

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 »*

Ce document est le fruit d'un travail collectif de juristes conscients de leur rôle et de leur responsabilité dans une société démocratique¹. Ses auteur(e)s y ont pris part soit à titre personnel, soit comme représentant(e)s d'une association ou d'une organisation syndicale. Ils ont tous en commun la volonté de faire vivre l'exigence posée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Klass c/ Allemagne* du 6 septembre 1978, qui énonce que *« les États [...] ne disposent pas [...] d'une latitude illimitée pour assujettir à des mesures de surveillance secrète les personnes soumises à leur juridiction. Consciente du danger, inhérent à pareille loi, de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, elle affirme qu'ils ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée »*.

Profondément inquièt(e)s des conditions dans lesquelles la constitutionnalisation de l'état d'urgence est présentée et discutée, et des risques d'une intégration des mesures d'exception dans le droit commun, ils et elles ont tou(te)s été animé(e)s par la volonté de mettre à la disposition du public une analyse approfondie du régime de l'état d'urgence et des implications de son inscription dans le texte de la Constitution. Ils et elles souhaitent contribuer ainsi à nourrir le débat qu'exige un texte aussi lourd de conséquences pour les droits et libertés les plus fondamentales.

Si des nuances peuvent exister dans l'appréciation portée par chacun(e) des auteur(e)s sur le principe même d'une constitutionnalisation de l'état d'urgence, leurs contributions ont pour objectif commun, en développant une analyse critique du texte qui va être soumis à la représentation nationale, d'en décrypter les enjeux et la portée.

Le danger pour la démocratie est en effet double. Le risque d'une répression aveugle et disproportionnée que porte l'état d'urgence ne menace pas simplement l'exercice quotidien par le citoyen de ses libertés. En contribuant, par un surcroît d'arbitraire, à la dispersion des forces répressives, il est tout autant susceptible de menacer notre droit à la sûreté en diminuant sensiblement la capacité des autorités à faire face au phénomène criminel que l'on prétend combattre.

Afin de répondre à ces interrogations essentielles, l'analyse se subdivise en trois parties:

- Une présentation des principes internationaux qui gouvernent la proclamation d'un état d'exception temporaire ;**
- Une analyse critique du régime d'exception issu de la loi du 3 avril 1955, par comparaison avec les dispositions de droit commun et la législation pénale anti-terroriste ;**
- Une analyse critique de l'article 1er du projet de loi tel qu'éclairé par l'exposé des motifs du gouvernement.**

¹ La liste des contributeurs est indiquée à la fin du document.

PARTIE 1. ANALYSE DE LA CONFORMITÉ AUX ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX

I. PROCLAMATION ET NOTIFICATION DE L'ÉTAT D'URGENCE	6
II. CONDITIONS D'EXISTENCE DE L'ÉTAT D'URGENCE	7
III. CONTRÔLE DE LA MISE EN ŒUVRE DE L'ÉTAT D'URGENCE.....	12

PARTIE 2. ANALYSE CRITIQUE DU RÉGIME DE L'ÉTAT D'URGENCE

I. UNE ATTEINTE ILLÉGITIME DANS UNE SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE.....	20
II. ANALYSE DÉTAILLÉE DES MESURES PERMISES PAR L'ÉTAT D'URGENCE	24
1. LES PERQUISITIONS.....	24
2. L'ACCÈS À DES DONNÉES INFORMATIQUES	26
3. BLOCAGE ADMINISTRATIF DES SITES.....	27
4. LES INTERDICTIONS DE SEJOUR ET DE CIRCULATION	28
5. L'ASSIGNATION À RÉSIDENCE	30
6. L'INTERDICTION DE RÉUNION.....	36
7. LA DISSOLUTION D'ASSOCIATIONS	40
8. REMISES D'ARMES	49

PARTIE 3. ANALYSE CRITIQUE DU PROJET DE LOI CONSTITUTIONNELLE

I. LA CONSTITUTIONNALISATION DE L'ÉTAT D'URGENCE N'EST PAS NÉCESSAIRE	53
II. « L'EFFET UTILE » DE LA RÉFORME : PRIVILÉGIER LES « NÉCESSITÉS OPÉRATIONNELLES » À LA PROTECTION DES LIBERTÉS.....	62
III. LES MESURES DE « SORTIE EN ESCALIER » HEUREUSEMENT RETIRÉES DU PROJET DE LOI	72
LISTE DES CONTRIBUTEURS	75

- PARTIE I -

**Analyse de la conformité du régime d'état d'urgence français
aux engagements internationaux de la France**

Le droit international permet, de façon encadrée, de déroger au régime normal de protection des droits humains en proclamant un état d'exception temporaire. L'état d'urgence proclamé en France entre dans cette catégorie.

Ainsi, l'article 4.1 du Pacte sur les droits civils et politiques (ci-après « le PIDCP »²) et l'article 15.1 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « la CEDH ») autorisent les États, de manière temporaire, à « déroger à » certaines garanties en matière de droits humains, dans des circonstances bien définies et seulement dans la « stricte mesure où la situation l'exige ».

Chacun de ces instruments énonce les circonstances dans lesquelles une dérogation est possible, les droits auxquels il ne peut en aucun cas être dérogé et les règles de procédure à respecter.

Il ressort des textes et de la jurisprudence que, tout état d'urgence qui, par définition, déroge aux obligations en matière de droits humains doit remplir des critères stricts afin d'encadrer les pouvoirs exceptionnels des autorités.

Le droit de dérogation est encadré par les principes minimaux suivants:

- **Principe de proclamation**
- **Principe de notification**
- **Principe de menace exceptionnelle**
- **Principe de temporalité**
- **Principe de proportionnalité**
- **Principe de non-discrimination et de compatibilité, de concordance et de complémentarité des obligations de droit international**
- **Principe d'intangibilité des droits**

Le Comité des droits de l'homme et la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui suivent respectivement la mise en œuvre du PIDCP et de la Convention européenne examinent les principes susvisés et en particulier la nécessité et la proportionnalité de la dérogation décidée ainsi que des mesures temporaires adoptées.

2 L'article 4 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) prévoit ainsi que :

1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent PIDCP peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent PIDCP, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18.

3. Les Etats parties au présent PIDCP qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, signaler aussitôt aux autres Etats parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogations.

L'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme

I. PROCLAMATION ET NOTIFICATION DE L'ÉTAT D'URGENCE

1. PRINCIPE

Lorsqu'il existe une situation de « danger public exceptionnel qui menace l'existence de la nation », l'Etat partie doit proclamer officiellement un état d'exception tel que l'état d'urgence. Cette condition de publicité permet d'avertir la population, vise à garantir le principe de légalité et de primauté du droit, et à prévenir l'arbitraire.

Le Comité des droits de l'homme rappelle ainsi que « *lorsqu'ils proclament un état d'urgence susceptible d'entraîner une dérogation à l'une quelconque des dispositions du PIDCP, les États doivent agir dans le cadre de leur constitution et des dispositions législatives qui régissent l'exercice des pouvoirs exceptionnels* »³. Ainsi une proclamation de l'état d'urgence ne saurait être valide sans base légale en droit interne.

Par ailleurs, les États qui exercent le droit de dérogation doivent le notifier aux autres États parties, par l'intermédiaire du dépositaire du traité, au Secrétaire Général de l'organisation des Nations Unies pour le PIDCP et au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pour la CEDH. La notification préalable comme condition formelle sert à garantir un contrôle de la légalité de la mise en place de l'état d'urgence par l'institution.

Dans cette notification, «doivent figurer des renseignements pertinents sur les mesures prises ainsi que des explications claires sur les motifs qui ont amené l'État partie à les prendre, accompagnés de l'intégralité des documents relatifs aux dispositions juridiques »⁴. Le Comité des droits de l'Homme précise qu'une telle notification est essentielle pour pouvoir déterminer si les mesures prises par l'État partie « *sont dictées par la stricte exigence de la situation, mais également pour permettre aux États parties d'assumer leur responsabilité de veiller à la mise en œuvre des dispositions du PIDCP* »⁵.

2. LA NOTIFICATION FRANÇAISE

L'état d'urgence a été proclamé par décret pris en Conseil des ministres dans la nuit des attentats à Paris du 13 au 14 novembre 2015.

Les 23 et 24 novembre 2015, des notes verbales ont été adressées par la représentation permanente de la France à New York au Secrétaire général des Nations Unies et à Strasbourg au Secrétaire général du Conseil de l'Europe afin de notifier que la France entendait se prévaloir du droit de dérogation prévus aux articles 4.3 du PIDCP et 15.1 de la CEDH.

3 Observation générale n°29 sur l'article 4, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001) par. 2
4 Observation générale n°29 sur l'article 4, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001) par. 17
5 Observation générale n°29 sur l'article 4, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001) par. 17

La notification faite en vertu de la CEDH qui justifie la dérogation à l'article 15.1 est rédigée ainsi :

« Le 13 novembre 2015, des attentats terroristes de grande ampleur ont eu lieu en région parisienne.

La menace terroriste en France revêt un caractère durable, au vu des indications des services de renseignement et du contexte international.

Le Gouvernement français a décidé, par le décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015, de faire application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence »

Par ailleurs, la notification précise la durée de la dérogation (« pour trois mois, à compter du 26 novembre 2015 »). Elle indique que « *certaines [mesures], prévues par les décrets du 14 novembre 2015 et du 18 novembre 2015 ainsi que par la loi du 20 novembre 2015, sont susceptibles d'impliquer une dérogation aux obligations résultant de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »⁶.

Comme rappelé précédemment, le contenu de l'acte de notification est nécessaire pour que les organes de surveillance puissent contrôler la légalité de la mise en place de l'état d'urgence. C'est pourquoi les motifs avancés dans la note verbale doivent être identiques à ceux qui seront par la suite mis en avant pour gouverner et justifier les mesures relatives à l'état d'urgence à savoir, ici, les attentats terroristes et la menace terroriste.

II. CONDITIONS D'EXISTENCE DE L'ÉTAT D'URGENCE

1. EXISTENCE D'UN DANGER PUBLIC EXCEPTIONNEL

L'existence d'une situation exceptionnelle de danger public menaçant la vie de la nation est la condition fondamentale pour justifier une dérogation au régime normal de protection des droits humains.

PIDCP (article 4)	CEDH (article 15.1)	Loi sur l'état d'urgence (article 1)⁷
« Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel »	« En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention »	« 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. »

⁶ Note verbale de la représentation permanente de la France au secrétaire général du Conseil de l'Europe http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/declarations?p_auth=pyaZNBiu

⁷ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

a. Interprétation de la notion par les organes de surveillance

La CEDH et le Comité des droits de l'Homme ont précisé la notion de danger public menaçant la vie de la nation.

Le Comité des droits de l'Homme a indiqué pour sa part que *« l'État partie qui envisage d'invoquer l'article 4 dans une situation autre qu'un conflit armé devrait peser soigneusement sa décision pour savoir si une telle mesure se justifie et est nécessaire et légitime dans les circonstances »*⁸. En effet, il estime que *« tout trouble ou toute catastrophe »* ne constitue pas nécessairement un danger public menaçant la vie de la nation au sens de l'article 4.1 du PIDCP⁹. Le Comité précise que même en temps de guerre, la situation doit être vraiment sérieuse pour pouvoir être considérée comme une menace à la vie de la nation. Le Comité a par exemple exprimé ses préoccupations dans une affaire concernant la Tanzanie¹⁰, en considérant que les motifs pour décréter l'état d'urgence étaient trop vagues et les pouvoirs accordés au président trop étendus. Les mêmes inquiétudes ont également été exprimées vis à vis de la République Dominicaine¹¹, de l'Uruguay¹² ou encore de la Bolivie¹³.

La CEDH a, quant à elle, défini le danger public exceptionnel comme étant une situation exceptionnelle de crise ou de danger imminent qui touche toute la population et constitue une menace pour la vie organisée de la collectivité composant l'État¹⁴. Selon la CEDH le sens normal et habituel des mots *« en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation »* sont suffisamment clairs et désignent *« une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État »*¹⁵. Pour apprécier s'il existe un danger constituant une menace pour la vie de la nation, la Cour européenne considère que les États disposent d'une *« large marge d'appréciation »*¹⁶. Toutefois, comme le Comité des droits de l'homme, elle évalue le caractère nécessaire ou non de la proclamation de l'état d'urgence.

L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, dans une résolution de 2002, a quant à elle réaffirmé que l'article 15 avait pour principal objectif de permettre une dérogation exceptionnelle aux droits et libertés et non un principe général de violation de ces derniers en cas de situation particulièrement dangereuse pour une Nation¹⁷.

⁸ Observation générale n°29 sur l'article 4, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001) par. 3

⁹ Observation générale n°29 sur l'article 4, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001) par. 3 ; The administration of justice in states of emergency in Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, chapter 16, p.822

¹⁰ Observations finales du Comité des Droits de l'Homme, République-Unie de Tanzanie, CCPR/C/TZA/CO/4, 31 juillet 2009, par. 13

¹¹ République dominicaine (1993), CCPR/C/79/Add.18

¹² Observations finales du Comité des droits de l'homme, Uruguay, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.19 (1993) « Le Comité se déclare préoccupé par les dispositions constitutionnelles relatives à la déclaration de l'état d'urgence. Le Comité note en particulier que les motifs permettant de déclarer l'état d'urgence sont trop larges et que l'énumération des droits auxquels il est permis de déroger n'est pas conforme à l'article 4 du PIDCP »

¹³ Bolivie (1997), CCPR/C/79/Add.74, par. 14

¹⁴ CEDH, Lawless c. Irlande (no 3), requête no 332/57, arrêt du 1^{er} juillet 1961, par. 28.

¹⁵ CEDH, Lawless c. Irlande (no 3), requête no 332/57, arrêt du 1^{er} juillet 1961, par. 28.

¹⁶ CEDH, A et autres c. Royaume-Uni (grande chambre), requête no 3455/05, arrêt du 19 février 2009 ; et CEDH, Fiche thématique : dérogation en cas d'état d'urgence, Unité de la presse, décembre 2015

¹⁷ Conseil de l'Europe, Assemblée Parlementaire, Résolution 1271 (2002), adopté le 24 janvier 2002

A la suite des attentats terroristes perpétrés aux États-Unis le 11 septembre 2001, des lignes directrices ont été adoptées par le Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme. Ces dernières prennent en compte la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et établissent la possibilité pour un État de déroger à ses obligations au titre de la Convention européenne lorsque les actes terroristes interviennent «dans une situation de guerre ou de danger public qui menace la vie de la nation ». Ces lignes directrices précisent les paramètres de la mise en œuvre de ces dérogations.

Ainsi, selon le Principe XV de ces dernières, intitulé "Dérogations éventuelles" :

« Lorsque la lutte contre le terrorisme intervient dans une situation de guerre ou de danger public qui menace la vie de la nation, un Etat peut adopter unilatéralement des mesures dérogeant provisoirement à certaines obligations qui découlent des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, dans la stricte mesure où la situation l'exige, ainsi que dans les limites et sous les conditions fixées par le droit international. L'Etat doit notifier l'adoption de ces mesures aux autorités compétentes conformément aux instruments internationaux pertinents. »

b. Contrôle international des conditions d'existence de l'état d'urgence

La jurisprudence de la CEDH a participé à l'interprétation des critères permettant la dérogation à la Convention, sans pour autant limiter significativement la marge nationale d'appréciation.

Ainsi, en 1961, dans l'affaire *Lawless c. Irlande*, la Cour déclare que l'Etat peut recourir à l'article 15 s'il fait face à "*une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État*".

La qualification de « danger exceptionnel et imminent » reste vague et soumise à interprétation. En effet, dans certains cas la Cour a considéré que le danger remplit objectivement les critères mais, dans d'autres, l'évaluation est plus compliquée, ou en tout cas plus contestable, notamment lorsque des événements qualifiés de terroristes ont eu lieu à l'étranger.

Suite aux attentats du 11 septembre 2001, le Royaume-Uni a déclaré l'état d'urgence, promulgué une loi antiterroriste et a demandé la dérogation en application de l'article 15 de la CEDH. Le choix fut d'autant plus contesté qu'il s'agissait d'y déroger afin de prévoir un régime de détention potentiellement incompatible avec le droit à la liberté et à la sûreté, exclusivement à l'encontre des étrangers. La SIAC (Commission spéciale des recours en matière d'immigration) contesta la mesure affirmant que ce n'était pas l'imminence d'une menace qui entraînait en jeu mais bien la réalité ou l'imminence d'une urgence. Or, d'après la Commission, la potentialité d'attentats suite aux événements du 11 septembre, ne constituait en rien une raison suffisante pour permettre au Royaume-Uni de déroger à l'article 5§1 de la Convention. Dans cette affaire, la Cour a pourtant décidé de confier une marge de manœuvre extrêmement large à l'Etat. Elle déclare que « l'on ne pouvait obliger un Etat à attendre qu'un désastre ne survienne avant de prendre des mesures contre sa réalisation », concluant que le danger public était avéré.

La Cour admet ainsi que la potentialité d'une attaque rentre dans la définition d'un danger public menaçant la vie de la nation et permet ainsi de déroger.

c. La réserve d'interprétation française : une dénaturation de la lettre des traités

La France a émis une réserve¹⁸, dans des termes identiques à l'article 4.1 du PIDCP et à l'article 15.1 de la CEDH. La réserve se divise en deux parties. La première porte sur le déclenchement de la dérogation et renvoie aux différents régimes exceptionnels : l'article 16 de la Constitution, l'état d'urgence et l'état de siège. La deuxième partie porte sur la proportionnalité entre les mesures dérogatoires prises et le danger encouru par la Nation, mais uniquement dans les cas de mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution.

S'agissant de l'état d'urgence la réserve prévoit que « *les circonstances énumérées par [...] par l'article 1er de la Loi no 55 - 385 du 3 avril 1955 pour la déclaration de l'état d'urgence et qui permettent la mise en application de ces textes, doivent être comprises comme correspondant à l'objet de l'article 4 du PIDCP, et, d'autre part [...]* ».

Ainsi, selon la France, les circonstances permettant en vertu de la loi de 1955 relative à l'état d'urgence de déclencher ce régime d'exception (à savoir « en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou « en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ») doivent être comprises comme correspondant respectivement à l'objet des articles 15 de la CEDH et 4.1 du PIDCP.

Elle estime disposer d'une compétence discrétionnaire pour qualifier que les circonstances de danger public menaçant la vie de la nation sont réunies, sans qu'un contrôle minimum puisse s'exercer sur cette qualification¹⁹. La France s'octroie ainsi une marge de manœuvre considérable et contestable quant à la vérification des conditions de déclenchement des articles 15 de la Convention et 4 du PIDCP. Ce faisant, la France remet en cause le rôle essentiel des organes de surveillance dans l'évaluation de l'existence des conditions requises de déclenchement de l'article 15 de la CEDH et 4.3 du PIDCP.

En l'état, la réserve empêche le Comité et la CEDH de procéder au contrôle de la qualification d'état de crise par l'Etat français et, par là même, au contrôle des conditions matérielles de déclenchement des articles 15 de la CEDH et 4.1 du Pacte.

¹⁸ Réserve texte intégral : « *les circonstances énumérées par l'article 16 de la Constitution pour sa mise en œuvre, par l'article 1er de la Loi du 3 avril 1978 et par la Loi du 9 août 1849 pour la déclaration de l'état de siège, par l'article 1er de la Loi no 55 - 385 du 3 avril 1955 pour la déclaration de l'état d'urgence et qui permettent la mise en application de ces textes, doivent être comprises comme correspondant à l'objet de l'article 4 du PIDCP, et, d'autre part, que pour l'interprétation et l'application de l'article 16 de la Constitution de la République française, les termes "dans la stricte mesure où la situation l'exige" ne sauraient limiter le pouvoir du Président de la République de prendre « les mesures exigées par les circonstances ».*

¹⁹ G. Gonzalez, L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme, CRDF, n°6, 2007, p. 93-100

Il est permis de penser que la France a émis une réserve afin de se ménager la possibilité de déclencher les régimes d'exceptions avec plus de flexibilité que ne l'autorisent les conventions internationales auxquelles elle est liée. La notion de « cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public », ou des « cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique » étant plus large que les critères prévus par la CEDH et le PIDCP. En effet, les termes utilisés pour définir les critères d'une situation de crise entre les dispositions internationales conventionnelles et nationales ne sont pas identiques²⁰.

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser que l'état d'urgence avait « *pour objet de permettre aux pouvoirs publics de faire face à des situations de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui constituent une menace pour la vie organisée de la communauté nationale* »²¹. Tout comme la CEDH, le Conseil d'Etat laisse une grande marge de manœuvre au Conseil des ministres qui « *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* »²².

La levée de la réserve française par les autorités compétentes est essentielle pour que la CEDH puisse assurer son rôle de garante des libertés fondamentales.

En ce sens, le Comité des droits de l'homme de l'ONU s'est prononcé à deux reprises pour le retrait de la réserve française à l'article 4.1 du PIDCP²³, équivalente à celle relative à l'article 15 de la CEDH.

Sur la légalité de la réserve, la Cour européenne a progressivement affirmé sa compétence pour contrôler les réserves émises par les Etats. Ainsi, dans l'arrêt *Belilos contre Suisse* du 29 avril 1988²⁴, elle a écarté une réserve considérée comme non valide pour appliquer le traité. Cependant, malgré une critique récurrente selon laquelle la réserve française serait trop générale, la Cour ne s'est encore jamais prononcée sur sa validité.

La portée de la réserve est néanmoins limitée. En effet, la réserve n'a pas pour effet d'empêcher le contrôle des organes de surveillances sur la mise en œuvre de l'état d'urgence à la lumière des engagements de la France. Aucune réserve n'ayant été faite aux paragraphes 2 et 3 de l'article 15 de la Convention, la France reste tenue de garantir la proportionnalité des mesures et le respect des droits indérogeables dans la mise en œuvre des mesures de l'état d'urgence.

²⁰ G. Gonzalez, L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme, CRDF, n°6, 2007, p. 93-100. Au sens de la Convention, la situation de crise permettant l'activation d'une dérogation à certains droits et libertés sur le fondement de l'article 15 de la CEDH, consiste en "une guerre" ou un "autre danger public menaçant la vie de la nation". Au sens du Pacte international sur les droits civils et politiques, il est possible de déroger à certains droits en cas de danger public exceptionnel qui menace l'existence de la nation

²¹ Conseil d'Etat, ORD., 14 novembre 2005, Rolin, requête numéro 286835, publié au recueil

²² Conseil d'Etat, ORD., 14 novembre 2005, Rolin, requête numéro 286835, publié au recueil

²³ L'article 4§1 du Pacte international des droits civils et politiques permet un système de dérogation aux garanties équivalent à l'article 15§1 de la CEDH.

²⁴ Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988.

La Cour a par conséquent le pouvoir de vérifier la conformité des mesures prises eu égard à la Convention, la réserve ne supprimant pas ce contrôle de proportionnalité²⁵. Elle peut ainsi vérifier si l'Etat a excédé ou non la stricte mesure des exigences de la crise²⁶.

III. CONTRÔLE DE LA MISE EN ŒUVRE DE L'ÉTAT D'URGENCE

Si le droit international prévoit un régime spécial de protection des droits de l'homme en cas de danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation, ce régime est, en droit international, encadré par de strictes exigences de proportionnalité.

PIDCP	CEDH
« les Etats parties peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent PIDCP (...) »	Les mesures peuvent être prises « dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international »

1. LES MESURES NE SONT AUTORISEES QUE DANS LA « STRICTE MESURE OU LA SITUATION L'EXIGE »

Les organes de surveillance exercent un contrôle de proportionnalité sur les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, les dérogations n'étant autorisées que « dans la stricte mesure où la situation l'exige »²⁷. La Cour examine pour ce faire la nature des droits sur lesquels la dérogation a un impact, ainsi que les circonstances entraînant la situation d'exception et la durée de celle-ci. Le retour à la normalité doit être l'objectif premier de l'état d'urgence et de la dérogation²⁸.

Comme l'indique la CEDH :

*« Les Etats ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité [...]. La Cour a compétence pour décider, notamment, s'ils ont excédé la "stricte mesure" des exigences de la crise. La marge nationale d'appréciation s'accompagne donc d'un contrôle européen. Quand elle exerce celui-ci, la Cour doit en même temps attacher le poids qui convient à des facteurs pertinents tels que la nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créé. »*²⁹

²⁵ Gonzalez, L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme, CRDF, n°6, 2007, p. 93-100

²⁶ . Dutertre, Extraits clés de la jurisprudence-Cour Européenne des Droits de l'Homme, p.355

²⁷ Article 15 CESDH

²⁸ Observation générale n°29 sur l'article 4, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), par. 1

²⁹ CEDH, Brannigan et Mc Bride c. Royaume-Uni (plénière), requêtes no 14553/89 et no 14554/8, arrêt du 26 mai 1993, par. 43

Dans le même sens, le Comité des droits de l'homme a précisé que trois facteurs devaient être pris en compte dans le contrôle de proportionnalité des mesures : la durée, l'étendue géographique et la portée matérielle de l'état d'urgence³⁰.

