvernement d'éviter ce type de procédure dans la mesure où la durée de prorogation était suffisamment longue (trois ou six mois) pour organiser sereinement le calendrier parlementaire. Le recours à la procédure accélérée en décembre 2016 apparaît d'autant plus contestable que l'urgence à adopter une nouvelle loi de prorogation ne tenait pas à des circonstances exceptionnelles mais à un choix politique du premier ministre qui décide de démissionner afin de préparer sa candidature aux primaires pour l'élection présidentielle de 2017⁷. Toujours est-il que les parlementaires n'ont guère fait connaître leur mécontentement quant au procédé retenu.

Au-delà de ce volet procédural, il faut remarquer que, dans leurs discours qui précèdent les prolongations, les deux têtes de l'exécutif ne doutent à aucun moment que la prorogation demandée sera accordée. Effectivement, à chaque fois, la loi est adoptée à une écrasante majorité des parlementaires présents, même s'il faut relever l'absentéisme massif des députés, élément factuel certes, mais qui souligne le peu d'intérêt manifesté pour l'adoption d'un texte visant en principe à faire face à des circonstances exceptionnelles. Ainsi, si l'on écarte l'adoption de la

⁵ Sur cette question de l'auto- ou de l'hétéro-investiture dans les espaces juridiques européens et interaméricains, voir SOUTY 2015, 289 ss.

⁶ Art. 2 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

⁷ L'article 4 de la loi de 1955 prévoit en effet la caducité automatique de l'état d'urgence quinze jours après la démission du gouvernement. M. Valls ayant démissionné le 6, et selon une lecture particulièrement contestable de l'article 4, il fallait qu'une nouvelle loi de prorogation soit promulguée avant le 21 décembre, ce qui fut fait, dans l'urgence.

première loi de prorogation, les députés ne se déplacent guère pour discuter : moins de 12 % des députés voteront la troisième loi de prorogation⁸.

Pourtant, la première loi de prorogation du 20 novembre 2015 renforce, du moins en apparence, la place du Législatif. Un nouvel article 4-1 affirme le rôle de contrôleur des parlementaires et les deux assemblées vont s'en saisir afin de mettre en place des commissions de surveillance. Les députés paraissent initialement prendre leur rôle à cœur et dans les premiers mois, de nombreuses auditions sont menées, des rapports rendus et, surtout, la commission communique : une page dédiée à l'état d'urgence est créée sur le site de l'Assemblée nationale, qui offre aux citoyens l'accès à ces différents rapports et compte-rendu d'audition ainsi qu'à des données statistiques. Toutefois, les députés se contentent de reprendre les données fournies par le ministère de l'intérieur, ils n'effectuent presque pas de visites de terrain, les comptes-rendus d'auditions sont publiés après plusieurs mois de carence. Surtout, avec le temps, l'activité de la commission semble ralentie et la page internet n'est pas fréquemment actualisée. Les sénateurs, quant à eux, n'ont pas spécialement communiqué sur le sujet.

Enfin, et surtout, les parlementaires ne tirent pas les conséquences de leurs propres constats. Ils se montrent pourtant critiques dans leurs rapports portant sur l'application de l'état d'urgence. Dès le 13 janvier 2016, dans sa *Deuxième communication d'étape sur le contrôle de l'état d'urgence*, M. Urvoas (alors rapporteur de la commission de contrôle de l'état d'urgence) constate que «les principales cibles et les objectifs avaient été traités» et que «l'effet de surprise s'est largement estompé», ce dont il déduit que l'intérêt des mesures de police administrative diminue, traduisant «bien plus qu'un essoufflement»⁹. Le 17 mai 2016, le rapport des députés Raimbourg et Poisson confirme ce constat: «très utiles après les attentats du 13 novembre, les mesures de l'état d'urgence ne présentent plus le même intérêt aujourd'hui»¹⁰. Dans

⁸ Le 19 novembre 2015, on compte 558 députés votants (551 pour, 6 contre) ; le 16 février 2016, 246 votants (212 pour, 31 contre) ; le 19 mai, 68 votants (46 pour, 20 contre) ; le 21 juillet, 92 votants (87 pour, 5 contre) ; le 13 décembre, 325 votants (288 pour, 32 contre). Cet absentéisme marqué constitue pratiquement le contre-point exact de la proposition de B. Ackerman, qu'il appelle le «Supermajoritarian Escalator», mécanisme lui-même basé sur une disposition de la constitution sud-africaine : il s'agit d'augmenter de manière incrémentale la majorité requise pour la prorogation d'un état d'exception. Pour B. Ackerman, «[b]y subjecting these decisions to increasing supermajorities, the constitutional order places the extraordinary regime on the path to extinction. As the escalator moves to the eighty-percent level, everybody will recognize that it is unrealistic to expect this degree of legislative support for the indefinite future. Modern pluralist societies are simply too fragmented to sustain this kind of politics» (ACKERMAN 2004, 1048). Un tel mécanisme aurait soit évité que l'état d'urgence ne soit prorogé inutilement ou, au moins, aurait obligé les parlementaires à se positionner clairement sur la question et assumer leur position, en faveur ou à l'encontre de la prorogation du régime d'exception.

⁹ Assemblée nationale, *Deuxième communication d'étape sur le contrôle de l'état d'urgence*. Réunion de la commission des Lois du mercredi 13 janvier 2016, disponible sur: http://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/lois/communication_2016_01_13.pdf.

¹⁰ Assemblée nationale, *Communication d'étape sur le contrôle de l'état d'urgence*, Réunion de la commission

leur rapport du 6 décembre 2016, les mêmes estiment que l'inscription dans la durée de l'état d'urgence est néfaste et qu'il serait nécessaire de le limiter. Ils proposent de «limiter à six mois la durée maximale de chaque prorogation législative de l'état d'urgence»¹¹. Pourtant, quelques jours après la publication de ce rapport, les députés adoptent la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 qui proroge l'état d'urgence pour une durée de sept mois.

