

# État d'urgence : quand le droit rencontre la crise

par Bertrand WARUSFEL  
*Professeur à l'Université de Lille (CRDP-ERDP), avocat au barreau de Paris*

En choisissant de consacrer son séminaire annuel pour 2016 à l'état d'urgence, l'Association française de droit de la sécurité et de la défense (AFDSD) n'a pas voulu sacrifier à la dictature de l'actualité, mais plutôt profiter de la réactivation de la loi du 3 avril 1955 aux lendemains des attentats de novembre pour étudier, à travers elle, les rapports complexes qu'entretiennent le droit et la crise<sup>1</sup>.

Notre collègue, le professeur Markus Kerber, qui a bien voulu ajouter la distance d'un regard allemand à nos débats français, a rappelé ici avec justesse la formule de Carl Schmitt : « Le cas normal ne prouve rien, l'exception démontre tout ; elle ne fait que confirmer la règle : en réalité, la règle ne vit que par l'exception ». En l'espèce, il me semble que la formule du sulfureux juriconsulte d'Outre-Rhin peut être mise en exergue de nos travaux sur l'état d'urgence. Car, au-delà des péripéties politiques et juridictionnelles qui ont agité l'après 13 novembre 2015, c'est bien à une réflexion de fond sur la façon de vivre démocratiquement la crise que ce séminaire nous a conduit.

Cette réflexion a, comme souvent, été marquée par l'ambivalence de nos réactions de juristes et de citoyens face à l'enchaînement rapide des discours et des décisions par lesquels l'État et ses plus hauts représentants ont choisi de répondre à la violence criminelle qui, par deux fois, venait de frapper notre pays et sa population. Si les critiques sur la mise en œuvre de l'état d'urgence ont été nombreuses, au point de justifier une réelle inquiétude sur l'avenir à moyen terme d'un droit d'exception dont l'état d'urgence ne serait que la manifestation la plus frappante, on ne peut cependant pas dissimuler le fait que la décision d'appliquer, une nouvelle fois, la loi de 1955 et d'en moderniser certains aspects nous a tout d'abord semblé justifiée, dans son principe.

---

1. Rapport de synthèse du séminaire, présenté en séance.



## 1. Une réaction juridique appropriée à la gravité des événements

Il pourrait paraître inconvenant de parler de satisfaction s'agissant des décisions urgentes et graves que le Gouvernement a dû prendre dans les heures et les jours qui ont suivi le 13 novembre. Pourtant, il faut reconnaître que le risque était grand de voir les plus hautes autorités de l'État sacrifier dans l'urgence à une tentation d'arbitraire. Ce l'était d'autant plus que nous avons tous été surpris, voire choqués, par l'affirmation répétée du Président de la République du fait que nous serions désormais « en guerre ». Avec Olivier Gohin, nous pouvons dire que « émotion n'est pas raison. Le monde n'est pas en guerre contre le terrorisme. Ce n'est pas la guerre, en France, depuis novembre 2015 » ; mais, on pouvait craindre qu'en franchissant ainsi, dans le discours, la frontière invisible qui sépare la paix du droit de la violence guerrière, le chef de l'exécutif nous fit basculer dans un en-deçà de l'État de droit.

C'est donc avec une satisfaction non dissimulée qu'il faut reconnaître qu'en décrétant en pleine nuit (et en conseil des ministres) l'état d'urgence, l'exécutif français a choisi, le 14 novembre 2015, de respecter le fond et la forme d'une réponse juridique appropriée à la violence extrême qui venait de frapper.

Comme le dit justement le doyen Vallar, les premiers textes de 2015 ont permis « une pleine application de l'exception », dès lors qu'il était clair que nous nous trouvions face à un « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » et que la prévention de nouvelles attaques terroristes massives conduisait à engager immédiatement des actions de grande ampleur, allant au-delà de ce que le fonctionnement habituel des forces de sécurité intérieure et de leurs conditions d'emploi pouvaient permettre en temps normal. Plutôt que décider, sous le choc de l'émotion, d'engager le pays dans l'aventure d'une répression arbitraire et sans droit, l'État a préféré « faire du droit autrement sans pour autant sortir du droit », selon les mots d'Olivier Gohin.