Le principe de proportionnalité implique que chaque mesure prise sur le fondement d'un régime dérogatoire au droit commun en raison d'une situation exceptionnelle soit appréciée *in concreto*.

a. Principe de nécessité

La Cour européenne indique qu'une mesure dérogatoire ne peut être considérée comme nécessaire et légitime que si l'impossibilité de recourir à d'autres mesures ayant un impact moindre pour les droits humains est clairement établie (par exemple les restrictions aux droits énoncés dans la Convention qui sont autorisées pour protéger la sécurité, la santé ou l'ordre publics). Autrement dit, c'est seulement si le régime juridique de droit commun ne peut répondre efficacement au besoin de rétablir l'ordre public que les mesures dérogatoires pourraient être considérées comme proportionnelles.

Le degré de restriction des droits et l'étendue de toute mesure de dérogation, s'agissant du territoire auquel elle s'applique ainsi que de sa durée, doivent « *être raisonnables par rapport à ce qui est véritablement nécessaire pour faire face à une situation exceptionnelle menaçant la vie de la nation* »³¹. Cela suppose que les instances législative et exécutive vérifient régulièrement le caractère nécessaire de la dérogation, afin qu'elle puisse être levée dès que possible.

b. Principe de temporalité : l'état d'urgence doit être limité dans le temps

L'essence même de l'état d'exception est de permettre à l'Etat « d'ajuster » ses obligations en vertu des traités de manière temporaire, pendant le temps de la crise³², et les mesures prises dans le cadre de cette dérogation doivent être limitées à une durée strictement nécessaire pour répondre aux circonstances exceptionnelles³³.

A ce titre, l'article 15(3) de la CEDH exige un contrôle temporel de la Cour en demandant « *un réexamen constant de la nécessité de mesures d'exception* »³⁴. Si l'Etat ne satisfaisait pas à cette obligation, laissant perdurer un état d'exception qui n'a plus lieu d'être, la Cour devrait ignorer la dérogation, celle-ci ayant perdu sa validité³⁵.

³⁰ Observation générale n°29 sur l'article 4, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), par. 4

³¹ M. Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2e édition révisée, Engel, 2005, p. 97-98, § 25-27. Comité des droits de l'homme : Observation générale 29, par. 4. Voir Cour européenne : A. et autres c. Royaume-Uni, requête no 3455/05, arrêt du 19 février 2009 par. 184 ; Comité des droits de l'homme : Observations finales, Israël, doc. ONU CCPR/C/ISR/CO/3, 2010, p. 7

³² Scott P. Sheeran, Reconceptualizing states of emergency under international human rights law: Theory, legal, doctrine, and politics, Michigan Journal of International law, vol.34, Issue 3, p. 507

³³ The administration of justice in states of emergency in Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, chapter 16, p.831

³⁴ CEDH, Brannigan et Mc Bride c. Royaume-Uni (plénière), requêtes no 14553/89 et no 14554/8, arrêt du 26 mai 1993, par. 54

³⁵ Id.

Le principe de temporalité est inhérent à l'état d'urgence puisqu'il s'agit d'un état qui doit rester exceptionnel et donc strictement limité dans le temps. Lors de la proclamation de l'état d'urgence en France en 2005, le Conseil d'Etat a en ce sens rappelé qu'« *un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui dans un Etat de droit sont par nature limités dans l'espace et dans le temps* »³⁶.

Ainsi, parce que l'état d'urgence ne doit durer que tant que l'urgence elle-même existe³⁷, le Comité des droits de l'homme considère que l'Etat partie est tenu de signaler la date à laquelle il sera mis fin à cet état d'exception³⁸.

L'état d'urgence est donc par définition, une réponse légale temporaire à une menace, elle aussi temporaire.

c. L'état d'urgence doit être limité à atteindre l'objectif recherche : la lutte contre le terrorisme

Le champ de l'état d'urgence s'arrête aux motifs ayant justifié son existence. Les mesures d'urgence doivent donc être limitées au but déclaré par les autorités françaises lors de la notification de l'état d'urgence aux organes de contrôle des traités internationaux en matière de droits humains, soit, la lutte contre le terrorisme.

Les autorités administratives ne peuvent alors prononcer des mesures pour des motifs d'ordre public généraux allant au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre le but poursuivi par la mise en œuvre de l'état d'urgence. Les autorités françaises ont pourtant justifié le prononcé de mesures, telles que des assignations à résidence ou des perquisitions, à l'encontre de militants écologistes lors de la COP 21 *au motif que si « la déclaration puis prolongation de l'état d'urgence étaient destinées à faire face au terrorisme islamiste [...], un tel objectif de lutte contre le terrorisme « ne fait pas obstacle à ce que les mesures qu'elle prévoit puissent être mises en œuvre dans le cadre de la prévention d'autres menaces à la sécurité et à l'ordre public, notamment pour permettre aux services en charge de la sécurité d'assurer leur mission, et plus particulièrement à l'occasion de l'événement exceptionnel que constitue la conférence internationale relative à l'environnement (COP 21) accueillant de nombreux chefs d'État »*³⁹. Dans ce cas de figure, des mesures « autorisées » par un état d'urgence, promulgué afin de contrer une menace terroriste, ne sont pas mises en place pour cette raison mais afin de prévenir d'autres menaces à la sécurité et à l'ordre public.

Il apparaît regrettable que des juridictions, censées contrôler la proportionnalité de telles mesures et faire obstacle aux dérives découlant d'un régime permettant des pratiques dérogatoires au droit commun, reprenne cette justification. En effet, le tribunal administratif de Melun, a repris de manière quasiment identique ces termes, dans une décision concernant certaines de ces assignations à résidence⁴⁰ ». De même, le

³⁶ CE, Ordonnance du juge des référés du 9 décembre 2005, Mme A et autres, no 287777

³⁷ European commission for democracy through law (Venice Commission), Emergency Powers, 1995, p.31

³⁸ Observ. 5

³⁹ TA Melun, N°1509659, 3 décembre, considérant no 5

⁴⁰ TA Melun 3 décembre 2015 N°1509659 « *il ressort des travaux préparatoires à l'adoption de la loi du 20 novembre 2015, adoptée dans le contexte des attentats mentionnés au point 3, que la déclaration puis la prolongation de l'état d'urgence étaient destinées à faire face au terrorisme islamiste ; que toutefois, un tel objectif ne fait pas obstacle à ce que*

rapporteur public a considéré à propos de cette affaire : » « (...) quand bien même, ainsi que le relèvent les requérants, l'exposé des motifs de la loi de 2015 indique l'article 6 modifié permet d'assigner à résidence des personnes affiliées à la mouvance terroriste : cela ne veut pas dire qu'il ne permet d'assigner à résidence que ces personnes. Aucun lien ne peut être fait ni dans le texte de la loi, ni par ses travaux parlementaires, entre le motif de déclenchement de l'état d'urgence et les mesures d'assignations susceptibles d'être prises (nous soulignons). Et faire ce constat, ce n'est pas relever une aberration, ou un oubli du législateur. Il y a au contraire une logique à ce que, dans un moment exceptionnel où un péril imminent nécessite une mobilisation considérable des services publics pour y parer, des mesures particulières puissent être prises afin d'éviter que d'éventuels troubles à l'ordre et à la sécurité publics qui, par leur ampleur, risqueraient de détourner les forces publiques de leur mission, se déclarent.⁴¹ ».

Or, il apparaît contraire au droit international que l'autorité administrative prononce des mesures fondées sur des motifs d'ordre public étrangers à ceux ayant justifié que soit déclaré l'état d'urgence ; en l'espèce, en France, la lutte contre le terrorisme. Ainsi, l'interprétation du rapporteur selon laquelle « le texte de la loi du 20 novembre 2015 fait clairement une différence entre les motifs justifiant que soit déclaré l'état d'urgence et les motifs pouvant justifier que soient prononcées, une fois l'état d'urgence déclaré, des assignations à résidence » est erronée et emporte violation des obligations internationales de la France. En effet, les mesures prises doivent être proportionnées au danger et poursuivre le même but que ce pourquoi elles sont autorisées, à savoir la mise en place d'un régime exceptionnel en cas de situation de crise.

d. Principe de non-discrimination

Il est des droits humains qui sont absolus et qui ne peuvent en aucune circonstance être restreints.

PIDCP (article 4.2)	CEDH (article 15.2)
Il est impossible de déroger au droit à la vie, à la reconnaissance d'une personnalité juridique, au droit de conscience, de pensée et religion, au principe de légalité, à l'interdiction de la torture, de l'esclavage, et à l'impossibilité d'emprisonner une personne pour seul manquement à une obligation contractuelle	Il est impossible de déroger au droit à la vie, au respect du principe de légalité, à l'interdiction de la torture et de l'esclavage

Conformément aux engagements internationaux de la France, aucune dérogation prise dans le cadre de l'état d'urgence ne saurait viser les droits suivants :

- le droit à la vie
- l'interdiction de la torture ou de peines cruelles, inhumaines ou dégradantes⁴² y compris l'interdiction d'utiliser dans une procédure des éléments de preuve

les mesures qu'elle prévoit puissent être mises en œuvre dans le cadre de la prévention d'autres menaces à la sécurité et à l'ordre public, notamment pour permettre aux services en charge de la sécurité d'assurer leur mission »

⁴¹ Conclusions de M. Xavier DOMINO, rapporteur public relatives à la demande de transmission de QPC par le Conseil d'Etat au Conseil constitutionnel, lecture du 11 décembre 2015, publié au recueil

⁴² La CEDH rappelle ainsi que « même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou

obtenus par de tels traitements⁴³ l'interdiction des expériences médicales ou scientifiques sans le consentement de la personne concernée

- l'interdiction de l'esclavage, de la traite des esclaves et de la servitude
- l'interdiction d'emprisonner une personne parce qu'elle n'est pas en mesure de s'acquitter d'une obligation contractuelle
- le principe de légalité en matière pénale
- la reconnaissance de la personnalité juridique
- la liberté de pensée, de conscience et de religion

Dans une observation générale de 2001⁴⁴, le Comité des droits de l'homme a déclaré que la catégorie des normes impératives est plus étendue que la liste des dispositions intangibles figurant au paragraphe 2 de l'article 4 du PIDCP et que les États parties ne peuvent « *en aucune circonstance invoquer l'article 4 du PIDCP pour justifier des actes attentatoires au droit humanitaire ou aux normes impératives du droit international, par exemple une prise d'otages, des châtiments collectifs, des privations arbitraires de liberté ou l'inobservation de principes fondamentaux garantissant un procès équitable comme la présomption d'innocence* »⁴⁵.

Cela signifie que les obligations énoncées dans d'autres traités relatifs aux droits humains auxquelles il ne peut être dérogé doivent être respectées.

Par ailleurs, la restriction temporaire des droits et les mesures de dérogation ne doivent pas entraîner de discrimination, qu'elle soit fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine sociale ou d'autres éléments.

Or, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a récemment dénoncé l'existence de « pratiques de profilage ethnique de la part des agents de police, des forces de répression »⁴⁶.

dégradants. L'article 3 ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles n°1 et 4, et d'après l'article 15§ 2 il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation ». Voir CEDH, *Rivas c. France*, requête no 59584/00, arrêt du 1er avril 2004, par. 36 ; la formule est empruntée à l'arrêt CEDH *Selmouni c. France* (Grande chambre) requête no 25803/94, arrêt du 28 juillet 1999, par. 95 ; on la retrouve dans de nombreux autres arrêts comme par exemple *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, requête no 5310/71, par. 163 ; *Soering c. Royaume-Uni* (plénière), requête no 14038/88, arrêt du 7 juillet 1989, par. 88 ; *Chahal c. Royaume-Uni* (Grande chambre), requête no 22414/93, arrêt du 15 novembre 1996, par. 79 ; *Aksoy c. Turquie*, requête no 21 987/93 arrêt du 18 décembre 1996, par. 62

⁴³ A l'exception des procédures engagées contre les auteurs présumés d'actes de torture ou d'autres mauvais traitements

⁴⁴ Comité des droits de l'homme, Observation générale n°29 (2001)

⁴⁵ Le Comité a indiqué que « l'énumération des dispositions non susceptibles de dérogation figurant à l'article 4 est liée – sans se confondre avec elle – à la question de savoir si certaines obligations relatives aux droits de l'homme revêtent le caractère de normes impératives du droit international », Observation générale no 29 (2001), par. 11.

⁴⁶ Nils Muiznieks, Commissaire aux droits de l'homme, Conseil de l'Europe, le 12 janvier 2016

- PARTIE II -

**Analyse critique du régime d'exception de la loi du 3 avril
1955.**

Décrété le lendemain des assassinats terroristes du 13 novembre 2015, l'état d'urgence a été, moins d'une semaine plus tard, prolongé jusqu'au 26 février 2016 par un Parlement ayant approuvé à la quasi-unanimité le projet du gouvernement.

Pareille précipitation ne peut qu'interpeller dès lors que l'on mesure l'ampleur des atteintes à l'Etat de droit que permet le régime d'exception institué par la loi du 3 avril 1955 et qui a été encore aggravé par la loi du 20 novembre 2015. Une ampleur telle que le gouvernement a dû officiellement notifier au Conseil de l'Europe et au comité des droits de l'homme des Nations Unies qu'il risquait de déroger aux droits respectivement garantis par la convention européenne des droits de l'homme et par le pacte international relatif aux droits civils et politiques.

La seule question qui se pose est donc celle de la nécessité, dans une société démocratique, d'une telle atteinte aux libertés publiques. A cet égard, passé l'effet de sidération suscité par les attentats, le motif avancé par le gouvernement pour justifier la mise en place d'un tel régime d'exception – la lutte contre le terrorisme – doit être sérieusement discuté. D'abord, parce que l'état d'urgence n'a pas été introduit dans notre législation pour cette fin mais essentiellement, dans le contexte de la guerre d'Algérie, pour donner toute latitude à l'autorité administrative pour la répression des opposants au régime colonial.

Ensuite et surtout parce que notre système répressif s'est doté, depuis 1986, d'une législation spécifique à la poursuite, l'instruction et au jugement des infractions terroristes, qui prévoit notamment la spécialisation des juridictions et la possibilité de mettre en œuvre des modes d'investigation dérogatoire au droit commun afin de tenir compte du caractère organisé de ce type de criminalité. Cet arsenal répressif est en outre construit autour d'une infraction très spécifique, l'association de malfaiteurs à visée terroriste, qui conduit à sanctionner de manière extrêmement large et précoce des actes préparatoires à un acte de terrorisme⁴⁷.

C'est pourquoi, on peut très légitimement se demander si le recours à l'état d'urgence est, sinon indispensable, du moins utile à la prévention et la sanction des infractions terroristes. Or, l'analyse minutieuse de ce régime d'exception et des mesures qu'il autorise permet d'affirmer que, loin de renforcer l'aptitude des pouvoirs publics à faire face à ce type de criminalité, il contribue au contraire à accroître le risque qu'il prétend combattre.

La présente étude s'attachera donc à exposer pour quelles raisons l'état d'urgence ne peut, d'une façon générale, être considéré comme une atteinte aux libertés légitime dans une société démocratique (I), avant de présenter de façon détaillée l'analyse de chaque mesure, de la nature et du sens de leurs spécificités par rapport au droit commun (II).

⁴⁷ Article 421-2-1 du code pénal.

I. UNE ATTEINTE ILLÉGITIME DANS UNE SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE

Sans même évoquer l'absence de garantie de proportionnalité qui entoure leur mise en œuvre (qui est détaillée dans la seconde partie), les mesures de l'état d'urgence ne s'avèrent d'aucune nécessité dans une société démocratique : non seulement elles sont possible en droit commun (1) mais leur spécificité ne tient nullement à une meilleure prise en compte du phénomène terroriste (2). En réalité, leur seul véritable objet est de renforcer l'arbitraire des autorités répressives, contribuant par là même à renforcer le risque terroriste (3).

1. TOUTES LES MESURES PERMISES AU TITRE DE L'ÉTAT D'URGENCE SONT DÉJÀ PRÉVUES EN DROIT COMMUN

L'état d'urgence permet aujourd'hui le recours à des perquisitions administratives de jour comme de nuit, au cours desquelles les services de police peuvent accéder aux données informatiques⁴⁸, à des assignations à résidences⁴⁹, à la réglementation et l'interdiction du séjour et de la circulation⁵⁰, à l'interdiction de réunions⁵¹, à la dissolution d'associations⁵² et à la remise d'armes⁵³.

Or toutes ces mesures peuvent, sans exception, être ordonnées en vertu de dispositions de droit commun. Dans le seul cas de l'assignation à résidence, l'état d'urgence permet véritablement d'étendre le champ d'application matérielle de la mesure – en l'occurrence, à d'autres que des personnes mises en examen ou poursuivies ou des étrangers en situation irrégulière. Dans tous les autres cas, la seule différence avec les règles existantes qu'induit le recours à l'état d'urgence tient aux conditions d'application de la mesure.

Ainsi les perquisitions sont-elles possibles dans le cadre d'une procédure judiciaire ouverte à la suite de la commission d'une infraction ou de sa suspicion. Devant en principe être initiées entre 6h et 21h, elles peuvent être menées en dehors de ces heures pour les nécessités d'une enquête ou d'une information ouverte en matière de criminalité organisée et notamment de terrorisme. Depuis 2003, le code de procédure pénale autorise expressément les enquêteurs à accéder, à l'occasion d'une perquisition, aux données d'un système informatique implanté sur les lieux ou d'un autre système informatique, dès lors que ces données sont accessibles à partir du système initial.

De la même façon, il est déjà possible pour le préfet, mais également pour le maire, de limiter par arrêté la liberté de circulation et de séjour des individus. Outre l'hypothèse, expressément visée à l'article L.132-8 du Code de la sécurité intérieure, du « couvre-feu » pour les enfants mineurs de treize ans pouvant être ordonné par le préfet, ils tirent ce pouvoir de leurs attributions générales de police administrative telles qu'elles sont

⁴⁸ Article 11 de la loi du 3 avril 1955.

⁴⁹ Article 6 de la loi du 3 avril 1955.

⁵⁰ Article 5 de la loi du 3 avril 1955.

⁵¹ Article 8 de la loi du 3 avril 1955.

⁵² Article 6-1 de la loi du 3 avril 1955.

⁵³ Article 12 de la loi du 3 avril 1955.

prévues par le code général des collectivités territoriales. Les articles R.411-19 à R.411-23 du code de la route octroient par ailleurs à l'autorité administrative un pouvoir général de régulation de la circulation routière, lui permettant notamment de prononcer l'interdiction de la circulation dans l'urgence en cas « *de sinistres ou périls imminents* ».

C'est en vertu de ce même pouvoir de police administrative que le préfet peut, en droit commun, interdire des manifestations et des réunions publiques ou pouvant avoir des incidences sur l'espace public. Outre ses attributions générales, il peut agir en vertu de différentes polices spéciales, telle la police du culte pour les réunions religieuses, la police des réunions au sein d'une enceinte universitaire ou la police des réunions électorales. Les possibilités d'interdiction de l'administration sont très étendues, puisqu'il lui suffit de justifier d'un risque de trouble à l'ordre public – quand bien même la réunion ou la manifestation a un but pacifique – et qu'elle peut prendre des mesures générales dès lors qu'elle n'est pas en mesure d'affecter les forces de police nécessaire à la sécurisation des manifestants.

S'agissant du pouvoir de dissolution d'associations ou de groupement conféré au premier ministre, il est d'ores et déjà permis par l'article L.212-1 du Code de la Sécurité Intérieure, qui vise notamment les associations ayant « *pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou d'attenter par la force à la forme républicaine du Gouvernement* », « *présentent, par leur forme et leur organisation militaires, le caractère de groupes de combat ou de milices privées* » ou encore provoquent à la haine raciale – formules permettant de saisir les groupuscules terroristes dans toute la diversité de leurs modes d'action.

Enfin, la remise d'arme peut, en vertu de l'article 9 de la loi du 23 avril 1955, être ordonnée par le préfet pour de simples « motifs d'ordre public », soit un critère encore plus souple que celui président à la déclaration d'état d'urgence...

En définitive, contrairement aux assertions qui ont présidé à sa mise en œuvre, l'état d'urgence n'est nullement nécessaire à la mise en œuvre de mesures de contrainte que ne permettrait pas le droit commun. Sa seule spécificité résulte dans le relâchement général de l'encadrement du pouvoir répressif, tant en ce qui concerne le critère permettant d'ordonner ces mesures que l'effectivité du contrôle de leur exécution.

2. LA SPÉCIFICITÉ DE L'ÉTAT D'URGENCE NE RÉSIDE PAS DANS UNE MEILLEURE PRISE EN COMPTE DU PHÉNOMÈNE TERRORISTE, MAIS DANS UNE POUSSÉE GÉNÉRALISÉE DE L'ARBITRAIRE

Faute de renforcer véritablement les prérogatives des pouvoirs publics, on pourrait penser que le régime spécifique des mesures prises au titre de l'état d'urgence serait de nature à améliorer l'efficacité de la réponse aux infractions terroristes.

Or il n'en est rien. Les conditions permettant de décréter l'état d'urgence ne visent nullement la criminalité terroriste de façon spécifique, puisque cet état d'exception peut être mis en œuvre dès lors qu'est relevé « un péril imminent résultant d'atteintes graves

à l'ordre public » ou des « événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique »⁵⁴. De fait, c'est avant tout dans un contexte de guerre coloniale (en 1955 en Algérie) ou quasi-coloniale (en 1985 en Nouvelle Calédonie) ou en présence d'un mouvement perçu, à tort ou à raison, comme insurrectionnel (en 2005, lors de la révolte des quartiers populaires) que l'état d'urgence avait jusqu'à présent été proclamé.

Surtout, les mesures de contrainte qu'il autorise sont d'une portée générale, ayant vocation à s'appliquer à un nombre potentiellement infini de situations puisqu'il suffit, pour décider d'une perquisition ou d'une assignation à résidence d'exciper d'un « comportement » perçu comme « *une menace pour la sécurité et l'ordre publics* », pour interdire une réunion, de soutenir qu'elle est « *de nature à provoquer ou à entretenir le désordre* » ou, pour dissoudre une association, de démontrer qu'elle participe, facilite ou incite « *à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public* ».

Cet absence de rapport direct avec la prévention ou la répression d'infractions terroristes des mesures de l'état d'urgence se donne d'autant plus à voir si on les compare avec les dispositions qui ont précisément cet objet. Ainsi, les modes spécifiques de contrainte et d'investigations qui peuvent être mis en œuvre dans le cadre de la procédure pénale applicable à la constatation et l'instruction de crimes et délits terroristes (interceptions de communication, surveillance audiovisuelle, surveillance informatique, infiltration, délais de garde à vue et de détention provisoire étendus), s'ils ne sont pas exempts de critiques en ce qui concerne les garanties de proportionnalité qu'ils offrent, n'en traduisent pas moins la volonté de prendre en compte la spécificité d'une criminalité se traduisant par un degré d'organisation particulier.

De la même façon, les mesures de surveillance prises par les services de renseignement au titre de la prévention du terrorisme en application de l'article L.811-2 du code de la sécurité intérieure⁵⁵, pour extrêmement critiquables qu'elles soient en ce qui concerne leur régime (et en particulier l'absence de tout contrôle préalable et effectif par une autorité extérieure), poursuivent le même objectif d'une prise en compte de l'organisation criminelle qui préside à la commission des attentats terroristes.

Les propres chiffres du gouvernement illustrent l'inadéquation manifeste du cadre juridique de l'état d'urgence à la lutte contre le phénomène terroriste. Ainsi, à la suite des quelques 3200 perquisitions menées depuis sa proclamation, seules quatre enquêtes ont été ouvertes pour des faits de terrorisme et seule **une** personne a été mise en examen à ce jour... Les 224 autres mises en cause judiciaires de personnes perquisitionnées ne concernent que des infractions de détention d'armes ou de stupéfiants.

La spécificité de l'état d'urgence n'est pas non plus à rechercher dans l'amélioration de la réactivité des pouvoirs publics. Les perquisitions menées dans le cadre d'une procédure pénale peuvent parfaitement intervenir sans délais, le plus souvent à la suite de

⁵⁴ Article 1^{er} de la loi du 3 avril 1955.