Dernier témoignage du désintérêt porté par les parlementaires à leur rôle de contre-pouvoir sous un régime d'exception, il ne s'est pas trouvé soixante sénateurs ou soixante députés pour saisir le Conseil constitutionnel et lui demander d'effectuer un contrôle *a priori* de la conformité de l'état d'urgence à la constitution. Pourtant, des doutes constitutionnels sont évoqués dès les discussions de la première loi de prorogation. Devant les sénateurs, le premier ministre reconnaît qu'il existe un «risque à saisir le Conseil constitutionnel» et leur demande expressément d'y renoncer (SAVONITTO 2016). Cette volonté assumée de s'écarter du principe de légalité interroge. Il ne s'agit certes que d'une neutralisation provisoire du juge constitutionnel, qui sera saisi ultérieurement par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), au titre de l'article 61-1 de la constitution. Mais ce contournement permet de fait l'applicabilité de normes contraires à la constitution pendant parfois plusieurs mois.

Entre déférence et désintérêt, le législateur laisse ainsi l'exécutif libre dans sa gestion de l'état d'urgence, ce qui ne va pas sans poser problème, d'autant que ce dernier paraît parfois mal préparé et agir dans l'improvisation. De manière générale, la gestion de l'état d'urgence par les autorités publiques révèlent que celles-ci n'étaient pas préparées à l'exercice des pouvoirs de crise.

2.2. Gouverner, c'est prévoir ? L'impréparation des pouvoirs publics

Le principe de légalité, pilier de l'État de droit, est également l'un des principes issu du régime international de l'état d'exception (SOUTY 2017, 95) et implique l'obligation pour les États de prévoir, à l'avance, le régime des pouvoirs de crise¹². Ce principe est malmené depuis novembre 2015.

des Lois du mardi 17 mai 2016, disponible sur: http://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/lois/communication_2016_05_17.pdf.

¹¹ On notera que cette limite se situe largement dans la limite haute de la moyenne des États d'Europe ou d'Amérique. Dans le cadre de régimes constitutionnels de crise, seules la Lituanie et la Turquie prévoient une durée aussi longue (SOUTY 2015, 326 ss.).

¹² «[L]es États doivent adapter le droit interne aux normes et principes internationaux qui régissent la légalité de l'état d'exception. Afin d'éviter des réformes législatives de circonstance, les règles qui régissent l'état d'exception doivent avoir le statut de règles constitutionnelles et régir toutes les situations exceptionnelles (quelle qu'en soit la désignation) de nature à entraîner des restrictions sous quelque forme que ce soit, à l'exercice des droits de l'Homme» (Comité économique et social, Commission des

Certes, la loi relative à l'état d'urgence est bien préexistante à son déclenchement. Toutefois, elle est substantiellement modifiée à plusieurs reprises, alors même que l'état d'urgence est en vigueur, et ce, dès la première prorogation. Du côté du discours officiel, il ne s'agit que d'un simple "toiletage" qui vise à mettre à jour certaines dispositions et les rendre compatibles avec l'état du droit en vigueur. Pourtant, les modifications de novembre 2015 sont importantes. Elles touchent aux pouvoirs octroyés (les perquisitions administratives et les assignations à résidences notamment, art. 6 et 11), à la compétence juridictionnelle (art. 14-1) et sont accompagnées d'un alourdissement des sanctions en cas de non-respect des obligations issues de l'état d'urgence (art. 13). De nouvelles modifications sont ultérieurement adoptées dans les autres lois de prorogation et pas moins de quinze articles ont été changés, parfois plusieurs fois, ou ajoutés depuis novembre 2015 (à l'origine, la loi de 1955 comporte seize articles). La loi de prorogation n° 2016-987 du 21 juillet 2016 va encore plus loin. En effet, le texte ne se contente plus de modifier, à nouveau, la loi de 1955, mais révisé également des dispositions d'autres textes et son intitulé doit être modifié afin de mieux correspondre à sa portée : elle comporte vingt-et-un articles, dont quatorze ne concernent pas le régime de l'état d'urgence. Le législateur procède à une confusion regrettable entre des dispositions de droit commun et un régime exceptionnel, le tout, comme cela été souligné, dans le cadre d'une procédure accélérée laissant peu de temps à la réflexion. Lors de la prorogation de décembre 2016, c'est une importante disposition qui est remaniée afin de contourner une garantie procédurale qui existait : la caducité de l'état d'urgence en cas de changement de gouvernement (art. 4).

Ces ajustements continus relèvent d'une improvisation. Du moins, il semble qu'il n'y ait guère de place pour une réflexion d'ensemble visant à perfectionner le dispositif de l'état d'urgence afin de le rendre plus efficace tout en limitant les ingérences de l'État dans l'exercice des droits et libertés. Cela conduit à multiplier les risques de déclaration d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité ultérieurs. Ainsi, en moins d'un an, l'article 11 de la loi de 1955 relatif aux perquisitions administratives et à l'exploitation des données informatiques fait l'objet de deux censures par le Conseil constitutionnel¹³.

Détail désormais anecdotique, l'impréparation et la précipitation des pouvoirs publics s'est également illustrée dans le projet avorté de révision constitutionnelle, finalement abandonné, face au risque de ne pouvoir réunir une majorité qualifiée au congrès (art. 89 de la constitution). Le premier volet de cette révision visait à incorporer le régime de l'état d'urgence au sein du texte suprême. L'idée en soi ne

droits de l'homme, *L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus : droits de l'homme et états d'exception*, Rapport de Leandro Despouy, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23 juin 1997, §52).

¹³ Voy. *infra* section 3.1.

présente guère de difficultés : il existe déjà deux dispositions relatives à des régimes de crise (art. 16 et 36 de la constitution) et le droit comparé montre que la constitutionnalisation des pouvoirs de crise est courante (SOUTY 2015, 167 ss.). En revanche, se posait la question de la pertinence de procéder à une révision alors même que les pouvoirs publics estiment que l'État fait face à des circonstances exceptionnelles, période par définition peu propice à la tenue d'un débat serein. Le droit comparé permet de souligner que, dans de nombreux États, la mise en œuvre d'un état d'exception empêche toute velléité de modification de la constitution¹⁴ et, en France même, l'article 89 empêche une modification lorsque l'article 16 est activé¹⁵. Un raisonnement par analogie aurait dû conduire l'exécutif à réfléchir à deux fois avant de se lancer dans cette proposition, ce qui, au surplus, lui aurait évité la déconvenue de renoncer à une réforme pourtant initialement présentée comme éminemment nécessaire.