Cela devait être souligné d'emblée, tout comme il fallait rappeler – ainsi que l'a fait bien fait Jérôme Millet – qu'en choisissant de mettre en œuvre les dispositions de la loi de 1955 à laquelle le code de la sécurité intérieure fait toujours référence, l'exécutif a choisi d'ancrer sa riposte dans une histoire juridique et politique « semi-séculaire » en droit français, ce qui, là aussi, peut être salué. On sait, en effet, que recourir à l'application d'une norme préexistante qui s'est confrontée à la réalité des choses et que la jurisprudence a interprétée, vaut toujours mieux que fulminer en grande urgence, face à la crise, un texte qui sera nécessairement trop vite écrit, puis, souvent, bien mal appliqué. À ce sujet, nous avons compris que c'est à une note juridique préparée antérieurement par le SGDSN que l'on doit ce choix quasi-immédiat de recourir à l'état d'urgence. Rien que cela légitime les travaux méconnus de nos institutions de sécurité (et au premier rang de celle du boulevard de la Tour-Maubourg) qui tâchent, en permanence, d'anticiper les crises à venir et d'identifier les réponses opérationnelles et juridiques qu'il conviendrait d'y apporter. Voilà qui s'inscrit exactement dans la



définition que l'article L. 1111-1 du code de la défense donne, désormais, de notre sécurité nationale.

À la pertinence de ce premier choix, il faut ajouter le souci légitime d'apporter rapidement à la loi Bourgès-Maunoury les adaptations que réclamaient les nouvelles formes de menace auxquelles notre pays fait face aujourd'hui, et donc de profiter du texte prorogeant, une première fois, l'état d'urgence, au-delà des douze premiers jours, pour en moderniser les dispositions. Ce fut l'œuvre de la loi du 20 novembre 2015. Là encore. Jérôme Millet nous rappelle que ce fut fréquemment le cas dans l'histoire mouvementée de cette loi d'application exceptionnelle, ce qui lui fait dire que l'état d'urgence est un « régime éprouvé » par les différentes crises auxquelles est ainsi apportée une réponse : plusieurs épisodes de la guerre d'Algérie, affrontements en Nouvelle-Calédonie ou encore crise des banlieues en 2005.

Parmi les évolutions bienvenues dans la réforme de 2015, figure notamment l'affirmation, désormais explicite, de la compétence du juge administratif pour connaître des mesures prises sous couvert de l'état d'urgence et, en particulier, la possibilité, relevée par Olivier Renaudie, de le saisir par le biais du référé administratif, ce qui constitue une garantie effective de respect de la légalité et de protection contre les abus éventuels<sup>2</sup>.

Par ailleurs, la nouvelle rédaction de l'article 11 sur les perquisitions administratives a entouré la mise en œuvre de cette procédure spéciale de quelques précautions qui se rapprochent des modalités requises pour une perquisition judiciaire : avertissement préalable du procureur de la république, présence d'un officier de police judiciaire, présence de la personne visée ou de deux témoins, transmission du procès-verbal au procureur, possibilité pour l'officier de police judiciaire (OPJ) de constater une infraction. Enfin, il était bienvenu de mettre le texte en harmonie avec le nouveau contexte technologique, notamment en supprimant la possibilité de mesures de restriction sur la presse écrite et audiovisuelle. Au total, et pour reprendre l'appréciation de Christian Vallar, le législateur de novembre 2015 a voulu, à la fois, « la totale efficacité dans la lutte contre les menaces nouvelles et simultanément garantir que les mesures mises en œuvre puissent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel effectif ».

À en croire le témoignage du préfet Philippe Riffaut qui a en charge l'application des nouvelles dispositions dans toute la zone aéroportuaire de Roissy-Charles de Gaulle, les nouveaux pouvoirs conférés ainsi à la puissance publique se sont effectivement révélés utiles, en particulier en permettant une révision exhaustive de tous les dossiers d'habilitation d'accès et en donnant la possibilité à l'autorité administrative de procéder à grande échelle à la « levée de doute » concernant toutes les personnes considérées comme potentiellement à risques, celles que les procédures de police administrative normales n'auraient pas permis de contrôler

---

2. Nouvel article 14-1 de la loi du 3 avr. 1955 modifiée qui vise expressément le livre V du code de justice administrative.

individuellement alors que l'état d'urgence a notamment permis la perquisition simultanée de plusieurs milliers de casiers des personnels présents sur l'aéroport. Là où, aux dires de Markus Kerber, la législation fédérale allemande se traduit face à la crise (par exemple, celle des migrants, qu'il a évoqué, à titre de comparaison) par une inquiétante « impuissance publique », l'état d'urgence à la française, revu et corrigé en novembre 2015, aurait, au contraire, montré la réactivité et l'efficacité de l'État face à la menace terroriste.