⁵⁵ Depuis la loi du 25 juillet 2015, les services de renseignement peuvent légalement procéder à la surveillance audiovisuelle et informatique des personnes « identifiées comme une menace » ou encore procéder à la surveillance mobile des flux téléphoniques (technique dite de « l'IMSI catcher »). En 1991 ont été légalisées les interceptions de communications et en 2013 l'accès aux données de connexion et la géolocalisation de téléphones portables.

l'interpellation de la personne suspectée, même lorsqu'elles sont ordonnées de nuit. Il faut avoir une connaissance bien pauvre du système judiciaire pour considérer qu'il soit plus fastidieux de recueillir l'ordonnance d'un juge d'instruction – pourtant habitué des permanences et du contentieux de l'urgence – que l'arrêté d'un préfet. A certains égards, la voie pénale garantit même une plus grande réactivité puisqu'en matière d'infraction flagrante, la perquisition constitue un pouvoir propre de l'officier de police judiciaire, qui n'a pas à solliciter l'autorisation préalable d'une autorité judiciaire ou administrative.

Quant aux autres mesures permises par l'état d'urgence (assignation, interdiction de réunion, dissolution d'association, interdictions de séjour et de paraître), outre qu'elles n'ont pas vocation à répondre à une situation d'urgence immédiate, leur procédure d'adoption n'est pas moins formaliste qu'en droit commun, puisqu'elle nécessite dans tous les cas la prise d'un arrêté préfectoral ou ministériel.

C'est pourquoi le seul effet, pour ne pas dire le seul objet, de l'état d'urgence, est d'accroître significativement l'arbitraire du pouvoir répressif, **en autorisant des mesures coercitives dans des circonstances et des conditions que ne permet pas le droit commun**. En permettant aux services de police de perquisitionner tout lieu à toute heure du jour et de la nuit, sans l'assentiment de l'occupant et sans avoir à justifier du moindre élément laissant présumer la commission d'une infraction ou la violation d'une réglementation. En permettant de restreindre sévèrement une personne dans sa liberté sans autre motif que la menace supposée pour l'ordre public que constitue son comportement. En permettant de dissoudre une association sans avoir à se référer à l'un des motifs – pourtant particulièrement extensifs – prévus par le code de la sécurité intérieure ou d'interdire une réunion sans autre raison que le supposé « désordre » qu'elle risque de créer. Et le tout à la faveur d'un contrôle du juge administratif épisodique et restreint, sinon dans son objet (depuis les arrêts du Conseil d'Etat datés du 11 décembre 2015 qui reconnaissent un contrôle plein et entier) du moins dans sa réalité, la jurisprudence actant une conception large du recours aux mesures et admettant comme recevables ces preuves préconstituées et invérifiables que sont les « notes blanches » produites par les services de renseignement.

En réalité, dépourvu de toute justification objective, l'état d'urgence traduit dans une certaine mesure la promotion d'un modèle répressif qui s'affranchit des garanties du procès équitable et, plus largement, du projet pénal républicain tel qu'il fut formalisé en 1791. Il s'agit, en d'autres termes, de s'affranchir de l'exigence de légalité – et de son corollaire que constitue la présomption d'innocence – en se dispensant de la démonstration d'une violation de la loi pour prendre à l'égard d'un individu des mesures coercitives, de l'exigence de proportionnalité de ces mesures et d'un contrôle juridictionnel effectif de l'action des autorités répressives.

3. CETTE PROPENSION À L'ARBITRAIRE ACCROÎT LE RISQUE TERRORISTE

Bien sûr, il y a derrière cette poussée de l'arbitraire inhérente à l'état d'urgence la prétention que ce régime serait de nature à renforcer l'efficacité de la réponse aux actes terroristes. Autrement dit, l'atteinte majeure à l'Etat de droit que porte ce régime d'exception serait le prix à payer pour conjurer le péril auquel nous faisons face.

Vieille rengaine autoritariste, cette opinion est pourtant complètement fausse. Loin de le réduire, la répression administrative arbitraire et démesurée menée au nom de l'état d'urgence contribue au contraire à aggraver sensiblement le risque d'attentat terroriste. D'abord, en dispersant inutilement les forces de police. Alors que les perquisitions d'exception aboutissent dans moins de dix pour cent des cas à la poursuite d'une personne, qui plus est du chef d'infractions mineures, il est évident que les milliers de fonctionnaires mobilisés pour l'occasion seraient bien mieux employés à la détection et la prévention de projets criminels avérés.

Ensuite, en révélant imprudemment les renseignements détenus par les services antiterroristes. S'il y avait, parmi les personnes inquiétées ou leurs proches, des personnes envisageant réellement un attentat, elles sauront désormais se faire plus discrètes...

Enfin, la stigmatisation arbitraire de centaines de personnes perquisitionnées ou assignées à résidence – et dont l'existence personnelle, familiale et professionnelle se trouve ainsi bouleversée – au seul motif de leur appartenance réelle ou supposée à une mouvance islamiste ou de leur origine ne peut qu'alimenter un profond sentiment d'injustice et de stigmatisation. Un sentiment qui s'enracine non seulement chez ses personnes, mais aussi dans leur entourage et, plus largement, chez tous ceux qui s'estiment, à tort ou à raison, membres de la communauté ainsi stigmatisée. Comment ne pas voir qu'une telle répression arbitraire et incontrôlée constitue un puissant facteur de « radicalisation » de cette jeunesse en déshérence qui constitue le « cœur de cible » des organisations criminelles ?

La conclusion est donc sans appel : loin de contribuer à la lutte contre la criminalité terroriste, l'état d'urgence tend au contraire à en amoindrir sensiblement l'efficacité.

II. ANALYSE DÉTAILLÉE DES MESURES PERMISES PAR L'ÉTAT D'URGENCE

1. LES PERQUISITIONS

La perquisition peut être définie comme la visite par les services de police d'un lieu pouvant être qualifié de domicile personnel ou professionnel afin d'y rechercher des éléments de preuve.

Mesure attentatoire au droit à la vie privée, elle ne peut intervenir en droit commun que si elle est nécessaire à la constatation d'une infraction pénale, douanière, d'une fraude fiscale ou encore d'un manquement à la réglementation.

Par ailleurs, l'assentiment du maître des lieux à l'intrusion dans son domicile est en principe requis. Il ne peut y être passé outre que dans deux hypothèses :

- lorsque la perquisition est motivée par une infraction flagrante⁵⁶; sur autorisation préalable d'un juge : tel est le cas lorsque la perquisition intervient lors d'une enquête préliminaire⁵⁷, sur commission rogatoire délivrée par un juge d'instruction⁵⁸, ou encore en matière fiscale⁵⁹.

La perquisition est réalisée par un officier de police judiciaire ou un fonctionnaire habilité par la loi à effectuer une visite domiciliaire (inspecteur du travail, inspecteur des impôts, services de l'urbanisme...).

Certains lieux bénéficient d'une protection particulière. Ainsi, la perquisition au domicile personnel ou professionnel d'un avocat, d'un médecin, d'un officier ministériel ou d'un journaliste ne peut être menée que sur décision préalable d'un magistrat, qui supervise lui-même la mesure⁶⁰.

La perquisition ne peut en principe intervenir qu'entre 6h et 21h. Toutefois, pour les nécessités de la constatation ou l'élucidation d'un crime ou d'un délit commis en bande organisée prévu à l'article 706-73 du code de procédure pénale – qui vise notamment les faits de terrorisme –, la perquisition peut intervenir en dehors de ces heures (c'est-à-dire la nuit), sur autorisation du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention en phase d'enquête. Si la mesure vise un lieu d'habitation, la perquisition ne peut être ordonnée que dans le cadre d'une information judiciaire ou d'une enquête relative à une infraction flagrante⁶¹.

⁵⁶ C'est-à-dire, aux termes de l'article 53 du code de procédure pénale, l'infraction « *qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit* ».

⁵⁷ Depuis la loi du 9 mars 2004, le Juge des libertés et de la détention peut, en vertu de l'article 76 du code de procédure pénale, autoriser la perquisition malgré le refus de l'occupant pour les nécessités de la constatation ou l'élucidation d'une infraction passible d'au moins cinq ans d'emprisonnement

⁵⁸ Article 97 du code de procédure pénale.

⁵⁹ Article L16B du livre des procédures fiscales.

⁶⁰ Articles 56-1 à 56-3 du code de procédure pénale.

⁶¹ Articles 706-89 à 706-92 du code de procédure pénale.

Par ailleurs, la perquisition de nuit peut être réalisée sans autorisation préalable d'un juge dans deux hypothèses particulières : « à l'intérieur des locaux où l'on use en société de stupéfiants ou dans lesquels sont fabriqués, transformés ou entreposés illicitement des stupéfiants lorsqu'il ne s'agit pas de locaux d'habitation »⁶² et dans tout lieu « ouvert au public ou utilisé par le public lorsqu'il est constaté que des personnes se livrant à la prostitution y sont reçues habituellement »⁶³.

Le régime des perquisitions judiciaires autorise ainsi déjà les services de police à procéder à des interventions à domicile, notamment dans le cadre de la recherche des infractions à visée terroriste. Loin d'être dépourvus de moyens juridiques, les services de police judiciaire sont ainsi dotés de pouvoirs significatifs d'intrusion dans les domiciles. L'intervention policière de nuit à Saint Denis dans les jours qui ont suivi les attentats de novembre est un exemple parlant des pouvoirs conférés aux officiers de police judiciaire par la procédure pénale anti-terroriste.

Nullement nécessaires à la recherche des auteurs d'une infraction terroriste commise ou en préparation, les perquisitions permises au titre de l'état d'urgence ne se distinguent du droit commun qu'en ce qui concerne l'autorité de contrôle, les critères permettant leur mise en œuvre et l'absence de toute garantie de protection du domicile.

En vertu de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, la perquisition est ordonnée sur décision écrite du préfet en tout lieu au seul motif qu'il existe des « *raisons sérieuses de penser* » qu'il est « *fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* ». Seul le domicile professionnel d'un avocat, un magistrat, un journaliste ou un parlementaire ne peut être perquisitionné.

La perquisition peut être effectuée sans l'assentiment de l'occupant ni l'autorisation d'un juge, à toute heure du jour ou de la nuit.

Elle est conduite sous l'autorité exclusive du préfet, qui doit toutefois en informer sans délais le Procureur de la République et s'assurer de la présence d'un officier de police judiciaire, chargé notamment de procéder aux premiers actes d'enquête en cas de constatation d'une infraction. La présence judiciaire se borne ainsi à permettre que des suites soient données sur le plan judiciaire, sans que l'information donnée au Parquet constitue une garantie quelconque, s'agissant d'une mesure sur laquelle il n'a aucune prise.

En d'autres termes, **l'état d'urgence ne confère en la matière pas de pouvoirs supplémentaires à la police dans la lutte contre le terrorisme mais confie aux préfets la possibilité d'user de ces techniques dans un cadre dangereusement élargi qui conduit à relâcher considérablement l'encadrement juridique de leur exercice.**

⁶² Article 706-28 du code de procédure pénale.

⁶³ Article 706-35 du code de procédure pénale.

2. L'ACCÈS À DES DONNÉES INFORMATIQUES

En droit commun, l'accès aux données stockées dans un système informatique est prévu par les articles 57-1 (enquête de flagrance), 76-3 (enquête préliminaire) et 97-1 (commission rogatoire) du code de procédure pénale dans le cadre d'une perquisition.

La « perquisition informatique » est extrêmement large en droit commun, avant même la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 « renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme ».

La loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure a en effet institué la possibilité au cours d'une perquisition d'accéder « *par un système informatique implanté sur les lieux où se déroule la perquisition à des données intéressant l'enquête en cours et stockées dans ledit système ou dans un autre système informatique, dès lors que ces données sont accessibles à partir du système initial ou disponibles pour le système initial.* »

Les pouvoirs accordés aux services d'enquête apparaissent, dès l'origine, particulièrement étendus voire disproportionnés. En effet, une décision de perquisition ne permet pas de perquisitionner un autre domicile ou un autre lieu que celui qui est désigné, même si les clefs de cet autre lieu sont présents sur dans le lieu perquisitionné. Or le régime de perquisition des systèmes informatique permet d'accéder à tout système accessible depuis le système informatique présent sur les lieux. Ainsi, si le système informatique du domicile permet d'accéder à tout ou partie du système informatique professionnel de la personne, alors tout ou partie de ce système peut être perquisitionné.

Il est prévu que les données accessibles, mais stockées en dehors du territoire national sont recueillies « sous réserve des conditions d'accès prévues par les engagements internationaux en vigueur ».

Les données peuvent être copiées sur tout support, ou les supports de stockage peuvent être saisis et placés sous scellés.

Cependant, l'article 56 du code de procédure pénale indique que l'officier de police judiciaire doit prendre connaissance des papiers, documents ou données informatiques avant de procéder à leur saisie et a l'obligation de « provoquer toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense ». Il est aussi possible de réaliser une copie des données informatiques (ou une saisie des systèmes) « nécessaires à la manifestation de la vérité ». **Cette disposition est suffisamment large pour procéder à la copie complète des données des systèmes informatiques présents sur les lieux.**

La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforce ces dispositions, en précisant que les OPJ peuvent, dans les conditions de perquisition prévues au même code, accéder par un système informatique implanté dans les locaux d'un service/d'une unité de police ou de gendarmerie, à des données intéressant l'enquête en cours, si ces données sont accessibles depuis le système initial. La présence de la personne concernée ou son représentant ou deux témoins doit être respectée. Or dans les locaux de police, d'une

part les personnes concernées seront beaucoup plus vulnérables et d'autre part les services de police peuvent avoir plus de moyens à leur disposition pour casser les codes et procéder à une cryptanalyse des systèmes informatiques.

En ce qui concerne les données informatiques, la copie de données va plus loin que la perquisition, y compris lorsque le matériel n'est pas saisi, puisque le contenu est saisi. Cette disposition ne doit pas être confondue avec la captation de données informatiques prévue à l'article 706-102-1 du code de procédure pénale.

La loi du 13 novembre 2014 ajoute notamment la possibilité pour les officiers de police judiciaire de réquisitionner, sans mandat judiciaire, « *toute personne susceptible 1) d'avoir connaissance des mesures appliquées pour protéger les données (...) et 2) de leur remettre les informations permettant d'accéder aux données (...)* ». Il s'agit d'obtenir des hébergeurs les clés de chiffrement qu'ils pourraient détenir (Article 434-15-2 Code Pénal) mais aussi de « *toute personne* » susceptible de pouvoir aider (à fouiller un ordinateur perquisitionné, y compris récupérer des documents supprimés, par exemple). Il peut s'agir de réquisitionner n'importe quel informaticien susceptible d'avoir connaissance des mesures appliquées pour protéger les données. La définition est extrêmement large. Il pourrait s'agir d'une connaissance pour l'intrusion dans un système automatisé de données, en « cassant » le système de chiffrement ou en contournant le mot de passe.

Le refus de répondre à la réquisition est puni d'une amende de 3 750 €, à l'exception des professions protégées mentionnées aux articles 56-1 à 56-3 du code de procédure pénale (avocats, journalistes, médecins, notaires, huissiers). Aucune possibilité de recours n'est prévue.

La loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence reprend une partie de ces dispositions en supprimant les garanties apportées par le droit commun puisqu'il n'y a notamment aucune exigence de motivation ou de proportionnalité ni aucun contrôle effectif d'une autorité extérieure.

Aucune information n'est donnée sur la conservation des données, notamment dans le cadre de l'état d'urgence, lorsque les perquisitions, plus nombreuses, sur des critères très peu discriminants (le comportement constitue une menace), avec une copie systématique de l'ensemble des systèmes informatiques, et où aucune poursuite n'est ouverte à la suite des perquisitions.

3. BLOCAGE ADMINISTRATIF DES SITES

La loi du 14 mars 2011, dite « *d'orientation et de programmation pour la performance (sic.) de la sécurité intérieure* », a introduit la possibilité pour l'autorité administrative de bloquer les sites qui diffusent des images ou des représentations de mineurs relevant de l'article 227-23 du code pénal.

La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 a renforcé cette disposition en intégrant la lutte contre « la provocation à des actes terroristes ou l'apologie de tels actes relevant de l'article 421-2-5 du code pénal ».

Une notification aux hébergeurs doit d'abord être faite et en l'absence de retrait des contenus dans un délai de 24h, les fournisseurs d'accès à internet sont tenus de bloquer l'accès aux sites. La liste des demandes de retrait doit être transmise à une personnalité qualifiée au sein de la CNIL. En cas d'irrégularité de la demande, la personne peut demander à l'autorité administrative d'y mettre fin. En cas de désaccord, la personne compétente au sein de la CNIL peut saisir la juridiction administrative (référé ou sur requête).

Cette procédure de blocage administratif est déjà venue marginaliser la procédure judiciaire de retrait de contenu, ordonné, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure contradictoire de référé devant le président du tribunal de grande instance.

La loi sur l'état d'urgence permet de procéder au blocage de site sans la notification aux hébergeurs et le délai de 24h. Le rôle de la personne qualifiée au sein de la CNIL demeure le même.

4. LES INTERDICTIONS DE SEJOUR ET DE CIRCULATION

L'article 5 de la loi du 3 avril 1955 confère *trois pouvoirs* au préfet de l'un des départements compris dans une circonscription soumise à l'état d'urgence :

1° - **Interdire la circulation** des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixées par arrêté préfectoral (couvre-feu)

2° - Instituer par arrêté, des **zones de protection ou de sécurité** où le séjour des personnes est réglementé

3° - **Interdire le séjour** dans tout ou partie du département, aux personnes cherchant à entraver, « de quelques manières que ce soit, l'action des pouvoirs publics »

En droit commun, le pouvoir général de police administrative dont disposent le maire et le préfet leur permet de réglementer et le cas échéant, d'interdire la circulation et le séjour des personnes à condition que la mesure soit justifiée, proportionnée et limitée dans le temps et l'espace⁶⁴.

Au-delà de son pouvoir général de police administrative, le préfet peut, en dehors de l'état d'urgence, interdire la circulation des mineurs de 13 ans non accompagnés. Ce « couvre-feu » a été formellement consacré par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011. Cette disposition figure aujourd'hui à l'article L. 132-8 du Code de la sécurité intérieure⁶⁵ (mesure administrative préventive) et à l'article 15-1, 11° de l'Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, pouvant être prononcée comme sanction éducative (sic.).

⁶⁴ Article L2212-2 du Code général des collectivités territoriales.

⁶⁵ « Le représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, le préfet de police peut décider, dans leur intérêt, une mesure tendant à restreindre la liberté d'aller et de venir des mineurs de treize ans lorsque le fait, pour ceux-ci, de circuler ou de stationner sur la voie publique entre vingt-trois heures et six heures sans être accompagnés de l'un de leurs parents ou du titulaire de l'autorité parentale les expose à un risque manifeste pour leur santé, leur sécurité, leur éducation ou leur moralité. La décision 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. »

L'interdiction administrative ne peut être arrêtée par le préfet que dans l'intérêt du mineur, si le fait de circuler ou de stationner l'expose à « un risque manifeste » pour sa santé, sa sécurité, son éducation ou sa moralité. Elle ne peut être prévue qu'entre 23h et 6h. L'arrêté doit définir la durée, qui doit être limitée, les circonstances de « faits et de lieu » qui motivent cette décision et le territoire sur lequel s'applique cette décision.

Par ailleurs, en vertu des pouvoirs de police de l'administration, il est possible d'interdire ou de restreindre la circulation des véhicules, d'une ou plusieurs catégories de véhicules durant certaines périodes, certains jours ou certaines heures sur tout ou partie du réseau routier.

Ces dispositions sont prévues par les arrêtés interministériels du 10 janvier 1974 relatif à l'interdiction de circulation des véhicules de transport de matières dangereuses et du 22 décembre 1994 relatif à l'interdiction de circulation des véhicules de transport de marchandises.

Des restrictions ou interdictions de circulations peuvent être apportées dans le cadre des articles R. 411-19 à R. 411-23 du code de la route par le Ministre, le préfet, le président de conseil départemental et le maire.

Ces restrictions doivent être justifiées par un événement lié à la circulation ou à l'intérêt général, ainsi, l'arrêté interministériel du 22 décembre 1994 permet l'interdiction de circulation des poids lourds de plus de 7,5 tonnes, les samedis et veilles de jours fériés à partir de 22 h, les dimanches et jours fériés ; l'arrêté du 10 janvier 1974 prohibe la circulation des véhicules de transport de matières dangereuses les dimanches et jours fériés de 0 h à 24 h ainsi que les samedis et les veilles de jours fériés à partir de 12 h.

Plus généralement, la mesure est justifiée en raison :

- des spécificités d'une **catégorie de véhicule** visée,
- d'un motif lié à la circulation et aux effets de celle-ci ou aux risques qu'elle peut causer aux utilisateurs :

Lorsqu'elle est justifiée par un événement ou situation factuelle, la durée est fixée par arrêté, elle est limitée dans le temps et dans l'espace. Le non-respect de ces mesures peut conduire à une contravention allant de la contravention de 2e classe (non-respect de l'interdiction de circulation en raison de la pollution) à une contravention de 5e classe.

Il existe par ailleurs des interdictions de paraître pouvant être prononcées dans un cadre pénal. Ainsi, la personne mise en examen – c'est-à-dire à l'égard de laquelle existent des indices graves ou concordants faisant présumer sa participation à la commission de l'infraction – peut, si elle est placée sous contrôle judiciaire, se voir interdite de se rendre en un lieu déterminé⁶⁶. Il en est de même pour la personne condamnée à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve⁶⁷. Par ailleurs, la peine complémentaire d'interdiction de séjour dans un ressort géographique donnée peut être prononcée en répression de certains crimes ou délits,

⁶⁶ Article 138 du code de procédure pénale.

⁶⁷ Article 132-45 du code pénal.

pour une durée respective de 10 ans et 5 ans, portée à 15 et 10 ans en matière terroriste. La violation d'une interdiction de séjour constitue une infraction punie de deux ans d'emprisonnement. Les personnes de nationalité étrangère peuvent en outre, pour certains crimes ou délits (et notamment en matière de terrorisme), être condamnées à une peine d'interdiction temporaire ou définitive du territoire français.

Dans le cadre de l'état d'urgence, un décret ministériel délimite les zones géographiques dans lesquelles l'état d'urgence est instauré. Dans ces zones, le préfet a la faculté de prendre, sans autre motif, un arrêté interdisant la circulation des personnes et des véhicules. Il peut également y instituer, sans plus de motivation, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé – en pratique, il s'agit du fondement utilisé pour ordonner des couvre-feux de portée générale.

Par ailleurs, la mise en place du régime de l'état d'urgence permet au préfet « *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* ».

La mesure est une décision administrative individuelle, les personnes faisant l'objet d'une mesure restrictive de liberté peuvent donc faire un recours en excès de pouvoir devant le juge administratif (CE, 1950, Dame Lamotte). Lorsque les libertés risquent d'être atteintes, le juge administratif exerce un contrôle de proportionnalité des mesures prises (CE, 1933, Benjamin, jurisprudence confirmée par le CE, 9 décembre 2015, dans le cadre du référé-liberté en contestation des décisions d'assignations à résidence de militants écologistes).

La spécificité de l'état d'urgence réside donc essentiellement dans la suppression des conditions strictes, tenant à une situation objectivée, qu'exige le droit commun pour limiter la liberté d'aller et venir d'une personne.

5. L'ASSIGNATION À RÉSIDENCE

En droit commun, l'obligation faite à une personne de demeurer à résidence peut être prononcée dans le cadre d'une procédure pénale ou à l'encontre d'un étranger sans titre de séjour.

Mesure pénale

En matière pénale, l'obligation de demeurer à résidence peut être prononcée dans le cadre d'un contrôle judiciaire à l'égard d'une personne mise en examen du chef d'un crime ou d'un délit. Depuis 2009, il est également possible de l'assigner à résidence avec surveillance électronique (ARSE) si le contrôle judiciaire se révèle insuffisant.

La surveillance électronique peut être fixe, dès lors que la personne encourt une peine supérieure ou égale à deux ans d'emprisonnement, ou mobile, dès lors que la personne est mise en examen du chef d'une infraction punie de plus de sept ans d'emprisonnement et pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru.

La mesure peut être prononcée par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention (JLD). Dans tous les cas l'ARSE suppose le consentement de l'intéressé (en présence de son avocat ou celui-ci dûment convoqué), étant précisé que le défaut d'accord peut motiver le prononcé d'une mesure de placement en détention provisoire. Lorsque le lieu d'assignation devant être désigné n'est pas le domicile de la personne mise en examen, l'accord écrit émanant soit du propriétaire, soit du ou des titulaires du contrat de location des lieux où pourra être installé le récepteur, est recueilli par le service pénitentiaire d'insertion et de probation.

Lorsqu'il envisage de prononcer une telle mesure, le JI ou le JLD informe la personne mise en examen qu'elle peut demander à tout moment qu'un médecin vérifie que la mesure ne présente pas d'inconvénient pour sa santé.

Le juge fixe les conditions dans lesquels le mis en examen peut s'absenter de son domicile ou de la résidence dans laquelle il est assigné. Avec l'accord préalable du juge d'instruction, les horaires de présence au domicile ou dans les lieux d'assignation peuvent, lorsqu'il s'agit de modifications favorables à la personne mise en examen ne touchant pas à l'équilibre de la mesure de contrôle, être modifiés par le chef d'établissement pénitentiaire ou le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation qui en informe le juge d'instruction.