Cet activisme normatif en période exceptionnelle dont font preuve les pouvoirs publics inquiète. Dès le 22 janvier 2016, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe interpelle le président Hollande pour lui faire part de ses préoccupations et lui rappeler que l'organisation «est prêt[e] à apporter son assistance pour que les réformes annoncées s'inscrivent dans le respect des normes européennes relatives aux droits de l'homme».

Ce flou qui règne dans la gestion des pouvoirs publics se retrouve, logiquement, dans l'indétermination de l'objet du régime d'exception.

3. *Lost highway : l'objectif indéterminé de l'état d'urgence*

Un régime d'exception, lorsqu'il est prévu dans l'ordonnement juridique, présente un caractère subsidiaire. Il ne peut, en principe, être mis en place que si les moyens classiques de maintien ou de rétablissement de l'ordre public ont échoué ou, à tout le moins, lorsqu'il apparaît certain qu'ils ne permettront pas de faire face à la situation de crise. Les circonstances invoquées à l'appui du déclenchement d'un régime de crise doivent donc revêtir un degré de gravité exceptionnelle. C'est l'idée, que l'on retrouve à l'article 15 de la Convention européenne et à l'article 4 du Pacte, que la «vie de la nation» est en danger¹⁶ et que

¹⁴ C'est par exemple le cas en Albanie (art. 170§5), en Allemagne (ar. 115E, §2), en Bolivie (article 140, III), en Estonie (art. 161), en Géorgie (art. 103), en Lituanie (art. 147, alinéa 2), en Moldova (art. 142, §3), au Monténégro (art. 156, §7), en Pologne (art. 228, §6), au Portugal (art. 289) et en Roumanie (art. 152§3) (voir SOUTY 2015).

¹⁵ Le Conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 qu'il n'était pas possible de procéder à une révision de la constitution lorsque l'article 16 était en vigueur (cons. n° 19).

¹⁶ L'article 27 de la Convention américaine utilise quant à lui l'expression de «situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État partie».

la doctrine qualifie de «principe de menace exceptionnelle» (DESPOUY 2010), corollaire du principe de nécessité, qui doit guider les pouvoirs publics lorsqu'ils mettent en œuvre un état d'exception.

La mise en œuvre de l'état d'urgence depuis novembre 2015 montre que ce principe de la menace exceptionnelle est malmené. D'un côté, c'est l'objet de l'état d'urgence qui change de nature. D'un mécanisme de défense déclenché en réaction à des circonstances exceptionnelles, on passe à un outil de gestion pro-active de la menace terroriste (3.1.). De l'autre, l'administration s'appuie sur la loi de 1955 pour imposer des mesures relatives au maintien de l'ordre public dans des situations sans rapport avec le terrorisme (3.2.).

3.1. *En mire de l'état d'urgence : un objectif incertain*

Les systèmes interaméricain et européen des droits de la personne humaine admettent que les États puissent mettre en œuvre un état d'exception pour faire face au terrorisme. Ainsi, dès sa première affaire, *Lawless c. Irlande*, en 1961¹⁷, la Cour européenne est amenée à se prononcer sur une dérogation notifiée par l'État défendeur en réponse aux activités de l'IRA. Quantitativement, d'ailleurs, la plupart des dérogations au titre de l'article 15 de la Convention notifiées au Conseil de l'Europe l'ont été en lien avec la lutte anti-terroriste. De son côté, si la Cour interaméricaine n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer, la Commission affirme dans un rapport de 2002 que «algunas situaciones de terrorismo podrían presumiblemente presentar condiciones en las cuales los Estados miembros podrían legítimamente restringir o derogar ciertos derechos»¹⁸. Il convient néanmoins de nuancer ce propos.

Le caractère exceptionnel de la menace doit être déterminé non seulement par l'ampleur de ses effets mais également par son caractère imminent. Il ne fait guère de doute que les suites immédiates d'un attentat entrent dans la catégorie de situations pouvant justifier la mise en œuvre un d'état d'exception. En revanche, la situation est bien plus complexe s'agissant de la "menace terroriste", telle qu'elle est invoquée par les autorités françaises pour justifier les prorogations de l'état d'urgence. Comme le souligne Bernard Manin,

«[c]ontrairement aux guerres, aux insurrections ou aux invasions, les vagues terroristes ne présentent pas de lignes claires délimitant le commencement et la fin de l'activité. Les vagues terroristes s'achèvent, certes, mais nous ne le savons que rétrospectivement, généralement après que bien du temps a passé» (MANIN 2015, 27).

¹⁷ Cour EDH, 1^{er} juillet 1961, *Lawless c. Irlande* (n°3), requête n° 332/57, arrêt.

¹⁸ Com. ADH, *Rapport sur le terrorisme et les droits de l'homme*, OEA/Ser.L/V/II.II6, 22 octobre 2002, §56.

La menace invoquée ne peut être continue, prolongée, sans quoi il y a fort à parier que l'usage de pouvoirs exceptionnels ne devienne banal et se généralise, ce que d'aucuns qualifient de mise en place d'un «état d'exception permanent» (AGAMBEN 2003).

Saisi des projets de loi de prorogation de l'état d'urgence, le Conseil d'État le rappelle systématiquement¹⁹. Ainsi dans son dernier avis de décembre 2016, il réaffirme «comme il l'avait déjà souligné dans ses avis du 2 février, du 28 avril, et du 18 juillet 2016 [...] que les renouvellements de l'état d'urgence ne sauraient se succéder indéfiniment et que l'état d'urgence doit demeurer temporaire». Ces affirmations semblent néanmoins ne revêtir qu'un aspect incantatoire puisque le Conseil émet un avis favorable à la prorogation.

Pourtant, les motifs invoqués par le gouvernement pour justifier les prorogations n'emportent guère la conviction. L'exécutif se fonde sur des éléments liés à la situation tant interne qu'internationale.