Enfin, on n'omettra pas de relever un dernier sujet de satisfaction qui a réuni les différents intervenants de ce séminaire de l'AFDSD : celui d'avoir échappé à une révision qui aurait introduit, dans le texte constitutionnel, le principe même du recours à l'état d'urgence. On se souvient, pourtant, que ce fut la proposition présidentielle qui accompagnait la décision de remettre en vigueur l'état d'urgence et d'en moderniser les conditions. Le projet constitutionnel, présomptueusement dénommé « loi de protection de la Nation », associait également cette inscription de l'état d'urgence à une autre proposition – encore plus discutée – qui aurait permis de prévoir également, dans la Constitution, la possibilité de retirer la nationalité française à un binational ayant été condamné « pour un crime constituant une atteinte grave à la vie de la Nation »<sup>3</sup>.

Même si Olivier Gohin nous a justement rappelé que la mention de l'état d'urgence dans la Constitution avait déjà été proposée à deux reprises par les comités Vedel puis Balladur (par souci de parallélisme avec la mention de l'état de siège dans son article 36), beaucoup d'entre nous considérons – comme le professeur Christine Lazerges, présidente de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), – que cette reconnaissance textuelle aurait pu brider les possibilités de contrôle du juge administratif sur son application, sans rien ajouter à son efficacité. Tout le monde a finalement admis que le projet de révision de décembre 2015 (bloqué par le Sénat, en mars suivant), tel qu'il était rédigé, n'emportait aucun effet juridique supplémentaire, puisque la constitutionnalité de la loi de 1955 et du principe de l'état d'urgence avait déjà été, plusieurs fois, reconnue explicitement par le Conseil constitutionnel, et en particulier dans sa décision du 25 janvier 1985 puis dans les trois procédures QPC<sup>4</sup> de décembre 2015 et février 2016<sup>5</sup>.

Pour autant, l'application de la loi de 1955 modernisée, tout comme sa reconduction répétée depuis novembre 2015, font craindre pour la protection des libertés fondamentales et laisse pressentir un basculement possible vers un état d'exception permanent qui – au nom de la lutte contre le terrorisme – pourrait

3. Articles 1<sup>er</sup> et 2 du projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, déposé le 23 déc. 2015, Assemblée nationale, document n° 3381.

4. Question prioritaire de constitutionnalité (Const., art. 61-1).

5. Déc. n° 85-187 DC du 25 janv. 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* ; déc. n° 2015-527 QPC du 22 déc. 2015, *M. Cédric D* ; déc. n° 2016-535 QPC et n° 2016-536 QPC du 19 févr. 2016.

fragiliser l'état de droit dans notre pays, ce dont se sont fait largement écho différents intervenants du séminaire de l'AFDSD du 31 mars 2016.

## **2. Dérives dans l'application ou basculement vers un « État de sécurité » ?**

Comme toute législation, *a fortiori* lorsqu'elle est d'exception, appliquée dans l'urgence de la riposte à une crise, le recours aux dispositions de la loi du 3 avril 1955 a suscité des craintes et a engendré des incidents regrettables dans son application, en particulier lors de ses premiers mois.

Il n'était pas dans le propos du séminaire de l'AFDSD d'en dresser un panorama exhaustif et documenté alors que d'autres instances, et en particulier les commissions des lois des deux assemblées, ont en charge le suivi quotidien de l'application des mesures prises. Mais à plusieurs reprises, ont été évoqués certaines difficultés de sa mise en œuvre.

Ainsi – comme l'avait relevé la commission des lois dans son rapport de suivi – on a pu considérer que certaines des 27 assignations à résidence de militants écologistes, prononcées pendant la tenue de la COP 21 à Paris apparaissaient « manifestement disproportionnées » et sans lien direct avec le type de menaces terroristes qui ont justifié le recours à l'état d'urgence. Comme l'a souligné Olivier Gohin, « nombre d'assignations à résidence ou perquisitions administratives n'ont rien à voir avec la lutte nécessaire contre les terroristes réels ou même supposés, mais concernent des militants écologistes ou syndicalistes ou encore de mouvances radicalisées de gauche ou de droite dont l'exercice des droits d'expression, de réunion ou de manifestation ne constitue, par lui – même, ni une atteinte grave à l'ordre public ni même un risque d'une telle atteinte ».