Elle est prononcée pour une durée de six mois. La période d'assignation peut être renouvelée, dans la limite d'une durée totale de deux ans.

Le juge d'instruction peut, à tout moment de l'information :

- Imposer à la personne placée sous assignation à résidence avec surveillance électronique une ou plusieurs obligations nouvelles ;
- Supprimer tout ou partie des obligations qui ont été imposées ;
- Modifier une ou plusieurs de ces obligations ;
- Accorder une dispense occasionnelle ou temporaire d'en observer.

La mainlevée de l'assignation à résidence avec surveillance électronique peut être ordonnée à tout moment par le juge d'instruction, soit d'office, soit sur les réquisitions du procureur de la République, soit sur la demande de la personne après avis du procureur de la République. Le juge d'instruction statue sur la demande de la personne dans un délai de cinq jours, par ordonnance motivée susceptible d'appel. Faute pour le juge de l'instruction d'avoir statué dans ce délai, la personne peut saisir directement de sa demande la chambre de l'instruction qui, sur les réquisitions écrites et motivées du procureur général, se prononce dans les vingt jours de sa saisine. A défaut, la mainlevée de l'assignation à résidence avec surveillance électronique est acquise de plein droit, sauf si des vérifications concernant la demande de la personne ont été ordonnées.

La personne ne respectant pas les obligations qui lui sont assignées dans le cadre d'un contrôle judiciaire ou d'une assignation à résidence peut être placée en détention provisoire par le juge des libertés et de la détention.

Mesure administrative

En application des articles L561-2 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), l'autorité administrative peut prendre une décision d'assignation à résidence à l'égard de l'étranger pour lequel l'exécution de l'obligation de quitter le territoire demeure une perspective raisonnable et qui présente des garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque qu'il se soustraie à cette obligation. En principe, l'assignation à résidence ne peut excéder une durée de quarante-cinq jours, renouvelable une fois. Ce n'est que si l'étranger ne dispose pas de garanties de représentation, que le préfet peut alors décider de sa rétention administrative (cf. article L.551-1 du CESEDA).

Une circulaire du 6 juillet 2012 demande aux préfets de veiller, « dans le cas de familles parentes d'enfants mineurs, à appliquer la procédure d'assignation à résidence plutôt que le placement en rétention ».

Si le préfet décide tout de même de placer en rétention un étranger, l'assignation à résidence peut être prononcée par le Juge des libertés et de la détention saisi du placement en rétention d'une personne étrangère dans le cadre de l'exécution d'une mesure d'éloignement[22] (cf. article L.552-4 du CESEDA). Il s'agit ici d'une alternative à la rétention administrative, qui suppose que l'intéressé dispose de garanties de représentation effectives et ait remis un justificatif d'identité aux services de police ou de gendarmerie (conditions cumulatives).

La décision du Juge des libertés et de la détention assigne l'étranger à résider, généralement, à l'adresse qu'il a déclarée comme étant la sienne, jusqu'à la date prévue pour son départ et au plus tard pendant les vingt jours suivant le prononcé de sa décision ; rien n'interdit toutefois qu'il soit hébergé par une tierce personne. Rien ne s'oppose non plus à l'assignation à résidence dans un hôtel, dès lors que les conditions légales (remise du passeport notamment) sont remplies.

Un troisième cas d'assignation à résidence est prévu par l'article L.561-1 du CESEDA lorsque l'étranger en instance d'éloignement justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français ou ne peut « ni regagner son pays d'origine, ni se rendre dans aucun autre pays ».

La décision d'assignation à résidence est motivée. Elle peut être prise pour une durée maximale de six mois, et renouvelée une fois ou plus dans la même limite de durée, par une décision également motivée.

Il faut ensuite distinguer deux situations. Lorsque l'assignation est demandée par l'étranger, il doit :

- justifier être dans l'impossibilité de quitter le territoire ; On peut par exemple penser à l'étranger dont l'état de santé ne lui permet pas de partir, ou encore à celui dont la situation personnelle et familiale, au sens, notamment, de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, rendrait également impossible ce départ.
- ou, alternativement ne pouvoir :

- ni regagner son pays d'origine ; L'impossibilité de regagner son pays d'origine est présumée et n'a plus besoin d'être prouvée pour ce qui concerne les bénéficiaires du statut de réfugié ; fuyant la persécution à laquelle ils s'exposeraient dans leur pays. A l'inverse, le fait de ne pas avoir demandé le statut de réfugié ne permet pas d'exclure l'impossibilité de regagner son pays d'origine.
- ni se rendre dans aucun autre pays. Cette preuve est extrêmement difficile à rapporter en toute rigueur et les situations sont en pratique laissées à l'appréciation de l'administration, sous le contrôle du juge administratif.

Lorsque l'assignation à résidence est à l'initiative de l'administration.

L'administration recourt parfois d'office à cette solution, sans avoir été formellement saisie d'une demande en ce sens, lorsqu'elle est confrontée à une difficulté d'exécution de la mesure d'éloignement. L'initiative de l'administration reste cependant soumise aux conditions, notamment de fond, posées par la loi.

Depuis la loi du 29 juillet 2015, un demandeur d'asile peut désormais être assigné à résidence aux fins de mise en œuvre de la procédure de détermination de l'État responsable de la demande d'asile.

L'assignation administrative peut encore être prononcée, en application **de** l'article L523-3 alinéa 2 du CESEDA, à l'égard des **étrangers faisant l'objet d'une proposition d'expulsion**, en cas d'urgence absolue et de nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique. Elle ne peut se prolonger au-delà d'un mois.

L'article L. 523-4 du CESEDA vise enfin l'hypothèse spécifique de *« l'étranger qui a fait l'objet (sic.) d'un arrêté d'expulsion non exécuté lorsque son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve de l'absence d'un traitement approprié dans le pays de renvoi, sauf circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé »*.

Quelle que soit l'autorité (ministérielle ou préfectorale) auteur de la décision, l'assignation à résidence, son abrogation, ou le refus de la prononcer, constituent des actes administratifs individuels susceptibles de recours selon les règles du droit commun de la procédure administrative. Les recours en annulation d'arrêtés d'assignation à résidence sont cependant rares, les intéressés n'ayant pas toujours intérêt à contester une mesure qui permet d'éviter un éloignement.

L'assignation à résidence peut aussi être susceptible d'une suspension prononcée en référé.

Dans le cadre de l'état d'urgence, l'assignation à résidence peut être prononcée à l'égard 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 »*.

Le ministre de l'intérieur peut faire conduire la personne sur le lieu de l'assignation à résidence par les services de police ou les unités de gendarmerie.

La personne assignée 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.

L'assignation à résidence doit permettre à ceux qui en sont l'objet de résider dans une agglomération ou à proximité immédiate d'une agglomération. La loi précise qu'en « *aucun cas, l'assignation à résidence ne pourra avoir pour effet la création de camps où seraient détenues les personnes* ».

Le ministre de l'intérieur peut prescrire à la personne assignée à résidence :

- 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 ;
- La remise à ces services de son passeport ou de tout document justificatif de son identité. Il lui est délivré en échange un récépissé, valant justification de son identité en application de l'article 1er de la loi n° 2012-410 du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité, sur lequel sont mentionnées la date de retenue et les modalités de restitution du document retenu.

La personne astreinte à résidence peut en outre se voir interdire par le ministre de l'intérieur de se trouver en relation, directement ou indirectement, avec certaines personnes, nommément désignées, dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics. Cette interdiction est levée dès qu'elle n'est plus nécessaire.

Lorsque la personne assignée à résidence a été condamnée à une peine privative de liberté pour un crime qualifié d'acte de terrorisme ou pour un délit recevant la même qualification puni de dix ans d'emprisonnement et a fini l'exécution de sa peine depuis moins de huit ans, le ministre de l'intérieur peut également ordonner qu'elle soit placée **sous surveillance électronique mobile**. Ce placement est prononcé après accord de la personne concernée, recueilli par écrit. La personne concernée est astreinte, pendant toute la durée du placement, au port d'un dispositif technique permettant à tout moment de déterminer à distance sa localisation sur l'ensemble du territoire national. Elle ne peut être astreinte ni à l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police et de gendarmerie, ni à l'obligation de demeurer dans le lieu d'habitation mentionné au deuxième alinéa. Le ministre de l'intérieur peut à tout moment mettre fin au placement sous surveillance électronique mobile, notamment en cas de manquement de la personne placée aux prescriptions liées à son assignation à résidence ou à son placement ou en cas de dysfonctionnement technique du dispositif de localisation à distance.

Les mesures prises sur le fondement de la loi sur l'état d'urgence sont soumises au contrôle du juge administratif.

Le non-respect de l'assignation à résidence de l'article 6 de la loi relative à l'état d'urgence est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Le non-respect des obligations accessoires telles que l'astreinte durant certaines heures, le fait

de pointer au commissariat, etc. est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende.

Il s'avère donc que la spécificité de l'assignation à résidence prononcée au titre de l'état d'urgence tient en premier lieu au critère de leur mise en œuvre, autorisant son application à un nombre potentiellement infini de situations. Cette extensivité a été encore aggravée par la loi du 20 novembre 2015, qui substitue à la notion « d'activité dangereuse pour la sécurité et l'ordre public » celle, beaucoup plus lâche, de comportement constituant « une menace pour la sécurité et l'ordre publics ».

Les premières décisions rendues par les tribunaux administratifs permettent de confirmer le caractère souvent arbitraire – pour ne pas dire ésotérique – des assignations à résidence. Les premiers éléments révélés par la presse et confirmés par les ordonnances des tribunaux administratifs font ainsi apparaître une série de motifs, parfois dénués de tout lien avec les causes même de la déclaration de l'état d'urgence :

- des propos que les intéressés ont un jour tenus,
- de relations qu'ils peuvent avoir avec un tiers (un client dans un restaurant, un partenaire de paintball),
- de recherches Google sur des maladies liées au contact avec des produits chimiques,
- de la simple expression d'une possibilité de se rendre à Paris lors de la COP 21, « Considérant que M. X (...) envisage de rejoindre la région parisienne pendant le déroulement de la COP 21 ».
- des assignations à résidence décidées alors même qu'aucune perquisition n'est jugée utile,
- des assignations justifiées du simple fait d'un passé judiciaire de l'individu et le plus souvent avec des peines suffisamment courtes pour être aménagées.

C'est dans ce contexte qu'ont pu être assignés à résidence une personne aveugle qui s'était rasé la barbe autour de la période des attentats, ou encore un présumé prosélyte musulman radical d'une personne qui était en fait un catholique pratiquant,

Les premières ordonnances permettent aussi de souligner la faiblesse du contrôle opéré par le juge administratif. Une large majorité des premières décisions rendues suggère un refus évident du juge administratif de remplir son office. Dans ces contentieux de référé, les juridictions administratives ont bien souvent balayé les requêtes d'un revers de la main en statuant simplement sur le défaut d'urgence des demandes, évinçant alors toute étude d'atteintes graves et manifestement illégales engendrées par les mesures d'assignation.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 11 décembre 2015 a opéré un léger basculement, à tout le moins sur le cadre du contrôle. En affirmant que l'article 6 de la loi de 1955 est, en principe et par lui-même, de nature à créer une situation d'urgence, la Haute Juridiction invite les juridictions du premier degré à opérer un contrôle de proportionnalité des assignations à résidence. Les ordonnances rendues à la suite de cet arrêt montrent une ouverture du contrôle des juges administratifs, même si celui-ci reste très limité et largement insatisfaisant. Le contrôle proposé par le Conseil d'Etat est effectivement inadapté à l'office du juge des référés, lequel n'entre pas dans des questions de proportionnalité, mais vérifie le caractère grave et manifestement illégal des mesures.

6. L'INTERDICTION DE RÉUNION

L'encadrement de la liberté de réunion dans l'état d'urgence est visé par l'article 8 de la loi du 7 avril 1955. Il est important de noter que cette disposition n'a pas été modifiée par la loi du 20 novembre. Elle n'a subi que quelques modifications mineures par la loi du 17 mai 2011 afin de supprimer quelques références anachroniques (cf. le gouvernement général pour l'Algérie).

En conséquence de quoi, dans son avis, le Conseil d'État n'a pas porté une attention particulière sur le statut de la liberté de réunion, bien que la question de la liberté de réunion puisse parfaitement s'insérer dans la nécessité, soulignée par le Conseil d'État, de « compléter les dispositions de la loi pour mieux garantir les droits et libertés constitutionnellement protégés ».

Aussi, l'étude d'impact, qui a précédé la loi du 20 novembre 2015, n'évoque que très rarement la question des restrictions ou de la limitation de la liberté de réunion, cette dernière paraît seulement dans des passages très généraux sur le statut des droits fondamentaux et dans des analyses comparatives avec des régimes juridiques étrangers. Enfin, les débats parlementaires révèlent aussi un faible questionnement sur le statut de la liberté de réunion.

Pour savoir si les **mesures permises par l'état d'urgence existent en droit commun**, il est nécessaire à titre liminaire de cerner les pouvoirs des autorités administratives dans le cadre de l'état d'urgence et de saisir les restrictions, les limitations ou les privations pouvant être apportées à la liberté de réunion.

La limitation ou la privation de la liberté de réunion dans l'état d'urgence. Selon la formulation de l'article 8, le ministre de l'Intérieur ou les préfets peuvent ordonner la fermeture des salles de spectacles, débits de boissons, et lieux de réunions de toute nature dans les zones déterminées par décret. Ils peuvent également interdire « à titre général ou particulier, les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre ».

L'étendue des pouvoirs de police. Le cadre juridique de l'état d'urgence offre évidemment un champ d'intervention très large aux autorités de police afin de restreindre la liberté de réunion en raison, d'une part, de la largesse de la notion de réunion et, d'autre part et surtout, en raison de l'importance des restrictions.

La notion de réunion dans le régime des pouvoirs de crise. Elle fait l'objet d'une acception très large dans le régime des pouvoirs de crise. La jurisprudence relative, non à l'état d'urgence, mais à l'état de siège abonde dans ce sens. Dans l'arrêt Delmotte (**CE, 6 août 1915, Delmotte**), le Conseil d'État a donné à l'expression « réunion » contenue dans l'alinéa 4 de l'article 9 de la loi de 1849 un sens très large : « Considérant que l'article 9, § 4 de la loi du 9 août 1849 (...) vise en conséquence, non seulement les réunions concertées ou organisées en vue de la défense d'idées ou d'intérêts, c'est-à-dire les assemblées auxquelles s'appliquent les dispositions de la loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion, mais encore les rassemblements de fait, même accidentels, des citoyens, dans tous les lieux ouverts au public, tels que cafés, débits de boissons, etc., lorsque ces réunions pourraient, en engendrant des désordres, compromettre les intérêts dont l'autorité militaire a la garde pendant la durée de l'état de siège... ». Dit

autrement, l'interdiction peut toucher des réunions publiques, mais aussi certaines réunions privées (**v. aussi CE, 28 févr. 1919, Dame Dol et Laurent**).

En outre, les autorités de police ont un pouvoir de restriction de tous types de réunion, y compris celles qui sont exercées suivant un mode « pacifique ». Toutes les réunions sont visées : les réunions politiques, les réunions syndicales, les réunions religieuses.

Interdiction générale. L'article 8 est sans équivoque : elle offre la possibilité pour les autorités de police de poser des interdictions particulières, mais surtout des interdictions générales, en partant de la simple démonstration que la tenue de la réunion est « **de nature à provoquer ou à entretenir le désordre** ». La locution « de nature à » appelle plusieurs remarques. En premier lieu, elle suppose que l'interdiction de la liberté de réunion est gouvernée par un mécanisme de présomption et particulièrement par un mécanisme de « présomption-affirmation », procédé tout aussi commode pour l'administration qu'attentatoire pour la liberté de réunion puisqu'il soustrait les autorités de la démonstration d'un péril imminent et certain. En second lieu, la rédaction de la disposition offre un cadre d'habilitation très permissif pour l'administration puisqu'il n'oblige pas d'établir un 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 publics susceptible de justifier l'interdiction de la réunion.

In fine, la seule limite tient au caractère provisoire de l'état d'urgence. L'interdiction ne peut donc n'être que générale et non absolue.

La largesse des pouvoirs de police est en outre confortée par la faiblesse du contrôle juridictionnel. Contrairement à certaines positions doctrinales et à la position du Conseil d'État (*v. son avis*), le contentieux entourant l'état d'urgence en 2005 n'a pas donné lieu à un véritable contrôle de conventionnalité de l'article 8 vis-à-vis de l'article 11 de la CEDH. Fidèle à la jurisprudence *Carminati*, le juge des référés ne s'est pas prononcé sur la conventionnalité du dispositif législatif. Et dans **l'arrêt du 24 mars 2006**, le Conseil d'État opère, au fond, un contrôle de conventionnalité « de façade » uniquement entre l'article 7 – sur les assignations à résidence – et l'article 15 de la CEDH.

En conclusion, l'article 8 permet aux autorités de police d'interdire, de manière générale, l'exercice de tout type de réunion en se fondant sur une pluralité de motifs, même sur des motifs étrangers à ceux qui ont conduit l'établissement de l'état d'urgence, et suivant un mécanisme de présomption. C'est à partir de ces différents points que le régime juridique de l'état d'urgence doit être comparé avec le régime ordinaire de la police administrative.

L'administration peut-elle interdire de manière générale une réunion sur le fondement de son pouvoir de police ? La question se décompose en trois autres questions : sur quels fondements juridiques les autorités peuvent-elles intervenir ? Quels types de réunions peuvent être visés par les mesures de police ? Quelle est l'étendue des restrictions touchant l'exercice de la liberté de réunion ?

Sur quels fondements juridiques les autorités peuvent-elles intervenir ?
L'administration peut intervenir au titre de sa compétence de police générale afin de

garantir le maintien de l'ordre public. Un ensemble de motifs peut justifier la restriction de la liberté de réunion, par exemple la sécurité publique, la tranquillité publique ou la santé publique.

L'administration peut aussi intervenir au titre de différentes polices spéciales. Sans dresser une liste exhaustive, on peut citer la police du culte pour les réunions religieuses (CGCT, art. L. 2512-13) ; la police des réunions au sein d'une enceinte universitaire (C. éduc., art. L. 811-1) ou la police des réunions électorales (C. élect., art. L. 47).

Quels types de réunions peuvent être visés par les mesures de police ? De prime abord, il existe un élément de différenciation entre le cadre juridique de l'état d'urgence et le régime juridique de la police administrative. Si la législation sur l'état d'urgence habilite les autorités de police à interdire certaines réunions privées, la loi du 30 juin 1881 ne mentionne que les réunions publiques. La vie privée n'intéressant normalement pas l'ordre public, la police administrative ne peut en effet pas interdire les réunions privées.

En réalité, la frontière est très poreuse dans la mesure où l'autorité de police générale peut aussi parfois saisir indirectement une réunion privée. Cette dernière peut être interdite si elle risque de « dégénérer en réunion publique » et de mettre en danger l'ordre public (CE, 23 déc. 1936, Bucard : *Rec.*, p. 1151).

Réunion « pacifique ». Sur un autre point, il existe peu de différences entre les régimes respectifs de la police générale et la législation de l'état d'urgence : dans les deux cas, l'administration a la possibilité d'interdire des réunions se déroulant de manière « pacifique ». Au sujet l'occupation des « sans-papiers » de l'église Saint-bernard, la jurisprudence de la CEDH a d'ailleurs validé, au regard de l'article 11, la possible ingérence des autorités administratives (CEDH, 9 avr. 2002, Cissé c/ France : JCP 2002, I, 157). D'une part, la mesure d'évacuation par laquelle il a été mis fin à la réunion en cause était prévue par la loi (CGCT, art. L. 2512-13, la loi du 9 décembre 1905 confiant la police des cultes aux autorités locales). D'autre part, l'ingérence poursuivait un but légitime : la défense de l'ordre. En revanche, la situation irrégulière de l'intéressé, en infraction avec le droit des étrangers, ne suffit pas à justifier l'atteinte à sa liberté de réunion, « le fait de protester pacifiquement contre une législation vis-à-vis de laquelle quelqu'un se trouve en infraction ne constitue pas un but légitime de restriction de la liberté de réunion pacifique ». Cependant, la Cour a estimé qu'il pouvait être nécessaire de restreindre l'exercice du droit de réunion dans la mesure où ce dernier avait pu se manifester « de façon suffisamment durable » (deux mois d'occupation de l'église) et compte tenu de la dégradation de l'état de santé des grévistes de la faim et des circonstances sanitaires gravement insuffisantes.

Quelle est l'étendue des restrictions touchant l'exercice de la liberté de réunion ? Pour répondre à cette question, il s'agit de savoir s'il est possible pour l'administration de poser des interdictions générales et absolues à l'exercice de la liberté de réunion. La réponse est en principe négative en raison des canons jurisprudentiels selon lesquels toute interdiction générale et absolue est illégale (CE, 19 mai 1933, Benjamin : *Rec.*, p. 541). Car le but d'ordre public doit être clairement défini, la menace à l'ordre public doit être établie et la restriction à la liberté de réunion doit être adaptée, nécessaire et proportionnée.

Cependant, une interdiction générale (mais non absolue) peut être jugée légale si elle paraît nécessaire en raison de l'insuffisance des forces de police. Par exemple, une interdiction sera justifiée dans une situation où « le préfet était obligé de disperser sur de nombreux points du département [de la Seine] les forces de police dont il pouvait disposer » (CE, 9 avr. 1938, *Beha, Masson, Rec.*, p. 245). Ce raisonnement fut repris dans l'arrêt Houphouet-Boigny (CE, 19 juin 1953, *Houphouet-Boigny : Rec.*, p. 298) et dans la jurisprudence plus récente (CE, 29 déc. 1997, *Maugendre, req. n° 164299* ; CAA Lyon, 30 mai 2006, *Ville Lyon : req. n° 01LY01853*).

Un tel raisonnement peut parfaitement être transposé dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, d'autant plus que l'insuffisance des forces de police est un argument souvent avancé par l'administration pour justifier les interdictions de réunion et de manifester. En tout état de cause, la jurisprudence relative au régime de la police générale met en exergue (une fois de plus) **l'apport très limité de la législation de l'état d'urgence**. À l'appui, on ne peut aussi constater que de nombreuses mesures d'interdiction de réunions ou de manifestations ont été prises indépendamment de l'état d'urgence.

Les mesures prises dans l'état d'urgence présentent malgré tout une spécificité contentieuse qui tient, en premier lieu, au mécanisme de présomption (déjà mentionné) qui les gouverne.

Les autorités de police n'ont pas à faire la démonstration de l'existence d'une menace certaine et spécifique à l'ordre public, contrairement à ce qu'est exigé en matière de police générale (CE, 23 déc. 1936, *Bucard : Rec.*, p. 1151). Surtout, elles n'ont pas à faire la démonstration d'un lien entre la menace potentielle engendrée par la réunion ou la manifestation et les raisons qui ont conduit l'établissement de l'état d'urgence.

Ce qui manque est donc l'exigence d'un véritable contrôle de proportionnalité qui s'enracine dans une appréciation plus rigoureuse des faits. Bien sûr, l'autorité de police générale peut potentiellement prendre des mesures similaires à celles pouvant être prises en période d'état d'urgence, mais ces mesures sont validées à la suite d'un contrôle juridictionnel plus poussé.

Au sujet des assignations à résidence (**Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015**), le Conseil constitutionnel a invité les juridictions administratives à pratiquer un contrôle plus poussé, mais celui-ci semble particulièrement inopérant dans le cadre du régime de l'état d'urgence, dominé par le mécanisme de présomption, offrant ainsi un cadre d'habilitation très large à l'administration.

7. LA DISSOLUTION D'ASSOCIATIONS

Cette mesure a été introduite par la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 qui insère dans la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 un nouvel article 6-1 rédigé en ces termes :

« Sans préjudice de l'application de l'[article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure](#), sont dissous par décret en conseil des ministres les associations ou groupements de fait 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.

« Le maintien ou la reconstitution d'une association ou d'un groupement dissous en application du présent article ou l'organisation de ce maintien ou de cette reconstitution sont réprimés dans les conditions prévues aux articles [431-15](#) et [431-17](#) à [431-21](#) du code pénal.

« Par dérogation à l'article 14 de la présente loi, les mesures prises sur le fondement du présent article ne cessent pas de produire leurs effets à la fin de l'état d'urgence.

« Pour la prévention des actions tendant au maintien ou à la reconstitution des associations ou groupements dissous en application du présent article, les services spécialisés de renseignement mentionnés à l'[article L. 811-2 du code de la sécurité intérieure](#) et les services désignés par le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 811-4 du même code peuvent recourir aux techniques de renseignement dans les conditions prévues au livre VIII dudit code. » ;

Une rapide comparaison sous forme de tableau de l'article 6-1 d'une part, et de l'article L.212-1 du CSI d'autre part, permet de prendre conscience du très faible apport normatif de l'article 6-1.