Du point de vue domestique, les prorogations sont justifiées par la «persistance d'une menace terroriste très élevée» exacerbée par des éléments aussi variés que l'organisation d'un sommet international (décembre 2015), des compétitions sportives (juillet 2016) ou encore la campagne électorale de 2017. Au niveau international, le gouvernement procède à un inventaire à la Prévert non exhaustif dans lequel il évoque des attentats menés à travers le monde. L'exposé des motifs de la loi de décembre 2016 mentionne même curieusement l'existence d'«attaques à connotation terroriste» en Belgique.

Il est vrai que, de *Lawless* à *Belmarsh*, la Cour européenne reconnaît depuis longtemps que des événements se produisant hors des frontières d'un État peuvent justifier la mise en œuvre d'un état d'exception nécessitant une dérogation au titre de l'article 15. Toutefois, l'invocation d'un péril fondé sur des faits commis à l'étranger présente des limites au regard de la logique qui fonde l'état d'exception et il est nécessaire d'établir le lien entre le péril invoqué et les faits commis en dehors du territoire qui met en œuvre un état d'exception. En procédant comme elles le font, par ce biais d'une liste non-exhaustive descriptive, les autorités françaises risquent de s'engouffrer dans une spirale dont il sera difficile de s'extraire. Les activités de l'État islamique ou d'Al Qaeda vont se poursuivre pendant plusieurs années. Il ne fait guère de doute que des attentats seront commis à un moment ou à un autre et le risque d'attaque terroriste ne pourra jamais être réduit à zéro²⁰. Admettre que l'état d'urgence constitue la réponse à

¹⁹ Conseil d'État, avis du 17 novembre 2015, du 2 février 2016, du 28 avril 2016, du 18 juillet 2016 et enfin du 8 décembre 2016.

²⁰ À cet égard, on notera que la France connaît des épisodes terroristes liés à des mouvements politiques d'extrême-droite (l'OAS durant et après la guerre d'Algérie), d'extrême-gauche (Action directe notamment), identitaires (indépendantisme corse, breton, basque) et d'autres liés au contexte

cette menace emporte logiquement pour conséquence que celui-ci ne sera levé qu'une fois le péril surmonté, une fois la menace terroriste écartée. Inversement, cela signifie que tant que la menace existera, l'état d'urgence restera en vigueur et c'est ainsi que M. Valls conclut qu' «[a]ujourd'hui, nous devons vivre avec une forme d'état d'urgence permanent»²¹, un oxymore en totale contradiction avec l'idée de temporalité induite par le principe de menace exceptionnelle : un régime de crise n'a vocation qu'à être provisoire. En l'espèce, les arguments invoqués pour les cinq prorogations pourraient tout à fait être repris pour justifier une sixième prorogation de l'état d'urgence.

Finalement la perpétuation illustre surtout l'échec des pouvoirs publics à analyser la portée de la menace terroriste et à réfléchir aux moyens de lutte contre celle-ci en l'intégrant dans une vision respectueuse de la théorie de l'État de droit.

Plus pragmatiquement, enfin, un dernier point permet de confirmer que l'état d'urgence ne constitue pas l'outil le plus approprié à la lutte contre le terrorisme. Alors même que les pouvoirs publics affirment que la menace est toujours élevée, les statistiques révèlent que le recours aux assignations à résidence et aux perquisitions administratives est désormais résiduel. S'agissant de ces dernières, le rapport d'information parlementaire de contrôle de l'état d'urgence du 6 décembre 2016 relève ainsi que sur une période d'un an seules vingt enquêtes pour association de malfaiteurs en matière terroriste ont été ouvertes à la suite de perquisitions administratives. Malgré les moyens exceptionnels offerts par l'état d'urgence, c'est encore la voie judiciaire qui est privilégiée pour lutter contre le terrorisme.

En revanche, il est certain que l'état d'urgence est utilisé, directement ou indirectement, dans des champs totalement étrangers à la menace djihadiste.

3.2. *Vers un ordre public de l'exception ? Détournements de l'état d'urgence*

L'administration utilise, à plusieurs reprises, les pouvoirs exorbitants découlant de l'état d'urgence pour faire face à des troubles à l'ordre public étrangers à ceux invoqués pour justifier la mise en place de l'état d'urgence. Le rapport du 6 décembre 2016 le reconnaît explicitement et souligne le problème soulevé par ces «utilisations assumées de l'état d'urgence pour maintenir l'ordre» par des mesures qui «n'entretiennent pas de lien direct avec les éléments ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence».

international (Palestine, Algérie) depuis plusieurs dizaines d'années. Elle s'est dotée d'un arsenal pénal en la matière dès le milieu des années 1980.

²¹ «état d'urgence permanent», *Le Parisien*, 9 janvier 2017, disponible sur : <http://www.leparisien.fr/politique/etat-d-urgence-permanent-09-01-2017-6542433.php>.

Or, une condition fondamentale à remplir concernant des régimes d'exception est que ces pouvoirs dérogatoires ne doivent être mis en œuvre que dans la stricte mesure où la situation l'exige. Cette condition vise la durée, l'étendue géographique et la portée matérielle de l'état d'exception²². Permettre à un État d'adopter des mesures qui n'auraient pas de lien direct avec les circonstances invoquées revient à lui laisser un blanc-seing pour agir en dehors des limites de la légalité des temps "normaux" et peut engendrer des abus de la part des pouvoirs publics à un moment même où le risque d'atteintes aux droits et libertés est à son paroxysme.