Déjà dans son arrêt du 11 décembre 2015 renvoyant au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité sur le nouveau régime des assignations à résidence, sous l'empire de la nouvelle version de la loi de 1955, le Conseil d'État avait soulevé indirectement la question du lien entre le motif de mesure prise et celui ayant justifié le recours à l'état d'urgence, en notant que les dispositions du nouvel article 6 « de par leur lettre même, n'établissent pas de lien entre la nature du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à ce que soit déclaré l'état d'urgence et la nature de la menace pour la sécurité et l'ordre publics susceptible de justifier une mesure d'assignation à résidence », puis en soulignant que la QPC transmise portait sur les dispositions de l'article 6 « ainsi interprétées »<sup>6</sup>. Mais, le Conseil constitutionnel a choisi de valider ce nouvel article sans expressément répondre à la question, se contentant d'indiquer

---

6. CE, 11 déc. 2015, n° 395009.

que l'assignation à résidence et ses conditions « doivent être justifiées et proportionnées aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence » et renvoyant au juge administratif le soin de vérifier si cette articulation entre le motif de la mesure et ce qui a conduit à décréter l'état d'urgence était « adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit »<sup>7</sup>. On peut penser que la porte n'est pas, sur ce point, complètement fermée et qu'une mesure prise sur la base de la loi de 1955 pourrait s'avérer illégale si son motif précis de mise en œuvre apparaissait sans aucun lien avec les motifs d'ordre public justifiant l'état d'urgence.

Plus généralement, force est de constater que tant le juge administratif, saisi de recours au fond, que le juge constitutionnel, à nouveau sollicité s'agissant, cette fois, du régime des perquisitions administratives, n'ont pas hésité à sanctionner soit certaines mesures d'application, soit certains aspects de la loi elle-même. C'est ainsi qu'entre novembre 2015 et fin juin 2016, les juges administratifs ont suspendu 40 mesures, sur un total de 260 procédures de référé tandis que le ministère de l'Intérieur en abrogeait, de lui-même, 49 et annulé au fond 41 mesures, sur un total de 120 décisions<sup>8</sup>. De son côté, le Conseil constitutionnel a validé l'essentiel des dispositions du nouvel article 11 de la loi de 1955 sur les perquisitions, mais a censuré celle qui permettait de copier des données informatiques lors de ces perquisitions administratives, estimant qu'en la matière le législateur « n'a pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée »<sup>9</sup>.

Sur un autre aspect de la pratique française de l'état d'urgence, nous avons entendu les interrogations de Thierry Rambaud. De son point de vue, la réserve française formulée en 1974 lors de la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) selon laquelle les circonstances exceptionnelles, mentionnées à l'article 15 de la Convention<sup>10</sup>, doivent notamment se comprendre

7. CC, déc. n° 2015-527 QPC du 22 déc. 2015 préc., consid. n° 12.

8. Statistiques fournies par le Conseil d'État et publiées sur son site, au 18 juil. 2016.

9. CC, déc. n° 2016-536 QPC du 19 févr. 2016 préc., consid. n° 14.

10. L'article 15 de la Convention est relatif à la « dérogation en cas d'état d'urgence ». Il est ainsi rédigé : « 1. 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, 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 ». « 2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7 ». Les articles 2, 3, 4 (paragraphe 1) et 7 se rapportent respectivement au droit à la vie, à l'interdiction de la torture, à l'interdiction de tenir quiconque en esclavage ou en servitude et au principe de légalité non-rétroactive des peines. « 3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du



comme correspondant à celles prévues par la loi de 1955, pourrait être sujette à discussion, et donc – avec elle – la décision française d’informer le 23 novembre 2105 le Conseil de l’Europe de son intention d’user, pendant la période d’application de l’état d’urgence, de la possibilité de dérogation prévue par cet article 15.

Il fait remarquer que le motif de dérogation, prévu par cet article 15 (en l’espèce, non la guerre mais un « autre danger public menaçant la vie de la nation »), impliquerait, selon lui, une menace d’une intensité supérieure au simple « péril imminent résultant d’atteintes graves à l’ordre public », visé par la loi de 1955<sup>11</sup>. Il touche là le difficile sujet de la définition des régimes dérogatoires, ce qui nous renvoie plus largement à la question du périmètre de la nouvelle notion française de sécurité nationale, très proche, dans sa formulation, de celle de l’article 15 de la Convention<sup>12</sup>. Mais, cela pourrait également donner matière à un éventuel futur contentieux devant la Cour de Strasbourg<sup>13</sup>.

Pour le reste, différents aspects de la pratique administrative en période d’état d’urgence ont été soulignés et constituent autant de facteurs éventuels de dérive. Ainsi, tant Christine Lazerges qu’Olivier Renaudie ont évoqué le recours récurrent de l’administration à la production de « notes blanches » censées donner aux juges des indications sur les risques que feraient courir à l’ordre public les personnes qui font l’objet des différentes mesures d’exception prévues par la loi de 1955. Même si cette pratique avait été validée antérieurement par la jurisprudence fixée par le Conseil d’État dans son arrêt *Diouri* de 1991<sup>14</sup>, lui permettant ainsi de les soumettre au débat contradictoire et de les accepter alors comme élément de preuve<sup>15</sup>, on peut considérer cette évolution comme critiquable, notamment

---

Conseil de l’Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d’être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application ».

11. Dans le même sens, Anaïs Lambert et Laetitia Braconnier Moreno, « La marge de manœuvre de la France dans le déclenchement d’un régime dérogatoire aux libertés fondamentales, une dénaturation de l’article 15 de la CEDH ? », *Revue des droits de l’homme*, janv. 2016, selon lesquelles « en ce qui concerne l’état d’urgence, la situation de crise est ainsi constituée selon de larges critères, n’impliquant pas nécessairement que l’État soit en guerre ou que “la vie de la nation” soit menacée, comme l’exigent les termes de l’article 15 de la CEDH ».

12. Voir notamment Bertrand Warusfel, « La sécurité nationale, nouveau concept du droit français », in *Les différentes facettes du concept juridique de sécurité – Mélanges en l’honneur de Pierre-André Lecocq*, Lille 2, déc. 2011, pp. 461-476.

13. Sur le fait que la réserve française concernant l’article 15 CEDH n’empêche pas la Cour de contrôler la conformité des mesures prises durant son application au regard des obligations de la Convention, voir Alain Pellet, « La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l’homme », *RDP*, sept.-oct. 1974, p. 161.

14. CE Ass., 11 oct. 1991, *M. Diouri*, *Rec. p.* 939.

15. « Aucune disposition législative ni aucun principe ne s’oppose à ce que les faits relatés par les “notes blanches” produites par le ministre, qui ont été versées au débat contradictoire et ne sont pas sérieusement contestées par le requérant, soient susceptibles d’être pris en considération par le juge administratif » (CE, ..., 11 déc. 2015, ...).

du fait que ces documents sont anonymes et non référencés, ce qui en réduit la valeur<sup>16</sup>. Pour la présidente de la CNCDH (dont un avis de février 2016 évoquait déjà le sujet<sup>17</sup>), il faudrait au moins que ces notes soient datées et signées, ce qui paraît effectivement constituer le minimum de formalisme nécessaire à leur prise en compte devant une juridiction. Olivier Renaudie considère, cependant, que, par son seul contrôle juridictionnel, le juge administratif veille déjà à limiter les risques d'abus dans l'usage de ces notes blanches qu'il peut parfois considérer comme « comme dépourvus de valeur suffisamment probante pour pouvoir être pris en compte »<sup>18</sup>. On connaît effectivement plusieurs décisions ayant refusé de valider des arrêtés d'assignation à résidence sur la base d'une simple note blanche<sup>19</sup>.

Mais, c'est plus encore la prorogation dans le temps de l'état d'urgence<sup>20</sup> qui suscite la crainte d'un basculement d'une logique de réaction urgente à la crise à celle de l'instauration d'un droit d'exception permanent qui contaminerait le droit commun, tant en matière administrative que pénale. Le Conseil d'État avait déjà mis en garde le Gouvernement en ce sens, en rendant son avis sur la loi de reconduction le 2 février 2016 : « l'état d'urgence reste *“un état de crise”* qui est par nature temporaire. Ses renouvellements ne sauraient, par conséquent, se succéder indéfiniment ».

Comme le dit bien Olivier Renaudie, « sa prorogation répétée et son assimilation à un instrument pérenne de lutte contre le terrorisme n'ont pas seulement pour effet d'écarter de manière aussi durable, que regrettable, l'autorité judiciaire ; elles contribuent à banaliser ce qui doit demeurer une législation d'exception ». De son côté, Christian Vallar fait remarquer que l'état d'urgence a « pour la première fois, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 avril 1955, été simultanément déclaré sur l'ensemble du territoire métropolitain et la majeure partie des collectivités d'outre-mer ». Que ce soit donc dans le temps ou dans l'espace, on constate donc bien qu'en 2016, l'état d'urgence s'éloigne de plus en plus de la logique d'exception pour devenir une réalité commune et permanente.

Ce qui renforce encore l'inquiétude des juristes tient au fait qu'outre le maintien en vigueur durant plus d'une année, on assiste aussi, dans le même temps, à une mutation accélérée du droit et de la procédure pénale, en particulier s'agissant de la lutte contre le terrorisme et les grandes criminalités. Christine Lazerges a

16. Même le vice-président du Conseil d'État a fait remarquer que « une note blanche de 2015 ne suffit pas par elle-même pour qu'une personne soit toujours assignée à résidence en 2017 » (Jean-Marc Sauvé, « L'état d'urgence ne peut être renouvelé indéfiniment », *Le Monde*, 19 déc. 2016).

17. Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur le suivi de l'état d'urgence*, JORF n° 0048 du 26 févr. 2016.

18. CE ord., 2 févr. 2016, *M. C.*, n° 396570.

19. Voir notamment, TA Cergy-Pontoise, 15 janv. 2016 ; CE ord. 22 janv. 2016, n° 396116 ; CE ord., 9 févr. 2016, n° 396570.

20. Finalement reconduit une nouvelle fois par la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 jusqu'au 15 juillet 2016.



ironisé sur le fait qu'après avoir connu en ces matières « le code de procédure pénale bis, on se retrouve maintenant avec un code de droit commun lui-même contaminé » par une logique sécuritaire. De son côté, Farah Safi a décrit le juge d'instruction comme « enterré vivant » et démuni face à la montée des compétences du Parquet et a mis en lumière le développement préoccupant d'une logique répressive reposant essentiellement sur des « infractions de prévention ». Elle croit reconnaître la même évolution s'agissant des nouvelles compétences reconnues, depuis juillet 2015, aux services de renseignement et de leurs contrôles par le seul juge administratif<sup>21</sup>. À l'extrême, certaines des craintes exprimées pourraient tendre à la reconnaissance de ce que – avec Giorgio Agamben – certains appellent « l'État de sécurité »<sup>22</sup>.

**Pour conclure**, ce séminaire de l'AFDSD ne pouvait, en réalisant ce point de situation à peine quelques mois après son entrée en vigueur, avoir pour fonction de faire un bilan définitif de l'état d'urgence ni de proposer des alternatives ou des pistes de réforme. On a seulement voulu analyser le dispositif mis en œuvre et en comprendre les enjeux et les limites. On se contentera donc de terminer sur quelques remarques :

Tout d'abord, il me semble que l'opposition fréquemment mise en avant entre les rôles respectifs des juges judiciaires et administratifs en matière d'antiterrorisme et de sécurité nationale devrait être dépassée au profit d'une complémentarité bien comprise. Comme le note effectivement Olivier Gohin, « la police administrative n'est plus la prévention de l'atteinte à l'ordre public, mais la prévention de la commission d'une infraction pénale : la police administrative avance et comble tout l'espace qui sépare le trouble commis et l'infraction commise et la police judiciaire recule d'autant ». Farah Safi évoque, de son côté, le « concours de compétences » et la « difficulté relative au *“destin”* des renseignements recueillis par l'administration ».

Mais, cela ne veut pas dire, pour autant, que le juge judiciaire n'a pas une place essentielle à conserver dans la protection des libertés individuelles et l'encadrement des pratiques sécuritaires. Même sous l'empire de l'état d'urgence, c'est au juge pénal qu'il appartient d'apprécier la valeur des preuves recueillies, à l'occasion des perquisitions administratives. Cette appréciation – souveraine – des preuves invoquées par le Parquet est à distinguer du contrôle de la légalité des opérations administratives ayant permis leur collecte, qui reste entre les mains de la juridiction administrative, juge de l'activité des services publics, hors le fonctionnement de ceux de la justice et de la police judiciaire. Cela n'empêche

---

21. Pour une appréciation plus positive de la loi du 24 juil. 2015, en ce qu'elle renforce l'encadrement juridique des pratiques clandestines de renseignement, v. également notre article : Bertrand Warusfel, « La légalisation du renseignement en France (1991-2015) » in Sébastien Laurent et Bertrand Warusfel (dir.), *Transformations et réformes de la sécurité et du renseignement en Europe*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2016, pp. 187-213.

22. Voir par exemple, Giorgio Agamben, « De l'État de droit à l'État de sécurité », *Le Monde*, 24 déc. 2015.

pas que les interventions des deux ordres de juridiction puissent s'articuler entre eux : si la perquisition administrative est déclarée illégale, le juge répressif rejettera nécessairement les pièces qui avaient été recueillies à cette occasion alors qu'inversement, la validation de la procédure de perquisition administrative peut conduire le juge judiciaire à accepter de les prendre en compte.

Cette complémentarité devrait être prolongée dans le domaine du renseignement où la loi du 24 juillet 2015 a posé les premiers (et sans doute, encore trop modestes) jalons d'une « judiciarisation » des résultats du renseignement, en permettant à toutes juridictions de demander au Conseil d'État d'user de ses nouvelles prérogatives contentieuses pour statuer sur la légalité de la mise en œuvre d'une technique de renseignement (nouvel article L. 841-1 CSI). Ainsi, la possibilité désormais reconnue au juge administratif suprême d'accéder sans restriction aux informations classifiées des services de renseignement servira indirectement à éclairer le juge, notamment pénal, qui, quant à lui, demeure sans accès à ces mêmes informations<sup>23</sup>.

On pourrait même envisager que la vénérable théorie jurisprudentielle de la voie de fait dont le champ d'application a été beaucoup restreint et qui a perdu une grande partie de son efficacité depuis le développement des référés administratifs, puisse reprendre du service pour justifier, notamment, que toute atteinte manifeste à la liberté individuelle en matière de police et de renseignement administratif puisse donner lieu à la saisine d'un juge judiciaire.

Je voudrais, ensuite, insister sur le fait qu'il faut bien distinguer, au sein des dispositifs de sécurité nationale, ceux qui ont vocation à s'appliquer de manière permanente de ceux qui ne peuvent être mis en œuvre que ponctuellement et temporairement.

Si l'on veut en effet respecter en toutes circonstances la proportionnalité entre les menaces à contrer et les limitations aux libertés à subir, il faut établir également une balance entre l'étendue des mesures d'exception mises en œuvre et leur champ d'application dans l'espace et dans le temps.

Autrement dit, si des dérogations importantes à l'exercice de certaines libertés fondamentales (en particulier, celle d'aller et de venir ou celle du respect de la vie privée) peuvent être légitimement imposées durant un court délai, voire dans certaines zones précises du territoire national, il en va autrement lorsqu'on veut établir des mesures de sécurité préventives, applicables en tout et en tout lieu.

Cette distinction essentielle explique pourquoi nous pouvons à la fois considérer que le déclenchement de l'état d'urgence en novembre 2015 a été une réponse légitime aux menaces terroristes visant notre pays, tout en nous inquiétant de

---

23. Sur cet aspect méconnu de la loi du 24 juil. 2015, v. notre commentaire sous l'art. L. 841-1 in Olivier Gohin et Xavier Latour (dir.), *Code de la sécurité intérieure*, coll. Codes bleus, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2016 ; égal., François Fourment, « La loi "Renseignement" – le renseignement incident de commission d'une infraction et l'autorité judiciaire », *Gaz. Pal.*, 26 janv. 2016, n° 4.

voir qu'il pourrait se prolonger sur une trop longue période et affecter, non seulement les personnes en lien avec ces mêmes menaces, mais être également utilisé pour prévenir d'autres formes de désordres, sans rapport direct avec le terrorisme djihadiste.

Il est donc temps de refermer bientôt l'application du droit de crise pour revenir à celle d'un droit commun qui autorise, en tant que de besoin, la mise en œuvre – et sous le contrôle respectif des deux ordres de juridiction – de dispositions de sécurité nationale permettant de prévenir et d'entraver toute menace grave pouvant affecter notre société ouverte et démocratique.