Article L.212-1 du Code de la Sécurité Intérieure	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)
Liste des groupements susceptibles d'être dissous Sont dissous, par décret en conseil des ministres, toutes les associations ou groupements de fait : 1° Qui provoquent à des manifestations armées dans la rue ; 2° Ou qui présentent, par leur forme et leur organisation militaires, le caractère de groupes de combat ou de milices privées ; 3° Ou qui ont pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou d'attenter par la force à la forme républicaine du Gouvernement ; 4° Ou dont l'activité tend à faire échec aux mesures concernant le rétablissement de la légalité républicaine ; 5° Ou qui ont pour but soit de rassembler des individus ayant fait l'objet de condamnation du chef de collaboration avec l'ennemi, soit d'exalter cette collaboration ; 6° Ou qui, soit provoquent à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de	Liste des groupements susceptibles d'être dissous « Art. 6-1. - Sans préjudice de l'application de l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure, sont dissous par décret en conseil des ministres les associations ou groupements de fait 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. Sanctions en cas de reconstitution d'une association « Le maintien ou la reconstitution d'une association ou d'un groupement dissous en application du présent article ou l'organisation de ce maintien ou de cette reconstitution sont réprimés dans les conditions prévues aux articles 431-15 et 431-17 à 431-21 du code pénal.

leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, soit propagent des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination, cette haine ou cette violence ; 7° Ou qui se livrent, sur le territoire français ou à partir de ce territoire, à des agissements en vue de provoquer des actes de terrorisme en France ou à l'étranger. Sanctions en cas de reconstitution d'une association Le maintien ou la reconstitution d'une association ou d'un groupement dissous en application du présent article, ou l'organisation de ce maintien ou de cette reconstitution, ainsi que l'organisation d'un groupe de combat sont réprimées dans les conditions prévues par la section 4 du chapitre 1er du titre III du livre IV du code pénal. Renseignement et prévention des reconstitutions d'associations dissoutes Article L 811-3 du CSI « Pour le seul exercice de leurs missions respectives, les services spécialisés de renseignement peuvent recourir aux techniques mentionnées au titre V du présent livre pour le recueil des renseignements relatifs à la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation suivants : [...] b) Des actions tendant au maintien ou à la reconstitution de groupements dissous en application de l'article L. 212-1 ; [...]	« Par dérogation à l'article 14 de la présente loi, les mesures prises sur le fondement du présent article ne cessent pas de produire leurs effets à la fin de l'état d'urgence. Renseignement et prévention des reconstitutions d'associations dissoutes « Pour la prévention des actions tendant au maintien ou à la reconstitution des associations ou groupements dissous en application du présent article, les services spécialisés de renseignement mentionnés à l'article L. 811-2 du code de la sécurité intérieure et les services désignés par le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 811-4 du même code peuvent recourir aux techniques de renseignement dans les conditions prévues au livre VIII dudit code. » ; 4° L'article 7 est abrogé ; 5° L'article 9 est ainsi rédigé :
--	--

Ainsi, la rédaction de l'article 6-1 ne constitue qu'un apport très limité à l'article L212-1 du Code de la sécurité intérieure. D'une part, il est désormais possible de dissoudre les associations ou groupements de fait qui participent à la commission, ou incitent à cette commission -et non commettent- d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public. Cette rédaction est supposée de nature à permettre d'imputer à une association le comportement de quelques-uns de ses membres, quand bien même ils seraient nombreux, ou compteraient parmi les dirigeants de cette structure. Comme on le verra, cela est fort douteux.

D'autre part, les faits pouvant justifier une dissolution ne sont plus limités aux 7 motifs de dissolution prévus à l'article L.212-1 du Code de sécurité intérieure, mais s'étendent à tous les « actes portant une atteinte grave à l'ordre public. ».

L'on comprend que le gouvernement a voulu, à travers cet article 6-1, étendre sa marge de manœuvre en n'étant pas lié par les 7 motifs prévus à l'article L212-1 du CSI, qui sont exhaustifs puisque Conseil d'Etat a de longue date considéré qu'une faculté de dissolution d'association par voie administrative doit avoir été expressément prévue

par la loi.⁶⁸

D'autre part, l'on déduit également de l'étude d'impact et de la rédaction de cet article que le gouvernement a souhaité contourner une jurisprudence récente du Conseil d'Etat, la jurisprudence « Envie de rêver », qui a semblé rendre plus difficile la dissolution administrative d'associations « *accueillant les réunions de membres de milices privées mais dont les activités n'ont pas ce seul objet* ».

Or, l'article 6-1 est superfétatoire à cet égard, car l'article L212-1 du CSI permet déjà d'une part de couvrir l'ensemble des hypothèses d' « atteintes graves à l'ordre public » qui pourraient être commises par des associations liées au terrorisme international et, d'autre part, de dissoudre des associations quand bien même celles-ci n'auraient pas pour seule activité la commission d'atteintes graves à l'ordre public **(a.)**

Au-delà, le très large pouvoir dont disposent les autorités administratives souhaitant procéder à une dissolution par voie administrative ainsi que la faiblesse du contrôle exercé par le juge administratif minimise en tout état de cause le « risque » d'annulation d'un décret de dissolution d'une association réellement impliquée dans des activités de nature terroriste **(b.)**

a. L'article L.212-1 du CSI : une disposition suffisante pour dissoudre les associations liées à la commission d'actes de nature terroriste

Contrairement à ce qui a été indiqué par le gouvernement dans l'étude d'impact du projet de loi, les motifs de dissolution prévus par permet d'ores et déjà la dissolution des associations servant de support aux activités terroristes, et ce y compris lorsque seuls une partie de ces membres sont impliqués dans les activités en cause.

L'article 212-1 du CSI permet déjà la dissolution des associations liées aux activités de nature terroriste

La notion d' « atteinte grave à l'ordre public »

La notion d'atteinte grave à l'ordre public fait référence à l'article 1er de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, qui permet la mise en œuvre de l'état d'urgence pour faire face à un « *péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public* ». La mention d' « atteintes graves à l'ordre » public dans ce contexte fait référence aux événements ayant justifié le déclenchement de l'état d'urgence, soit l'existence d'une menace d'attentats terroristes imminents. Le Conseil d'Etat ayant affirmé dans son arrêt « Rolin » de 2006⁶⁹ que le président de la république dispose « *d'un pouvoir d'appréciation étendu* » pour déclarer l'état d'urgence, le contrôle exercé par le juge sur la matérialité des « atteintes graves à l'ordre public » devrait, en principe, être très faible. Il est plus que probable que les juges administratifs du fond considèrent comme des « *atteintes graves à l'ordre public* » toute activité en lien avec la commission ou la préparation d'actes terroristes.

⁶⁸ CE, ass., 4 avr. 1936, n° 52834, *Sieurs de Lassus, Pujo et Real del Sarte*, Lebon

⁶⁹ CE, 24 mars 2006, Rolin et Boisvert, req. n°289834

La notion est également plus large, et a fait l'objet de quelques précisions de la part du juge administratif, qui considère comme des « atteintes graves à l'ordre public » les atteintes à la continuité de certains services publics tels que ceux de la justice⁷⁰ et des douanes⁷¹. Dans le cadre du contentieux de l'expulsion des étrangers, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a considéré qu'un étranger se livrant au trafic de drogue constitue une « menace grave pour l'ordre public » pour l'Etat d'accueil⁷². Plus largement, la notion se rapproche assez clairement, sans y être réductible, des « atteintes graves à la sécurité des personnes et des biens » mentionnées à l'article 78-2-3 du Code de procédure pénale.

Le caractère plastique de la notion permet d'y inclure de manière très large toutes les atteintes graves aux biens et aux personnes, l'ensemble des activités liées au terrorisme et au grand banditisme et, plus généralement, toutes les activités menaçant le fonctionnement régulier des services publics. Mais ce caractère très flou de la notion est également porteur de dérives potentielles. Or, il n'était pas nécessaire de retenir une formulation aussi large pour lutter contre des associations liées aux activités terroristes.

De larges motifs de dissolution prévus par le droit commun

Il apparaît évident qu'au moins **cinq des sept motifs de dissolution** prévus par l'article L212-1 du CSI sont d'ores et déjà suffisants pour permettre la dissolution d'association susceptibles d'apporter un support logistique ou idéologique aux personnes impliquées dans des activités terroristes. Il convient d'étudier cette disposition en prenant en compte la jurisprudence du Conseil d'Etat depuis 1936, qui a largement défini les pouvoirs exorbitants dont dispose l'administration dans le cadre de la loi de 1936.

Il s'agit en premier lieu du 1° de l'article, qui prévoit la possibilité de dissoudre les associations qui « *provoquent à des manifestations armées dans la rue* ». Le juge utilise ici un faisceau d'indices qui inclut la diffusion de tracts et d'affiches, la publication d'articles et de journaux, les consignes données aux militants, participation à des manifestations avec revendication de responsabilité⁷³. Or, cette condition est par définition remplie s'agissant d'organisations susceptibles d'être liées au terrorisme puisque ces activités constituent par essence des manifestations « avec revendication de responsabilité », inclut nécessairement la publication ou la diffusion d'appels à l'action et de consignes précises. Il suffirait ici de démontrer qu'une association -quand bien même celle-ci aurait un objet d'apparence anodin- ait facilité la circulation de messages incitant à la commission d'attentats terroristes pour démontrer que celle-ci provoque à « des manifestations armées dans la rue ». Or, par définition, des 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** » peuvent être considérés a fortiori comme facilitant la diffusion de messages et consignes tendant à provoquer des manifestations armées au sens du 1° de l'article L212-1 du CSI.

En second lieu, l'alinéa 2 de l'article 212-1 du CSI, qui permet l'interdiction des

⁷⁰ CE, 27 février 1998, req. n°171055, inédit au recueil Lebon

⁷¹ CE, 15 mai 2006, req. 270171, inédit au recueil Lebon

⁷² CEDH, 30 nov. 1999, Baghli c/ France

⁷³ CE, 21 juillet 1970, *Krivine et Franck*, req. n° 76179, Lebon ; ; CE 13 janv. 1971, , *Alain Geismar*, req. n° 81087 Lebon

groupements de fait ou associations qui « présentent, par leur forme et leur organisation militaire, le caractère de groupe de combat ou de milices privées », pourrait parfaitement constituer une base juridique fiable à la dissolution des associations ou groupements de fait liés aux activités terroristes. Le Conseil d'Etat a en effet interprété de manière très large ces dispositions, de sorte qu'il est aisé de retenir la qualification de groupement ou d'association revêtant le caractère de « groupe de combat ou de milices privées ». Dès 1936, dans l'arrêt « Association Le mouvement social des Croix de feu »⁷⁴, le Conseil d'Etat a retenu comme faisceau d'indice permettant de qualifier un mouvement de « Groupe de combat » ou de « milice privée » l'existence d'une hiérarchie caractérisée par l'existence de grades, le maintien d'une discipline élevée, mais aussi et de manière plus intéressante, l'organisation d'exercices en vue du combat. Ces éléments ne sont pas cumulatifs.

Plus récemment, dans l'arrêt Œuvre Française du 30 juillet 2014⁷⁵, la même juridiction a précisé que l'organisation Œuvre Française revêt le caractère d'une milice privée en raison de l'existence d'une formation physique destinée à préparer ses membres au combat. En outre, le Conseil d'Etat a considéré que la circonstance selon laquelle l'association n'est pas elle-même l'organisatrice des camps d'entraînement est sans incidence sur la légalité de la dissolution, car d'une part, « lors de ces camps, l'emblème de l'association est arborée par les participants [...] et que la publication Jeune C qui organise ces camps est une émanation de l'association. » Surtout, l'organisation de celui-ci fait apparaître l'existence d'un « encadrement et d'une aptitude à l'action de force tels, eu égard aux exercices d'entraînement pratiqués au cours des camps de formation », ce qui lui confère le caractère de groupe armé au sens de l'article 212-1 du CSI.

Ainsi, puisqu'il ne suffit a priori que de démontrer l'existence d'un lien entre l'organisation de camps d'entraînement paramilitaires et une association ; or, il paraît peu douteux qu'une association liée aux activités terroristes -et partant, au recrutement et à l'exfiltration de Djihadistes vers des camps d'entraînement à l'étranger- pourrait être dissoute sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article L212-1 du CSI. Une fois de plus, des 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** » pourraient également a fortiori être considérés comme des groupes de combat au sens du 2°, puisqu'elle seront amenées à participer, même indirectement (envoi de djihadistes vers des camps d'entraînement) à l'organisation d'une milice privée ou d'un groupe de combat, quand bien même cela ne serait pas leur objet officiel.

Surtout, soulignons que la loi « LOPPSI II » a ajouté un alinéa 7 à l'article L212-1 du CSI qui vise, précisément à permettre la dissolution des associations qui « se livrent, sur le territoire français ou à partir de ce territoire, à des agissements en vue de provoquer des actes de terrorisme en France ou à l'étranger ». Dans ce cas, le Conseil d'Etat examine l'existence d'une propagande terroriste et la perpétuation d'attentats, en plus des critères propres aux alinéas 1 et 2. Or, précisément, dans ce type de cas et comme cela vient d'être exposé, il est très aisé de remplir ces deux critères s'agissant d'organisations susceptibles de servir de support logistique à des activités de nature terroriste, ou incitant à la commission d'attentats. De ce point de vue, le fait de prévoir la dissolution

⁷⁴ CE, 27 novembre 1936 *Associations Le mouvement social des Croix de feu, Les Croix de feu et briscards, Les fils de Croix de feu et volontaires nationaux*

⁷⁵ CE, 30 décembre 2014, *Oeuvre Française*, req. n° 372322

des associations « participent à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public ou dont les activités facilitent cette commission ou y incitent » ne change strictement rien au droit existant puisque une association dont il est établi qu'elle mène ce type d'activités tomberait immanquablement sous l'empire des 1°, 2° et 7° de l'article L212-1 du CSI.

A cet égard, soulignons que l'édiction d'une mesure supplémentaire dans le cadre l'état d'urgence alors même qu'un alinéa concernant les groupes appelant au Djihad affaiblit considérablement la crédibilité de l'arsenal anti-terroriste existant, et va contre les objectifs supposément poursuivis par le gouvernement.

En outre, les associations liées aux organisations terroristes pourraient parfaitement être dissoutes sur le fondement de l'alinéa 6, qui ouvre la possibilité de dissoudre les associations qui « provoqueraient à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, soit propageraient des idées ou théories tendant à justifier cette discrimination, cette haine ou cette violence ». En effet, dans l'arrêt « Capo Chici »⁷⁶ qui concernait la Tribu Ka, le Conseil d'Etat a constaté *« qu'il ressort des pièces du dossier que par leurs déclarations, leurs communiqués de presse et les messages diffusés sur leur site internet, ainsi que par une action collective à caractère antisémite, concertée et organisée, commise le 28 mai 2006, rue des Rosiers, à Paris, les membres de la « Tribu Ka » ont provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence envers des personnes à raison de leur appartenance à une race ou une religion déterminée, et propagé des idées ou théories à caractère raciste et antisémite »*. En l'occurrence, une association servant de « base arrière » à des terroristes pourrait aisément être dissoute sur le fondement de ce type de dispositions. En effet, les messages faisant l'apologie du terrorisme qui peuvent circuler dans les réseaux des personnes adhérant à ce type d'associations et appelant à la commission d'attentats pourraient sans aucun doute constituer un appel à la « haine » ou la « violence » et comportent généralement, qui plus est, des propos antisémites.

Enfin, en dernier lieu, il serait également possible de dissoudre des 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** » sur le fondement du 3° de l'article 212-1 du CSI, qui prévoit la dissolution des associations qui « ont pour but [...] d'attenter par la force à la forme républicaine du Gouvernement ». Ont été validées sur ce fondement les dissolutions des associations ayant pour but le « rétablissement de la monarchie par tous moyens, notamment par l'emploi de la force »⁷⁷ ou encore les associations visant qui visent *la destruction du régime républicain* »⁷⁸ prêtes le cas échéant à faire usage de la force. Dans ce cadre, une association apportant une aide logistique au terrorisme, ou faisant l'apologie du terrorisme islamique, pourrait indéniablement être considérée comme cherchant à attenter à la forme républicaine du gouvernement, puisque l'instauration d'un califat et de la Charia -revendication de

⁷⁶ CE 17 nov. 2006, n° 296214, *Capo Chichi*, Lebon

⁷⁷ CE, 27 novembre 1936 *Associations Le mouvement social des Croix de feu, Les Croix de feu et briscards, Les fils de Croix de feu et volontaires nationaux*.

⁷⁸ CE, 17 avril 1963, *Association « Parti nationaliste »*, req.n° 47.273

Daech- constitue sans aucun doute une atteinte à la forme républicaine, laïque, du gouvernement.

Le décret du 1er mars 2012 de dissolution du groupe islamique *Fosane Alizza* avait d'ailleurs retenu que ce groupement mettait en cause « *le régime démocratique et les principes fondamentaux de la République que sont la laïcité et le respect de la liberté individuelle* » en « *appelant à l'instauration du califat et à l'application de la charia en France* ». ⁷⁹

Une possibilité étendue de dissoudre des associations ne participant qu'indirectement à la commission d'atteintes graves à l'ordre public

L'arrêt « Envie de rêver » du Conseil d'Etat, en date du 30 juillet 2014⁸⁰, a semblé rendre plus ardue la dissolution d'associations se contentant d'apporter une aide logistique à des milices privées ou des groupements armés. En effet, **celle-ci a annulé le décret de dissolution de l'association « envie de rêver » au motif que « la circonstance que des membres ou dirigeants de « Troisième Voie » et des « Jeunesses nationalistes révolutionnaires » [deux organisations dissoutes] se réunissaient dans le local de l'association « Envie de rêver » et participaient aux activités organisées ou accueillies par celle-ci qui, si elles s'inscrivaient dans des thématiques relevant pour partie des idées véhiculées par deux groupements, n'avaient pas ce seul objet, ne saurait suffire, à elle seule, à caractériser une atteinte à l'ordre public** ». L'on en déduit qu'une association liée en partie à une association légalement dissoute, mais n'ayant pas ce seul objet, ne peut être dissoute.

Toutefois, la lecture des conclusions du rapporteur public sur cette affaire⁸¹ permet de comprendre qu'une telle solution est principalement due à un dossier « particulièrement mal étayé » sur le point de savoir si l'association -qui hébergeait deux associations d'extrême droite dissoutes- participait à la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence. Surtout, l'arrêt avait retenu que l'association, qui certes comptait des membres d'une organisation dissoute et avait accueilli certaines de leurs conférences, avait une activité essentiellement licite, qui consistait à organiser des événements sur des sujets divers bien que liés aux préoccupations de l'extrême droite. Or, le rapporteur public rappelait ici qu'une dissolution aurait été envisageable « *en cas de coexistence, au sein d'une structure unique, d'une activité illicite et d'une activité licite, l'interruption de la seconde pouvant alors être le prix à payer pour permettre l'arrêt de la première par une dissolution nécessairement globale.* »

Plus largement, une entité peut être dissoute en raison d'un lien étroit avec une autre entité visée par une dissolution. Dans l'arrêt *Associations Le mouvement social des Croix de feu, Les Croix de feu et briscards, Les fils de Croix de feu et volontaires nationaux*, le juge avait confirmé la dissolution de l'ensemble des associations « eu égard aux conditions dans lesquelles elles sont organisées, forment un ensemble indivisible »⁸² Le

⁷⁹ JO n°0053 du 2 mars 2012, p. 4012

⁸⁰ CE, *Association « Envie de rêver » et autres*, 30 juillet 2014

⁸¹ Crepey E., « Étendue et limites du pouvoir de dissoudre par décret certaines associations ou groupements », *RFDA*, 2014, p. 1158

⁸² CE, 27 novembre 1936 *Associations Le mouvement social des Croix de feu, Les Croix de feu et briscards, Les fils de Croix de feu et volontaires nationaux*

Conseil d'Etat est sans aucun doute prêt à accepter le principe de la dissolution d'associations ayant simplement soutenu des associations dissoutes, ce que prévoyait l'ordonnance n°60-1856 du 22 décembre 1960 que le juge administratif avait validé.⁸³ Dans l'arrêt *Oeuvre française*, le juge administratif avait d'ailleurs accepté la dissolution « en bloc » des groupuscules « Oeuvre Française » et « Troisième voie » en raison d'une simple « étroite imbrication entre cette association et les organisateurs de ces événements »⁸⁴ Il suffirait ainsi donc, pour valider une dissolution d'association, de démontrer qu'une partie de son objet est illicite -il suffit à cet égard que l'association ait d'une manière ou d'une autre contribué au soutien à des activités terroristes- ou simplement que celle-ci entretient des liens avec une association - et à cet égard, les groupements directement impliqués dans des actions terroristes armées peuvent sans aucun doute être considérés comme des « groupes de combat ». Ainsi et contrairement à ce que semble prétendre le gouvernement, l'article L212-1 du CSI permet déjà la dissolution « en bloc » de la « nébuleuse » des associations liées au terrorisme international, puisque l'organisation en réseau de celles-ci les rend toutes étroitement imbriquées. Peu importe à cet égard que les individus impliqués dans la préparation d'attaques terroristes aient eu l'habileté de créer des structures juridiques distinctes, n'ayant pas pour activité principale de commettre des attentats.

A cet égard, la formulation nouvelle n'apporte rien au droit existant, puisqu'a fortiori, des 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**. » se livrent nécessairement -même si partiellement- à des activités illicites, ou entretiennent nécessairement des liens avec des groupements ayant vocation à être dissous. La nouvelle formulation ne facilite donc aucunement la tâche, et n'institue pas, en réalité, de critère plus aisé à remplir que les critères fixés par la jurisprudence.

b. Une marge de manœuvre très large conférée aux autorités administratives souhaitant dissoudre une association

Contrairement à ce qu'indique le gouvernement dans son étude d'impact, l'article L.212-1 du CSI offre un déjà une très large marge de manœuvre aux autorités administratives en matière de dissolution d'associations et il n'apparaît pas que le niveau du contrôle exercé par le juge administratif sur les décrets de dissolution soit d'une étendue telle qu'il puisse faire réellement obstacle, dans les faits, à l'exécution des décrets de dissolution d'associations. Soulignons en tout premier lieu que le Juge administratif a validé la constitutionnalité du dispositif, en considérant que « *les dispositions de l'article L.212-1 CSI ne portent pas une atteinte excessive au principe de la liberté d'association* »⁸⁵. Contrairement à ce qu'indique le gouvernement, le risque d'une annulation d'un décret de dissolution sur le fondement du droit constitutionnel à la liberté d'association est d'emblée extrêmement faible.

Surtout, il est possible de retenir la qualification de milice privée quand bien même une association n'aurait pas effectivement eu recours à la force. Le Conseil d'État a en effet

⁸³ CE, *Association « Comité d'entente pour l'Algérie française »*, 5 février 1965, n°55641, Rec. 73

⁸⁴ CE, 30 décembre 2014, *Oeuvre Française*, req. n° 372322

⁸⁵ CE, 30 décembre 2014, *Oeuvre Française*, req. n° 372322

posé très tôt posé le principe - dans l'arrêt d'Assemblée publique *Sieurs de Lassus, Pujo, et Real del Sarte* du 4 avril 1936⁸⁶- selon lequel la dissolution d'une association peut être réalisée sur le fondement du 3° de la loi de 1936 même en l'absence d'actes matériels d'exécution. L'arrêt rappelait, à propos de l'Action Française, que « *la loi ne pourrait être appliquée que si, pour porter atteinte à la forme républicaine du gouvernement, les groupements visés avaient eu effectivement recours à la force, et qu'aucun desdits groupements, qui seraient d'ailleurs distincts, ne remplirait cette condition* », et que celle-ci « *prévoit la dissolution de tous groupements ayant pour but d'attenter par la force à la forme républicaine du gouvernement, sans qu'il soit nécessaire que ce dessein ait été suivi d'actes d'exécution* ».

Surtout, si un léger risque juridique demeure quant à l'applicabilité des alinéas susmentionnés au cas d'associations dont seuls certains membres pourraient être considérés comme liés à des activités terroristes, la faiblesse du contrôle du Conseil d'Etat sur les décrets de dissolution permettrait sans nul doute de laisser au gouvernement une très large marge de manœuvre. Il suffit pour s'en convaincre de constater que le Conseil d'Etat n'a procédé qu'à 5 annulations pour plus de 120 dissolutions et presque 40 recours contre ces dissolutions, **soit moins de 5% d'annulations de décrets de dissolution au total, ce qui est extrêmement faible**.