Juste après les attentats, le ministre de l'intérieur décide d'assigner à résidence des personnes soupçonnées de vouloir participer à des manifestations contre l'organisation de la COP21. Plus tard, des interdictions de séjour sont prononcées dans le cadre du mouvement social qui secoue la France au printemps contre l'adoption d'une loi relative à la réforme du code du travail (art. 5, 3°). Durant l'été 2016, des maires invoquent l'état d'urgence pour interdire le port du burkini sur les plages de leurs communes. Des préfets décrètent des interdictions de vente d'alcool ou de feux d'artifice pendant la période de fin d'année, en 2015 comme en 2016. Le droit des étrangers est également concerné : des contrôles d'identité sont opérés au visa de l'état d'urgence (art. 8-1) et suivis d'une procédure d'éloignement et l'état d'urgence sera invoqué par la préfète pour interdire l'accès à la "jungle" de Calais aux avocats lors de son démantèlement (art. 5,2°). L'on est loin de discussions théoriques issues des travaux de Rousseau, Machiavel, Schmitt et cet usage des pouvoirs de crise pourrait relever de la farce s'il ne témoignait pas, au mieux, d'une méconnaissance profonde des pouvoirs de crise, au pire d'une volonté délibérée d'user de prérogatives exceptionnelles afin de s'émanciper des garanties imposées par les contraintes de l'État de droit.

Les détournements constatés procèdent de deux logiques : soit des mesures découlant de la loi de 1955 sont appliquées à des situations sans lien avec la menace terroriste, soit l'état d'urgence est simplement mentionné dans un acte administratif, sans que ce dernier ne soit édicté en application de la loi. Dans ce dernier cas, la mention de la loi de 1955 vise à chercher à convaincre le récepteur de la norme, ou son juge, qu'il existe une situation particulière de nature à aggraver le risque de trouble à l'ordre public que l'on souhaite éviter et s'inscrit, au mieux, comme un ressort argumentatif. Généralement, la situation particulière invoquée tient à la question de la disponibilité des forces de l'ordre. L'idée est que la lutte contre le terrorisme est devenue une priorité, et il n'est pas possible de consacrer des efforts en faveur d'éléments accessoires.

²² Comité des droits de l'homme, *Observation générale* n°29, États d'urgence (art. 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001.

On décèle dans ces pratiques une tentative administrative d'inclure une nouvelle dimension à l'ordre public, ou plus exactement de faire accepter l'idée d'un *ordre public de l'état d'urgence*. Au-delà des mesures conférées par la loi de 1955, le déclenchement de l'état d'urgence, en ce qu'il répond à une situation exceptionnelle, justifierait des limitations des libertés fondamentales aggravées au regard de ce qui est normalement admis. C'est ce que Mme S. Henneville-Vauchez décrit comme «les effets de diffusion par capillarité, dans l'ensemble de l'ordre juridique, de la logique d'exception que charrie avec lui ce régime» (HENNETTE VAUCHEZ 2016).

La restriction des libertés fondamentales est ainsi, pour partie, justifiée par un problème lié à la gestion des ressources humaines des forces de l'ordre. Si une telle argumentation peut éventuellement être admissible sur une très courte période, il n'en est pas de même lorsque l'état d'exception est prolongé pendant plusieurs mois. Un régime d'exception n'a pas vocation à pallier un déficit opérationnel de l'État en matière de maintien de l'ordre, du moins, pas sur une période prolongée²³ et il apparaît difficile de considérer que l'exigence d'adéquation entre la mesure prise sur le fondement d'un état d'exception et l'objectif poursuivi par le régime de l'état d'exception est respectée lorsque la mesure est adoptée sur le fondement de motifs étrangers aux circonstances exceptionnelles qui ont conduit l'État à mettre en œuvre la clause de dérogation.

Si des juges ont sanctionné l'administration dans ses débordements trop manifestes, il n'en reste pas moins que le contrôle de la mise en œuvre de l'état d'urgence s'avère décevant.

4. *The limits of control : l'effectivité de l'encadrement juridictionnel en question*

En ce qui concerne la question du contrôle de l'exercice des pouvoirs de crise, là encore, de nombreuses interrogations surgissent. Si l'on peut considérer l'état d'exception comme une institution de l'État de droit au même titre que le respect des droits et libertés ou le principe de la séparation des pouvoirs (SOUTY 2015), c'est au prix du respect de certains principes. Le plus important de ceux-ci est celui du contrôle opéré sur les pouvoirs de crise. Ceux-ci ne peuvent être exercés de manière arbitraire et, pour reprendre les mots d'O. Gross et de F. Ní Aoláin, les régimes de crise devraient être considérés en soi comme des «suspect situations» (GROSS, NI AOLAIN 2001, 643), nécessitant donc un contrôle approfondi. Pourtant, le contrôle juridictionnel²⁴ depuis 2015 s'avère pour le moins décevant. Les

²³ On relèvera en outre que le maintien de l'état d'urgence a pour effet une sur-mobilisation des forces de l'ordre qui a pour effet d'entretenir et d'aggraver le phénomène de déficit opérationnel.

²⁴ Il n'est malheureusement pas possible de s'attarder plus longuement sur ce contrôle non-

juridictions internes ont plutôt fait preuve d'une déférence à l'égard de l'administration. Si une partie de l'explication de cet état de fait s'explique par le fait que ce contrôle a dû être progressivement construit par les juges (4.1.), il n'en reste pas moins que certaines décisions adoptées demeurent problématiques (4.2.)

4.1. *Un contrôle en construction*

En premier lieu, comme évoqué *supra*, le Conseil constitutionnel n'est saisi du contentieux de l'application de l'état d'urgence par le biais de questions prioritaires de constitutionnalité, au titre de l'article 61-1 de la constitution. Entre novembre 2015 et janvier 2017, il rend cinq décisions portant sur la conformité des mesures adoptées sous l'empire de l'état d'urgence à la constitution²⁵. Le 16 janvier 2017, le Conseil d'État renvoie une nouvelle QPC au Conseil qui se prononcera une sixième fois au cours du premier semestre de l'année²⁶. Ce mode de contrôle de la constitutionnalité du régime de l'état d'urgence emporte deux conséquences. Du fait de son caractère tardif, il implique que, dans le cadre d'un régime d'exception qui entraîne des limitations substantielles aux droits fondamentaux, des dispositions inconstitutionnelles restent en vigueur durant plusieurs mois. Il en résulte une construction casuistique du régime de crise. Le cas des perquisitions administratives et de l'exploitation des données électroniques éventuellement copiées suite à celles-ci en est une illustration flagrante (art. 11 de la loi de 1955). Le Conseil censure en partie cette disposition pour la première fois dans sa décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016. Le législateur tente d'y remédier dans la loi du 21 juillet 2016. Une deuxième QPC est alors déposée contre cette nouvelle version que le Conseil censure, encore, pour partie, en prévoyant toutefois une inconstitutionnalité différée à mars 2017²⁷. La même disposition fait l'objet de deux censures en moins d'une année.

juridictionnel. Il a été partiellement évoqué à propos du contrôle politique opéré par le législateur. Il conviendrait également d'évoquer les quasi-juridictions telles que le Défenseur des droits ou la Commission nationale consultative des droits de l'Homme qui ont rendu de nombreux rapports à propos de l'état d'urgence et ont largement investi le champ médiatique.

²⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*; décision n° 2016-535 QPC du 18 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*; décision n° 2016-536 QPC du 18 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*; décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autre*; décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, *M. Raïme A.*

²⁶ Conseil d'État, ordonnance du 16 janvier 2017, *M. A.*, n° 406614.

²⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, *M. Raïme A.* Dans cette décision, le Conseil estime que cette disposition n'assure pas une «conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public» (cons. 16) mais laisse le temps au législateur de remédier à cette déclaration d'inconstitutionnalité. Alors même que la cinquième loi de prorogation est discutée quelques jours après la décision du Conseil, le législateur ne croit pas bon de modifier l'article 11 et profite du délai d'inconstitutionnalité offert pour laisser

Une perquisition administrative ou l'exploitation des données électroniques peuvent déboucher sur l'ouverture d'une procédure judiciaire, si des éléments sont découverts lors de la perquisition ou suite à l'exploitation des données saisies. Or une inconstitutionnalité constatée en cours d'instruction peut fragiliser l'ensemble de la procédure et aboutir à une clôture prématurée. Cela apparaît ainsi non seulement peu propice au respect du principe de légalité mais encore néfaste au principe de sécurité juridique et, finalement, contre-productif au regard du volet répressif de la lutte contre le terrorisme.

En second lieu, cette dernière remarque permet de souligner un autre élément rendant complexe le contrôle juridictionnel de l'état d'urgence tenant à la dualité des ordres juridictionnels. En effet, en principe, les mesures ressortant de l'état d'urgence appartiennent à la catégorie de la police administrative. Leur juge naturel est le juge administratif, et la loi de 1955 le mentionne d'ailleurs explicitement. Toutefois, le juge judiciaire, et plus précisément le juge pénal, est compétent dans deux cas. D'une part, dans le cas du non-respect de certaines obligations, l'article 13 de la loi de 1955 prévoit des sanctions pénales, qui ont d'ailleurs été alourdies en novembre 2015. D'autre part, les perquisitions administratives peuvent amener à la découverte d'infractions, dont la répression incombe au juge judiciaire. Ce dernier est alors compétent pour apprécier la légalité de l'ordre initial de perquisition administrative en vertu de l'article L. 111-5 du code pénal²⁸. En ce qui concerne les assignations à résidence, un contentieux a surgi pour savoir qui du juge judiciaire ou du juge administratif était compétent pour connaître des contestations. Aux termes de l'article 66 de la constitution, c'est au juge judiciaire qu'il revient de connaître du contentieux de la privation de liberté²⁹. Des requérants saisissent rapidement le juge constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité en estimant que la loi de 1955 aurait dû renvoyer vers le juge judiciaire en lieu et place du juge administratif. Dans une décision du 22 décembre 2015, le Conseil constitutionnel considère que dès lors que l'assignation a pour conséquence un confinement à domicile inférieur à douze heures par jour, il ne s'agit pas d'une privation de liberté mais d'une simple "restriction" qui n'entre pas dans le champ d'application de l'article 66. Or le législateur a précisément fixé la limite de confinement à domicile à douze heures par jour, ce qui permet au Conseil constitutionnel de considérer que le législateur pouvait confier la compétence des contestations des assignations à résidence au juge administratif. Ce contentieux n'est pas tout à fait éteint dans la mesure où un

sciemment en vigueur une disposition expressément jugée incompatible avec le texte suprême de l'ordonnancement juridique.

²⁸ Cour de cassation, crim., 13 décembre 2016, n° 16-82.176 et 16-84.794.

²⁹ «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».

requérant assigné depuis plus d'un an a déposé une QPC qui a été transmise au Conseil constitutionnel, estimant que la longueur de son assignation à résidence portait une atteinte disproportionnée à sa liberté individuelle³⁰. Par ailleurs, il n'est toutefois pas certain que l'appréciation du juge français soit conforme à celle de la Cour européenne qui effectue un contrôle plus minutieux. Elle estime en effet qu'«[e]ntre une privation et une restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, et non de nature ou d'essence» et que la distinction entre les deux passe par l'analyse d'un ensemble de critères tels que «le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée» (Cour EDH, 28 novembre 2002, *Lavents c. Lettonie*, requête n°58442/00, §62). Surtout, dans une affaire *Freimanis et Līdums c. Lettonie*, la Cour estime qu'une assignation simple ne constituait qu'une restriction à la liberté de circulation tant que celle-ci n'impliquait pas de confinement dans un local déterminé³¹. Les juges de Strasbourg, qui ne manqueront pas d'être saisis de la question, pourraient considérer que les assignations de l'état d'urgence, qui impliquent un tel confinement, doivent alors être analysées en terme de privation de liberté et estimer que les garanties apportées par la loi de 1955 sont insuffisantes, notamment au regard de l'article 5 de la convention.

4.2. *Un contrôle limité*

Il est encore difficile de tirer des conclusions sur la portée du contrôle dans la mesure où l'état d'urgence est toujours en vigueur et que la jurisprudence est loin d'être stabilisée. On peut toutefois relever quelques traits saillants de la jurisprudence et affirmer que le juge a fait preuve d'une certaine frilosité à l'égard de l'exécutif. Trois exemples peuvent l'illustrer.

Le premier concerne l'appréhension de l'urgence. Alors que la version de l'état d'urgence remaniée en novembre 2015 mentionne la partie du code de justice administrative consacrée aux référés, certains juges rejettent par voie d'ordonnance de tri des requêtes pour défaut d'urgence³². Il faut l'intervention du

³⁰ CE, ordonnance du 16 janvier 2017, *M. A.*, n° 406614.

³¹ Cour EDH, 9 février 2006, *Freimanis et Līdums c. Lettonie* : «Pour ce qui est du “placement sous surveillance de la police” et de l’ “assignation à domicile”, la Cour relève que ce sont des mesures préventives impliquant certaines restrictions à la liberté de circulation, ainsi que l'obligation de se plier régulièrement à certaines procédures de contrôle (paragraphes 59-60 ci-dessus). En revanche, ces mesures n'impliquaient aucun confinement des intéressés dans un local délimité, ceux-ci restant en principe libres de se déplacer dans les limites géographiques de leur district. Il s'agissait donc de simples restrictions à la liberté de circuler, au sens de l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention, et non d'une “privation de liberté” visée par l'article 5 (voir, mutatis mutandis, *Guzzardi c. Italie*, arrêt du 6 novembre 1980, série A n° 39, p. 33, § 92, et *Amuur*, précité, § 42). Cette dernière disposition y est donc inapplicable» (§87).

³² Voy., par exemple, tribunal administratif de Rennes, ordonnance du 30 novembre 2015, n° 1505393.

Conseil d'État³³ puis une modification opérée par la loi de prorogation de juillet 2016 pour que soit explicitement consacrée une présomption d'urgence facilitant, pour les requérants, la saisine du juge administratif.

Deuxièmement, en ce qui concerne les perquisitions administratives, le recours au juge apparaît bien limité. Aux termes de l'article 11 de la loi, l'initiative de la perquisition repose entièrement entre les mains de l'administration, sans contrôle préalable. La personne visée par la perquisition ne peut utilement contester celle-ci, dans la mesure où ses effets sont déjà épuisés au moment où le juge est saisi. Il ne reste au requérant que la voie de l'engagement de la responsabilité de l'État (LE BOT 2016) et, au cas où une procédure judiciaire est engagée, la possibilité de contester la légalité de l'ordre de perquisition. Les garanties juridictionnelles sont donc limitées alors même que les modalités de mise en œuvre de telles perquisitions peuvent être la source de violations graves des droits et libertés. Ainsi, la Cour européenne a récemment eu l'occasion de se prononcer sur des perquisitions administratives relativement similaires à celles effectuées sous l'état d'urgence et a condamné la Bulgarie (Cour EDH, 16 février 2016, *Govedarski c. Bulgarie*, requête n° 34957/12). Dans cette affaire, elle considère qu'une telle mesure emporte une violation des articles 3 et 8 de la Convention en raison du déroulement de la perquisition et de la présence de mineurs dans les locaux³⁴. Il apparaît alors difficilement concevable de ne pas entourer une telle procédure de garanties procédurales plus importantes, telles qu'un contrôle juridictionnel préalable.

Troisièmement, enfin, si le juge administratif semble affirmer en apparence qu'il opère un contrôle minutieux de l'adéquation des mesures adoptées contre des individus et la menace potentielle qu'ils présentent (LE BOT 2016), il apparaît nécessaire de tempérer l'impression initiale en soulignant le rôle joué par l'acceptation d'un mode de preuve problématique : les notes blanches. Dans nombre de cas, l'administration recourt à celles-ci afin de justifier ses décisions individuelles adoptées sur le fondement de l'état d'urgence. Ces notes, non signées, émanent des services de renseignements et contiennent des éléments factuels relatifs à tel ou tel individu. Alors que le ministre de l'intérieur avait reconnu le caractère problématique d'un tel mode de preuve et affirmait, en 2004, suite à une interpellation parlementaire qu'il n'était pas «acceptable en effet dans notre République que des notes puissent faire foi alors qu'elles ne portent pas de mention d'origine et que leur fiabilité ne fait l'objet d'aucune évaluation»³⁵, le

³³ Conseil d'Etat, Section, 11 décembre 2015, n° 394991, cons. 10.

³⁴ L'élément le plus notable de cet arrêt tient dans le constat de violation de l'article 3 de la Convention (prohibition de la torture et des traitements inhumain et dégradants). Or, cet article fait partie des droits indérogeables, y compris lorsque l'État fait face à des circonstances exceptionnelles. Autrement dit, même sous l'empire d'un état d'exception, comme l'état d'urgence, il n'est pas possible d'y porter atteinte.

³⁵ Réponse du Ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, *JO Sénat* du 04/06/2004, page 3819, <http://www.senat.fr/questions/base/2004/qSEQ04060349G.html>.

Conseil d'État estime, quant à lui, que l'administration est libre de produire de nouvelles notes blanches y compris en appel et cela vaut pour tout type de contentieux en matière d'état d'urgence³⁶. La prise en compte de ces notes blanches et le régime de suspicion induit par la nouvelle rédaction de la loi de 1955 impliquent concrètement qu'il revient au destinataire de faire tomber la présomption de risque qui pèse sur sa personne. Cette prise en compte par le juge de ces notes blanches, qui ne sont pas obligatoirement corroborées par des éléments tangibles et susceptibles, eux, d'être discutés devant le juge, interrogent quant au principe de la présomption d'innocence, du principe du contradictoire et, de manière plus générale, du droit au procès équitable.

L'acceptation de ce mode de preuve compromet sérieusement l'examen de la légalité des mesures adoptées sous l'empire de l'état d'urgence en procédant, de fait, à un renversement de la charge de la preuve ou, si l'on raisonne *a contrario*, à la mise en place d'une présomption favorable à l'administration : le juge tend à considérer que l'autorité administrative avait des raisons de croire que le comportement du destinataire de l'acte «constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics». L'inverse, en somme, de ce que préconisent Gross et Ní Aoláin : l'état d'urgence n'est pas envisagé comme une «suspect situation» mais, au contraire, il engendre une suspicion qui repose sur les individus qui devront tenter de la renverser.

5. Conclusion

L'institutionnalisation des pouvoirs de crise au sein de l'ordre juridique a pour ambition d'encadrer leur exercice par les autorités bénéficiaires, notamment dans la durée (SOUTY 2015).