Plus précisément, le juge a laissé une large marge de manœuvre aux autorités administratives quant au choix des associations devant faire ou ne pas faire l'objet d'une dissolution. Dans son arrêt *Sieur de Lassus, Pujo et Real Del Sarte* de 1936⁸⁷, le Conseil d'Etat a en effet écarté le moyen du détournement de pouvoir tiré du fait que le gouvernement n'a pas dissous d'autres groupement qui seraient sujets à dissolution, cette seule circonstance ne démontrant pas le fait que le gouvernement ait « eu un autre but que la sauvegarde de l'intérêt public ». Une solution similaire a été adoptée dans nombre d'arrêts ultérieurs.

L'obligation de respect du contradictoire ne semble pas non plus de nature à faire obstacle aux dissolutions de ce type d'associations. En effet, si le Conseil d'Etat a précisé qu'un décret de dissolution entre bien dans la catégorie des actes devant faire l'objet de la procédure contradictoire prévue à l'article 8 du décret du 28 novembre 1983, cette même juridiction a accepté qu'il y soit dérogé « en raison de l'urgence et des nécessités de l'ordre public ». Il s'agissait en l'occurrence de groupes de combat liés au Kurdistan Irakien qui se livraient « à une propagande en faveur d'une organisation terroriste et provoqu[aient] des actions violentes, et enfin [se livraient] sur le territoire de la France à des agissements en vue de provoquer des actes terroristes en France ou à l'étranger »⁸⁸, soit des agissements très proches de ceux que le gouvernement souhaite aujourd'hui sanctionner.

Surtout, même en état de légalité normale, le contrôle du Conseil d'Etat sur les décrets de dissolution n'est pas un contrôle de proportionnalité, mais un contrôle limité à la qualification matérielle et juridique des faits. En effet, l'alternative offerte par la loi est binaire : une association est ou n'est pas susceptible d'être dissoute, et quand une

⁸⁶ CE, *Sieurs de Lassus, Pujo et Real del Sarte*, 4 avril 1936, n°52.834, 52.835, 52.836

⁸⁷ CE, *Sieurs de Lassus, Pujo et Real del Sarte*, 4 avril 1936, n°52.834, 52.835, 52.836

⁸⁸ CE, *Comité du Kurdistan*, 8 septembre 1995, n°155161 et 155162.

association l'est, la seule solution est procéder à sa dissolution sans qu'il soit possible d'ordonner d'autres mesures. Il suffit donc que les faits énoncés entrent dans l'une des catégories prévues par la loi pour que la dissolution puisse être prononcée. En revanche, le juge ne vérifie pas si la mesure de dissolution est proportionnée aux risques de troubles considérés, ou s'il n'existe pas de solution moins attentatoire aux libertés que la dissolution pour faire face à ces troubles. Cette solution a été confirmée dès 1936, et le juge se contente ici de vérifier que les associations « *présenta[ie]nt* » les « *caractères* » des groupements visés par la loi⁸⁹.

8. REMISES D'ARMES

La première caractéristique du régime de la remise d'armes tel qu'il figure à l'article 9 de la loi du 23 avril 1955 est d'être imprécis, contrairement au droit commun applicable à la remise d'armes, tel qu'il découle du Code de la sécurité intérieure (CSI). Sa deuxième caractéristique est d'être certainement moins intéressant que le dispositif classique de police administrative qui permet d'adjoindre à la remise une saisie des armes et munitions sans constat d'aucune infraction, pas même une détention illégale d'armes (Comp. art. 11, I, al. 5 de la loi du 23 avril 1955 : « *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.* »).

Ainsi, aux termes de l'article 9 de la loi du 23 avril 1955, telle que modifiée par la loi du 20 novembre 2015, le ministre de l'intérieur et le préfet « *peuvent ordonner la remise des armes et des munitions, détenues ou acquises légalement, relevant des catégories A à C, ainsi que celles soumises à enregistrement relevant de la catégorie D, définies à l'[article L. 311-2 du code de la sécurité intérieure](#). Le représentant de l'Etat dans le département peut aussi, pour des motifs d'ordre public, prendre une décision individuelle de remise d'armes.* » Sont donc visées toutes les catégories d'armes, incluant les armes et munitions de guerre. La décision individuelle de remise d'armes prise par le préfet peut être fondée sur des motifs d'ordre public, sans lien avec les événements ayant justifié le déclenchement de l'état d'urgence. On peut penser que cette décision peut être prise de jour comme de nuit. Conformément à l'article 9 al. 2nd, les armes remises donnent lieu à la délivrance d'un récépissé. Elles sont rendues à leur propriétaire en l'état où elles étaient lors de leur dépôt. Bien que la durée de remise ne soit pas fixée par l'article 9, on doit faire application de l'article 14 qui précise que les mesures prises en application de la présente loi cessent d'avoir effet en même temps que prend fin l'état d'urgence. Le refus de remettre son arme est sanctionné par une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 6 mois et une peine d'amende plafonnée à 7 500 euros d'amende, en application de l'article 13 al. 1^{er} de la loi de 1955. L'exécution d'office, par l'autorité administrative, des mesures prescrites peut également être assurée. Enfin, le juge administratif est l'instance compétente pour connaître des contestations relatives à la remise d'armes.

Hors état d'urgence, le code de la sécurité intérieure prévoit à la fois une procédure de remise et une procédure de dessaisissement d'armes. La procédure de

⁸⁹ CE, 27 novembre 1936 *Associations Le mouvement social des Croix de feu, Les Croix de feu et briscards, Les fils de Croix de feu et volontaires nationaux*

remise peut s'appliquer à des armes de toute catégorie, tandis que le dessaisissement ne vise que les armes des catégories B, C et D. Le dessaisissement apparaît comme une forme d'anticipation de la remise ; en effet, l'article L. 312-12 al. 1^{er} du CSI énonce que lorsque l'intéressé ne s'est pas dessaisi de l'arme dans le délai fixé par le représentant de l'Etat dans le département, celui-ci lui ordonne de la remettre, ainsi que ses munitions, aux services de police ou de gendarmerie.

Conformément à l'article L. 312-7 CSI, le représentant de l'Etat dans le département peut ordonner, sans formalité préalable ni procédure contradictoire, à une personne détentrice d'armes et de munitions, dont l'état de santé ou le comportement présente un danger grave pour elle-même ou pour autrui, de les remettre à l'autorité administrative, quelle que soit leur catégorie. Le champ d'application couvre toutes les catégories d'armes. Aucune garantie particulière n'est mise en œuvre. La seule condition porte sur le fait que la personne, par son comportement ou son état de santé, présente un danger grave pour elle-même ou pour autrui, ce qui n'est pas exigé par la législation sur l'état d'urgence. A cette remise volontaire opérée par la personne ou les membres de sa famille s'ajoute une remise forcée. En effet, l'article L. 312-8 al. 2 CSI précise que « *le commissaire de police ou le commandant de la brigade de gendarmerie peut procéder, sur **autorisation du juge des libertés et de la détention**, à la **saisie** de l'arme et des munitions entre 6 heures et 21 heures au **domicile** du détenteur.* »

La durée de conservation des armes remises ou saisies au titre d'une mesure de police administrative est limitée à une année (art. L. 312-9 CSI). Pendant cette période, « *le représentant de l'Etat dans le département décide, après que la personne intéressée a été mise à même de présenter ses observations, soit la restitution de l'arme et des munitions, soit la saisie définitive de celles-ci.* » (art. L. 312-9 al. 2 CSI). La saisie emporte interdiction d'acquiescer ou de détenir des armes de toute catégorie et des munitions (art. L. 312-10 CSI).

Le dispositif de remise, éventuellement associée à une saisie, est assez aisé à mettre en œuvre ; il est aussi étendu que ce que permet l'état d'urgence, sans mettre en place de réelles garanties procédurales, sauf lorsqu'une saisie est envisagée au domicile de l'intéressé. La seule condition posée par le CSI est relative au comportement ou à l'état de santé de la personne détentrice des armes et des munitions.

**PARTIE III - LA CONSTITUTIONNALISATION DE L'ETAT
D'URGENCE, UNE REFORME NON NECESSAIRE, AU RISQUE DES
LIBERTES**

La constitutionnalisation de l'état d'urgence a pu être présentée par ses promoteurs comme l'expression d'une nécessité juridique. Cette affirmation mérite d'être interrogée tant au regard du traitement de ce régime d'exception par la jurisprudence constitutionnelle et administrative récente qu'à l'aune de l'objectif que la constitutionnalisation est supposée poursuivre et des effets qu'elle emportera.

Si une constitutionnalisation de l'état d'urgence est acceptable dans l'absolu, ce ne peut être, d'un point de vue démocratique, que dans l'objectif de renforcer les garanties de l'Etat de droit compte tenu des dangers inhérents à ce type de régime d'exception, notamment afin d'empêcher qu'il ne puisse devenir permanent.

En l'état du projet de loi, la seule utilité juridique de la constitutionnalisation envisagée par le gouvernement est révélée par le Conseil d'Etat dans son avis du 11 décembre 2015 : permettre l'adoption par le législateur pour les périodes d'état d'urgence de « mesures renforcées » davantage attentatoires aux libertés fondamentales et surtout « *de les soumettre exclusivement au contrôle du juge administratif et non à celui du juge judiciaire* » (cons. 10).(rq 2)

Dans le contexte actuel, la constitutionnalisation de l'état d'urgence n'est en réalité ni nécessaire (I), ni protectrice puisqu'elle a pour seul "effet utile" de restreindre les libertés en dehors de tout contrôle satisfaisant, surtout si on la compare à la jurisprudence ayant admis la restriction des libertés au regard des nécessités organisationnelles (II.).

Le mécanisme, un temps envisagé par le gouvernement et qui pourrait réapparaître au cours du débat parlementaire, de sortie « par pallier » de l'état d'urgence n'est pas non plus acceptable (III.).

I. LA CONSTITUTIONNALISATION DE L'ÉTAT D'URGENCE N'EST PAS NÉCESSAIRE

L'instauration d'un dispositif d'exception privant les citoyens, au prétexte de les protéger contre le risque terroriste, de certaines des garanties les plus essentielles que procure un Etat de droit, ne peut que questionner dans une société démocratique. Sa constitutionnalisation est plus problématique encore, qui ancre dans la loi fondamentale des dispositions qui ne devraient avoir droit de cité dans aucun texte, quel qu'en soit le niveau dans la hiérarchie des normes.

Le rôle d'une Constitution n'est en effet pas tant de conférer des compétences ou de donner une assise juridique au pouvoir politique que de fixer des bornes aux titulaires de ces pouvoirs afin qu'en tout état de cause l'Etat de droit soit constamment et suffisamment garanti et que les dérives soient évitées ou à tout le moins puissent faire l'objet d'une sanction juridictionnelle effective.

En outre comme le soulignent nombre de constitutionnalistes, en particulier Olivier Beaud, il n'est pas opportun de réformer la Constitution pendant une période d'état d'urgence. En ce sens d'ailleurs, l'article 89 de la Constitution prévoit qu' « *aucune procédure de révision [constitutionnelle] ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire* », signifiant bien que réforme de la Constitution et état de crise ne font pas bon ménage.

Mais au-delà de ces objections de principe, les tentatives de justifications avancées par l'exécutif pour promouvoir cette révision constitutionnelle apparaissent au surplus irrecevables : outre que la constitutionnalisation de l'état d'urgence est juridiquement surabondante (1.), elle est, en l'état du texte proposé, dangereuse pour les libertés (2.).

1. UNE RÉFORME CONSTITUTIONNELLE JURIDIQUEMENT SURABONDANTE

La jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle du Conseil d'Etat n'ont pas censuré le régime de l'état d'urgence, au motif qu'il n'y aurait pas d'incompatibilité de principe entre la constitution de la Vème République et la loi du 3 avril 1955, modifiée en dernier lieu par la loi du 20 novembre 2015. Ces jurisprudences sont contestables à bien des égards : d'une part en ce qu'elles admettent qu'un dispositif juridique d'exception relève de la loi ordinaire et, d'autre part, en ce qu'elles reposent sur une interprétation réductrice de la portée de l'article 66 de la Constitution (qui fait du juge judiciaire le gardien de la liberté individuelle) ainsi que des droits garantis par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

Ces jurisprudences constituent néanmoins l'état du droit et il est utile d'en rappeler les lignes directrices lorsqu'est avancé l'argument de la "nécessité" de la constitutionnalisation de l'état d'urgence.

En l'état actuel du droit positif le régime de l'état d'urgence est défini par la loi du 3 avril 1955, modifiée en dernier lieu par la loi du 20 novembre 2015.

Sans procéder à un contrôle « à double détente » de la conformité de ses dispositions à la Constitution de la loi de prorogation déferée en 1985 dans la mesure où celle-ci ne modifiait, ne complétait ni n'affectait le domaine de la loi de 1955 (cons. 10), le Conseil constitutionnel a néanmoins admis que le silence de la Constitution n'interdisait pas au législateur ordinaire d'instaurer un tel régime d'état d'urgence sur le fondement de l'article 34 de la Constitution. Il a en effet estimé qu'en inscrivant l'état de siège, régi jusque-là par la seule loi du 9 août 1849, à l'article 36 de la Constitution, le Constituant de 1958 n'avait pas souhaité pour autant « *exclure la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier [...] les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public* » (décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie et dépendances, cons. 3). Ainsi l'entrée en vigueur de la Constitution de la V^e République n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Cette loi a d'ailleurs été modifiée à plusieurs reprises depuis 1958 soit par ordonnance sur le fondement d'une loi référendaire ou d'habilitation, soit par le biais d'ordonnances de l'article 16 ou, plus récemment, par une loi ordinaire. Les lois de prorogation ne modifiant pas la loi de 1955 ne sont que des lois d'application d'une loi.

En novembre 2005, le juge des référés du Conseil d'Etat avait rappelé qu'il n'y a pas entre le régime de l'état d'urgence issu de la loi du 3 avril 1955 et la Constitution du 4 octobre 1958 « *une incompatibilité de principe qui conduirait à regarder cette loi comme ayant été abrogée par le texte constitutionnel* ». En effet, selon son analyse, la consécration du régime de l'état de siège sur le plan constitutionnel aussi bien par le second alinéa ajouté à l'article 7 de la Constitution du 27 octobre 1946 par la loi constitutionnelle du 7 décembre 1954 que par l'article 36 de la Constitution du 4 octobre 1958 ne fait pas « *obstacle à ce que le législateur, institué, dans le cadre des compétences qui lui sont constitutionnellement dévolues, un régime de pouvoirs exceptionnels distinct du précédent reposant, non comme c'est le cas pour l'état de siège sur un accroissement des pouvoirs de l'autorité militaire* » (CE, réf., 21 nov. 2005, n° 287217).

Dans sa récente décision rendue sur question prioritaire contestant la constitutionnalité des assignations à résidence régies par l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015, le Conseil constitutionnel a rappelé que la Constitution « *n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence* » et qu'il lui « *appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* » (Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence], cons. 8).

Cette analyse juridique démontre que la constitutionnalisation n'était pas juridiquement nécessaire puisque le régime de l'état d'urgence n'a nullement été ébranlé par la jurisprudence malgré les recours initiés pour en contester la nature.

Il est même étonnant - et contestable - que le principe de hiérarchie des normes n'ait pas imposé qu'un régime d'exception soit organisé par la Constitution mais, sur ce point encore, la jurisprudence a clairement tranché.

Ainsi, elle a admis qu'une loi ordinaire puisse, à elle-seule, habiliter le législateur à ne pas appliquer la légalité ordinaire et avoir un impact sur les règles classiques de répartition des compétences entre les autorités administratives et judiciaires. Le Conseil d'Etat le rappelle d'ailleurs dans ses avis du 17 novembre 2015 sur le projet de loi de prorogation (cons. 5) et du 11 décembre 2015 sur le projet de loi constitutionnelle (cons. 9). Du reste le juge administratif suprême a admis de longue date que des circonstances exceptionnelles, notamment des périodes de crise ou de guerre, justifient une extension des pouvoirs des autorités civiles, en particulier des pouvoirs de police administrative générale, afin notamment d'assurer la continuité de l'Etat et des services publics, y compris s'il s'agit de ne pas appliquer des garanties prévues par une loi (CE, 28 juin 1918, *Heyriès*) ou de porter atteinte à des libertés publiques (CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*).

Ainsi la constitutionnalisation annoncée n'apparaît donc nécessaire, du strict point de vue de l'ordonnancement juridique, ni en termes de hiérarchie des normes ni pour assurer leur mise en cohérence.

Seule la volonté de conférer une stabilité à un régime d'exception en y apportant des limitations générales aurait pu constituer un motif légitime de constitutionnalisation. Or, la volonté gouvernementale est strictement inverse : il s'agit en effet d'introduire une base constitutionnelle à de futures dispositions plus attentatoires aux libertés que celles déjà contenues dans le régime issu de la loi du 20 novembre 2015. Il est dès lors indispensable de procéder à l'examen du contenu du projet de loi qui, selon notre analyse, recèle bien des dangers pour la garantie des libertés fondamentales.

2. UNE RÉFORME CONSTITUTIONNELLE QUI N'EST PAS SANS DANGER POUR LA GARANTIE DES LIBERTÉS FONDAMENTALES

L'article 1er du projet de loi constitutionnelle dispose :

Après l'article 36 de la Constitution, il est inséré un article 36-1 ainsi rédigé :

« Art. 36-1. – L'état d'urgence est déclaré en conseil des ministres, sur tout ou partie du territoire de la République, 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.

« La loi fixe les mesures de police administrative que les autorités civiles peuvent prendre pour prévenir ce péril ou faire face à ces événements.

« La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi. Celle-ci en fixe la durée. »

On relèvera que les alinéas 1 et 3 de ces dispositions reproduisent quasi-fidèlement celles qui sont actuellement contenues aux articles 1 à 3 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence : elles procèdent en quelque sorte à une constitutionnalisation « à droit

constant » d'une loi qui, au moment de son adoption, était une loi de circonstances liée à la guerre d'Algérie⁹⁰.

L'alinéa 2, en revanche, s'écarte nettement du dispositif législatif actuel : il recèle les effets les plus néfastes et corrosifs de la constitutionnalisation.

a. **La constitutionnalisation « à droit constant » de motifs de déclenchement de l'état d'urgence flous et contingents : les alinéas 1 et 3.**

Si la loi constitutionnelle est adoptée par les deux chambres et en Congrès dans les termes de ce projet, les dispositions suivantes, qui sont actuellement du niveau de la loi, ne pourraient donc être modifiées, à l'avenir, que par la voie d'une nouvelle révision constitutionnelle :

- La détermination de l'autorité habilitée à déclarer l'état d'urgence ;
- Le champ d'application territorial de l'état d'urgence ;
- Les circonstances justifiant la déclaration de l'état d'urgence ;
- Les modalités de prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ;

La stabilité conférée à ces dispositions par leur inscription dans la Constitution constitue la première justification avancée par le gouvernement dans l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle, selon lequel elle « *donne la garantie la plus haute que, sous le choc de circonstances, la loi ordinaire ne pourra pas étendre les conditions d'ouverture de l'état d'urgence* ».

L'immutabilité des dispositions constitutionnalisées ne pourrait toutefois être saluée comme un progrès que si, par leur contenu, elles s'avéraient réellement garantes d'un encadrement strict des pouvoirs conférés à l'exécutif. Tel n'est précisément pas le cas, les dispositions en cause s'avérant au contraire particulièrement peu garantistes :

- la déclaration de l'état d'urgence revient à l'exécutif et produit ses effets pendant douze jours avant que le Parlement puisse vérifier que les circonstances invoquées la justifiaient réellement.
- la détermination de l'étendue du champ d'application territorial de l'état d'urgence n'est soumise à aucun critère objectif établissant une corrélation expresse avec la nature du péril ou des événements invoqués ;
- enfin surtout, la définition des circonstances justifiant la déclaration de l'état d'urgence (« *péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public* » ou « *événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* ») reste particulièrement vague et laisse ainsi la porte ouverte à des interprétations extrêmement diverses et laxistes.

⁹⁰ V. « Comment l'état d'urgence est né en 1955 », France culture, 14 novembre 2015 ; François St Bonnet, L'état d'exception, PUF, « Léviathan », 2001 ; Sylvie Thénault, « L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi. », Le Mouvement Social 1/2007 (no 218), p. 63-78.; URL : www.cairn.info/revue-le-mouvement-social-2007-1-page-63.htm. V. aussi Arlette Heymann-Doat, Les libertés publiques et la guerre d'Algérie, Thèse, LGDJ 1972.

La pérennisation de dispositions qui laissent de telles marges de manœuvre au pouvoir exécutif ne peut donc être regardée comme organisant un encadrement suffisant des dérogations à l'Etat de droit qu'elles consacrent ni, surtout, comme suffisamment et étroitement justifiée par les périls qui imposeraient ces dérogations. Et ce d'autant plus que le projet de loi constitutionnelle n'organise aucun contrôle juridictionnel sur le déclenchement de l'état d'urgence.

b. L'absence d'organisation d'un contrôle juridictionnel spécifique et automatique sur le déclenchement de l'état d'urgence

Le laxisme du projet de loi constitutionnelle est d'autant moins acceptable qu'il n'organise aucun contrôle juridictionnel spécifique et automatique des conditions de la déclaration d'urgence et notamment de l'adéquation entre les circonstances qui la motivent avec celles qui en autorisent le déclenchement.

Certes le juge administratif peut être saisi à bref délai dans le cadre d'un référé-liberté ou suspension. Mais le contrôle qu'il exerce sur ce déclenchement est particulièrement insuffisant, comme le révèle la décision rendue par le juge des référés en novembre 2005. Il n'exerce, en l'état de la jurisprudence du Conseil d'Etat, qu'un contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation compte tenu du « *pouvoir d'appréciation étendu* » du Président de la République lorsqu'il décide, en conseil des ministres, de déclarer l'état d'urgence et d'en définir le champ d'application territorial (CE, réf., 14 nov. 2005, *Rolin*, n°286835). On ne saurait d'autant moins se satisfaire de la faiblesse de ce contrôle qui n'examine ni la nécessité ni la proportionnalité de la mesure, notamment l'adéquation entre les circonstances ayant provoqué la déclaration de l'état d'urgence et les moyens employés, que le juge du Palais Royal a estimé d'une manière large que la loi de 1955 a « *pour objet de permettre aux pouvoirs publics de faire face à des situations de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui constituent une menace pour la vie organisée de la communauté nationale* » (*ibid.*).

Ainsi, de simples émeutes urbaines qui avaient été canalisées au moment de la promulgation de l'état d'urgence ont pu justifier sa promulgation sur la quasi-totalité des grandes villes de la France métropolitaine. Il n'est pas manifestement disproportionné « *eu égard à l'aggravation continue 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* » (*ibid.*) Peu importe que la déclaration de l'état d'urgence n'était pas nécessaire sur l'ensemble du territoire métropolitain ou que la pratique suivie depuis l'adoption de la loi de 1955 conduit à limiter la mise en œuvre de l'état d'urgence à des situations de guerre civile ou de tentative de coup d'Etat. Peu importe que l'autorité de police n'ait pas épuisé tous les autres moyens à sa disposition en violation de principe de proportionnalité. Peu importe aussi que l'article 15 de la CEDH limite les dérogations à la CEDH en cas d'état d'urgence aux cas « *de guerre ou [...] d'autre danger public menaçant la vie de la nation* », compte tenu notamment des réserves faites par la France sur cette disposition au moment de la ratification de la convention en 1974. En outre passé les douze jours le décret de promulgation n'est pas contestable devant le juge administratif car le Conseil d'Etat estime qu'il est ratifié par la loi de prorogation (CE Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, n°s 286834 et 278218).

c. L'insuffisance du contrôle du juge administratif sur les mesures de police administratives prises dans le cadre de l'état d'urgence

Au surplus, le renvoi par le futur article 36-1 aux mesures de police administrative prend la forme d'une invitation faite au juge administratif de réaliser le contrôle le plus exigü qui soit.

Dans un premier temps, il légitime constitutionnellement la loi qui prescrit des mesures de police administrative. Or, d'une part, le juge administratif confine son contrôle à la vérification d'une illégalité manifeste lorsqu'il est question d'une mesure de police administrative qui laisse à l'autorité administrative le choix de la décider ou non (TA Versailles, 6 déc. 1995, n° 935282, *Chambre syndicale française de l'affichage c. Commune de Châtou* ; CE, 3 fév. 1975, *Ministre de l'Intérieur c. Pardov*, n° 94108 ; CE, 19 juin 2002, n° 221500, 221506, 221589). D'autre part, en application de la théorie de la loi-écran, le juge administratif s'estime incompétent pour effectuer un contrôle de constitutionnalité lorsqu'un acte administratif est pris sur le fondement d'une loi (CE, 6 nov. 1936, *Arrighi*, n°41221). Bien que le Conseil d'Etat ait récemment réaffirmé sa compétence naturelle quant au contrôle des mesures de police administrative même prévues par une loi ordinaire (CE, avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, 11 déc. 2015, § 11), ce rappel ne peut effacer l'enracinement jurisprudentiel de la théorie de la loi-écran associé au contrôle restreint des mesures de police administrative constamment réitéré par le juge administratif. La restriction du contrôle du juge trouve alors un double fondement, à la fois parce que l'article 36-1 fait des mesures de police administrative l'hypothèse exclusivement envisagée dans le cadre de l'état d'urgence – à défaut d'une référence aux mesures judiciaires –, et ensuite parce qu'il fait de l'origine législative d'une mesure de police administrative le principe. Cette hypothèse exclusive et ce principe seront hissés au niveau constitutionnel. Autrement dit, ce double fondement à l'amoin drissement du contrôle du juge administratif serait explicitement permis par la Constitution.

Dans un second temps, l'article 36-1 place le juge administratif sous une pression paralysante. C'est la conséquence du premier temps : le juge prête une attention très particulière à la source des actes administratifs. Lorsqu'un acte administratif est pris sur le fondement d'une loi ordinaire mettant en œuvre une disposition constitutionnelle, la loi et l'acte administratif qui l'applique sont autorisés à violer une convention internationale (CE, 30 oct. 1998, *Sarran et Levacher*, n° 200286 200287). Le crédit qu'accorde le Conseil d'Etat à l'origine constitutionnelle directe de la loi et indirecte de l'acte administratif est alors décisif dans la position du juge administratif. L'article 36-1 ne propose rien d'autre que de consacrer cette situation : le juge administratif est mis face à un acte administratif dont l'origine indirecte n'est autre que la norme suprême. Eu égard au poids que ce juge accorde à une loi légitimée par la Constitution, loi qu'il ne peut pas contrôler, la marge d'appréciation du juge est réduite : pour pratiquer un contrôle effectif des mesures de police administrative, il devra feindre d'avoir oublié que la Constitution est la norme qui conditionne la validité de toutes les autres, dont celle qu'il a à contrôler, et passer outre la hiérarchie des normes.

L'ampleur de l'influence de la norme dont est issu un acte administratif a d'ailleurs déjà fait ses preuves durant l'état d'urgence en vigueur depuis le 14 novembre 2015. De l'aveu des juges administratifs eux-mêmes, « *notre tâche devrait être de veiller à la proportionnalité de ces mesures. Mais (...) le juge administratif n'est (...) le garant de l'Etat de droit que pour autant que les lois l'y autorisent. Lorsque la loi (...) instaure un état d'exception dont la nature est d'éclipser des pans entiers de l'ordre constitutionnel et permet de déroger à nos principaux engagements internationaux (...), le pouvoir du juge est limité* » (« Etat d'urgence : des juges administratifs appellent à la prudence », *Mediapart*, 29 déc. 2015). Ainsi, c'est bien le fait que l'état d'urgence soit prévu par une loi, et que cette loi consacre les mesures de police administrative qui limite le contrôle du juge administratif sur ces dernières. Les décisions jusqu'à présent rendues en matière d'état d'urgence le confirment : de nombreux tribunaux administratifs saisis en référé-liberté sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative se contentent de contrôler l'illégalité manifeste d'un acte pour, finalement, en déduire que l'acte n'est pas manifestement illégal ou ne porte pas une atteinte « grave » aux libertés fondamentales (TA Nantes, 10 nov. 2015, n° 15010153 ; TA Cergy-Pontoise, 25 nov. 2015 ; TA Melun, 3 déc. 2015, n° 1509659 ; TA Nice, 8 déc. 2015). Et lorsque le juge administratif a le courage de suspendre une assignation à résidence, il la suspend également à l'issue d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (TA Nice, 18 déc. 2015). Pour apprécier l'urgence qui conditionne la compétence du référé-liberté, il vérifie l'« *imminence* » de cette urgence, terme qui ne figure pas au nombre des conditions de saisine du référé-liberté prévues à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (TA, Cergy, 28 nov. 2015 ; TA Melun, 8 déc. 2015, n° 1509962). Quand il ne se réfère pas à l'imminence, son contrôle ne semble pas pour autant celui d'une urgence classique. Ainsi a-t-il pu juger que l'assignation à résidence n'est pas, en elle-même, constitutive d'une situation d'urgence (TA Cergy-Pontoise, 3 déc. 2015, n° 1510467). Il est même arrivé que le juge du référé-liberté s'en tienne au « *contexte marqué par un risque particulièrement élevé d'attentats de grande ampleur visant la population français* » pour en déduire qu'il n'existe pas d'« *illégalité manifeste* » (TA Nantes, 10 nov. 2015, n° 15010153).

Le contrôle réalisé par le juge administratif vis-à-vis de mesures de police administratives issues de la loi s'avère extrêmement réduit, voire quasi-inexistant. Qu'en serait-il si ces mesures étaient issues de la Constitution ? La légitimité constitutionnelle ainsi conférée à de telles mesures leur font bénéficier d'une sorte de « présomption de constitutionnalité » dont le juge peinera, même avec toute la volonté qu'on peut lui reconnaître, à se démarquer de sa jurisprudence constante Sarran et Levacher, de sa théorie continuelle relative à la loi-écran, de son contrôle traditionnel des mesures de police administrative ou encore, plus spectaculairement, de la hiérarchie des normes.

Rappelons que l'absence de référence constitutionnelle aux mesures de police administrative n'empêcherait absolument pas une loi prorogeant l'état d'urgence d'inscrire de telles mesures. Dès lors, une telle référence est excédentaire, en ce qu'elle ne peut avoir pour effet que d'obliger le juge administratif à composer avec des mesures de police administrative réputées conformes à la Constitution, car légitimées par elle, et à contrecarrer un contrôle de proportionnalité que pourrait effectuer le juge d'une telle mesure par rapport au respect des droits de l'Homme. L'introduction de cet article 36-1 dans la constitution ne présente donc aucun intérêt en soi, alors même qu'il porte atteinte à l'Etat de droit et au respect des libertés et droits fondamentaux.

d. Un état d'urgence constitutionnel non limité dans le temps, au risque de l'état d'urgence permanent

Une divergence notable entre la loi de 1955 et le projet de loi constitutionnelle doit être relevée : alors qu'aux termes de l'article 3 de la loi de 1955 la loi prorogeant l'état d'urgence en fixe la durée « *définitive* » au-delà de douze jours, le projet de loi constitutionnelle prévoit seulement qu'elle « *en fixe la durée* » sans autre précision. On en déduira qu'alors que la loi actuelle ne permet en principe au législateur de proroger qu'une seule fois l'état d'urgence⁹¹, le projet de loi lui permet de le faire plusieurs fois et sans limitation de durée, ne plaçant ainsi aucun obstacle à l'instauration d'un état d'urgence permanent...

Au demeurant le projet de loi ne conditionne pas explicitement cette prorogation à la persistance des circonstances qui ont motivé la déclaration de l'état d'urgence initiale de telle sorte que des lois de prorogation successives pourraient non seulement installer durablement l'état d'urgence mais encore le faire même en l'absence de « *péril imminent* » résultant d'atteintes graves à l'ordre public, ou d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique.

L'état d'urgence ainsi constitutionnalisé dans des termes tirés de la loi de 1955 apparaît donc très insuffisamment encadré tant quant aux circonstances qui le justifieront que quant à son champ d'application géographique et temporel.

Il n'y a pas lieu, selon notre analyse, de fixer de délai maximum à l'état d'urgence dans la loi constitutionnelle. En effet si la Constitution fixait un terme définitif il serait d'une part compliqué de déterminer a priori quel terme devrait être retenu (3, 6, 12, 18 mois ?) et ce alors même que ce terme est très dépendant des circonstances ayant justifié le déclenchement de l'état d'urgence et d'autre part le législateur serait tenté d'utiliser systématiquement le délai maximum autorisé pour se prémunir de tout risque de n'avoir pas anticipé le risque.

Le projet de loi est bien plus inquiétant, encore, quant à la détermination et à l'encadrement des pouvoirs dont l'exécutif pourra user sous couvert de l'état d'urgence. Les termes dans lesquels l'alinéa 2 de cet article 1er du projet de loi renvoient à la loi ordinaire sur ce point lui assurent en effet une quasi impunité.

⁹¹ Dans la pratique cette disposition n'a guère été respectée dans la mesure où le Général de Gaulle a prorogé plusieurs fois l'état d'urgence sur des fondements divers (v. Frédéric Rolin, « L'état d'urgence », in : Bertrand Mathieu (dir.), 1958-2008 Cinquantième anniversaire de la Constitution française, Dalloz, 2008, pp. 611-619). Cela confirme qu'un mécanisme de loi d'application d'une loi est une absurdité du point de vue de la protection des libertés fondamentales dans la mesure où la loi de prorogation peut toujours venir amender la loi initiale et donc ne pas appliquer les conditions qu'elle fixe. La constitutionnalisation et le renvoi à une loi organique serait, de ce point de vue, un progrès puisque le législateur ordinaire ne pourrait plus changer la règle du jeu en cours d'état d'urgence.

e. **La constitutionnalisation « par renvoi à la loi ordinaire » : l'alinéa 2.**

Innovant par rapport aux dispositions de la loi de 1955 sur ce point, le projet de loi constitutionnelle renvoie à la loi ordinaire le soin de fixer « *les mesures de police administrative que les autorités civiles peuvent prendre pour prévenir [le] péril ou faire face [aux] événements* » ayant justifié la déclaration de l'état d'urgence.

On notera d'abord que le choix de renvoyer à une loi ordinaire par préférence à la loi organique prive *a priori* le dispositif des garanties que le recours à cette dernière procure : un examen parlementaire sur 15 jours au moins - ni expéditif, donc, ni perversi par l'émotion de l'instant - une majorité absolue à l'Assemblée nationale en dernière lecture et un examen de constitutionnalité imposé avant sa promulgation. Autrement dit, avec le renvoi à une loi organique il serait bien plus compliqué pour un Gouvernement de changer la règle du jeu de l'état d'urgence – et de l'Etat de droit – en cours de route.

On rétorquera peut-être, sur ce dernier point, que même à défaut de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel, le contrôle peut depuis 2010 être opéré par le biais de QPC susceptibles d'être déposées dans le cadre des contentieux auxquels donneront lieu les mesures (individuelles ou réglementaires) mises en œuvre par application de la loi. Ce serait méconnaître l'importance capitale d'un contrôle *a priori* et intégral du texte, par opposition au contrôle *a posteriori* et ponctuel qu'ouvre la QPC, s'agissant de l'usage de pouvoirs de police exorbitants susceptibles d'être exercés dans des délais qui privent de toute portée pratique une éventuelle annulation ultérieure de leur fondement textuel.

Il faut par ailleurs s'interroger sur la portée – au regard des effets normalement attendus de la constitutionnalisation - d'une disposition dont l'unique objet est de renvoyer au législateur le soin de définir les « *mesures de police administrative* » dont l'état d'urgence permettra la mise en œuvre. En d'autres termes, cette disposition laisse-t-elle intact le contrôle de constitutionnalité de la loi à venir ou cette « délégation de pouvoirs » expressément accordée au législateur par la loi constitutionnelle limite-t-elle par avance ce contrôle de constitutionnalité, au point même, le cas échéant, d'immuniser par avance la loi contre tout risque d'inconstitutionnalité ?

En faveur de la première hypothèse on pourrait retenir l'analyse du politiste Bastien François, qui écrivait : « *Ce n'est pas parce que la Constitution fixe un cadre que les lois qui le mettent en œuvre ne doivent pas être conformes à l'ensemble des droits fondamentaux garantis par la Constitution. La loi de 1955 modifiée, ou toute loi prise sur le fondement du futur article 36-1, pourra être contestée devant le Conseil constitutionnel. Le premier ministre a lui-même reconnu la fragilité constitutionnelle de certaines dispositions de la loi de 1955. Cette révision constitutionnelle n'y changera rien.* »⁹².

Pourtant tout indique au contraire que ce renvoi à la loi emporte bien ce que le Conseil d'État appelle, dans son avis sur le projet de loi constitutionnelle, un « *effet utile* » en donnant « *un fondement incontestable aux mesures de police administratives prises par les autorités civiles pendant l'état d'urgence* ». Sans aller jusqu'à imaginer qu'en l'état de ce « *fondement incontestable* » tout contrôle de constitutionnalité de la loi à venir serait par

⁹² B. François, La séparation des pouvoirs est mise à mal, Le Monde, 21 décembre 2015.

avance et par principe voué à l'échec, il semble bien qu'il aurait à tout le moins pour effet d'en limiter l'étendue et l'intensité.

II. « L'EFFET UTILE » DE LA RÉFORME : PRIVILÉGIER LES « NÉCESSITÉS OPÉRATIONNELLES » À LA PROTECTION DES LIBERTÉS.

Cette idée d'« effet utile » de la réforme constitutionnelle constitue le cœur et la seule vraie justification juridique de ce que le gouvernement attend de son projet de loi constitutionnelle. Elle est d'autant plus inquiétante qu'elle doit être corrélée avec l'idée validée par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel dans leurs jurisprudences de nécessités « opérationnelles »⁹³ justifiant, à rebours de l'arrêt *Benjamin* du 19 mai 1933, la restriction des libertés par des mesures de police administrative dès lors que les forces de police seraient susceptibles d'être mobilisés par la prévention de troubles à l'ordre public et donc entravés dans leur action contre le péril visé par l'état d'urgence.

1. « L'EFFET UTILE » DE LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE : UNE VALIDATION A PRIORI DES MESURES DE POLICE ADMINISTRATIVES EMPIÉTANT SUR L'OFFICE DU JUGE JUDICIAIRE

a. Un exposé des motifs qui dit les non-dits du projet de loi constitutionnelle

Aux termes de l'exposé des motifs, le Gouvernement insiste lourdement sur la nécessité de conférer un fondement constitutionnel à des mesures de police administrative qui viendront s'ajouter à celles que permet déjà la loi du 3 avril 1955, telle que modifiée par la loi du 20 novembre 2015 qui en a pourtant « *actualisé* » l'économie selon ses propres termes. Il indique tout d'abord que « *faute de fondement constitutionnel, cette actualisation est restée partielle* », ajoutant : « *Un tel fondement est en effet nécessaire pour moderniser ce régime dans des conditions telles que les forces de police et de gendarmerie puissent mettre en œuvre, sous le contrôle du juge, les moyens propres à lutter contre les menaces de radicalisation violente et de terrorisme* ».

Puis, revenant à nouveau sur les limites auxquelles il s'est heurté dans l'actualisation des dispositions de la loi de 1955 auxquelles il souhaitait procéder par le biais de la loi du 20 novembre 2015, il souligne encore que « *les mesures que cette loi, même modifiée, permet de prendre pour faire face à des circonstances exceptionnelles sont limitées par l'absence de fondement constitutionnel de l'état d'urgence. Le nouvel article 36-1 de la Constitution donne ainsi une base constitutionnelle à des mesures qui pourront, si le Parlement le décide, être introduites dans la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.* »

⁹³ Concl. X. Domino sur CE, Sect., 11 décembre 2015, Joël D. et a., n°394989.

Enfin, la volonté de surmonter les obstacles constitutionnels que rencontreraient actuellement les mesures de police administrative que le gouvernement souhaite pouvoir, à l'avenir, mettre en œuvre dans le cadre de l'état d'urgence transparaît clairement dans l'énumération des mesures qu'il se propose d'introduire dans la prochaine loi : « *Les mesures administratives susceptibles d'accroître l'efficacité du dispositif mis en place pour faire face au péril et aux événements ayant conduit à l'état d'urgence sont variées :*

- *contrôle d'identité sans nécessité de justifier de circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public comme l'exige en temps normal le Conseil constitutionnel (n° 93-323 DC du 5 août 1993) et, le cas échéant, visite des véhicules, avec ouverture des coffres ;*
 - *retenue administrative, sans autorisation préalable, de la personne présente dans le domicile ou le lieu faisant l'objet d'une perquisition administrative ;*
 - *saisie administrative d'objets et d'ordinateurs durant les perquisitions administratives ...*
- ».

Le Conseil d'État lui donne au demeurant raison en précisant à son tour, dans son avis susvisé, que le projet de loi de constitutionnalisation de l'état d'urgence « *permet au législateur de prévoir des mesures renforcées telles que le contrôle d'identité sans nécessité de justifier de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte imminente à l'ordre public ou la visite des véhicules avec ouverture des coffres* ».

Ainsi sont clairement exposés :

- la non constitutionnalité, en l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, des mesures qu'il est envisagé d'introduire dans la loi ordinaire à laquelle il est renvoyé ;
- la volonté de surmonter cet obstacle constitutionnel qui est au cœur du projet de loi de constitutionnalisation ;
- l'analyse selon laquelle les termes du projet de loi sont bien de nature à lever cet obstacle, autrement dit, sinon à neutraliser totalement le contrôle de constitutionnalité de la loi à laquelle il est renvoyé, du moins à en assurer par avance un contrôle allégé et « bienveillant ».

En renvoyant à la loi la détermination des « *mesures de police administrative* » qui pourront être mises en œuvre, le projet de loi en annonce, en creux, le caractère constitutionnellement régressif. Cette disposition confère aussi et surtout un label constitutionnel à la notion de « *mesures de police administrative* », dont la portée apparaît particulièrement inquiétante.

b. Un label constitutionnel à la notion contingente de « mesures de police administrative »

Le contraste est fort, en effet, entre le niveau hiérarchique de la norme qui consacre ces « mesures » et l'indétermination de leur contenu. Ainsi le législateur ordinaire se voit-il reconnaître une totale latitude dans la détermination de celles qui pourraient être nécessaires pour faire face aux périls imminents ou aux calamités publiques justifiant l'état d'urgence. Or, le champ couvert par ces mesures de police administrative apparaît extrêmement vaste. Il l'est tout d'abord au regard du critère – préserver l'ordre public et prévenir les infractions – qui permet de les distinguer des mesures de police judiciaire.

Mais il l'est a fortiori compte tenu des termes dans lesquels le conseil constitutionnel trace la frontière entre les deux types de mesures.

Pour le Conseil d'Etat la compétence exclusive du juge administratif sur ces mesures est tellement évidente qu'il a suggéré dans son avis du 11 décembre 2015 au Gouvernement de supprimer les mots « sous le contrôle du juge administratif » qui figuraient dans l'avant-projet de loi constitutionnelle car ils lui paraissaient « *inutiles* », pour ne pas dire superfétatoires, « *s'agissant de mesures de police administrative placées naturellement sous le contrôle du juge administratif* » (cons. 11).

Le Conseil constitutionnel ne lui a pas donné tort. Il a en effet jugé que l'assignation à résidence prise dans le cadre de l'état d'urgence fondées sur l'article 6 de la loi de 1955 modifiée relève de la seule police administrative et qui ne peut donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ». Maniant la distinction entre mesures restrictives de liberté et mesures privatives de liberté au sens de l'article 66 de la Constitution, le Conseil fournit une illustration frappante du caractère limitatif de la définition qu'il retient des privations de liberté – et, partant, de la portion congrue qu'il entend laisser au contrôle du juge judiciaire - dans les décisions par lesquelles il a statué sur les QPC dont il a été saisi dans le cadre des recours formés par des personnes visées par des mesures d'assignation à résidence. Il a pu considérer, en effet, qu'une assignation à résidence assortie d'une astreinte à domicile allant jusqu'à douze heures par jour ne relevait que des restrictions à la liberté d'aller et venir et non de sa privation (décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence], cons. 5). Il précise toutefois, de manière pour le moins incohérente du point de vue des principes, que la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile d'une assignation à résidence prise dans le cadre d'un état d'urgence ne saurait être allongée au-delà de douze heures par jour « *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* » (cons. 6). En effet de deux choses l'une : soit être enfermé chez soi plusieurs heures par jour sur décisions de l'autorité administrative constitue en tout état de cause une mesure privative de liberté et dans ce cas elle constitue une atteinte à la liberté individuelle devant être confiée à la garde du juge judiciaire soit elle ne l'est pas et dans ce cas-là il est incompréhensible que passer 12 heures elle le devienne subitement...

Ainsi l'ensemble du dispositif relevant de l'état d'urgence défini par la loi à venir sera-t-il réservé au seul contrôle du juge administratif, le contrôle du juge judiciaire n'ayant vocation à intervenir qu'au titre de mesures réellement privatives de liberté au sens particulièrement étroit où l'entend le Conseil constitutionnel sur le fondement de la lecture réductionniste de l'article 66 de la Constitution qu'il développe depuis 1999⁹⁴.

c. La soustraction de ces mesures à tout contrôle (a priori ou a posteriori) de l'autorité judiciaire

⁹⁴ L'article 66 alinéa 2 de la constitution ne conditionne pas la compétence du juge judiciaire à « privation » de la liberté individuelle mais, après avoir rappelé que « Nul ne peut être arbitrairement détenu », il fait de l'autorité judiciaire la « gardienne de la liberté individuelle ». En 1977 le Conseil constitutionnel avait même donné à ce principe la valeur de principe fondamental reconnu par les lois de la République.

S'il n'est pas question de hiérarchiser la qualité des interventions de l'un et l'autre des deux juges, force est de constater que celle du juge judiciaire présente au moins deux caractéristiques objectives qui donnent l'assurance d'un contrôle plus étroit et exigeant que ne peut l'être celui du juge administratif, indépendamment de la conscience, de l'indépendance et de l'impartialité avec lesquelles il l'exerce.

Le contrôle *a priori* qu'exerce le juge judiciaire en autorisant la mise en œuvre des mesures les plus attentatoires aux libertés se révèle tout d'abord par nature plus efficace et plus garantiste qu'un contrôle *a posteriori*, alors surtout que les mesures en cause sont de nature à produire des effets lourds, immédiats et durables.

Ensuite et surtout, la base textuelle sur laquelle s'appuie le juge judiciaire pour exercer ce contrôle *a priori* lui fournit sans aucun doute un levier de contrôle bien plus puissant que ne l'est celui que le juge administratif trouve lui-même dans les textes et les principes auxquels il se réfère. La définition stricte, par la loi pénale, des infractions dont il s'agit de rechercher les auteurs ou ceux qui s'apprêtent à les commettre est en effet à la source d'une première exigence forte lorsqu'il s'agit de déterminer s'il est justifié de soumettre la personne soupçonnée à une mesure privative de liberté. Le juge administratif, au contraire, n'en évaluera la nécessité qu'à l'aune d'une « menace », même non caractérisée, pour la sécurité et l'ordre publics, qui font figure de vastes fourre-tout.

Outre cette définition stricte de l'infraction qui constitue la boussole du juge judiciaire, la nécessité où il se trouve de s'assurer de l'existence d'indices graves ou concordants que la personne visée par la mesure de police « *a commis ou tenté de commettre une infraction* » constitue encore une exigence plus forte que celle qui permet, par exemple, de vérifier que l'assignation à résidence d'une personne est bien justifiée par des raisons sérieuses de penser « *que son comportement constitue une menace* » pour la sécurité et l'ordre publics, selon les termes de la loi du 3 avril 1955 telle que modifiée le 20 novembre 2015, la notion de comportement apparaissant particulièrement vague et floue.

Ainsi le législateur est-il laissé libre de doter l'exécutif de pouvoirs de police administrative gravement attentatoires aux libertés mais pour autant indéterminés dans leur nature et n'ouvrant qu'un contrôle juridictionnel amputé des moyens d'une réelle efficacité.

La même absence d'encadrement strict de la loi à venir affecte également l'adéquation entre les mesures que la loi mettra à la disposition des autorités civiles et la réalité des périls ou des calamités auxquels elles devront permettre de faire face. En confiant au législateur le soin de fixer les mesures de police administrative que les autorités civiles peuvent prendre « *pour prévenir ce péril ou faire face à ces événements* », le projet n'établit qu'une exigence de nécessité et de proportionnalité très ténue entre ces mesures et les événements dont il s'agit de juguler les effets. A nouveau, ce laxisme prive d'emblée le contrôle de constitutionnalité de la loi à venir des points d'appui ou des leviers permettant de s'assurer que le législateur n'aura recours qu'à des mesures incontestablement nécessaires et strictement proportionnées aux événements auxquels l'exécutif aurait à faire face.

Ainsi le renvoi à la loi ordinaire n'est-il nullement encadré quant à la détermination des mesures attentatoires aux libertés que le législateur pourra, dans le cadre de l'état d'urgence, mettre à la disposition d'un exécutif qui n'est lui-même pas mieux encadré quant aux conditions dans lesquelles il pourra recourir à cet état d'urgence.

d. Une constitutionnalisation qui accroît les prérogatives de l'administration.