Le maintien de l'état d'urgence alors même que son utilité est plus que douteuse, les hésitations du législateur et de l'exécutif, le détournement des pouvoirs de crise afin de réguler des problèmes relevant de l'ordre public local, un contrôle insuffisant du bénéficiaire des pouvoirs de crise : tous ces éléments disqualifient l'attitude des autorités françaises après les attentats du treize novembre.

En fait de farce, il s'agit davantage d'une comédie, la «comédie sécuritaire», concept développé par le cryptologue Bruce Schneier, dans un ouvrage rédigé deux ans après les attentats du 11-septembre (SCHNEIER 2003). Cette comédie sécuritaire est constituée par l'ensemble des «mesures de sécurité qui ont un effet marginal ou nul sur la sécurité réelle, mais visent simplement à accroître le sentiment de sécurité» (DELAIGUE 2015). Si l'on s'en tient aux données officielles et notamment au nombre d'ouverture de procédures judiciaires pour des infractions liées au

³⁶ Conseil d'État, Section du Contentieux, 11 décembre 2015, n° 394991, repris dans CE, ordonnance du 5 août 2016, ministère de l'intérieur, n° 402139.

terrorisme, l'efficacité d'une prolongation aussi longue de l'état d'urgence n'est guère démontrée.

Au-delà de l'absurde, l'attitude de l'administration peut légitimement inquiéter. On s'habitue aux régimes de crise et l'histoire fourmille d'exemples dans lesquels un état d'exception a perduré pendant plusieurs années. Mme M. Delmas-Marty nous met en garde : «Au motif de garantir l'ordre public, l'État qui prétend éradiquer toute insécurité, même potentielle, est pris dans une spirale de l'exception, de la suspicion et de l'oppression qui peut aller jusqu'à la disparition plus ou moins complète des libertés» (DELMAS-MARTY 2009, 479).

La Cour européenne a été saisie par plusieurs justiciables et devrait donc se prononcer sur la compatibilité des mesures adoptées sous l'empire de l'état d'urgence avec les dispositions conventionnelles idoines. Il est loin d'être certain que la législation française passe le filtre conventionnel sans écueils, même en tenant compte de l'activation de la clause de dérogation de l'article 15.

Références bibliographiques

- ACKERMAN B. 2004. *The Emergency Constitution*, in «The Yale Law Journal», 113, 2004, 1029 ss.
- AGAMBEN G. 2003. *État d'Exception – Homo Sacer*, Paris, Éditions du Seuil, 2003.
- BALGUY-GALLOIS A. 2011. *Article 4 [Droit de dérogation]*, in DECAUX E. (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011, 147 ss.
- DECAUX E. 1998. *Crise de l'État de droit, droit de l'état de crise*, in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 267 ss.
- DELAIGUE A. 2015. *Vertus et vices de la comédie sécuritaire*, Blog Classe éco, 29 novembre 2015. Disponible sur : <http://blog.francetvinfo.fr/classe-eco/2015/11/29/vertus-et-vices-de-la-comedie-securitaire.html> (accédé 24/08/2017).
- DELMAS-MARTY M. 2009. *Libertés et sûreté – les mutations de l'État de droit*, in «Revue de synthèse», 130, 3, 2009.
- DESPOUY L. 2010. *Los derechos humanos y los estados de excepción*, Mexico, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Estudios Jurídicos (n.6), 2010.
- GROSS O. 2003. *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, in «Yale Law Journal», 112, 2003, 1011 ss.
- GROSS O., NÍ AOLÁIN F. 2001. *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*, in «Human Rights Quarterly», 23, 3, 2001, 625 ss.
- GROSS O., NÍ AOLÁIN F. 2006. *Law In Times Of Crises: Emergency Powers In Theory And Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- HENNETTE-VAUCHEZ S. 2016. *Le burkini de l'état d'urgence*, doyoulaw.blog, 23 août 2016. Disponible sur : <http://doyoulaw.blog.liberation.fr/2016/08/23/et-le-burkini-devint-debat-national/> (accédé 24/08/2017).
- LE BOT O. 2016. *Les perquisitions administratives en état d'urgence*, in «RFDA», 943 ss.
- LOBEL J. 1989. *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, in «Yale Law Journal», 98, 1989, 1385 ss.
- MANIN B. 2015. *Le paradigme de l'exception – L'État face au nouveau terrorisme*, in «La vie des idées», 15 décembre 2015. Disponible sur : http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20151215_manin.pdf (accédé 24/08/2017).
- MARX K. 1851. *Le 18 brumaire de Louis Bonaparte*, Les classiques des sciences sociales, Québec, 2008. Disponible sur : http://classiques.uqac.ca/classiques/Marx_karl/18_brumaine_louis_bonaparte/18_brumaine_louis_bonaparte.pdf (accédé 24/08/2017).
- ROUSSEAU D. 2006. *L'état d'urgence, un état vide de droit(s)*, in «revue PROJET», 2006, 291 ss.
- ROUSSEAU J.-J. 1782. *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée*, Londres. Disponible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9626109r> (accédé 24/08/2017).

- SAVONITTO S. 2016. *État d'urgence et risque d'inconstitutionnalité*, in «RDLF», 15, 2016. Disponible sur: <http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/etat-durgence-et-risque-dinconstitutionnalite/> (accédé 24/08/2017).
- SCHMITT C. 1922. *Théologie politique*, Paris, Éditions Gallimard, 1988 (éd. or. *Politische Theologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1922, trad. fr. L.-L. Schlegel).
- SCHNEIER B. 2003. *Beyond Fear: Thinking Sensibly About Security in an Uncertain World*, New York, Copernicus Books, 2003.
- SOUTY V. 2015. *La constitutionnalisation des pouvoirs de crise – essai de droit comparé*, thèse non publiée.
- SOUTY V. 2017. *Les dérogations en cas de circonstances exceptionnelles : un régime en demi-teinte*, «Revue trimestrielle des droits de l'Homme», 109, 2017, 89 ss.
- TAVERNIER P. 1999. *Commentaire de l'article 15*, in PETTITI L.-E. et al. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Économica, 1999, 489 ss.
- THENAULT S. 2007. *L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi*, in «Le Mouvement Social», 1, 218, 2007, 63 ss.