L'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle initialement soumis au Conseil d'Etat mentionne explicitement l'objet de cet enracinement constitutionnel de la loi d'avril 1955 : autoriser l'adoption de nouvelles mesures de police. Il faut dès lors s'attendre à ce que la révision constitutionnelle soit immédiatement suivie de l'adoption d'une loi aggravant le régime de l'état d'urgence par l'adjonction de nouvelles mesures attentatoires aux libertés. Le contenu de ce texte n'est pas connu à ce jour. Seul l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle contient une ébauche de liste de ces dispositifs incluant des contrôles d'identité et fouilles de véhicules illimitées, des retenues administratives à l'occasion des perquisitions administratives et pour vérifications d'identité prolongées ainsi que des saisies administratives d'objets (autres que les armes et les saisies informatiques). L'exposé des motifs mentionne également des mesures d'escorte jusqu'au lieu d'assignation, de retenue pendant les perquisitions et d'assignations à résidence, qu'il qualifiait de « simples » restrictions de liberté. Enfin, il n'exclut pas d'introduire des mesures purement privatives de liberté, lesquelles auraient alors vocation à être placées sous le contrôle de l'autorité judiciaire.

L'étude des mesures d'application susceptibles d'être prises n'est pas aisée car largement conjecturale. L'agenda parlementaire peut néanmoins nous aiguiller. En effet, le gouvernement doit présenter en février en conseil des ministres un projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé et son financement, l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. Ce texte aurait vocation à être voté avant l'été. Sa lecture est éclairante dans la mesure où sa perméabilité avec l'état d'urgence est très forte. Sachant que le législateur examinera dans un premier temps la révision constitutionnelle, avant de se consacrer au projet de loi relatif à la procédure pénale, on peut émettre l'hypothèse que ces derniers débats serviront de filtre ou de boussole. Tous les dispositifs (notamment les pouvoirs exorbitants de l'administration en matière d'assignation à résidence, de contrôle ou de retenue administrative) qui auront été écartés du droit "commun" pour leur disproportion trouveront vraisemblablement leur place dans un projet de loi d'application de l'état d'urgence.

On peut donc, en référence au projet de loi en matière de procédure pénale, identifier en creux les mesures envisagées dans l'état d'urgence.

Les contrôles d'identité

Ni la loi du 3 avril 1955, ni la loi du 20 novembre 2015 ne contiennent de disposition étendant, durant l'état d'urgence, le régime des contrôles d'identité. L'exposé des motifs de la révision constitutionnelle laisse transparaître une volonté d'y intervenir : il apparaît que l'objet de la révision est de contourner la jurisprudence constitutionnelle du 5 août 1993 attachée à l'alinéa 3 de l'article 78-2 du code de procédure pénale qui

dispose : « *L'identité de toute personne, quel que soit son comportement, peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens* ». Le Conseil constitutionnel avait alors posé une réserve d'interprétation imposant à tout le moins que soient constatées des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public. Cette réserve existante est en réalité minime : elle prémunit uniquement contre un usage illimité (dans le temps et l'espace) des contrôles. Elle est de surcroît déjà très théorique, en l'absence de droit au recours effectif contre ces mesures ne faisant l'objet d'aucun formalisme, et insuffisamment garantiste puisque le contrôle est déconnecté d'un critère objectif et individualisé, tiré de la personne qui en est l'objet.

L'extension qui consisterait vraisemblablement à rendre possible pendant l'état d'urgence, en tout état de cause et en tout lieu, les contrôles d'identité, fouilles d'effets et de véhicule est extrêmement inquiétante. Elle contrevient tout à la fois à l'engagement politique visant à lutter contre les contrôles discriminatoires et aux principes posés par la jurisprudence européenne. Ainsi la Cour européenne des droits de l'Homme a-t-elle condamné le régime britannique de fouilles à l'entrée des lieux publics, introduit dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. La Cour, dans son arrêt *Gillan et Quinton c/ Royaume-Uni*, du 12 janvier 2010, a condamné l'imprécision du cadre de ces contrôles, laissant un large pouvoir discrétionnaire à l'autorité qui y procède, laquelle n'a pas à démontrer qu'elle agit sur la base d'un *soupçon raisonnable*. La motivation de la Cour évoque explicitement le « *grand risque d'arbitraire créé par l'octroi d'un large pouvoir discrétionnaire* ». La notion de *soupçon raisonnable* implique, pour la Cour qui en a notamment défini les traits dans un arrêt *Gusinski c/ Russie*, « *l'existence de faits ou renseignements de nature à pouvoir convaincre un observateur objectif que la personne concernée peut avoir commis une infraction* ».

L'ensemble de ces raisons conduit à rejeter la possibilité d'ordonner des contrôles d'identité illimités, même dans le cadre de l'état d'urgence. Au demeurant, l'inefficacité des contrôles indifférenciés a été démontrée, tout comme les effets délétères que leur usage discriminatoire produit dans le rapport entre citoyens et forces de police comme dans le sentiment d'injustice des minorités qui en sont victimes.

Les retenues et vérifications d'identité prolongées

Ni la loi du 3 avril 1955, ni la loi du 20 novembre 2015 ne contiennent de disposition permettant aux services de police de retenir contre son gré une personne - même visée par une perquisition administrative ou une assignation à résidence. L'exposé des motifs de la révision constitutionnelle fait référence à une évolution en ce sens.

Il est là encore complexe d'organiser une réflexion sur des conjectures, mais le projet de loi pénal anti-terroriste offre une vision utile. Ainsi, hors état d'urgence, le gouvernement entendrait-il introduire une procédure administrative de retenue d'une durée de 4 heures pour « *vérification approfondie* » par la consultation de divers fichiers. L'article 18 de ce projet de loi vise toute personne dont il existerait « *des raisons sérieuses de penser que son comportement est lié à des activités à caractère terroriste ou qu'elle est en relation directe et non fortuite avec une personne ayant un tel comportement* », alors même qu'elles ont justifié de leur identité. Les services de police seraient ainsi

dotés du pouvoir de retenir contre son gré une personne ayant justifié de son identité, l'information du procureur de la République - dont découlerait sa capacité de contrôle - n'étant que facultative.

Par extrapolation, on peut penser qu'une retenue spécifique à l'état d'urgence serait quant à elle fondée sur un critère encore plus large et flou, voire déconnecté de toute supervision par le procureur de la République (supervision ou contrôle qui au demeurant largement inexistant dans cas existants de retenue pour vérification de l'identité).

La privation de liberté, même temporaire, est réelle en matière de retenue. La dérive est dès lors marquée lorsque la retenue dépasse le cadre initial de l'intervention policière (l'établissement de l'identité) sans que soient requis des indices objectifs de la commission d'une infraction pénale, qui pourraient justifier un placement sous le régime de la garde à vue. L'article 5§1 de la CESDH impose pourtant que soient réunis des éléments de preuve suffisants pour justifier une arrestation et ne permet pas de détenir un individu au seuls fins de recueillir des renseignements mais exige une intention, au moins en principe, d'engager des poursuites.

Sur quel critère une personne qui justifie de son identité pourra-t-elle être privée de sa liberté pendant une durée de 4 heures ? Ces mesures, gravement attentatoires à la liberté d'aller et venir s'avèreront assurément chronophages pour les services de police et dépourvues d'efficacité. En effet, le contrôle du fichier des personnes recherchées (dit « FPR », qui regroupe des fiches justifiant juridiquement une interpellation et d'autres de nature purement informatives telles les fiches « S » pour sûreté de l'Etat) existe déjà. Quant à la présence sur un fichier distinct du FPR, elle ne saurait faire présumer une quelconque participation à un acte terroriste et ne constitue donc pas un élément suffisant pour une interpellation.

La retenue le temps d'une perquisition administrative relève de la même disproportion. Le critère actuellement retenu par la loi du 20 novembre 2015 pour recourir à ces perquisitions, *« 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 »* ne saurait être étendu à la privation de liberté, même temporaire, des personnes présentes ou résidant dans le domicile visé, dès lors qu'il n'existe pas contre eux des *raisons plausibles de soupçonner qu'ils ont commis ou tenté de commettre une infraction pénale*. Il ne serait pas plus légitime d'autoriser les services de police de saisir des objets dans le cadre de ces perquisitions administratives au-delà du cadre existant de la saisie judiciaire, lorsque les objets ont servi à la commission d'une infraction ou sont utiles à une enquête judiciaire sur cette infraction.

L'assignation à résidence

L'assignation à résidence a vu son dispositif déjà étoffé par la loi du 20 novembre 2015. Il n'est toutefois pas exclu qu'une aggravation de son régime soit envisagé par le législateur dans les suites de la révision constitutionnelle. Il est difficile de saisir précisément la modification visée. En effet, la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel a déjà largement admis cette atteinte à la liberté d'aller et venir et à la vie privée et familiale, sans même exiger un lien direct avec le motif du recours à l'état d'urgence, ni imposer des règles probatoires strictes. Au-delà, la jurisprudence a

développé une conception très laxiste de la privation de liberté en prétendant situer à 12 heures de cantonnement au domicile le seuil constitutif d'une privation de liberté (par opposition à une « simple » restriction de liberté).

S'agit-il de permettre d'alourdir le régime des assignations à résidence, de donner un fondement constitutionnel au dispositif de surveillance électronique introduit par la loi du 20 novembre 2015 par amendement parlementaire ? Ce dispositif, qui n'a pas été mis en œuvre à notre connaissance, pose un problème de principe s'agissant d'une mesure assimilée à un placement sous écrou, qu'elle vise à la privation de liberté ou au « pistage » par géolocalisation. La matière relève assurément du domaine d'intervention du juge judiciaire et le critère de mise en œuvre de cette mesure est insuffisant au regard du caractère massif de l'atteinte à la liberté individuelle.

Il apparaît en tout état de cause, à la lecture du projet de réforme de la procédure pénale en matière de terrorisme que le gouvernement entend introduire dans le droit commun un dispositif d'assignation à résidence à destination des personnes revenants de théâtres d'opération de groupements terroristes contre lesquels la justice n'aurait pas réuni d'indices graves ou concordants de participation à un acte - même préparatoire - terroriste. A fortiori, on peut en déduire une volonté d'étendre les mesures d'assignations à résidence relevant du cadre de l'état d'urgence.

L'approfondissement d'un régime administratif d'assignation à résidence, ignorant de la compétence naturelle du juge judiciaire issue de l'article 66 de la constitution, porterait pourtant une atteinte disproportionnée aux libertés que l'introduction - implicite - dans le texte constitutionnel ne saurait fonder.

2. UNE DANGEREUSE CORRÉLATION ENTRE EFFET UTILE DE LA CONSTITUTIONNALISATION ET NECESSITÉ OPÉRATIONNELLE

Dans sa décision du 11 décembre 2015, le Conseil d'Etat admet qu'il est possible de restreindre de manière importante la liberté d'aller et venir de militants par des assignations à résidence fondées sur la loi de 1955 modifiée non pas parce que ceux-ci représentent un risque pour l'ordre et la sécurité publics qui n'auraient pu être maîtrisés mais parce que, par ailleurs, "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" (CE, Sect. 11 décembre 2015, Joël D., préc. <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-11-decembre-2015-M.-H.-X>)

Il s'agit ici d'une consécration de la notion de nécessité "opérationnelle", selon l'appellation donnée par le rapporteur public Xavier Domino, qui nous paraît particulièrement pernicieuse et dangereuse pour les libertés fondamentales.

Comme il l'explique dans ses conclusions s'il ne doit pas exister de liens entre le trouble grave à l'ordre public ayant justifié le déclenchement de l'état d'urgence et les mesures

adoptées dans le cadre de celui-ci en revanche *"il doit bien [...] exister un lien, mais un lien non pas idéologique ou politique qui tiendrait à l'origine des troubles auxquels il convient de parer, mais plutôt un lien opérationnel ou fonctionnel, qui tient à l'ampleur de la mobilisation des forces de l'ordre qu'ils pourraient entraîner et à la nécessité de ne pas avoir à mobiliser par trop ces forces dans un contexte déjà difficile, où, rappelons-le, le péril est imminent.*

Les explications opérationnelles fournies en l'espèce par le ministre de l'intérieur sont à cet égard éclairantes de cette mobilisation particulière des forces de l'ordre que peut nécessiter un péril imminent. [...]".

Il ajoute, pour justifier et légitimer l'assignation à résidence de militants écologistes alors que l'état d'urgence visait à prévenir le maintien d'une menace terroriste que *"la particularité de cette période est encore accrue par la tenue de la COP21, dont certains soutenaient même qu'elle n'était pas possible ou pas opportune après le 13 novembre. Elle a conduit à la venue de milliers de personnes à Paris pendant toute la conférence et à une concentration exceptionnelle de chefs d'Etat et de gouvernement et de ministres. Elle a nécessité le déploiement de forces de protection particulières. Dès le 16 novembre, 2500 militaires, venant s'ajouter aux 4000 déjà prévus pour la COP21 avant les attentats, ont été déployer pour renforcer la sécurisation des secteurs sensibles, des lieux touristiques, des lieux culturels. Des interdictions de manifester ont vous le savez également été prises particulièrement pour les journées de lancement de la COP21 en présence des chefs d'Etat et de gouvernement, mais aussi autour des lieux de la COP21. Dans le même esprit, des interdictions de déplacement de supporters de football ont été prononcées pour la durée de la COP21, ainsi que des interdictions de séjours en certains lieux afin d'éviter la constitution de camps temporaires d'activistes pouvant servir de bases logistiques à des actions violentes en marge de la conférence. [...] Cette description nous paraît bien expliciter l'idée de lien opérationnel, ou de menace presque systémique que nous évoquions"*.

Le potentiel liberticide du recours à cette idée de nécessité opérationnelle des mesures de polices prises dans le cadre de l'état d'urgence apparaît très clairement dans une ordonnance rendue très récemment par le Tribunal administratif de Châlon-en-Champagne qui a refusé de suspendre un arrêté préfectoral interdisant aux supporters du club de Rennes et de l'ESTAC de se rassembler et de manifester au centre-ville des communes de Troyes et de Pont-Sainte-Marie. Dans sa décision, le juge des référés relève que " la Préfète de l'Aube s'est fondée, pour édicter la mesure contestée, d'une part sur l'importance du rassemblement de supporters attendu, en raison notamment de l'anniversaire de création de l'association de supporters rennais et de la volonté des supporters troyens de former un cortège pédestre en centre ville avant le match, et d'autre part, sur le contexte de menace terroriste élevée à la suite des attentats du 13 novembre dernier ayant justifié la proclamation de l'état d'urgence sur le territoire métropolitain par les décrets du 14 novembre 2015 visés plus haut, contexte qui impose une mobilisation exceptionnelle des forces de l'ordre sur leur mission prioritaire et limite la possibilité qu'elles en soient distraites pour d'autres tâches ; que par ailleurs, il est fait état de l'attente d'un nombre conséquents de visiteurs et de touristes dans les centres commerciaux dans l'agglomération de Troyes en cette période de soldes d'hiver" (TA Châlon-en-Champagne, 16 janv. 2016, n°1600072).

Le recours à cette notion de nécessité opérationnelle pour justifier le prononcé de mesures de police n'ayant aucun lien avec le péril ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence est évidemment totalement inacceptable dans un Etat de droit : on ne peut décider préventivement des mesures restrictives de libertés à l'égard de tous ceux susceptibles de troubler l'ordre social - activistes écolos, défenseurs des droits de l'homme, syndicalistes, sans-domicile, gens du voyage, Roms, vendeurs à la sauvette, supporters etc. - sous le seul prétexte qu'à un moment donné il n'y a pas suffisamment de forces de l'ordre disponibles pour prévenir l'ensemble de ces potentiels troubles. Avec ce raisonnement, il serait possible d'assigner tous les fauteurs de trouble potentiels à chaque événement important organisé en France (Euro de football, Jeux Olympiques, réunions de chefs d'Etat, etc.).

Cette logique du "lien opérationnel" est exactement opposée à la jurisprudence de principe en la matière : l'arrêt Benjamin du 19 mai 1933. Dans cet arrêt le Conseil d'Etat estime que "l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre". Ainsi, si un risque de trouble n'est pas en soi suffisamment grave - et c'est le cas s'agissant du prétendu risque qu'auraient représentés les activistes écolos durant la COP 21 - les autorités n'ont d'autres choix que de faire en sorte de protéger la liberté en adoptant les mesures de police nécessaires et proportionnées. Car dans une Etat de droit, la liberté est la règle et la restriction de police l'exception.

Ce glissement est d'autant plus inquiétant si on le corrèle avec une autre évolution jurisprudentielle récente : celle orchestrée dans l'affaire Dieudonné. Le Conseil d'Etat y admet, dans le prolongement d'autres jurisprudences (CE 5 janv. 2007, n° 300311, *Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c/ Association « Solidarité des Français »*, Lebon 1013), qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police administrative de prendre les mesures nécessaires, adaptées et proportionnées pour prévenir la commission des infractions pénales susceptibles de constituer un trouble à l'ordre public sans porter d'atteinte excessive à l'exercice par les citoyens de leurs libertés fondamentales (CE, réf., 9 janv. 2014, n° 374508, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume*; CE, 09 novembre 2015, *AGRIF et a.*, n° 376107).

Le risque hypothétique de commission d'une infraction pénale suffit donc à justifier une interdiction absolue d'exercice d'une liberté sur le fondement d'une notion aussi immatérielle et morale que la protection de la dignité de la personne humaine, comme composante de l'ordre public. On imagine bien le potentiel liberticide d'une telle jurisprudence dans le cadre de l'application d'une législation d'exception, telle que l'état d'urgence, qui elle-même constitue un déplacement des bornes normales de la légalité des mesures de police administrative.

III. LES MESURES DE « SORTIE EN ESCALIER » HEUREUSEMENT RETIRÉES DU PROJET DE LOI

Le projet de loi constitutionnelle adopté en conseil des ministres a été expurgé des mesures transitoires initialement prévues par le gouvernement dans son avant-projet soumis au Conseil d'Etat. Par un mécanisme assez complexe et mal défini, il était prévu que lorsque le péril imminent qui avait justifié la déclaration puis la prorogation de l'état d'urgence aurait cessé (par exemple, dans le contexte actuel, en l'absence d'attentats pendant trois mois), mais que demeurerait un risque d'attentat ou d'acte de terrorisme (et pas les autres motifs de péril imminent), les autorités civiles pourraient encore après la fin de l'état d'urgence :

- maintenir en vigueur les mesures individuelles prises durant la première période, éventuellement prorogée, de l'état d'urgence ;
- prendre de nouvelles mesures générales (notamment la réglementation de la circulation des personnes et des véhicules, la fermeture provisoire des salles de spectacles, des débits de boisson et des lieux de réunion, l'interdiction de certaines réunions) pour prévenir le risque subsistant.

Dans son avis du 11 décembre 2015 ce dernier a fort heureusement obtenu « la disjonction » de ces dispositions en faisant valoir que « dans l'hypothèse de la persistance d'un péril imminent pour l'ordre public, alors que n'auraient pas été réitérés les faits constitutifs des atteintes graves à l'ordre public à l'origine de la déclaration de l'état d'urgence, comme dans l'hypothèse, non envisagée par le Gouvernement, d'une catastrophe dont la cause aurait cessé, mais dont les conséquences conserveraient le caractère d'une calamité, l'objectif poursuivi pouvait être plus simplement atteint par l'adoption d'une loi prorogeant une nouvelle fois l'état d'urgence, tout en adaptant les mesures susceptibles d'être prises à ce qui est exigé par les circonstances » (cons. 14).

Dans la perspective des débats parlementaires, il a toutefois paru utile de s'y attarder pour mieux affirmer l'absolue incompatibilité de ce dispositif avec l'Etat de droit. Il s'agirait, tandis que le péril avait cessé mais que demeurait un risque d'acte de terrorisme, pour les autorités administratives de conserver deux types de prérogatives : le maintien en vigueur de certaines mesures de police administratives prises durant l'état d'urgence ainsi que le pouvoir d'ordonner de nouvelles mesures générales pour prévenir ce risque pendant une durée de six mois.

La particularité de cette « novation » juridique tient dans sa déconnexion assumée avec le péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public à l'origine du recours à l'état d'urgence. Le critère opérant dans cette prolongation des effets de l'état d'urgence mérite d'être examiné : le texte indique que les conditions seraient réunies « lorsque demeure un risque d'acte de terrorisme ». Il faut noter que le texte ne requiert ni imminence ni ampleur particulière du risque terroriste pour prolonger les effets d'un régime d'exception pendant une durée de six mois.

Or, les dérogations au régime de droit commun - comme aux obligations tirées de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme - sont par essence non seulement temporaires mais mises en œuvre « dans la stricte mesure où la situation

l'exige ». Compte tenu de l'ampleur des dérogations induites par l'état d'urgence, il n'est pas juridiquement concevable que ce régime d'exception se poursuive ou maintienne ses effets, fût pour quelques mois, sur la base d'un critère distinct - et en réalité moindre - de celui ayant justifié sa mise en œuvre.

L'introduction, dans le texte constitutionnel, de la notion de terrorisme - et plus encore de « risque d'acte de terrorisme » soulève en outre par elle-même un certain nombre de questionnements. D'abord, quant à sa portée - et donc sa proportionnalité - eu égard à la définition large des actes de terrorisme dans le droit français. Les articles 421-1 à 421-6 du code pénal listent ainsi l'ensemble des infractions de droit commun qui sont susceptibles de recevoir une qualification terroriste lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. Cette liste inclut notamment un nombre important d'infractions ne portant pas atteinte à l'intégrité physique ou à la vie. Elle comporte également une infraction spécifique, l'association de malfaiteurs à visée terroriste, caractérisée par l'existence d'une entente et d'un ou plusieurs actes préparatoires à l'un des délits ou crimes listés à l'article 421-1 et 421-2 du code pénal. Cette qualification est retenue dans la très grande majorité des enquêtes et informations judiciaires en matière de répression anti-terroriste. Elle se distingue nettement des infractions classiques du droit pénal par sa plasticité et par la faiblesse des exigences probatoires qui y est associée : ainsi, la preuve de la préparation d'actes terroriste peut y résulter de la seule démonstration d'une « entente » résultant de relations et de « faits matériels » non illégaux. En la matière, la jurisprudence ne requiert pas de la juridiction qu'elle spécifie l'action terroriste projetée - sauf à faire application de l'article 421-6 du code pénal qui qualifie criminellement l'association de malfaiteurs lorsque l'objet de l'entente consiste en un crime d'atteinte à la vie ou susceptible d'y porter atteinte.

Ainsi, la définition extrêmement vaste des faits relevant des actes de terrorisme tant dans la nature des actes, incluant des atteintes aux biens, que dans l'interprétation jurisprudentielle du mobile lié à l'intention de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, que dans la définition des faits matériels susceptibles de caractériser l'infraction rend son introduction indifférenciée dans la constitution hautement problématique.

Ces questionnements autour de la définition juridique du terrorisme se doublent d'un avertissement quant aux conséquences disproportionnées que le recours à ce critère emporterait alors que, par définition mais aussi à raison du contexte, la menace terroriste demeure diffuse, difficilement saisissable et vraisemblablement permanente. Le caractère nécessairement temporaire de l'état d'urgence renvoie au questionnement plus général sur le sens et l'efficacité de ce régime d'exception et, conjoncturellement, à son inadéquation fondamentale avec la menace terroriste, par essence déterritorialisée et diffuse. Ainsi, les mesures telles que l'assignation à résidence méritent-elles d'être appréciées sous un autre angle au vu de leur caractère temporaire : que servent-elles dès lors qu'elles ont vocation à s'étendre sur une durée limitée et à prendre fin en référence, non pas à une évaluation individualisée et propre à la personne visée mais à une évaluation générale du péril imminent ? L'examen de la sortie d'état d'urgence démontre clairement la pertinence, en matière de lutte contre le terrorisme, des dispositifs judiciaires tels que le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence sous surveillance électronique, voire la détention provisoire, dont la fin coïncide soit avec une

évaluation individualisé des critères du recours (dont un critère lié au risque de commission d'une infraction), soit avec l'examen du caractère suffisant des charges pour aboutir à un non-lieu ou à un renvoi devant une juridiction susceptible de prononcer une peine privative ou restrictive de liberté. Le cadre pénal est ainsi en capacité d'allier rapidité et longévité, dans une perspective individualisée de nature à assurer le caractère nécessaire et proportionné des atteintes aux libertés.

LISTE DES CONTRIBUTEURS

Syndicat de la magistrature (SM)

Syndicat des avocats de France (SAF)

Observatoire international des prisons (OIP)

La Quadrature du Net (LQDN)

Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s (GISTI)

Jeanne Sulzer et Charlotte Bernard, membres d'Amnesty International France

Serge Slama, Maître de conférences en droit public,

Jean-Philippe Foegle, Doctorant, Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Aurélien Camus, Docteur, Chargé d'enseignements

Kenza Belghiti Alaoui, Olivier Berlin Clarós, Laetitia Braconnier Moreno, Anaïs Gollanes, Nina Korchi, Anaïs Lambert, Etienne Lemichel et Matthieu Quinquis, étudiant.e.s du Master II Droits de l'Homme de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense