

État d'urgence, terrorisme et sécurité intérieure : comment trouver la sortie ?

Synthèse

Jean-Éric Callon, *maître de conférences en droit public à l'université Paris-Sud*

David Lévy, *avocat au Barreau de Paris, ancien président du Barreau Pénal International*

Benjamin Oudet, *doctorant, université de Poitiers*

Marc-Olivier Padis, *directeur des études, Terra Nova*

Yves Trotignon, *analyste senior dans un cabinet de consultants en stratégie*

Alors que la menace terroriste se rappelle à nous, il est légitime de s'interroger sur les réponses qui lui ont été opposées ces dernières années, dans le souci à la fois de lutter plus efficacement contre ce fléau et de préserver au maximum nos libertés publiques et l'Etat de droit. Au cœur de ces interrogations figure naturellement l'état d'urgence. Formellement, il a pris fin le 1er novembre 2017, au lendemain du vote d'une loi sur la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (SILT). Les quatre premiers articles de cette loi s'inspirent cependant de dispositifs utilisés pendant l'état d'urgence : la possibilité de fermer un lieu de culte sur décision administrative, la création administrative de « périmètres de protection » permettant de sécuriser un lieu ou un événement en soumettant son accès à un filtrage, des « mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance » qui réduit en particulier les possibilités de déplacement, enfin des perquisitions administratives (appelées « visites et saisies ») permettant l'exploitation des données informatiques saisies.

Cela signifie-t-il que l'état d'urgence s'est, à cette occasion, définitivement installé dans le droit commun ? L'inquiétude est présente, tant ces mesures confient aux administrations des pouvoirs encadrés jusqu'alors par une supervision judiciaire. Si bien que les parlementaires ont prévu que les quatre articles mentionnés ci-dessus s'éteindront d'eux-mêmes en 2020. Ils prennent ainsi acte du caractère exceptionnel de ces prérogatives nouvelles confiées au pouvoir administratif. Les députés ont en outre décidé de poursuivre la tâche de contrôle parlementaire et d'évaluation de ces mesures instaurée pendant l'état d'urgence. Cette continuité du contrôle, pour bienvenue et rassurante qu'elle soit, confirme aussi que nous ne sommes sortis que de manière ambiguë de l'état d'urgence.

29 mars 2018

Avons-nous donc consenti un nouveau recul de l'État de droit sous le choc des attentats de 2015 ? La multiplication des lois antiterroristes (35 lois depuis 1986, soit près d'une loi par an, dont 9 dans les cinq dernières années) ainsi que la relative marginalisation du juge judiciaire sur les mesures antiterroristes durant l'état d'urgence font craindre le développement d'une logique de durcissement des textes qui, au-delà des cibles directes de la répression, finit par restreindre des libertés fondamentales (droit de réunion, droit d'aller et de venir, droit de manifester...). Le pouvoir politique, piégé par sa communication sur la nécessité de l'état d'urgence, a lui-même semblé dépassé par le mouvement qu'il a enclenché. Une fois déclaré, en novembre 2015, l'état d'urgence, qui devait rester temporaire et exceptionnel, s'est en effet prolongé deux ans.

Pourquoi le prix politique de la sortie de l'état d'urgence est-il apparu si élevé aux responsables politiques ? L'exécutif a eu raison de prendre au sérieux la menace que le terrorisme fait peser sur notre société. Celle-ci est en effet installée dans la durée et ne disparaîtra pas de sitôt. En l'absence d'une doctrine antiterroriste partagée, la défense de nos valeurs, et en premier lieu de l'État de droit, doit rester indiscutable. Nous revenons ici sur l'histoire de l'état d'urgence, le contexte de son déclenchement mais surtout sur les modalités de contrôle qui ont été prévues pour en limiter l'arbitraire : contrôle juridictionnel, contrôle constitutionnel et contrôle parlementaire. Celles-ci ont-elles été efficaces ? Quel bilan peut-on tirer de l'état d'urgence et de son contrôle ? Que faut-il en garder d'ici 2020 ?

Devant l'importance des enjeux de libertés publiques, on ne peut se contenter de la communication officielle annonçant des chiffres d'attentats évités. Au-delà de la poursuite des contrôles juridictionnel et constitutionnel, il nous semble prioritaire de renforcer et de développer le contrôle parlementaire. Celui-ci a fait l'objet d'initiatives intéressantes dans le cadre de la commission des lois de l'Assemblée nationale depuis le début de l'état d'urgence. La communication des chiffres des mesures de police administrative, le contrôle sur pièces et sur place, le suivi des procédures avec le Ministère de l'Intérieur amorcent la possibilité d'un contrôle parlementaire plus ambitieux et véritablement démocratique. Il convient également d'étendre le contrôle de l'action des services de renseignement, qui se trouvent davantage sollicités par l'exécutif dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. D'ici 2020, c'est l'ensemble de notre débat politique sur la lutte contre le terrorisme qui doit être mieux informé et mieux conduit, pour une plus grande garantie de l'État de droit.

SOMMAIRE

Introduction	4
1. Menaces nouvelles, réponses en construction	7
1.1. Terrorisme : une menace en transformation	7
1.2. Le contre-terrorisme et l'impératif d'anticipation : renseignement et surveillance entre logiques judiciaire et administrative	14
2. Le piège de l'état d'urgence.....	20
2.1. Rappel historique : l'empreinte de l'exception	21
2.2. Un bilan insatisfaisant.....	25
2.3 Une sortie ambiguë. Que reste-t-il de l'état d'urgence dans la loi SILT ?	29
3. Le contrôle juridictionnel.....	31
3.1. Le contrôle par les juges administratif et judiciaire	31
3.2. Contrôle constitutionnel	37
3.2.1. Souplesse et adaptation de la procédure de la QPC au contrôle de l'état d'urgence.....	38
3.2.2. Les droits et libertés garantis par la Constitution au prisme de la logique préventive de la loi relative à l'état d'urgence	39
3.2.3. La portée des abrogations prononcées par le Conseil constitutionnel.....	42
3.2.4. Importance des décisions du Conseil constitutionnel	43
4. Le contrôle parlementaire.....	45
4.1. La mise en place et le renforcement du contrôle parlementaire	45
4.2. Comparaison européenne	48
5. Propositions	53
Conclusion : des alternatives à l'urgence ?.....	58

INTRODUCTION

Novembre 2015 - novembre 2017 : pendant deux ans, la France est restée sous le régime juridique particulier de l'état d'urgence. Le déclenchement de cette procédure dérogatoire du droit commun, qui était tombée en désuétude (sauf une réactivation lors des émeutes de 2005), est intervenu le 14 novembre 2015, dans l'ombre des attaques terroristes du 13 novembre 2015. Un vote du Parlement a prolongé l'état d'urgence au-delà des douze jours décidés par l'exécutif le 20 novembre 2015 et, par la suite, cinq prorogations successives ont installé l'« urgence » dans la durée (19 février 2016, 20 mai 2016, 21 juillet 2016, 19 décembre 2016 et 11 juillet 2017).

En décidant de recourir à l'état d'urgence, le pouvoir exécutif a préparé un piège fatal, un piège politique dont il était lui-même l'initiateur et dont il n'est pas parvenu à trouver la sortie. Le pouvoir s'est placé dans la dépendance de sa communication politique : s'il fallait imaginer une réaction inédite pour une menace d'une nature nouvelle, comment pouvait-on en sortir dès lors que cette menace se révélait pérenne ? Nous avons alors observé un effet « cliquet » : sur le terrain de la sécurité, le dispositif dérogatoire s'est rapidement banalisé, au point de s'imposer comme une facilité largement utilisée dans les pratiques habituelles et dont on ne peut plus se passer. La manière même dont le nouveau pouvoir élu en juin 2017 a conçu sa sortie de l'état d'urgence a partiellement confirmé ce mécanisme puisqu'avec quelques aménagements il a conduit à transférer quatre dispositions issues de la loi de 1955 dans le droit commun (loi sur la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme/SILT du 30 octobre 2017).

Mais la difficulté à trouver une voie de sortie à l'urgence ne signe pas un échec du seul pouvoir exécutif. L'indigence du débat politique sur le sujet touche en réalité l'ensemble des acteurs. Il est vrai que les attaques terroristes ont créé une forme de désarroi. C'était d'ailleurs leur objectif. Ce désarroi provient de l'incertitude créée par ces actions violentes difficilement prévisibles et qui prennent en défaut l'action publique en matière de sécurité, tout au long de la chaîne qui va du renseignement à la prison, en passant par l'action militaire et policière et les procédures judiciaires. Cette chaîne complexe rend le sujet de la lutte contre le terrorisme très technique et touche une multiplicité de domaines, de la géopolitique aux mesures administratives de surveillance ou au contrôle de constitutionnalité. En outre, la lutte contre le terrorisme implique une importante action des services de renseignement, confidentielle par nature.

Mais la nouveauté, la technicité et la confidentialité n'expliquent pas tout. Elles ne peuvent conduire à se résoudre à la faiblesse du débat politique. Le Parlement a voté les premières prorogations de l'état d'urgence presque sans débat et dans une ambiance d'union nationale, lors de procédures accélérées (une seule lecture dans chaque chambre). L'unanimité démonstrative du Congrès à Versailles (16 novembre 2015) a elle aussi fini par piéger les responsables politiques. Elle a donné lieu à des annonces mal inspirées, comme celle de la déchéance de nationalité, qui a créé des divisions profondes dans l'opinion au lieu du sentiment d'unité escompté. Cette faiblesse du débat politique, en partie issue du déséquilibre institutionnel de la V^e République, exprime aussi une réticence des élus à s'emparer de la question technique et complexe de la lutte contre le terrorisme et, en réalité, du vrai malaise qui a parcouru le pays.

Malaise tout d'abord devant une décision qui devait manifester la capacité du pouvoir exécutif à se montrer à la hauteur du défi et qui laissait plutôt transparaître une forme de fébrilité. Malaise devant l'inadaptation souvent évoquée des dispositifs policiers de réponse à la violence terroriste. Malaise devant les reculs que nous avons consentis sur nos libertés publiques et privées. Malaise devant les surenchères sécuritaires et devant la légèreté avec laquelle on traitait l'État de droit. Ainsi, il n'y eut pas de commission d'enquête parlementaire sur l'action des forces de l'ordre au moment de l'attaque du Bataclan. Pas plus qu'il n'y eut de débat à la suite de la parution du rapport parlementaire du député Sébastien Pietrasanta qui a, parmi de multiples sujets, interrogé le manque d'efficacité des services de renseignement et pointé l'étonnant « millefeuille » de leur organisation¹. Des pays à forte culture parlementaire, comme les États-Unis (après le 11 septembre 2001) ou la Grande-Bretagne (après les attentats de Londres en 2005), ont vu des commissions d'enquête parlementaires obtenir de larges déclassifications de documents.

L'état d'urgence apparaît rétrospectivement comme une sur-réaction, hasardeuse et inadaptée, à l'événement, par crainte de mouvements incontrôlables de l'opinion, alors même que les grandes manifestations des 10 et 11 janvier 2015 avaient au contraire montré un grand sang-froid de la population. Aux yeux des responsables de l'exécutif, l'« union sacrée » de janvier se retourne brutalement quelques mois plus tard en risque de

¹ « Mieux anticiper la menace et combattre le terrorisme : les leçons des attentats de 2015 », Commission d'enquête, président Georges Fenech, rapporteur Sébastien Pietrasanta, Assemblée nationale, juillet 2016.

discordes, et de nouvelles dispositions s'imposent². Le refus des mesures d'exception affirmé par le Premier ministre devant le Parlement le 13 janvier 2015³ laisse place en novembre au choix de l'état d'urgence, qui conduit la France à déroger à certaines obligations de la Convention européenne des droits de l'homme⁴. Durant les premières semaines, ce choix ne fait guère l'objet de débat. L'examen des décisions du Conseil constitutionnel sur l'état d'urgence montre un premier temps d'hésitation (avec des premières décisions confortant l'état d'urgence) puis une progressive affirmation de la volonté d'encadrer plus nettement des mesures dont l'exceptionnalité se prolongeait⁵. De même, les décisions des juges administratifs ont progressivement constaté l'illégalité de certaines décisions préfectorales de police administrative. Parfois, la simple saisine du juge a entraîné le retrait immédiat de la décision par l'autorité administrative sans même que le juge ait à statuer.

Mais la réaction au déclenchement de l'état d'urgence ne doit pas s'apprécier seulement au regard du contexte émotionnel qui a suivi les attentats et de la difficile équation politique dans laquelle se trouvait un exécutif particulièrement impopulaire. Elle s'inscrit dans une constellation de mesures concernant la politique de sécurité. Celle-ci témoigne de changements d'équilibres de plus longue portée entre l'action administrative et l'autorité judiciaire, entre liberté et sécurité. Initié dès les années 1990, le plan Vigipirate reste désormais en permanence à un haut niveau d'alerte. Plus récemment, la mise en place de l'opération Sentinelle mobilise de manière coûteuse l'armée de terre pour rendre visible une présence armée dans nos rues. Cet objectif est d'ailleurs atteint puisque l'opinion la tient pour la partie la plus visible de l'état d'urgence, même si elle n'a pas de lien direct avec lui. Là encore, on observe un effet cliquet puisque, en dépit de résultats difficiles à établir⁶, le

² Le récit donné par le Premier ministre après coup énonce cette impression de la fin brutale de l'unanimité : « En janvier, les Français étaient sortis spontanément dans la rue le soir de l'attentat de *Charlie Hebdo* pour dire "on n'a pas peur". En novembre, les Français ont peur et ils sont en colère », *Le Monde*, 2 novembre 2017.

³ « Avec détermination, avec sang-froid, la République va apporter la plus forte des réponses au terrorisme, la fermeté implacable dans le respect de ce que nous sommes, un État de droit. [...] À une situation exceptionnelle doivent répondre des mesures exceptionnelles. Mais je le dis aussi avec la même force : jamais des mesures d'exception qui dérogeraient aux principes du droit et des valeurs », discours du Premier ministre à l'Assemblée nationale en hommage aux victimes des attentats, 13 janvier 2015.

⁴ En activant l'article 15-1 de la Convention européenne des droits de l'homme les 23 et 24 novembre 2015.

⁵ En 6 décisions, le Conseil constitutionnel a partiellement censuré les mesures de perquisitions et saisies administratives ainsi que des dispositions concernant le renouvellement des mesures d'assignation à résidence au-delà de douze mois.

⁶ Le 1^{er} octobre 2017, une patrouille de soldats du 1^{er} régiment étranger de génie a abattu un jihadiste qui avait attaqué et tué deux femmes dans la foule de la gare de Marseille. En vingt-deux ans de présence militaire dans les

dispositif se prolonge sans perspective de sortie⁷. En outre, la France a procédé, le 13 novembre 2015, au rétablissement des contrôles à ses frontières terrestres avec la Belgique, le Luxembourg, l'Allemagne, la Confédération suisse, l'Italie et l'Espagne. Ces contrôles ont été prolongés et renouvelés. Ils se justifient, selon les autorités françaises, par la lutte contre le terrorisme⁸. Enfin, les nouvelles lois sur le renseignement votées le 24 juillet 2015 et le 30 novembre 2015 changent aussi le contexte d'ensemble puisqu'elles permettent des écoutes et une surveillance de masse sans supervision judiciaire.

La France est finalement sortie de l'état d'urgence le 1^{er} novembre 2017 après le vote, l'avant-veille, de la loi sur la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (SILT). Celle-ci intègre quatre mesures issues de la loi de 1955 modifiée, si bien que la sortie de l'état d'urgence apparaît en trompe-l'œil : des dispositifs importants de l'état d'urgence irriguent désormais le droit commun. Cependant, le législateur a prévu une clause de rendez-vous en 2020. L'enjeu de la sortie de l'état d'urgence se transforme donc et se déplace vers l'évaluation de cette loi dans la perspective de 2020. Comment peut-on dès aujourd'hui préparer cette échéance ? Sur quoi une évaluation de la loi doit-elle porter ? Qui doit mener à bien cette évaluation ?

1. MENACES NOUVELLES, RÉPONSES EN CONSTRUCTION

1.1. TERRORISME : UNE MENACE EN TRANSFORMATION

Alors que l'État islamique, militairement vaincu en Syrie et en Irak, retrouve sa posture naturelle de mouvement insurrectionnel et terroriste, la menace jihadiste, en particulier en Europe et en France, n'a jamais été aussi élevée. Des arrestations d'individus ayant manifesté leur volonté de commettre des attentats au nom de la cause ont lieu régulièrement, et le ministre de l'Intérieur a indiqué, dans un entretien pour la presse régionale en janvier dernier, que 20 attentats avaient été déjoués en France en 2017 – contre 17 en 2016⁹.

rués, il s'agit de la première fois, selon un expert, qu'une attaque contre des civils est stoppée, voir Michel Goya, <https://lavoiedelepee.blogspot.fr/2017/10/les-gardiens-de-limpossible.html>

⁷ Voir Élie Tenenbaum, « La Sentinelle égarée ? L'armée de Terre face au terrorisme », IFRI, *Focus stratégique*, n° 68, juin 2016. Et Michel Goya, « Le piège de l'opération Sentinelle », 2 février 2017, <https://lavoiedelepee.blogspot.fr>

⁸ Voir par exemple les « Réponses du gouvernement français » au Haut-Commissaire aux droits de l'homme de l'Office des Nations unies à Genève, 27 novembre 2017, paragraphes 82 à 101.

⁹ *Le Progrès de Lyon*, 8 janvier 2018.

La persistance de cette menace, malgré l'importance des moyens mobilisés pour la combattre, notamment dans notre pays, n'est que la manifestation la plus visible d'un phénomène qui, depuis son apparition, ne cesse de défier les États. On ne peut en sous-estimer l'ampleur ni la persistance. Les chiffres diffusés depuis des années et le nombre croissant de crises, locales ou internationales, dans lesquelles des islamistes radicaux sont impliqués donnent le vertige.

Si le débat historique sur les origines du jihadisme ne fait que commencer, il n'existe en revanche guère de voix discordantes dès qu'il s'agit de qualifier l'ampleur du phénomène. Depuis 2013, plus de 2 400 Français ou résidents dans notre pays ont intégré les filières jihadistes à destination du champ de bataille syrien, sur un total de plus de 7 500 Européens. Ces individus, qui ont dans leur majorité rejoint les rangs de l'État islamique plutôt que ceux d'Al-Qaïda, sont d'abord les héritiers, très nombreux, d'une mouvance née en France au début des années 1990 à la suite de la guerre civile algérienne et qui s'est, très naturellement, glissée dans les réseaux mondiaux nés plus de dix ans plus tôt à l'occasion de la guerre d'Afghanistan.

Le jihad n'est pas un feu de paille

Au Sahel, en Asie du Sud-Est, au Pakistan ou au Yémen, les jihadistes agissent à la fois au nom d'une cause englobante et de motifs bien plus locaux. Le jihad français n'échappe pas à cette règle, déjà ancienne, et les réseaux à l'œuvre sont constitués de plusieurs générations de terroristes, aux parcours divers, et dont les motivations couvrent un large spectre.

Depuis 2012, les affaires traitées par la justice française révèlent, comme dans d'autres États occidentaux, les motifs multiples des terroristes islamistes. Se rencontrent ainsi, pêle-mêle, causes mondiales – défense de la communauté musulmane face aux agressions extérieures, revanche contre des puissances coloniales ou impérialistes, lutte contre des régimes « impies » (dans l'ensemble du monde musulman) – et causes plus personnelles ou relevant du contexte français. Les combinaisons, en réalité, sont infinies et défient les tentatives de définir un profil-type du jihadiste.

Les liens variés entre les jihadistes français et les grandes causes de l'islamisme radical combattant participent du *continuum* qui caractérise le jihadisme. Il s'agit, en effet, de mener une guerre défensive partout où ses adeptes la jugent nécessaire. Chacun peut donc s'y retrouver et apporter une cause à défendre, et c'est cette mécanique que l'on voit

à l'œuvre en France depuis plusieurs années. Les frères Kouachi, auteurs au nom d'Al-Qaïda dans la Péninsule arabique (AQPA) de l'attentat du 7 janvier 2015 contre *Charlie Hebdo* puis de la prise d'otages de Dammartin-en-Goële, le 9 janvier suivant, étaient ainsi sous l'influence de Djamel Beghal, un proche des réseaux d'Al-Qaïda arrêté en 2001 aux Émirats arabes unis, et de Smaïn Aït Al Belkacem, l'artificier du Groupe islamique armé (GIA) algérien impliqué dans les attentats de 1995 à Paris...

Les enquêtes conduites après les attentats de 2015 ont, de surcroît, confirmé la nature de la mouvance jihadiste, faite de strates successives – et poreuses – de réseaux plus ou moins anciens et parfois incomplètement démantelés. Les services de sécurité ont ainsi, très rapidement, pu démontrer l'existence de connexions entre les auteurs des attentats du 13 novembre 2015 et une cellule de jihadistes français active au Caire en 2009. Ces derniers voulaient à la fois frapper en France, dans la continuité de la vieille haine qu'entretiennent les islamistes radicaux à l'encontre de notre pays, et rejoindre les réseaux d'Al-Qaïda en Irak, près de deux ans avant l'onde de choc des printemps arabes et quatre ans avant la proclamation du Califat par Abou Bakr al-Baghdadi, le 29 juin 2014 dans un territoire à cheval entre la Syrie et l'Irak.

Les attentats de Paris et de Saint-Denis ont tragiquement illustré la fusion, au sein d'une même narration, le « jihad mondial », des motivations de jihadistes francophones et de la volonté de l'EI de frapper en France après le début des opérations en Irak et en Syrie contre ses positions. Cette convergence d'intérêts, au nom d'une cause commune, n'est pas propre à la France mais elle prend dans notre pays des proportions considérables en raison de son histoire récente. Après l'épisode algérien, dans les années 1990, puis la première séquence du jihad irakien, entre 2003 et 2009, la guerre civile syrienne, depuis 2011, a fait naître une nouvelle génération de terroristes, qui se mélange, à son tour, aux précédentes pour donner naissance à de nouveaux réseaux.

La complexité de ces derniers, faits d'un enchevêtrement de parcours personnels et d'impulsions d'organisations extérieures, constitue un défi majeur pour les services de sécurité. Comme jamais dans leur histoire, ils doivent affronter une menace à la fois interne, exercée par des cellules locales, autonomes ou guidées, et externe, représentée par des réseaux extérieurs projetant (selon une formule utilisée par les services français) vers le territoire national des opérationnels plus ou moins chevronnés.

Le jihad, ici et ailleurs

Le *continuum* du jihad, en effet, n'est pas seulement idéologique, il est aussi pratique. Les États doivent ainsi adapter leur réponse à la menace terroriste aussi bien en faisant évoluer leurs outils sur leur territoire qu'en conduisant parfois des opérations militaires dans les zones où sont implantés les centres de commandement des groupes. Ces derniers, après tout, sont capables de mener de façon indiscriminée des actions clandestines et des opérations de combat. Al-Qaïda et ses déclinaisons régionales ou l'État islamique n'établissent ainsi pas de nette différence opérationnelle entre les zones de guerre, en Syrie, en Irak, en Afghanistan, au Sahel ou dans le Sinaï et les pays « en paix ». Pour les chefs jihadistes, toutes les cibles sont légitimes, et seuls comptent les effets politiques attendus des attaques ou des attentats.

Ce *continuum* est favorisé par la grande faculté d'adaptation des jihadistes. Cette caractéristique a conduit les services de sécurité à accorder une attention particulière aux volontaires partant combattre sur ce qu'on appelle, depuis une quinzaine d'années, « les terres de jihad ». L'inquiétude, ancienne, n'a fait que grandir depuis 2003 et l'apparition des filières de combattants à destination de l'Irak. Elle est désormais au cœur des préoccupations des autorités en raison du nombre très élevé de jihadistes partis en Syrie et en Irak depuis 2012. Le passage par des terres de jihad est, en effet, essentiel. Les volontaires vont, dans leur écrasante majorité, y combattre et ils vont surtout y acquérir une aura et intégrer des cercles de vétérans. Depuis 2014, nombre d'attentats ou de projets terroristes commis dans les pays de l'UE ont été le fait d'individus ayant effectué des séjours plus ou moins longs en Syrie ou en Irak, essentiellement au sein de l'EI. La tendance, cependant, s'inverse depuis quelques mois, et le centre d'analyse du terrorisme (CAT) notait dans son rapport consacré au jihadisme en Europe en 2017¹⁰ que « sur les 94 individus impliqués dans des attentats, tentatives et projets d'attentats au sein de l'UE en 2017, 9 % avaient séjourné sur les théâtres d'opérations en Syrie et en Irak ». Cette évolution confirme la montée en puissance de la menace purement interne.

Connectés à ce mouvement ou à certaines de ses figures, parfois même en mission, les jihadistes observés en France comme en Allemagne, en Suède, en Belgique ou au Royaume-Uni n'ont rien de loups solitaires. Ce constat, établi de longue date par les services spécialisés, a finalement été pris en compte par la presse et la plupart des

¹⁰ Disponible ici : <http://cat-int.org/index.php/2018/01/23/terrorisme-dans-lunion-europeenne-bilan-2017/>

responsables politiques. La nature même de la mouvance jihadiste fait que les terroristes ne sont jamais totalement seuls, même s'ils peuvent avoir été recrutés à distance, notamment sur Internet.

Les services de sécurité, longtemps habitués à lutter contre des organisations pyramidales, ont éprouvé bien des difficultés à s'adapter au fonctionnement de ces réseaux, moins centralisés et laissant à leurs membres une grande autonomie opérationnelle. Il est ainsi apparu que les campagnes militaires conduites contre les groupes terroristes ne produisaient pas rapidement d'« effet retour » en sécurité intérieure – alors qu'il s'agit de l'objectif fixé par les responsables politiques quand ils décident de l'emploi de la force contre des groupes jihadistes. Au Yémen, par exemple, la longue campagne de harcèlement d'AQPA par les États-Unis, déclenchée en 2010, n'a produit ses effets que tardivement et n'a pas empêché le groupe de continuer à modifier ses modes d'action. En Syrie et en Irak, les opérations de la coalition bâtie par Washington, si elles ont progressivement décimé la hiérarchie de l'organisation et contribué à son recul, n'ont pas fait disparaître la menace. Les attentats commis en Europe depuis plusieurs mois ont, à cet égard, confirmé la capacité du mouvement, à l'instar de celle d'Al-Qaïda, à fonctionner selon une organisation à la fois décentralisée et évolutive, laissant aux opérationnels déjà sur place l'initiative de leurs actions.

La victoire ? Quelle victoire ?

Paradoxalement, les victoires militaires remportées contre l'EI ont même de dangereuses conséquences. En premier lieu, face à l'effondrement désormais attendu du groupe, un nombre croissant de jihadistes choisit de quitter la Syrie et l'Irak pour gagner d'autres théâtres d'opération. La défaite de l'EI ne les a pas nécessairement convaincus de l'inanité de son projet politico-religieux, et leur attachement au jihadisme n'est généralement pas entamé. Ils représentent donc une menace d'autant plus sérieuse qu'ils sont aguerris et qu'ils ont à cœur de venger leur califat, vaincu et disloqué, mais qui s'est déjà promis de renaître.

Cet effondrement annoncé exaspère par ailleurs les sympathisants du mouvement, qui voient dans les opérations occidentales, russes, arabes ou iraniennes contre l'EI, la plus éclatante démonstration d'un complot mondial contre les « vrais croyants ». Le risque d'action de représailles, non pas organisées par l'EI mais simplement validées par lui, est donc en hausse. La pression militaire et sécuritaire sur les deux rives de la Méditerranée a

cependant des conséquences. Les « revenants » sont traqués, et les infiltrations en Europe par les routes migratoires, si elles sont possibles, n'en restent pas moins très hasardeuses.

L'EI, qui s'appuie sur une petite communauté de jihadistes expérimentés, bénéficie surtout de la disponibilité de ses sympathisants. Ceux-ci, au sein de petites cellules ou de réseaux périphériques, n'ont qu'à suivre les appels à agir régulièrement lancés sur les réseaux sociaux ou sur les messageries chiffrées et à mettre en application les modes opératoires conseillés aussi bien par l'EI que par AQPA et disponibles sur Internet. Ce jihad des sympathisants, qualifié de « *jihad open source* » par les idéologues, suit la stratégie des groupes sans consommer leurs ressources, réservées aux projets plus complexes et plus ambitieux.

Persistance de la menace

La menace jihadiste, qui s'était manifestée en Europe en 2015 et 2016 par des attentats de grande ampleur (Paris, Nice, Bruxelles, Berlin) après les alertes de 2014 (Bruxelles, Joué-lès-Tours), a progressivement évolué vers des attaques souvent plus modestes. Si la tendance à utiliser des moyens rudimentaires (armes blanches, véhicules...) s'est confirmée, ce qui retient désormais l'attention est le nombre croissant d'États touchés.

Les attentats de Paris et de Bruxelles avaient conduit certains observateurs trop pressés à avancer que la francophonie ou une supposée pratique francophone de la politique pouvaient être à l'origine du jihadisme¹¹. Cette hypothèse, qui reposait sur une analyse biaisée et incomplète des faits, avait été rapidement démentie par les travaux scientifiques, avant d'être sèchement contredite par les faits. L'attentat de Berlin, le 19 décembre 2016, qui venait après une série d'arrestations au Royaume-Uni, puis ceux de Londres, Manchester et Barcelone ont confirmé que les ressorts de la menace jihadiste étaient bien plus complexes que ce qui pouvait être avancé parfois publiquement et échappaient aux explications intuitives.

À cet égard, l'année 2017 est venue en Europe, une nouvelle fois, infirmer bien des certitudes. L'efficacité tant vantée des services de sécurité britanniques a été prise en défaut par les jihadistes à trois reprises au printemps (sans même parler d'un attentat

¹¹ « The French Connection », un article paru sur le site Internet de *Foreign Affairs* après les attentats de Bruxelles en mars 2016 sous la plume de deux chercheurs de la Brookings Institution fait un lien de causalité entre francophonie et radicalisation. Voir sur ce point « Y a-t-il un djihad français ou francophone ? », Yves Trotignon, dans *Le Monde* du 23 mai 2016, http://www.lemonde.fr/idees/article/2016/05/23/y-a-t-il-un-djihad-francais-ou-francophone_4924786_3232.html#PTXkMiJOdXA5vMpz.99

d'extrême droite contre les fidèles d'une mosquée), et le *community policing*, à l'œuvre depuis des années, par exemple à Birmingham ou Manchester, a montré qu'il ne constituait pas une garantie contre la radicalisation. En Espagne, les attentats de l'été 2017 ont mis en évidence des failles inquiétantes au sein d'un dispositif de sécurité au bilan jusque-là exemplaire. La cellule à l'origine de ces attaques a, par ailleurs, impressionné par son organisation. Alors qu'en Europe la tendance observée depuis des mois était celle d'actions isolées, commanditées ou non par les instances dirigeantes de l'État islamique, les attentats du mois d'août en Espagne ont été le fait d'un véritable réseau aux caractéristiques rappelant celles des années 1990 : cellule construite autour de relations personnelles anciennes, présence d'un référent religieux, liens avec des générations précédentes de jihadistes, faible utilisation d'Internet, recours à des explosifs confectionnés.

Ce retour à des pratiques organisationnelles anciennes (cellules familiales ou fondées sur des amitiés) n'a pas fait fi des évolutions opérationnelles récentes. Les terroristes de Barcelone et de Cambrils, armés et qui avaient essayé de fabriquer des bombes, ont utilisé des véhicules-béliers.

Cette cellule peut ainsi être vue comme une inquiétante synthèse, contredisant, là encore, bien des certitudes acquises. Ces jihadistes étaient socialement insérés, ne souffraient d'aucune pathologie mentale et n'étaient pas tous des repris de justice. L'accumulation récente d'actions réalisées par des terroristes isolés (France, Belgique, Finlande, Russie, Royaume-Uni) avait fait dire que le jihad n'était décidément, du moins en Europe, que le fait de marginaux un peu simples d'esprit et sans réelles compétences techniques. C'était oublier que les services de sécurité ne cessent de démanteler des cellules ambitieuses, parfois sur le point d'agir (Strasbourg/Marseille en 2016, Marseille et Moscou en 2017) – sans même parler des attentats ratés (Paris, été 2017) et des hasards heureux (découverte d'une planque à Villejuif au mois de septembre 2017).

Peut-être la taille ou les projets de ces cellules constituent-ils des vulnérabilités qui conduisent à des arrestations, ce qui expliquerait les actions isolées, conçues comme des pis-aller. Ce constat est cependant trop optimiste. D'une part, le nombre élevé d'attaques isolées illustre les difficultés des services de sécurité à les détecter à temps – il crée par ailleurs un sentiment d'insécurité de plus en plus vif, déconnecté de la réalité des pertes humaines. Même peu ou pas efficace, le jihad mené en solitaire produit d'indéniables effets

politiques. D'autre part, le retour de jihadistes aguerris (même en très petit nombre) en provenance des territoires perdus de l'EI, encore signalés par Interpol à la fin du printemps 2017, fait craindre des attaques de grande ampleur, complexes et innovantes. Les deux menaces se combinent et contribuent à saturer les services, chargés à la fois d'affronter des réseaux professionnels et de détecter les menées de microcellules locales.

D'autres certitudes doivent également être combattues. Les attaques jihadistes ne peuvent être mécaniquement liées à l'histoire des pays visés. L'Allemagne n'a pas de passé colonial au Moyen-Orient, sans parler du Danemark (2015), de la Suède ou de la Finlande (2017). Les explications simples ne suffisent jamais à expliquer les phénomènes complexes, et le recours à la chronologie est un premier moyen de détruire les idées reçues.

Les récents attentats sont ainsi expliqués par les défaites successives de l'EI en Syrie et en Irak et le recul du groupe. Cette thèse n'a rien d'absurde, et il est manifeste que les sympathisants du mouvement ont à cœur de frapper pour venger la disparition du califat. Il faut cependant se souvenir que les premiers attentats commis en Europe par des membres ou des sympathisants de l'EI datent de 2014 (Belgique, France), au moment où l'organisation, après avoir défait l'armée irakienne, avait pris le contrôle de vastes territoires en Irak et en Syrie et gouvernait des millions d'individus. Il était alors difficile de voir, dans l'attentat du Musée juif de Bruxelles, une vengeance. En 2012, lors de l'affaire Merah, il aurait également été très hasardeux d'assimiler les assassinats de Toulouse et de Montauban à des « ripostes ». La menace terroriste née de l'idéologie jihadiste n'obéit pas à des règles simples, voire prévisibles, et c'est bien ce qui incite certains États à multiplier les initiatives législatives.

1.2. LE CONTRE-TERRORISME ET L'IMPÉRATIF D'ANTICIPATION : RENSEIGNEMENT ET SURVEILLANCE ENTRE LOGIQUES JUDICIAIRE ET ADMINISTRATIVE

Il est désormais acquis que la lutte contre le terrorisme mobilise plus que toute autre les outils du renseignement. Depuis les Livres blancs sur la défense de 2008 et 2013, la fonction de « connaissance et anticipation » est reconnue comme la première fonction stratégique devant la dissuasion, la protection, la prévention et l'intervention¹². Elle est désormais considérée comme un outil légitime et central des politiques de défense et de sécurité.

¹² Livre blanc défense et sécurité nationale, 2008 et 2013, La Documentation française.

Le contre-terrorisme : une « guerre du renseignement »

Mais cette reconnaissance ne va pas sans heurts alors que les problématiques de la surveillance font peser une interrogation inquiète sur la protection des libertés individuelles – notamment après les « révélations » Snowden – et l'émergence potentielle d'un État de surveillance internationale¹³. Interrogations d'autant plus troublantes que les réformes du contre-terrorisme et les débats sur la pertinence de l'état d'urgence renvoient, comme le remarquent Olivier Beaud et Cécile Guerin-Bargues à « ce qui demeure l'ADN de l'État français : la raison d'État¹⁴ ».

C'est que, depuis la fin de la guerre froide, le renseignement a changé de statut. Il ne sert plus uniquement à définir les grandes orientations diplomatico-stratégiques centrées sur les menaces militaires mais il devient aussi un outil de sécurisation des populations¹⁵. Il n'y a pas de menace qui ne relève naturellement du ressort du renseignement. Tout enjeu est susceptible à un moment ou un autre de mobiliser le renseignement s'il devient un enjeu de sécurité nationale et donc de faire l'objet d'un traitement particulier. Dès lors, La constitution d'un « renseignement de sécurité intérieure¹⁶ », orienté vers la population, doit bénéficier d'un encadrement juridique afin d'en instaurer la légitimité, surtout au moment où le renseignement n'est évoqué dans le débat public qu'à partir de l'émotion soulevée par les révélations sur les pratiques de surveillance de masse, notamment par les agences de renseignement américaines¹⁷. Par ailleurs, il faut aussi remarquer que les réformes du contre-terrorisme mobilisent de nombreux pans d'action de l'État, qu'il s'agisse du renseignement, mais également des forces de police et de gendarmerie, de l'action judiciaire ou administrative. Il est d'autant plus difficile d'en restituer l'orientation générale que les équilibres institutionnels et les logiques d'action semblent remis en cause sous la pression de la menace terroriste, générant un « stress » institutionnel, analysé par Antoine

¹³ Mireille Delmas-Marty, « Conclusion. État de droit, État de surveillance, surveillance sans État ? » dans Marc Touillier (dir.), *Le Code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, Paris, Dalloz, 2017.

¹⁴ Olivier Beaud et Cécile Guerin-Bargues, *L'État d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, 1^{re} édition, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016.

¹⁵ À ce propos, voir le Livre blanc sur la défense de 1994.

¹⁶ Philippe Hayez, « Le renseignement et le retour de l'exigence de sécurité intérieure », université Panthéon-Assas Centre Thucydide, *Annuaire français de relations internationales*, 2016.

¹⁷ Pour une approche de la distinction entre les deux activités, voir Benjamin Oudet, « Les espions n'ont-ils rien de mieux à faire que de nous surveiller », dans Sonia le Gouriellec (dir.), *Notre monde est-il plus dangereux ?*, Armand Collin, 2016.

Garapon et Michel Rosenfeld¹⁸. Comme le remarque Marie Goupy dans ses analyses historiques, la proclamation de l'état d'urgence est l'occasion d'une renégociation des équilibres institutionnels¹⁹.

Dans un contexte marqué par la permanence de la menace, le terrorisme a des effets structurants pour les appareils de sécurité, qui doivent adapter leurs méthodes et leur organisation. L'intégration en juin 2017 du Centre national de contre-terrorisme (CNCT) au Conseil national du renseignement (CNR) chargé de la coordination de toute la « communauté du renseignement » atteste de la priorité donnée à la menace terroriste. Mais il faut noter que le terrorisme n'est pas la seule menace que doivent affronter les services de renseignement. Par exemple, la Direction générale de la sécurité extérieure française (DGSE) a également pour mission de « rechercher et d'exploiter les renseignements intéressant la sécurité de la France, ainsi que de détecter et d'entraver, hors du territoire national, les activités d'espionnage dirigées contre les intérêts français afin d'en prévenir les conséquences ». D'où une interrogation sur la pertinence de ne concevoir la réforme du renseignement qu'au prisme de la seule menace terroriste, malgré le consensus politique établi sur la priorité de celle-ci.

L'ancien directeur du National Intelligence Council américain, Gregory Treverton, note que la difficulté de la réforme du renseignement face au terrorisme vient d'une relative indétermination de la nature de cette menace. Alors que la guerre froide proposait un cadre de pensée plutôt clair sur la menace – étatique, bureaucratique, territoriale – le terrorisme impose de repenser profondément le référentiel dans lequel est organisé le fonctionnement des services, qu'il s'agisse de la collecte d'informations par l'articulation du renseignement humain et technique ou du mode de production des analyses à destination des décideurs²⁰.

Deux grands thèmes se sont imposés dans la réflexion sur la réforme du renseignement après les attentats du 11 septembre 2001. C'est d'abord l'idée qu'il est nécessaire d'impliquer les sciences humaines et sociales dans la compréhension du phénomène : la réforme du renseignement ne peut se concevoir sans une compréhension suffisante de cette menace, c'est-à-dire savoir ce qu'il y a à savoir. Dans la logique du renseignement, aucune méthode d'analyse ou de collecte d'informations ne peut être mise en place en

¹⁸ Antoine Garapon et Michel Rosenfeld, *Démocraties sous stress - Les défis du terrorisme global*, Paris, Presses Universitaires de France, 2016.

¹⁹ Marie Goupy, *L'État d'exception. Crise du libéralisme et usages de la crise*, CNRS, 2016, p. 42.

²⁰ Gregory F. Treverton, *Intelligence for an Age of Terror*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2011.

l'absence d'une compréhension de la menace, en termes politiques, idéologiques, culturels, capacitaires, etc.

Il s'agit en outre de rompre désormais avec le fonctionnement cloisonné et vertical des services de renseignement et ce que G. Treverton a analysé comme la « tyrannie des silos ». L'ambition générale est de passer du « besoin de connaître » (*need to know*) au « besoin de partager » (*need to share*), c'est-à-dire de promouvoir la coopération domestique interservices et la coopération internationale, face à des menaces pour lesquelles le grand jeu du renseignement n'est désormais plus « un jeu à somme nulle²¹ ». L'impératif de coopération est lié à la nécessité de repenser la méthodologie de l'analyse du renseignement ; ce que la littérature académique a retenu par l'idée de « relier les points » (*join the dots*). En France, la création formelle d'une « communauté du renseignement » en 2014 rationalise la structure et met en œuvre cette ambition, quand, dans le même temps, l'Académie du renseignement (créée en 2010) promeut une culture du renseignement partagée entre les services.

La réponse contre-terroriste impose un renforcement du renseignement intérieur et un fonctionnement transversal et coordonné des services de la communauté française afin que l'État unifie son action. Au-delà des réformes relatives à l'organisation du renseignement, c'est le partage d'informations et le travail en commun qui se développent. Le processus de coordination entre services est un enjeu prioritaire. Cela se traduit notamment par la multiplication des officiers de liaison entre les différents services ainsi que des structures communes ou de mutualisation. L'efficacité d'un service n'est plus uniquement liée à la valeur des analyses qu'il transmet à son ministre de tutelle mais dans son apport à l'évaluation interservices et toutes sources de la menace. C'est le sens de la réforme du renseignement engagée en 2008 par la création d'un Conseil national du renseignement et la nomination d'un coordinateur national du renseignement (CNR) auprès du président de la République, dont le rôle est aujourd'hui de coordonner l'action contre-terroriste et de s'imposer comme le point de convergence des analyses des services, qu'il s'agisse des dimensions géopolitiques, criminalistiques ou stratégiques, comme le précise l'actuel coordinateur Pierre Bousquet de Florian²².

²¹ David Omand, *Securing the State*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

²² Pierre Bousquet de Florian, « La coordination du renseignement et de la lutte anti-terroriste », *Diploweb*, 10 janvier 2018.

L'impératif d'anticipation : le renseignement entre logiques administrative et judiciaire

À chaque attentat, la pression publique qui s'exerce sur les responsables politiques et les forces de sécurité est la même : a-t-on tout fait pour éviter ces événements ? Il apparaît difficile pour des élus et des décideurs publics de s'en tenir à la formule consacrée selon laquelle « il n'existe pas de risque zéro ». On attend des pouvoirs publics qu'ils puissent intervenir et neutraliser les terroristes avant qu'ils ne frappent. L'impératif d'anticipation est un puissant vecteur de transformation de la division fondatrice du modèle de police française²³. En effet, la police administrative, placée sous l'autorité du préfet, vise à prévenir toute atteinte à l'ordre public, quand la police judiciaire se concentre sur une mission répressive. La première doit donc anticiper les désordres tandis que la seconde n'intervient en principe qu'après la commission d'une infraction.

Or, la menace terroriste pousse les pouvoirs publics à anticiper davantage, à détecter et à neutraliser une menace portée par des individus avant tout passage à l'acte, ce qui les conduit à s'appuyer sur le renseignement et la police administrative. Dans un contexte d'urgence et de forte pression politique, l'action répressive de la police judiciaire et de la justice pénale paraît moins adaptée à ces priorités nouvelles, alors même que ce sont les procédures judiciaires qui offrent les garanties les plus fortes du point de vue des libertés individuelles.

Qu'elles s'intéressent à la loi renseignement du 24 juillet 2015, qui accorde aux services de renseignement la possibilité d'utiliser légalement des techniques de collecte d'information jusque-là réservées à la police judiciaire ou aux deux années d'état d'urgence (novembre 2015 - octobre 2017), les analyses juridiques convergent pour noter un changement des équilibres en faveur d'un renforcement des pouvoirs de la police administrative. Pour de nombreux observateurs, la loi renseignement et le recours à l'état d'urgence signent la marginalisation de l'autorité judiciaire²⁴. L'impératif d'anticipation agit comme un puissant vecteur de transformation des relations entre l'administratif et le judiciaire au détriment de cette dernière. Ainsi, la mission de détection, d'entrave et de

²³ Raphaële Parizot, « La distinction entre police administrative et police judiciaire est-elle dépassée ? » in *Le Code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, op. cit., p. 133-145.

²⁴ « La lutte antiterroriste et l'État de droit », table ronde avec Michel Debacq, Antoine Garapon, François Saint-Bonnet et Bertrand Warusfel, *Esprit*, septembre 2017, n° 437.

neutralisation confiée aux services de renseignement rencontre la vocation de la législation pénale à « saisir au vol les projets terroristes en germe²⁵ ».

Le débat juridique fait, par ailleurs, le constat d'une indétermination quant au régime de droit le plus pertinent pour apporter une réponse efficace. Nombre de juristes relèvent le manque de cohérence quant à la construction des « blocs de compétence » et la détermination précise de ce qui ressort du renseignement et de l'administratif ou de la procédure pénale pilotée par le juge judiciaire. Ce qui fait peser une indétermination sur le contrôle des mesures entreprises dans le cadre de l'état d'urgence et partiellement normalisées par la loi du 30 octobre 2017²⁶. Ce qui fait défaut, ce sont « les outils qui permettraient une articulation plus efficace entre le renseignement et le judiciaire. Il manque une cohérence qui permette à la règle spéciale d'être compatible avec les autres règles du droit commun²⁷ ». La sortie de l'état d'urgence accompagnée de la loi SILT du 30 octobre 2017 opère une normalisation, sans répondre pourtant au sentiment de déséquilibre qui saisit nombre d'observateurs²⁸.

Il faut comprendre que, sous la pression de la violence terroriste, un changement d'équilibre s'opère entre police judiciaire et police administrative. Le professeur Pascal Beauvais résume parfaitement cette recomposition : « c'est surtout à l'intersection de la police administrative et judiciaire un champ d'action à la nature incertaine : entre la mission "générale" de préservation de l'ordre public et la mission "spécialisée" de la recherche des preuves et auteurs d'infraction constatée, une mission "intermédiaire" de surveillance et de contrôle des personnes évaluées comme dangereuses – pour lesquelles le risque de passage à l'acte criminel à court terme est jugé élevé – est devenue une priorité de la lutte contre le terrorisme²⁹. »

Pour Julie Alix, « la prévention du terrorisme, qui repose sur une répartition très incertaine entre les aspects pénaux et les aspects administratifs de la question, illustre parfaitement la

²⁵ Julie Alix, « La lutte contre le terrorisme entre prévention pénale et prévention administrative », dans *Le Code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, op. cit., p. 147-158.

²⁶ Jean-Baptiste Perrier, « Le juge judiciaire et l'état d'urgence », *Revue française de droit administratif*, 2017, p. 949.

²⁷ Bertrand Warusfel, « La définition d'un droit du renseignement » dans Julie Alix et Olivier Cahn (dir.), *L'Hypothèse de la guerre contre le terrorisme*, Dalloz, 2017, p. 151-160.

²⁸ Jean-Baptiste Perrier, « La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit », *Recueil Dalloz* 2018, p. 24.

²⁹ Pascal Beauvais, « Propos introductifs », dans *Le Code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, op. cit., p.19-22. Pour une analyse de la pertinence des critères d'évaluation de la « dangerosité » voir Paul Cassia, *Contre l'état d'urgence*, Dalloz, 2016.

confusion entre les finalités répressives et finalités préventives, mais aussi entre les outils de prévention et outils de répression, de sorte que les codes pénaux sont bien souvent préventifs et le Code de la sécurité intérieure se fait progressivement instrument répressif³⁰ ». Certains auteurs comme Raphaële Parizot considèrent cette distinction comme « surfaite ». Pour elle, le critère finaliste ne saurait plus désormais justifier cette distinction : « Le droit pénal intervient de manière toujours plus précoce, et une personne évaluée comme présentant une menace peut être considérée dans bien des hypothèses comme simple sujet à risque (relevant donc de la police administrative) ou bien comme un véritable délinquant (relevant alors du droit pénal). » Elle relève un « glissement du droit pénal vers de plus en plus de prévention (on peut parler de prévention répressive) » et note également « un glissement du droit administratif vers la répression (on peut parler de répression préventive)³¹ ».

Ainsi, l'impact du terrorisme ne se réduit pas seulement à un recours plus large aux techniques de renseignement, dont témoignent les lois successives récentes encadrant et normalisant ces techniques. Il ne concerne pas non plus seulement la réorganisation administrative de la « communauté du renseignement », la nécessité de la faire travailler autrement et la réorganisation de sa tutelle politique mais contribue aussi à remodeler les relations complexes et mouvantes entre police administrative et police judiciaire, en renforçant en particulier le basculement « préventif » de l'action policière, mise en demeure de remonter le plus en amont des actes vers la recherche de projets en germe.

2. LE PIÈGE DE L'ÉTAT D'URGENCE

L'état d'urgence, une fois déclaré, enferme les décideurs politiques dans un dilemme : si on le lève et qu'un attentat se produit, ils sont accusés de faiblesse ; si on le maintient et qu'un attentat se produit, la seule issue est le renforcement des mesures de sécurité ou, pire, un simple affichage de symboles répressifs (avec l'illusion d'une protection accrue). La situation que nous avons vécue pendant deux années a ainsi sans cesse resserré le « nœud coulant³² » de l'exception.

³⁰ Julie Alix, « La lutte contre le terrorisme entre prévention pénale et prévention administrative », dans *Le Code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, op. cit., p. 147-158.

³¹ Raphaële Parizot, « La distinction entre police administrative et police judiciaire est-elle dépassée ? » dans *Le Code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, op. cit., p. 133-145.

³² Selon l'image proposée par Antoine Garapon et Michel Rosenfeld dans *Démocraties sous stress*, op. cit., p. 120.

L'état d'urgence répond à des nécessités de mobilisation de l'exécutif, qui doit faire face à l'émotion légitime de l'opinion face à une vague d'attentats sans précédent. C'est la nature même de l'action terroriste que de viser des civils de manière violente, de façon à obtenir un effet sur une population beaucoup plus nombreuse, voire tout un pays³³. Mais si l'on peut comprendre le besoin d'une « scénarisation de la réponse de l'État³⁴ », on doit s'inquiéter de ses effets de long terme pour nos libertés publiques et des déséquilibres institutionnels qu'elle induit (entre justice administrative et justice judiciaire, notamment). Jusqu'à présent, l'état d'urgence avait été cantonné dans un registre assez maîtrisé de l'exception. C'est d'ailleurs à ce titre qu'il avait été validé par le Conseil constitutionnel, qui a toujours rappelé qu'il n'était acceptable que dans la mesure où il était limité dans le temps et dans l'espace. Mais une exception qui dure deux ans prend une ampleur nouvelle et s'inscrit insidieusement dans les routines institutionnelles, ce que rappellent les précédents historiques, notamment de la guerre d'Algérie. Mais a-t-on vraiment fait le bilan de l'état d'urgence ? A-t-il produit les effets attendus en termes de sécurité ? A-t-il engagé une logique d'action étendant des pratiques dérogatoires du droit commun au-delà des strictes mesures de lutte contre le terrorisme ? Le mode de sortie de l'état d'urgence, avec l'édiction d'une nouvelle loi instaurant des mesures inspirées de dispositions de l'état d'urgence, pose la question de la « normalisation » de l'état d'urgence par son inscription dans le droit commun. Qu'en est-il vraiment ? Qu'est-ce qui sépare la loi du 30 octobre 2017 de l'esprit de l'état d'urgence ?

2.1. RAPPEL HISTORIQUE : L'EMPREINTE DE L'EXCEPTION

L'état d'urgence est imaginé en 1955 dans le contexte de la guerre d'Algérie à un moment où il apparaît que l'action militaire ne suffit pas à répondre à l'insurrection nationale algérienne. Celle-ci commence en effet à mobiliser, au-delà des combattants du FLN, la société elle-même³⁵. Avant la rédaction de la loi de 1955, la Constitution permettait de décréter l'état de siège mais cette hypothèse a été mise de côté par les autorités civiles, qui n'entendent pas se dessaisir de leur pouvoir au profit des forces militaires. L'objectif du gouvernement français engagé dans les « opérations » en Algérie restait bien la

³³ Selon la définition que donne Bernard Manin du terrorisme dans « Le paradigme de l'exception », www.laviedesidees.fr, 15 décembre 2015.

³⁴ Expression de Louis Gautier, (Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale, SGDSN) dans *Le Monde*, 2 novembre 2017.

³⁵ Le texte voté le 3 avril 1955 est préparé par les gouvernements de Pierre Mendès-France (jusqu'en février) puis d'Edgar Faure, les ministres de l'Intérieur étant François Mitterrand puis Maurice Bourgès-Maunoury.

reconquête des esprits à cette date. L'état d'urgence est donc conçu comme une alternative à l'état de siège. Il présente l'avantage de prévoir des mesures contre les « partisans » algériens, sans leur reconnaître la qualité de combattants et donc sans déclarer la France en guerre³⁶. En outre, le texte de loi n'est pas officiellement destiné à l'Algérie car il ne fallait pas séparer symboliquement les départements d'Algérie de la métropole au moment même où l'on voulait réaffirmer le lien indissoluble entre Paris et Alger ! C'est donc seulement dans l'article 15 de la loi qu'il est précisé que l'état d'urgence est déclaré sur le territoire de l'Algérie pour une durée de six mois. Au bout de trois mois, la dissolution de l'Assemblée nationale (30 novembre 1955) mit fin, *de facto*, à l'état d'urgence.

Le texte sera de nouveau appliqué, à la métropole cette fois, le 16 mai 1958, après l'occupation du gouvernement général à Alger et alors que le retour du général de Gaulle se prépare dans la confusion. L'état d'urgence ne dure que deux semaines puisque le général de Gaulle, une fois au pouvoir, ne le reconduit pas. Alors qu'il décide de s'orienter vers l'autodétermination algérienne, il sait qu'il ne peut plus entièrement compter sur le loyalisme de l'armée. Il est hors de question pour lui de recourir à l'état de siège, qui signifierait un transfert des pouvoirs civils aux militaires. Après le putsch du 21 avril 1961, l'état d'urgence est déclaré en métropole, pour éviter l'extension du coup de force en dehors de l'Algérie. Mais de Gaulle ne passe pas par la procédure de confirmation parlementaire car il s'appuie sur l'article 16 de la Constitution qui lui accorde les pleins pouvoirs. L'état d'urgence reste en vigueur jusqu'au 31 mai 1963, c'est-à-dire plus de deux ans.

Le recours à l'état d'urgence n'est plus utilisé ensuite, pas même au moment de la série d'attentats de 1995. Toutefois, en novembre 2005, le Premier ministre Dominique de Villepin décide à nouveau d'y recourir pour imposer des couvre-feux au moment des émeutes urbaines, une décision discutée dans la mesure où les maires des communes disposent de ce pouvoir³⁷. Mais c'est la visibilité de l'action du pouvoir exécutif central qu'il s'agissait d'attester par cette décision. Il apparaît bien que la possibilité de déclarer l'état d'urgence présente cet avantage politique de démontrer la résolution de l'exécutif. C'est une réponse dont la portée symbolique à un moment traumatisant pour le pays ne peut pas être sous-estimée par l'autorité politique.

³⁶ Paul Cassia, *Contre l'état d'urgence*, op. cit., p. 15.

³⁷ Pour ce survol historique, nous avons suivi Sylvie Thénault, « L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi », *Le Mouvement social*, n° 218, janvier-mars 2007.

Nous vivons un moment de « cristallisation » de l'exception, comme il y en a déjà eu par le passé³⁸. Après la fin de la guerre d'Algérie, la Cour de sûreté de l'État, qui devait juger les crimes de l'OAS, a prolongé son action lors de divers procès et a, en tout, duré dix-huit ans, jusqu'à sa suppression en 1981 par Robert Badinter, garde des Sceaux. L'exemple de cette cour montre bien qu'il reste des traces de l'exception, même quand les institutions ont disparu. Après avoir été supprimée par François Mitterrand, cette cour est remplacée en 1986, en période de cohabitation, par la « cour d'assises spécialement composée », une juridiction à nouveau spécialisée dans la criminalité terroriste. Au titre des survivances toujours possibles, il est frappant de constater, par exemple, que lors de la dernière campagne présidentielle, Nicolas Sarkozy prévoyait dans son programme de rétablir la Cour de sûreté de l'État, de même que François Fillon préconisait le recours à des tribunaux militaires.

On peut relever une série de facteurs qui permettent de rendre l'exception pérenne : un contexte de crise, qui amène le pouvoir politique à désigner des ennemis intérieurs qui troublent l'ordre public ; une désignation très précise de la cible visée par les dispositions d'exception, par exemple l'OAS dans le cas de la fin de la guerre d'Algérie (mieux la cible désignée est délimitée, plus le public est susceptible de penser qu'il n'est pas exposé aux effets des mesures d'exception) ; enfin, le recours au Parlement permet de prolonger l'exception, sans difficulté politique majeure puisque le Parlement n'a pas fait preuve de sa capacité à s'opposer à l'exécutif sur ce sujet.

L'exemple de la Cour de sûreté de l'État permet de repérer également trois dérives de l'exception³⁹. La première est le contournement de l'autorité judiciaire et la monopolisation des moyens d'action par l'exécutif. La deuxième est l'installation dans le tournant préventif de la justice. La dernière dérive est l'élargissement des cibles. Ainsi, la Cour de sûreté de l'État, instituée en 1963 pour juger les crimes de l'OAS, a également servi par la suite, à partir de 1968, à juger des militants de la Gauche prolétarienne puis des autonomistes corses et bretons, mais encore, à la fin des années 1970, des militants d'Action directe.

Dans le cas de l'état d'urgence, on a constaté des effets de stigmatisation sur une partie de la population présumée musulmane en raison de ses origines. Les témoignages recueillis à propos des perquisitions montrent bien le biais de perception touchant une partie de la

³⁸ Voir l'analyse de Vanessa Codaccioni, *Justice d'exception. L'État face aux crimes politiques et terroristes*, CNRS Éditions, 2015.

³⁹ Audition de Vanessa Codaccioni, le 27 septembre 2017 à Terra Nova.

population française, dont le lien, réel ou supposé, à l'islam est peut-être considéré comme un indice de dérive terroriste ou d'amorce de radicalisation⁴⁰. Une sorte de double peine touche ainsi des personnes chez qui des perquisitions sont menées de façon parfois brutale (porte brisée par exemple), qui doivent ensuite déménager parce que le regard de leur voisinage change en raison de la perquisition, même si celle-ci n'a rien donné, ce qui est le plus souvent le cas⁴¹. Mais, au-delà de cette stigmatisation en raison de la religion, qui renvoie à notre histoire coloniale et postcoloniale, on a vu les dispositifs de l'état d'urgence servir à des usages de maintien de l'ordre touchant des militants politiques (interdictions de manifester lors du sommet de la COP 21 à Paris ou lors des manifestations contre la loi El Khomry) ou encore contre des migrants à Calais (évacuation de la « jungle » sur la base des périmètres de sécurité permis par l'état d'urgence).

Comme le montre l'acte de naissance de la loi de 1955, le rapport entre l'état d'urgence et la guerre est ambigu. Dans le contexte de l'Algérie, c'est-à-dire d'une guerre qui ne portait pas son nom, la rédaction de la loi sur l'état d'urgence fait partie d'une stratégie voulue par les pouvoirs civils, qui avaient conscience des limites de l'action proprement militaire. Dans la suite des attentats de novembre 2015, François Hollande et Manuel Valls ont parlé de « guerre » contre le terrorisme tout en recourant à l'état d'urgence, ce qui n'a guère éclairci la doctrine de lutte contre le terrorisme : s'agissait-il d'une requalification juridique de l'acte terroriste ? Le droit français a toujours traité le terrorisme comme un crime, c'est-à-dire dans le cadre de la législation ordinaire. Il ne l'a pas traité, jusqu'à présent, comme un acte de guerre. Que signifie, dès lors, le recours au vocabulaire guerrier pour répondre à la menace terroriste ? La surenchère verbale accompagne inévitablement la mise en cause de l'équilibre entre sécurité et liberté. S'agissait-il d'une manière de préparer l'opinion à la montée en force des opérations extérieures, en particulier en Syrie ? Il est vrai que la difficulté à empêcher le départ en Syrie de jeunes radicalisés et la crainte d'un retour de combattants formés en Syrie après les revers de l'organisation État islamique, les « revenants », créent un lien entre la sécurité intérieure et le déploiement militaire extérieur. La nature non conventionnelle de l'action terroriste impose une réponse à plusieurs dimensions, qui associe l'interne et l'externe, le civil et le militaire, etc., au risque d'une certaine confusion des registres d'action. Sans un accompagnement politique précis,

⁴⁰ « Je serais terroriste parce que musulman. Perquisitions et assignations à résidence ont bousculé des vies. Récits croisés », *Le Monde*, 2 novembre 2017.

⁴¹ « Des vies bouleversées. L'impact disproportionné de l'état d'urgence en France », Amnesty International, décembre 2017.

l'incompréhension peut rapidement s'installer et, avec elle, une rupture de l'adhésion à la lutte antiterroriste.

2.2. UN BILAN INSATISFAISANT

Le bilan actuel de la réaction de l'État aux attentats depuis 2012 comporte de nombreux points négatifs : manque d'anticipation, nombreuses failles du renseignement, défaillance des interventions, absence d'évaluation publique des acteurs après les événements. Dans les rapports parlementaires, derrière les hommages rendus aux forces de l'ordre, on voit poindre des critiques sans concession⁴². Les auditions des responsables opérationnels n'ont d'ailleurs pas esquivé les manques révélés à l'occasion des événements tragiques : manque de coordination des services de renseignement, contentieux historiques entre services, pesanteur des traditions administratives, manque de pilotage politique. Des propositions concernant la réorganisation des services de renseignement ont néanmoins été faites⁴³. Même si c'est un sujet souvent discuté, avec l'idée qu'il faudrait fusionner les services, le nombre de services n'est pas en soi une question essentielle : il n'existe pas de « nombre d'or » en la matière. Il faut en revanche rechercher une meilleure coordination des services, ce qu'on a conçu en définissant une « communauté du renseignement ».

Celle-ci a été définie de manière formalisée avec un « premier cercle » regroupant le renseignement extérieur, intérieur et militaire (les douanes et Tracfin, qui dépendent du ministère des Finances, en font également partie). Mais participent aussi à l'action de renseignement différents services du ministère de l'Intérieur : Sous-direction antiterroriste (SDAT) et Service central du renseignement territorial (SCRT) du côté de la police nationale ; Bureau de la lutte anti-terroriste (BLAT) et Sous-direction de l'anticipation opérationnelle (SDAO) pour la gendarmerie ; Direction du renseignement de la préfecture de police de Paris (DRPP) pour la préfecture de police, avec une compétence territoriale limitée à la région parisienne ; Bureau central du renseignement pénitentiaire (BCRP), un nouveau service au sein de l'administration pénitentiaire. C'est un choix comme un autre, qu'il n'est pas essentiel de remettre en cause. Ce qui définit un service de renseignement, *in fine*, c'est l'autorisation de recourir à des techniques de renseignement particulières, qui sont interdites aux autres services de l'État. Si l'on suit cette définition fonctionnelle

⁴² Voir notamment Sébastien Pietrasanta, « Mieux anticiper la menace et combattre le terrorisme : les leçons des attentats de 2015 », rapport cité, p. 308.

⁴³ S. Pietrasanta, « Mieux anticiper la menace et combattre le terrorisme : les leçons des attentats de 2015 », rapport cité, p. 161.

(techniques spéciales, interdites à tous les autres), on étend le monde du renseignement à 24 entités administratives, jusqu'à des sous-directions. Même si le nombre de services relevant du renseignement est donc élevé, il serait risqué de se lancer dans de la « chirurgie lourde » (fusion, rapprochement, absorption...) au moment où les services sont sous pression et où la menace est forte. En revanche, on peut agir de manière ciblée et viser un pilotage, une coordination et un contrôle de tous les services. C'est ce qui se dessine avec l'institutionnalisation du Centre national du contre-terrorisme à l'Élysée (CNCT) qui regroupe une équipe stable autour du nouveau coordonnateur du renseignement (Pierre Bousquet de Florian). L'installation d'une réunion désormais hebdomadaire d'un conseil restreint de défense, auquel participent les responsables du premier cercle de la communauté du renseignement, permet une centralisation expérimentale du travail du renseignement⁴⁴.

Cependant, en créant un conseil restreint à l'Élysée autour du président de la République, on risque de trop concentrer le renseignement sur la menace terroriste immédiate sur le territoire national, alors qu'il faut garder une appréhension large de cette menace⁴⁵. On concède trop à la menace terroriste en lui consacrant une attention particulièrement forte. On s'inscrit dans une logique de l'urgence, avec une cellule qui a vocation à devenir la cellule de crise en cas d'attaque terroriste, ce qui va exposer l'Élysée en première ligne et qui n'est pas prudent. Cette tentative de coordination des services depuis l'Élysée passe en outre à côté de deux enjeux importants, qui sont la gestion commune des ressources humaines (plus ambitieuse que l'Académie du renseignement qui reste minimale du côté de la formation, avec peu de moyens et peu de formations mutualisées) et un système d'information commun (avec un vrai partage de l'information).

Le ministère de l'Intérieur a donné les chiffres à la fin de l'état d'urgence : 4 469 perquisitions administratives, 754 assignations à résidence, 75 zones de protection et de sécurité, 19 fermetures de lieux de culte⁴⁶. Ces chiffres donnent une certaine idée de l'importance et de la variation de l'activité des forces de l'ordre. Ils ne donnent cependant aucune indication sur l'efficacité des mesures prises. Certes, le ministère annonce à la même date « 32 attentats déjoués » mais sans faire le lien avec les mesures de l'état

⁴⁴ Audition de Philippe Hayez à Terra Nova, le 7 février 2018.

⁴⁵ « Près de 80 % des moyens nouveaux sont affectés à la lutte antiterroriste », indique le rapport 2016 de la DPR.

⁴⁶ « Sortie de l'état d'urgence. Un bilan et des chiffres clés », Information presse, 2 novembre 2017, ministère de l'Intérieur.

d'urgence, en particulier les assignations à résidence et les perquisitions. Mais la question essentielle concerne la transmission des dossiers aux autorités judiciaires. Or, les suites judiciaires ont été particulièrement faibles, puisque sur 3 000 perquisitions administratives (chiffres de juillet 2016), 597 ont abouti à des poursuites judiciaires, 67 peines ont été prononcées, dont 56 incarcérations. Pour autant, 31 infractions seulement étaient rattachées au terrorisme et elles concernaient principalement des faits d'apologie du terrorisme. Sur ce total, 6 procédures ont pu être transmises à la section antiterroriste du parquet de Paris, à comparer avec les 96 procédures ouvertes sur la même période par le parquet sur la base de procédures exclusivement judiciaires⁴⁷. Il apparaît en outre que l'action policière n'a donné lieu à une judiciarisation que progressivement. Le passage à la judiciarisation des affaires se serait sensiblement accru au cours de l'état d'urgence, selon le ministère de l'Intérieur. Si seules 16 % des perquisitions menées dans les six premiers mois de l'état d'urgence ont conduit à ouvrir des procédures judiciaires, le taux est monté à plus de 40 % à partir de juillet 2016, selon la communication du ministère de l'Intérieur⁴⁸. Il est difficile de tirer de ces chiffres une confirmation de l'idée qu'on gagne en efficacité par les procédures administratives.

Les commissions parlementaires ont formulé des réserves à l'égard de l'état d'urgence d'un point de vue opérationnel. L'effet le plus important de l'état d'urgence est d'élargir les possibilités de perquisitions. Cependant, cette possibilité ne produit vraiment des effets que durant les quinze premiers jours, quand l'effet de surprise prévaut. Ensuite, les personnes ciblées se réorganisent et, par la suite, les perquisitions ne donnent plus rien⁴⁹. De fait, le nombre de procédures a rapidement chuté. Elles ont néanmoins perduré sans qu'on puisse affirmer si c'était vraiment utile ou s'il s'agissait de « faire du chiffre » pour satisfaire à la pression mise sur les préfetures. Mais elles ont permis de conduire les forces de police à s'intéresser à la base logistique des terroristes : les trafiquants de drogue et d'armes. Cela a permis de désorganiser certains réseaux terroristes. Néanmoins, tout cela a un coût, qui n'a pas été évalué : une perquisition administrative coûte en moyenne 15 000 euros ; il y en a eu 4 469⁵⁰...

⁴⁷ S. Pietrasanta, « Mieux anticiper la menace et combattre le terrorisme : les leçons des attentats de 2015 », rapport cité, p. 264.

⁴⁸ « État d'urgence : une efficacité difficile à mesure », *Le Monde*, 31 octobre 2017.

⁴⁹ S. Pietrasanta, « Mieux anticiper la menace et combattre le terrorisme : les leçons des attentats de 2015 », rapport cité, p. 262-266.

⁵⁰ Paul Cassia, « Le Bilan de l'état d'urgence reste à faire », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 2473.

Tous les services de renseignement n'ont pas tiré usage de ces perquisitions⁵¹. Si c'est le cas du renseignement territorial et de la SDAO (gendarmerie), la DGSI, en revanche, n'y a pratiquement pas eu recours dans la mesure où des perquisitions pouvaient perturber des surveillances. Dans son bilan de l'état d'urgence, le ministère de l'Intérieur considère que les perquisitions ont permis de « lever des doutes » sur des pistes (« lever des doutes, fermer des portes et libérer des enquêteurs pour les mobiliser sur d'autres objectifs⁵² ») ce qui, sans être inutile, ne faisait pas partie des objectifs affichés de l'état d'urgence. Cette réaffectation *a posteriori* des objectifs montre bien qu'on s'est inscrit dans une logique de facilitation de l'action administrative plutôt que dans une stratégie bien pensée de lutte à long terme contre le terrorisme, de défense des libertés et d'affirmation de l'État de droit.

Par ailleurs, l'opération Sentinelle est développée après janvier 2015. Pour une grande partie du public, Sentinelle est la face visible de l'état d'urgence, même si les dispositifs sont indépendants. Or, on constate, ici aussi, la très grande difficulté de revenir en arrière sur ce dispositif qui devait être temporaire. Les inconvénients de Sentinelle sont connus : un coût élevé, une usure des hommes, une perte de temps d'entraînement et une inefficacité opérationnelle – leur armement, en particulier, n'est pas adapté (au moment de l'attaque du Bataclan, notamment, ils n'ont pas pu intervenir, puisque l'usage de leur arme dans un lieu fermé risquait de provoquer beaucoup de dommages collatéraux⁵³). Pire : les soldats de Sentinelle sont devenus des cibles, facilitant ainsi des passages à l'acte qu'ils sont censés prévenir. De nouveau, la problématique politique de l'annonce de la sortie se révèle particulièrement complexe. L'armée préconise une réduction des effectifs : passer de 7 000 hommes actuellement déployés (3 500 en région parisienne, 3 500 en province) pour descendre à 3 000, avec 3 000 hommes mobilisables à l'occasion de grands événements et 3 000 supplémentaires en cas de crise. Cependant, même cette réduction de volume semble difficile à assumer politiquement. En outre, les lieux de culte couverts par l'opération y sont très attachés.

Le dispositif Vigipirate, reformulé en 1995 après une série d'attaques terroristes et actualisé à de multiples reprises depuis, cherchait une forme de mobilisation de tous les acteurs de

⁵¹ « Alors que toutes les auditions de notre commission se sont tenues pendant l'état d'urgence, force est de constater que les mesures prises pendant l'état d'urgence n'ont pas été évoquées par les spécialistes de la lutte contre le terrorisme comme jouant un rôle prépondérant dans celle-ci », dans S. Pietrasanta, « Mieux anticiper la menace et combattre le terrorisme : les leçons des attentats de 2015 », rapport cité, p. 262.

⁵² « État d'urgence : une efficacité difficile à mesurer », article cité.

⁵³ S. Pietrasanta, « Mieux anticiper la menace et combattre le terrorisme : les leçons des attentats de 2015 », rapport cité, p. 311.

la nation, sans recourir à un état d'exception. Mais ce dispositif, conçu comme temporaire avec des niveaux d'alerte successifs, est lui aussi progressivement devenu permanent. Ce qui confirme notre difficulté à penser le nouvel état de fait créé par la menace permanente et diffuse du terrorisme, qui impose de revoir notre système de réponse.

2.3. UNE SORTIE AMBIGUË. QUE RESTE-T-IL DE L'ÉTAT D'URGENCE DANS LA LOI SILT ?

La sortie de l'état d'urgence à l'occasion du vote de la loi SILT correspond-elle à une « normalisation » de l'exception ? La loi du 30 octobre 2017 sur la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme met-elle un terme définitif au recours à l'état d'urgence ? Le ministre de l'Intérieur a tout de suite précisé qu'on pouvait à tout moment réactiver l'état d'urgence. Pour des raisons politiques, si l'exécutif veut réagir à une situation de « péril imminent ». Pour des raisons juridiques, pour contourner les limitations imposées par la loi, qui portent en particulier sur deux points : l'assignation à résidence (régime de surveillance individuelle) concerne un périmètre qui ne peut être inférieur à la commune (alors que l'état d'urgence peut imposer le maintien à domicile, par exemple pendant la nuit) et les perquisitions administratives (visites et saisies) doivent être autorisées par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris (alors que c'est une décision uniquement administrative dans l'état d'urgence). Le sujet n'est pas définitivement clos non plus parce que la droite s'est montrée très répressive et n'a cessé de critiquer le laxisme des lois actuelles. Elle peut donc rouvrir le sujet. D'autre part, il reste des questions qui ne sont pas réglées sur les « revenants » de Syrie, notamment les femmes et les enfants. Ou encore le devenir post-judiciaire des personnes jugées et condamnées pour terrorisme et qui seront probablement encore considérées comme « dangereuses » à la fin de leur peine.

Quelles sont les différences entre les dispositions de l'état d'urgence et celles présentées dans la loi du 30 octobre ? Une différence générale tout d'abord est que les mesures sont prises au titre de la « lutte contre le terrorisme » alors que le texte de l'état d'urgence visait de manière plus large des troubles ou des menaces pour « la sécurité et l'ordre public ». Le champ d'application des mesures est donc précisé et restreint.

- L'article 1 qui concerne la possibilité d'instaurer des périmètres de protection reprend une mesure de la loi sur l'état d'urgence (article 8-1) mais en donnant une garantie supplémentaire puisque la nouvelle loi ne donne pas la possibilité au

préfet de décider de la réalisation d'un contrôle d'identité dans ces périmètres. L'article 1 permet des opérations d'inspection visuelle des bagages, des fouilles et des palpations de sécurité réalisés par les forces publiques de sécurité, des policiers municipaux ou des agents privés de sécurité « sur des lieux ou des événements exposés à un risque d'acte terroriste à raison de leur nature et de l'ampleur de leur fréquentation ». En tant que mesures de police administrative, ces mesures doivent être nécessaires pour atteindre leur objectif et proportionnées à cet objectif. Il appartient au juge administratif de contrôler cette mesure.

- L'article 2 permettant la fermeture administrative temporaire d'un lieu de culte afin de prévenir un acte terroriste reprend une disposition de la loi de 1955 (article 8), mais cette dernière avait un champ d'application et un objet plus larges puisqu'elle englobait les salles de spectacle, les débits de boisson et tout autre lieu de réunion. La mesure de fermeture doit être précédée d'un échange contradictoire. Le gestionnaire des lieux de culte a donc la possibilité, dans un délai réduit, de défendre sa position, voire de prendre les mesures nécessaires pour éviter la fermeture (par exemple en éloignant un prédicateur). La mesure ne peut excéder six mois et ne peut être renouvelée.
- L'article 3 concerne l'assignation à résidence. L'obligation de résidence ne peut concerner un périmètre inférieur à la commune (ce qui exclut la possibilité d'une assignation à domicile) et doit permettre à la personne assignée de mener une vie familiale et professionnelle. Le texte ajoute, en revanche, une mesure d'interdiction de séjour. Et il intègre des mesures qui avaient été prévues pour des individus s'étant rendus ou ayant tenté de se rendre sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes (contrôle administratif de retour sur le territoire).
- Enfin, en ce qui concerne les visites et saisies (article 4), la différence essentielle tient à l'autorisation qui doit être donnée par le juge des libertés et de la détention après avis du procureur de la République. La mesure peut faire l'objet d'un appel devant le premier président de la cour d'appel de Paris. Le juge des libertés et de la détention contrôle l'ensemble des opérations de visite et de saisies et peut notamment se rendre sur les lieux de la visite et y mettre fin à tout moment. La nature des saisies est précisé : des documents et des objets peuvent être saisis et pas seulement des « données » (comme dans l'état d'urgence).

Dans l'ensemble, les autorités françaises, si elles reconnaissent que ces quatre mesures « s'inspirent » de mesures applicables dans le cadre de l'état d'urgence, contestent l'idée qu'elles les normalisent parce que « chaque mesure est strictement encadrée dans son champ d'application, dans sa durée et ses modalités⁵⁴ ». Au final, la loi du 30 octobre « ne reprend qu'une partie des pouvoirs reconnus dans la loi sur l'état d'urgence mais en outre elle les intègre dans le droit commun sous une forme atténuée, avec des conditions de mise en œuvre plus strictes et des garanties renforcées⁵⁵ ».

Certaines inquiétudes persistent néanmoins. Elles tiennent tout d'abord à la définition de la « menace terroriste », qui reste vague, d'autant plus que la définition du « terrorisme » est difficile à cerner. D'autre part, les nouveaux périmètres de sécurité restent susceptibles d'être utilisés à des fins beaucoup plus larges que la prévention du terrorisme (régulation des flux migratoires en particulier) comme le montre son usage répété sur l'emprise du Grand port maritime de Dunkerque et aux abords⁵⁶. La fermeture des lieux de culte pourrait être décidée aussi bien par un juge judiciaire en l'état du droit actuel, même si cela se ferait dans un délai plus long. Enfin, le contrôle du juge des libertés et de la détention dans le cadre des mesures individuelles de surveillance restera dépendant des éléments présentés par les préfetures, et notamment du caractère péremptoire des « notes blanches » communiquées par l'administration.

3. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

3.1. LE CONTRÔLE PAR LES JUGES ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE

Le dispositif de l'état d'urgence vise à prévenir des actes de violence terroriste. Il s'inscrit donc dans une logique préventive qui appelle des actions de police administrative. C'est pourquoi c'est le juge administratif qui est chargé de la supervision et du contrôle de ces mesures décidées par le ministère de l'Intérieur et les préfets. Le juge judiciaire se trouve donc marginalisé dans le contrôle de ces actions, qui sont pourtant susceptibles de toucher aux droits fondamentaux. L'intervention du juge judiciaire, si elle n'est pas complètement écartée, est au moins tardive puisqu'elle ne peut intervenir que lorsque des poursuites pénales sont engagées, ce qui a finalement peu été le cas dans les suites des mesures

⁵⁴ « Réponses du gouvernement français » au Haut-Commissaire aux droits de l'homme de l'Office des Nations unies à Genève, 27 novembre 2017, paragraphes 115 et 11.

⁵⁵ Olivier Le Bot, « Un état d'urgence permanent ? », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2017, p. 1115.

⁵⁶ « Mesures de police administrative prise dans le cadre des articles 1^{er} à 4 de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017. renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », commission des Lois, Assemblée nationale.

prises dans l'état d'urgence⁵⁷. Il intervient également comme recours *a posteriori*, si des personnes concernées par les mesures liées à l'état d'urgence décident de se tourner vers lui en déposant une plainte. Ce droit à un recours juridictionnel effectif a été peu mobilisé⁵⁸.

La prééminence du juge administratif dans ces matières de sécurité liées à l'état d'urgence a été largement discutée et contestée, tant par le corps judiciaire que par la doctrine⁵⁹. Indépendamment des enjeux professionnels, des rivalités de corps et d'éventuelles questions de personne, cette situation soulève en effet des questions de fond. Dans la mesure où la prise de conscience des nouveaux risques liés au terrorisme a donné lieu à une intense activité législative touchant au renseignement et à la prévention des actes terroristes, le juge administratif s'est trouvé sollicité plus fréquemment que le juge judiciaire, au point de renouveler une querelle sur la défiance traditionnelle de l'État français pour le juge judiciaire et sa préférence pour une justice administrative qui n'offre pas les mêmes garanties d'indépendance et d'impartialité⁶⁰.

Le mouvement n'est cependant ni linéaire ni univoque. Car c'est bien l'autorité judiciaire qui a été placée au centre du dispositif de prévention et de répression du terrorisme quand a été créée, dès 1986, dans le droit pénal, une incrimination spécifique de terrorisme, complétée en 1996 par la notion d' « association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste ». L'apparition de magistrats spécialisés dans le terrorisme (section antiterroriste du parquet de Paris et juges d'instruction) a complété cette architecture. Mais la complémentarité des services affichée dans les organigrammes ne se traduit pas toujours par une bonne coopération entre services de renseignement et police judiciaire.

⁵⁷ Au terme des quatre premières phases de l'état d'urgence, « à l'issue d'environ 3 600 perquisitions et de 500 assignations à résidence, il a conduit à l'ouverture de... 9 enquêtes par la section antiterroriste du parquet de Paris, dont 6 seulement ont conduit à une mise en examen avec ouverture d'une information judiciaire pour association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste », Paul Cassia, *Contre l'état d'urgence*, op. cit., p. 151.

⁵⁸ Manque de connaissance des procédures, volonté de tourner la page, crainte de revenir devant les autorités, manque de perspective, « la personne dont le local a été vainement perquisitionné n'a en fait aucun intérêt à solliciter voire obtenir l'annulation d'un arrêté ordonnant une perquisition qui s'est déroulée plusieurs mois auparavant », *ibid.*, p. 202. De même, les demandes de recours indemnitaires ont été très faibles après des perquisitions : 0,61 % d'après les chiffres donnés par le ministère de l'Intérieur en juillet 2016, *ibid.*, p. 204.

⁵⁹ Voir le rapport du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (Credof) transmis au Défenseur des droits présentant une analyse exhaustive de 775 mesures de justice dans le cadre de recours formés par des personnes qui ont fait l'objet de mesures prises sur le fondement de l'état d'urgence.

⁶⁰ Le juge administratif n'est pas statutairement indépendant de sa hiérarchie. D'autre part, la plus haute juridiction de la justice administrative, le Conseil d'État, a une double fonction de conseiller de l'exécutif et de juge en dernière instance de l'action de l'administration.

L'absence du juge judiciaire dans le dispositif de l'état d'urgence et dans la loi SILT soulève une série de questions. Elle ne va pas de soi car il était concevable de l'impliquer dans l'état d'urgence dans la mesure où celui-ci est bien déclenché *après* la survenue des attentats, le 13 novembre 2015, et afin d'éviter de nouvelles attaques : « Il serait donc concevable que, par nature et par application du critère jurisprudentiel finaliste, toutes les mesures de mise en œuvre de l'état d'urgence soient considérées comme relevant de la police judiciaire⁶¹. » D'autre part, le juge judiciaire est consacré par l'article 66 de la Constitution comme le gardien de la liberté individuelle, laquelle est mise à l'épreuve par des dispositions de l'état d'urgence comme l'assignation à résidence. Or, le Conseil constitutionnel a établi une distinction entre liberté individuelle (restriction ou privation de liberté sous le contrôle du juge judiciaire en vertu de l'article 66 de la Constitution) et liberté personnelle (tout ce qui touche à l'état des personnes : état-civil, mariage, etc.). De ce fait, la protection des libertés individuelles fait maintenant l'objet d'une interprétation restrictive centrée sur les situations de détention arbitraire (garde à vue, détention, rétention, hospitalisation sans consentement). Le juge judiciaire n'est donc plus sollicité au-delà des situations *privatives* de libertés, pour le champ plus large qui concerne les situations *restrictives* de liberté, lesquelles peuvent relever de la police administrative et du contrôle du juge administratif. Le juge judiciaire n'est donc pas intervenu dans l'autorisation préalable de mesures liées à l'état d'urgence mais cela a donné lieu à de multiples débats dans la mesure où « les assignations à résidence sont à la limite entre la privation et la restriction de la liberté d'aller et venir⁶² ».

Autre critique : les mesures de police, qui sont par nature préventive, s'appuient dans l'état d'urgence sur des hypothèses de dangerosité aléatoires et peu fondées. Car « la police administrative générale ne vise généralement pas des individus mais des situations générales et impersonnelles », alors que « les assignations de l'état d'urgence sont fondées sur le soupçon de ce que pourrait être un comportement individuel⁶³ », ce qui fait entrer la police dans un domaine « prédictif » potentiellement arbitraire. Par exemple, dès 2015, lors de la prorogation de l'état d'urgence, le législateur avait modifié les raisons qui permettaient de justifier une assignation à résidence en parlant de « raisons sérieuses de penser que le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public » là où la version

⁶¹ Paul Cassia, *Contre l'état d'urgence*, op. cit., p. 56-57.

⁶² P. Cassia, *Contre l'état d'urgence*, op. cit., p. 63.

⁶³ Ibid., p. 74-75.

précédente désignait une « activité dangereuse pour la sécurité et l'ordre public ». L'« activité » renvoyait à un fait avéré alors que la notion de « comportement » est plus ambiguë. D'autre part, l'expression, « raisons sérieuses de penser » qui a fait son apparition récemment dans la loi française, d'ailleurs pour instituer des interdictions de sortie du territoire pour des individus suspectés de vouloir mener le jihad, reste ouverte à des interprétations et participe, en tout état de cause, à la démarche prédictive qui convient mal à l'action judiciaire⁶⁴.

Enfin, l'action de police judiciaire apporte davantage de garanties procédurales, dont la plus importante est que la recherche de l'auteur d'une infraction est effectuée sous le contrôle d'un juge indépendant, c'est-à-dire que le juge n'intervient pas seulement *a posteriori* mais aussi de manière préalable aux mesures de police. Cette fonction de filtre, même si elle n'est pas parfaite, a pour fonction de contenir et d'encadrer les actions policières. Le contrôle porte aussi sur les pièces qui sont versées à la procédure. Dans ce domaine, le lien entre le travail du renseignement et l'action judiciaire reste problématique comme on l'a vu avec l'usage contesté des « notes blanches » (sans date ni signature) issues des services de renseignement. La difficulté est la même avec les renseignements venus de services étrangers. Le développement des échanges d'informations entre services de renseignement est l'une des sources d'amélioration de l'efficacité de la lutte contre le terrorisme. Pour autant, ce qui arrive aux autorités françaises en provenance de services étrangers ne peut pas servir de base juridique à une procédure judiciaire.

La discussion ne porte pas seulement sur les textes. L'inquiétude des défenseurs des droits de l'homme porte aussi sur l'usage des procédures rendues possibles par les dispositions de l'état d'urgence pour des opérations de maintien de l'ordre qui n'ont pas de lien direct avec la lutte contre le terrorisme. La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) dénonce ainsi le détournement qui consiste « à mobiliser les moyens offerts par le régime de l'état d'urgence, en lieu et place des procédures judiciaires, voire de police administrative de droit commun, de façon à faire l'économie du respect des garanties dont celles-ci sont entourées⁶⁵ ». Elle cite, en exemple de cet « effet d'aubaine », l'opération d'évacuation de la jungle de Calais, l'assignation à résidence de militants écologistes pendant la COP 21 ou des mesures d'interdiction de séjour prises à l'encontre

⁶⁴ Olivier Le Bot, « Un état d'urgence permanent ? », article cité, p. 1115.

⁶⁵ Commission nationale consultative des droits de l'homme, « Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016 », 26 janvier 2017, p. 17.

de militants de Nuit debout ou de participants aux manifestations contre la loi Travail. Elle s'inquiète également de l'effet stigmatisant des mesures de l'état d'urgence, ce dont témoignent les dénonciations malveillantes et calomnieuses qui ont conduit à un nombre significatif de perquisitions. Cela témoigne d'un climat de suspicion touchant en particulier les personnes de confession musulmane ou supposées telles⁶⁶.

Ces critiques sont cependant restées le plus souvent confinées dans un débat juridique réservé à un cercle étroit de spécialistes. Vis-à-vis d'une opinion plus large, le discours de sécurité garde un impact puissant. Ce n'est sans doute pas seulement une question de technicité des débats.

Le mouvement auquel on assiste est néanmoins aussi d'une nature différente. Il concerne en effet moins le déséquilibre entre polices administrative et judiciaire que leur entremêlement. Au-delà de la distinction théorique des domaines respectifs d'intervention, l'action concrète des forces de l'ordre implique en effet un entrecroisement des champs de compétences. Il est ainsi significatif que la loi du 30 octobre 2017 décide, dans son article 4, l'intervention préalable du juge des libertés et de la détention pour autoriser des « visites et saisies » demandées par le préfet. Le juge des libertés et de la détention de Paris est donc compétent pour autoriser et superviser (il peut se rendre sur les lieux de la visite) cette mesure de police administrative. Il n'est pas certain que ce magistrat ait les moyens de vérifier le bien-fondé de la demande (qui viendra des services de renseignement, sans doute sous la forme d'une « note blanche » non datée et non signée). Mais, indépendamment de la pression que pourrait exercer la préfecture, avec la menace d'une action terroriste imminente, il n'en reste pas moins que c'est bien ici le juge judiciaire qui est l'autorité de contrôle *a priori* d'une action de police administrative, ce qui n'était pas le cas dans l'état d'urgence. Et cette intervention est logique puisque les visites et saisies visent à découvrir l'existence d'une infraction, c'est-à-dire qu'elles peuvent déboucher sur l'ouverture éventuelle de poursuites pénales (un officier de police judiciaire est présent lors des opérations à cette fin).

La distinction classique entre la police judiciaire tournée vers le passé (la répression d'une infraction pénale déterminée) et la police administrative tournée vers l'avenir (la prévention des troubles à l'ordre public) est donc brouillée dans le cadre de la lutte contre le

⁶⁶ Le Défenseur des droits établit ainsi que « 10 % des réclamations relatives à des perquisitions allèguent avoir été "dénoncées" à tort par un voisin, un ancien collègue ou un ancien conjoint malveillants », cité par CNCH, « Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016 », 26 janvier 2017, p. 24.

terrorisme. Ce trouble de la limite n'est cependant pas lié uniquement au besoin de prévenir les actes terroristes et à la tendance à développer une logique d'anticipation toujours plus avancée. Le juge judiciaire, par exemple, ne limite pas son action à la répression des infractions commises. La prise en compte des intentions conduit en effet déjà le juge judiciaire à élargir son champ d'investigation : il peut s'intéresser à « une infraction sur le point d'être commise, une infraction dont on ignore si elle va être commise ou bien à la commission de faits qui ne sont pas délictueux⁶⁷ ». Ce critère de la finalité est d'ailleurs déjà celui qui est retenu par le Conseil constitutionnel pour déterminer le régime de police des actes⁶⁸.

L'activité de renseignement et le souci du maintien de l'ordre n'impliquent donc pas nécessairement un accroissement du recours à des mesures de police administrative, sauf à vouloir rétablir dans une impossible pureté la distinction abstraite entre prévention et répression. Certaines mesures de police sont à la fois préventives et répressives : une mesure d'assignation à résidence, par exemple, a une finalité préventive mais elle représente clairement une répression de la liberté, même si le Conseil constitutionnel ne la qualifie pas de privation de liberté⁶⁹. En d'autres termes, il faut aménager cet entrecroisement des qualifications et penser une protection des libertés qui implique à fois plus de juge judiciaire et plus de juge administratif. Cette rencontre est inévitable dans la mesure où l'on s'inquiète parallèlement d'une orientation poussant le juge judiciaire à remonter plus en amont dans la chaîne des actes, au risque de dénaturer son action. De fait, un paradigme de la dangerosité et de la neutralisation semble se substituer au couple classique responsabilité/punition qui a accompagné l'affirmation du droit pénal moderne⁷⁰. Ce qui entraîne le droit vers une justice « prédictive » d'une nature nouvelle. Mais s'il faut préserver le juge judiciaire de cette évolution, peut-on reprocher en même temps au responsable politique de se tourner vers le juge administratif pour encadrer les mesures de maintien de l'ordre, lesquelles doivent, par nature, chercher à anticiper des troubles ?

⁶⁷ Thomas Herran, « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », *AJ Pénal*, 2017, Dalloz, p. 472.

⁶⁸ Adrien Brunel, « État d'urgence et renseignement : retour sur la répartition des contentieux », *AJ Pénal*, Dalloz, p. 475.

⁶⁹ Le Conseil constitutionnel a précisé dès la première question prioritaire de constitutionnalité contestant les mesures de l'état d'urgence la distinction entre restriction et privation de liberté, en établissant une plage horaire maximale (12 heures par 24 heures) au-delà de laquelle l'assignation à résidence devient privative de liberté (et relevant alors des exigences de l'article 66 de la Constitution).

⁷⁰ Mireille Delmas-Marty, « Détruire la démocratie au motif de la défendre », *Esprit*, mars-avril 2010.

3.2. CONTRÔLE CONSTITUTIONNEL

Tout était à créer pour le contrôle de l'état d'urgence par le Conseil constitutionnel. Une évidence tout d'abord : la loi du 3 avril 1955, qui crée le cadre juridique de l'état d'urgence, n'a pas été soumise au Comité constitutionnel, chargé du contrôle de la loi sous la IV^e République, qui n'existait pas encore. Le Conseil constitutionnel a, en effet, été créé trois ans et demi plus tard par la Constitution du 4 octobre 1958 sans possibilité de contrôle *a posteriori* de la loi.

La première rencontre du Conseil constitutionnel avec l'état d'urgence date de sa décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie. Le juge constitutionnel était confronté à la question de savoir si la Constitution de 1958 et le fait qu'elle créait l'état de siège avaient conduit à l'abrogation de la loi du 3 avril 1955. Sans pouvoir examiner la constitutionnalité de la loi du 3 avril 1955, le Conseil constitutionnel a jugé que la valeur constitutionnelle de l'état de siège n'empêche pas le législateur d'instituer un régime de pouvoirs exceptionnels distinct de l'état de siège pour concilier les exigences de la liberté et de la sauvegarde de l'ordre public, même si l'état d'urgence est institué en dehors de toute base constitutionnelle expresse.

S'ensuit un silence de plus de trente ans jusqu'à la promulgation de la loi du 20 novembre 2015, la première des lois prorogeant l'état d'urgence jusqu'au 30 octobre 2017. Le Conseil constitutionnel émerge alors comme un nouvel acteur du contrôle de la loi relative à l'état d'urgence aux côtés des juges administratif et judiciaire.

Cette irruption dans le contrôle de l'état d'urgence et de ses mesures d'application tient à une révolution juridique qui transforme profondément notre droit et notre rapport à la loi : la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010.

Afin de comprendre l'intervention du juge constitutionnel dans le contrôle des lois prorogeant l'état d'urgence, quelques données peuvent être analysées. L'état d'urgence, malgré un nombre important de mesures prises, a donné lieu à un nombre limité de décisions du Conseil constitutionnel. En tout, neuf décisions QPC ont été rendues entre le 22 décembre 2015 et le 1^{er} décembre 2017. En outre, deux affaires QPC sont pendantes contre la loi du 30 octobre 2017 qui introduit dans le droit commun les dispositifs mis en

œuvre par les lois relatives à l'état d'urgence⁷¹. Sur les neuf décisions rendues, on relève deux décisions de conformité et sept décisions de non-conformité totale ou partielle des dispositions contestées. Parmi ces sept décisions d'abrogation, trois décisions d'abrogation immédiate et quatre décisions d'abrogation reportée dans le temps.

Comment analyser la jurisprudence constitutionnelle ? Comment le Conseil constitutionnel contrôle-t-il la loi relative à l'état d'urgence ? Donne-t-il une portée particulière aux principes constitutionnels auxquels il confronte la loi du 3 avril 1955 modifiée essentiellement par celle du 20 novembre 2015 ? Est-il audacieux ? Répond-il aux attentes des personnes qui le saisissent par la voie de la QPC ?

La jurisprudence du Conseil constitutionnel n'a pas été synonyme d'audace sur le fond, mais plutôt de constance et de classicisme dans le rappel de la nature et de la portée des droits et libertés garantis par la Constitution et invocables dans le contentieux de la QPC.

Surtout, après un début timide, les six décisions qui se sont succédé après celles du 19 février 2016 ont montré comment le Conseil constitutionnel a resserré la contrainte sur le législateur et l'a contraint à renforcer les garanties figurant dans les dispositions législatives qu'il a adoptées.

3.2.1. Souplesse et adaptation de la procédure de la QPC au contrôle de l'état d'urgence

Cette souplesse procédurale se manifeste par le raccourcissement exceptionnel de la durée de l'instruction et de la procédure QPC devant le Conseil constitutionnel dans certaines affaires. Le Conseil constitutionnel a décidé de trancher très rapidement le contentieux, dans des délais largement inférieurs à la moyenne des QPC qui est de deux mois et une semaine. La décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 a été publiée onze jours après la transmission de la QPC au Conseil constitutionnel. Les décisions 535 et 536 QPC ont été rendues un mois après la saisine du juge constitutionnel.

Le très bref délai appliqué à la décision du 22 décembre 2015 tient certainement au fait qu'étaient en cause des restrictions apportées à la liberté de personnes assignées à

⁷¹ 2017-684 QPC : pouvoir du préfet d'instituer des zones de protection ou de sécurité ; 2017-691 QPC : article L. 228-1 CSI sur les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance pour les personnes assignées à résidence de longue durée.

résidence. Le sens de la décision pouvait donc avoir des conséquences très pratiques sur la durée de la privation de la liberté d'aller et de venir.

Le message pour les praticiens est clair : être réactifs et prêts à conclure très rapidement s'ils se retrouvent devant le Conseil constitutionnel⁷². Les six autres décisions qui ont suivi ont été rendues dans des délais compris entre deux et trois mois, qui sont conformes à la moyenne.

3.2.2. Les droits et libertés garantis par la Constitution au prisme de la logique préventive de la loi relative à l'état d'urgence

La question sous-jacente à chacune des QPC en matière d'état d'urgence était de savoir comment juger la constitutionnalité des dispositions législatives qui relèvent essentiellement, sinon uniquement, de l'interdiction préventive, de la prévention des infractions, de la prévention des atteintes à l'ordre public, des pouvoirs de police administrative.

La réponse du Conseil constitutionnel consiste à tirer toutes les conséquences contentieuses de la compétence accordée à la police administrative et à donner toute sa mesure à la logique purement préventive de la loi du 3 avril 1955.

C'est ce qui l'a guidé dans l'examen des moyens d'inconstitutionnalité articulés contre les articles 6 (assignation à résidence), 8 (fermeture administrative de lieux de réunion) et 11 (perquisitions administratives) de la loi du 3 avril 1955 modifiée dans les trois premières QPC qu'il a jugées. Cette approche a été maintenue par la suite.

Le juge constitutionnel rappelle et précise la portée et le contenu des droits et libertés garantis par la Constitution invocables contre les articles de la loi relative à l'état d'urgence.

a) Liberté individuelle / Liberté personnelle

Restriction de liberté / Privation de liberté

Le grief de la violation de l'article 66 de la Constitution a été articulé six fois sur les neuf décisions QPC qui nous intéressent.

Afin de savoir si ces mesures relèvent du contrôle du juge judiciaire au titre de l'article 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel va d'abord définir la nature et la portée du

⁷² La rapidité de l'instruction écrite est facilitée par le fait qu'elle est totalement dématérialisée.

dispositif contesté. Il va rappeler que les mesures en cause relèvent de la seule police administrative et ne peuvent donc avoir « d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ».

Il en résulte que, « tant par leur objet que par leur portée, ces dispositions ne comportent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution ». Il précise dans la décision 2016-536 QPC que « les perquisitions administratives n'ont pas à être placées sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire ».

Depuis sa décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, le Conseil constitutionnel définit la liberté individuelle par référence à l'article 66 de la Constitution comme couvrant uniquement le domaine des privations de liberté (garde à vue, détention, rétention, hospitalisation sans consentement). Il s'agit ainsi de la liberté individuelle au sens de l'*habeas corpus* dont le respect est confié au juge judiciaire par l'article 66 de la Constitution.

Lorsqu'est en cause la police administrative, le juge administratif est pleinement compétent pour se prononcer sur les mesures prises en matière de prévention des atteintes à l'ordre public, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015 rendue sur la loi relative au renseignement.

On peut ainsi tenter la synthèse suivante :

Police administrative	Juge judiciaire
Liberté personnelle	Liberté individuelle
Restriction aux libertés	Privation de liberté

Enfin, le Conseil constitutionnel a examiné spécifiquement la mesure complémentaire d'astreinte à domicile et celle de sa « plage horaire », de sa durée. Il a estimé que, au-delà de la durée continue de douze heures, la mesure deviendrait trop contraignante pour ne pas être analysée comme affectant la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution. Il a donc jugé que « la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile dans le cadre de l'assignation à résidence, fixée à douze heures par jour, ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution » (cons. 6).

b) Liberté personnelle qui comprend la liberté d'aller et de venir

La liberté d'aller et de venir est une composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. L'assignation

à résidence est une restriction de cette liberté. La question est alors de savoir si elle est nécessaire, justifiée et proportionnée.

Afin de répondre à cette question, le Conseil constitutionnel va examiner trois points : les conditions dans lesquelles une telle mesure peut être prononcée ; l'application pouvant être faite de ces conditions et la nature du contrôle du juge administratif quant à cette application ; l'encadrement de la durée d'une assignation à résidence en l'absence de décision de renouvellement.

Le Conseil constitutionnel confirme ainsi son raisonnement habituel. Il s'assure, en premier lieu, de ce que le législateur a suffisamment encadré les pouvoirs conférés à l'autorité administrative. Il vérifie, en second lieu, que le juge administratif, chargé de se prononcer sur la légalité des mesures individuelles, procède à un contrôle de proportionnalité.

S'agissant de mesures individuelles restreignant l'exercice de la liberté d'aller et de venir, le Conseil constitutionnel vérifie habituellement les conditions de durée auxquelles elles sont soumises, ainsi que les modalités selon lesquelles elles peuvent être réexaminées ou prolongées. C'est l'un des critères classiques d'appréciation de la proportionnalité d'une mesure de police administrative, que l'on retrouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Surtout, le Conseil constitutionnel a précisé que « si le législateur prolonge l'état d'urgence par une nouvelle loi, les mesures d'assignation à résidence prises antérieurement ne peuvent être prolongées sans être renouvelées » (décision n° 2015-527 QPC, cons. 13).

Par cette formulation, le Conseil constitutionnel indique ainsi que la durée fixée par la déclaration de l'état d'urgence doit être proportionnée aux circonstances qui ont justifié sa déclaration. Il exige, d'autre part, le réexamen, au cas par cas, des mesures individuelles d'assignation à résidence prononcées lorsque l'état d'urgence est prolongé et la prise d'une nouvelle décision par l'administration. Les assignations à résidence ne peuvent donc être regardées comme prorogées par la seule prolongation de l'état d'urgence.

c) Liberté de réunion / Liberté de manifestation

Liberté de communication et d'expression / Droit d'expression collective des idées et des opinions

Si elles semblent pouvoir être « naturellement » fondées dans l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la liberté de réunion et la liberté de manifestation n'ont

pas été expressément consacrées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il n'a pas choisi de qualifier la protection constitutionnelle de ces libertés en utilisant les termes de liberté de réunion et de liberté de manifestation. Au contraire, lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de griefs tirés de l'atteinte à de telles libertés, il y a répondu en examinant l'atteinte au « droit d'expression collective des idées et des opinions » (décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 ; décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010).

Dans la décision 2016-535 QPC, le juge constitutionnel relève que le second alinéa de l'article 8 de la loi de 1955 modifiée, en permettant d'interdire des réunions, portait une atteinte directe à la liberté de réunion et, ce faisant, au droit d'expression collective des idées et des opinions. En ce qui concerne le premier alinéa de cet article 8, bien que moins forte, l'atteinte existait également dans la mesure où la fermeture provisoire de salles de spectacle, débits de boisson et lieux de réunions de toute nature empêche la tenue de réunions en ces lieux ainsi que la possibilité d'y échanger collectivement des idées. Aussi, le Conseil constitutionnel a relevé que, « en ce qu'elles restreignent la liberté de se réunir, ces dispositions portent atteinte au droit d'expression collective des idées et des opinions » (cons. 5).

La référence aux manifestations était inopérante dès lors que le texte n'y faisait aucune référence, se concentrant sur les réunions proprement dites. Dans notre droit, la réunion est, depuis longtemps, distincte de la manifestation. Cette dernière est, comme la première, un rassemblement organisé dans un but défini, mais les deux se distinguent par leur lieu d'exercice : seule la manifestation se déroule sur la voie publique. Dans ces conditions, le Conseil constitutionnel s'en est tenu à une interprétation littérale du texte : « Ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de régir les conditions dans lesquelles sont interdites les manifestations sur la voie publique » (cons. 5).

Le Conseil constitutionnel a ensuite relevé les différentes garanties ou conditions encadrant le prononcé de ces mesures de fermeture provisoire ou d'interdiction.

La justification des mesures de fermeture provisoire ou d'interdiction est placée sous l'entier contrôle du juge administratif : « Le juge administratif est chargé de s'assurer que chacune de ces mesures est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit. »

3.2.3. La portée des abrogations prononcées par le Conseil constitutionnel

L'article 62 alinéa 2 de la Constitution permet au Conseil constitutionnel d'adapter les effets de l'inconstitutionnalité qu'il prononce dans le cadre de la QPC. La disposition censurée peut être abrogée à compter de la publication de sa décision. Mais, comme dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi⁷³, il peut reporter à une date postérieure à la publication de sa décision l'abrogation de la disposition législative inconstitutionnelle. Dans ce cas, il détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration sont susceptibles d'être remis en cause.

À partir de ces dispositions, le Conseil constitutionnel a considéré que, « si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration⁷⁴ ».

Sur les neuf décisions QPC portant sur l'état d'urgence, nous avons sept décisions de non-conformité totale ou partielle des dispositions contestées, dont quatre décisions d'abrogation reportée dans le temps.

3.2.4. Importance des décisions du Conseil constitutionnel

a) *Ce qui caractérise et unifie les décisions QPC portant sur la loi relative à l'état d'urgence est que le Conseil constitutionnel tire toutes les conséquences de la nature exclusivement préventive de l'objet de la loi du 3 avril 1955.*

En effet, l'ensemble du régime qu'elle fixe est conçu pour prévenir les troubles les plus graves à l'ordre public dans des circonstances exceptionnelles. La loi de 1955 est inspirée par la logique selon laquelle, en période de troubles graves, la police administrative ne doit pas être dépossédée de son devoir de prévenir : celui-ci doit au contraire être renforcé. C'est un choix politique du législateur.

⁷³ Conseil constitutionnel, décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Rec. p. 313.

⁷⁴ Voir Conseil constitutionnel, décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, JORF du 4 août 2013, p. 13317.

C'est dans cette perspective ou à travers ce prisme que le juge constitutionnel a examiné la pertinence des moyens d'inconstitutionnalité développés contre les articles de la loi de 1955 modifiée et a mis en œuvre son contrôle.

Nous sommes donc face à une jurisprudence sur l'étendue et les limites de la police administrative, de ses pouvoirs et de la conception que peut en avoir le législateur. Et, surtout, elle affirme la pleine validité constitutionnelle de la compétence du juge administratif pour des mesures dont on pouvait penser qu'elles relevaient du contrôle du juge judiciaire au titre de l'article 66 de la Constitution.

Cela est d'autant plus important que la plupart des moyens articulés contre les trois dispositions contestées de la loi du 3 avril 1955 étaient développés à partir de l'article 66 de la Constitution et de la compétence du juge judiciaire. Il a ainsi donné tort aux parties sur ce point.

b) Cette jurisprudence a eu un effet dissuasif sur le législateur et l'a inspiré pour la rédaction de la loi du 30 octobre 2017.

Les trois premières décisions QPC sur la loi relative à l'état d'urgence pouvaient laisser craindre le pire tant on sait la réticence – ou la prudence – du Conseil constitutionnel à s'immiscer dans les choix politiques du législatif et de l'exécutif.

On peut cependant déceler un motif d'espoir et une évolution entre les trois premières décisions QPC sur l'état d'urgence et les six suivantes à partir de septembre 2016 si l'on s'en tient au nombre de censures prononcées. À quoi cela est-il dû ? À une perméabilité plus grande aux situations de fait et aux effets concrets de la mise en œuvre de la loi qui révèlent de manière presque évidente les atteintes aux droits et aux libertés constitutionnels. On mesure ici l'apport positif et bénéfique d'un contrôle *a posteriori* de la loi. Il a aussi été bien aidé par le législateur qui a mal rédigé les différentes dispositions législatives soumises au contrôle.

c) Enfin, les décisions QPC analysées ici sont aussi un discours sur le droit applicable aux situations exceptionnelles telles que l'état d'urgence.

Dans le cadre du contrôle de la législation exceptionnelle sur l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel ne donne pas de portée différente aux principes constitutionnels dont il a fixé les contours et le contenu dans sa jurisprudence. Il se contente de jouer sur la nature et l'intensité du contrôle de la loi avec le contrôle de proportionnalité.

Il montre ainsi que les principes constitutionnels fondamentaux peuvent suffire à appréhender la validité d'un droit d'exception ou d'un droit de l'exceptionnel et que, en tout état de cause, il n'est pas possible de s'affranchir des règles républicaines et de ce qui est au socle de notre État de droit.

À cet égard, le message adressé aux autorités administratives et aux juges est clair : l'état d'urgence peut justifier la restriction ou l'aménagement de certaines libertés fondamentales, mais ces restrictions doivent être nécessaires, justifiées et proportionnées lorsqu'on les pose dans la loi et lorsqu'on les applique.

Il n'est donc pas question de s'affranchir ou de violer les règles constitutionnelles qui constituent :

- la garantie pour l'État et ses autorités que, en agissant conformément à la règle de droit, leurs procédures et de leurs enquêtes seront sécurisées ;
- la garantie pour les citoyens que leurs droits seront respectés et que les procédures les visant ne seront pas marquées du sceau de l'arbitraire, ce qui les rendraient, au choix, illégales, inconvencionnelles et/ou inconstitutionnelles.

Autrement dit, sur un plan juridique, l'efficacité de la lutte contre le terrorisme dans le cadre de l'état d'urgence réside dans des règles équilibrées et respectueuses de l'État de droit et dans des procédures respectueuses de la règle de droit.

4. LE CONTRÔLE PARLEMENTAIRE

4.1 LA MISE EN PLACE ET LE RENFORCEMENT DU CONTRÔLE PARLEMENTAIRE

Le contrôle parlementaire de l'état d'urgence mis en place sous l'impulsion de Jean-Jacques Urvoas lorsqu'il était président de la commission des Lois relève d'une démarche originale. L'idée s'est imposée dès le vote de la première loi de prolongation de l'état d'urgence (20 novembre 2015). Dans sa mission de suivi, de contrôle et d'évaluation des mesures prises pendant l'état d'urgence, il comporte un aspect visible et un autre qui est moins apparent. L'aspect visible, c'est le travail réalisé entre la commission des Lois et le ministère de l'Intérieur pour recueillir les informations sur l'activité policière liée à l'état d'urgence. Ce travail de collecte a été pris en charge dans un premier temps par le cabinet du ministre de l'Intérieur car le ministère n'était pas organisé pour traiter cette nouvelle tâche. La transmission des informations s'est révélée utile puisqu'elle a permis un suivi

public des mesures prises dans l'état d'urgence, en particulier les perquisitions et les assignations à résidence. Elle a aussi permis au ministère de contrôler sa propre activité⁷⁵.

À partir de la prolongation de l'état d'urgence de juillet 2016, la commission des Lois a demandé les chiffres directement aux préfetures, en court-circuitant le ministère de l'Intérieur, qui ne recensait pas de manière exhaustive tous les mesures prises à l'échelon déconcentré (article 2 de la loi du 21 juillet 2016 : les autorités administratives transmettent au Parlement, sans délai, copie de tous les actes qu'elles prennent en application de l'état d'urgence). La Commission a également parfois procédé à des contrôles sur place, en se déplaçant. Elle a, en effet, été dotée des prérogatives attribuées aux commissions d'enquête (auditions sous serment et contrôles sur pièces et sur place). Au total, l'état d'urgence a donné lieu à un nombre important d'opérations, surtout dans sa phase initiale. Pour les assignations à résidence, par exemple, on dénombre en tout 754 assignations, dont 350 ont eu lieu pendant la première phase. On dénombre, à la fin de l'état d'urgence, encore 41 assignations, dont 8 personnes assignées depuis le début de l'état d'urgence, d'après le ministère de l'Intérieur.

La partie moins visible de ce contrôle parlementaire concerne les échanges avec la Direction des libertés publiques et des affaires juridiques (DLPAJ) du ministère de l'Intérieur⁷⁶. Des négociations ont eu lieu à chaque prolongation de l'état d'urgence. Elles portaient sur plusieurs points. Tout d'abord, la judiciarisation des cas surveillés par les services de renseignement pour que les personnes assignées ne restent pas indéfiniment sous surveillance sans avoir fait l'objet d'un traitement judiciaire. Ensuite, des négociations sur les interventions des forces de l'ordre lors des perquisitions : indemnisation de personnes dont les portes ont été cassées⁷⁷, limitation des ports de cagoules quand des enfants sont présents dans les logements perquisitionnés, limitation de l'utilisation des menottes.

Le moment le plus difficile a été le renouvellement qui a suivi le 14 juillet 2016 et l'attaque de Nice (loi du 21 juillet). Comme tout le monde pensait sortir de l'état d'urgence, comme le Président l'avait annoncé lors de son intervention télévisée du 14 juillet au matin, il n'y avait

⁷⁵ Audition de Dominique Raimbourg, ancien président de la commission des Lois à l'Assemblée nationale, co-auteur du rapport « Sur le contrôle de l'état d'urgence » (décembre 2016), le 8 novembre 2017.

⁷⁶ En raison du principe de séparation des pouvoirs, la commission des Lois n'a pas de rôle de contrôle vis-à-vis du ministère de la Justice.

⁷⁷ Le Défenseur des droits est aussi intervenu dans ces dossiers.

qu'un délai très court pour voter une nouvelle prolongation, décidée dans la soirée après les événements de Nice par le président de la République. Dans ce contexte dramatique, la pression des sénateurs a été très forte pour obtenir à cette occasion des modifications du droit pénal. La pression était forte car le Sénat pouvait faire peser sur les députés le risque d'un échec du renouvellement. De fait, la majorité de droite au Sénat a obtenu des aggravations de peines, le durcissement des modalités d'aménagement de peine pour les personnes condamnées pour terrorisme, etc. Tenant compte de ces négociations difficiles, la préoccupation des élus, lors du renouvellement suivant, en décembre 2016, était de ne pas placer le Président nouvellement élu à la merci d'une telle pression, au cas où la majorité parlementaire ne lui aurait pas été favorable. C'est pourquoi l'état d'urgence a été prolongé au-delà de la date de l'élection présidentielle et des élections législatives, à juillet 2017.

Pour contrôler l'état d'urgence, les deux assemblées étaient d'accord pour la constitutionnalisation du régime juridique de l'état d'urgence. Il s'agissait d'introduire un nouvel article (36-1) qui aurait introduit des garanties, notamment sur le contrôle parlementaire et sur la durée (limitée à trois mois, renouvelable). Même si rien n'empêche de voter plusieurs lois de prorogation, cette limitation présente plusieurs avantages : elle impose de revenir devant le Parlement à intervalles rapprochés, elle donne l'occasion au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la nouvelle loi et elle permet aux personnes assignées à résidence de voir leur situation réexaminée.

Cette constitutionnalisation aurait fixé des garanties, même en cas d'arrivée d'un pouvoir autoritaire. L'inconvénient est que, en cas d'évolution des formes de terrorisme (et ces dernières évoluent toujours), il aurait fallu pouvoir modifier le texte, alors que les conditions politiques pour une révision de la Constitution ne sont pas toujours réunies. Quoi qu'il en soit, la réforme constitutionnelle n'a pas eu lieu, en raison de l'apparition de la proposition de déchéance de la nationalité, très contestée et finalement retirée, qui a fait capoter l'ensemble du projet.

Ce contrôle parlementaire se poursuit au-delà de la fin de l'état d'urgence, dans le cadre de la loi sur la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Le contrôle parlementaire a été ajouté à la loi par un amendement négocié avec les députés socialistes (la commission mixte paritaire a fait porter le contrôle sur les quatre articles inspirés de l'état d'urgence). Il est confié à la présidente de la commission des Lois, Yaël Braun-Pivet, assistée de deux

rapporteurs, Raphaël Gauvin (rapporteur du projet de loi) et Éric Ciotti. La publication des chiffres sur le site de l'Assemblée se poursuit, de même que les déplacements (Dunkerque, Lille...) et les auditions (DPLAJ, UCLAT – l'Unité de coordination de la lutte antiterroriste au ministère de l'Intérieur, le juge des libertés et de la détention de Paris...). Il s'agit donc d'une évaluation en continu, avec des présentations régulières devant la commission des Lois. Une clause de rendez-vous, introduite par les sénateurs, a été prévue en 2020 pour les quatre articles principaux de la loi (périmètres de protection, fermeture des lieux de culte, assignations à résidence et perquisitions). La loi doit être évaluée en vue de cette clause de révision : c'est cette évaluation dans le cadre de la commission des Lois qui servira d'évaluation des mesures et de leur éventuelle révision. Ce contrôle parlementaire est, à ce jour, l'exemple le plus développé de contrôle parlementaire puisqu'il pousse la vérification de l'application de la loi à la présentation publique des chiffres des mesures prises par l'administration mais aussi qu'il se traduit par des visites dans des préfectures, qui sont l'occasion de réunir autour du préfet les acteurs locaux de la lutte contre le terrorisme et la radicalisation⁷⁸.

La présentation des chiffres sur le site de la commission des Lois montre que la mesure la plus utilisée concerne les périmètres de protection (cinquante-sept mesures depuis la promulgation de la loi). Le renouvellement répété de cette mesure censée être exceptionnelle à la gare SNCF Lille-Europe et au Grand port maritime de Dunkerque a conduit la commission de contrôle à se rendre sur place pour comprendre s'il s'agissait d'un détournement de la loi ou de la révélation d'une lacune législative. Les autres mesures sont utilisées plus rarement (trois fermetures de lieux de culte). Les « visites et saisies » n'ont pas du tout été utilisées dans les premiers temps après le vote de la loi alors que le ministère de l'Intérieur avait beaucoup insisté pour obtenir cette mesure (aucune demande avant janvier 2018, quatre demandes depuis, toutes acceptées par le juge).

4.2. COMPARAISON EUROPÉENNE

La loi de 1955 modifiée successivement lors du renouvellement de l'état d'urgence a mis en place un contrôle parlementaire ambitieux, prévoyant même à l'article 4-1 de la loi du 3 avril 1955 (4^e prolongation de juillet 2016) que les autorités administratives doivent transmettre au Parlement la copie de l'ensemble des actes ainsi que les informations complémentaires. La commission des Lois s'est dotée des prérogatives des commissions d'enquête.

⁷⁸ Audition de Raphaël Gauvin à Terra Nova, le 7 mars 2018.

L'originalité de cette disposition a été soulignée et a été utile à l'acceptation démocratique de l'état d'urgence et la tempérance de l'état d'exception. Qu'en est-il chez nos voisins ?

Le contrôle des parlements et, avant tout, l'existence même d'un droit d'exception relatif à la lutte anti-terroriste sont très disparates en Europe.

La législation antiterroriste d'exception

Une comparaison complète du contenu des législations antiterroristes nécessiterait de présenter chaque système juridique et judiciaire et d'examiner les contextes politiques et sécuritaires à travers l'Europe, avant d'en tirer un enseignement. Cet exercice de droit comparé n'a pas été mené jusqu'à présent malgré des outils disponibles (publication et travaux de recherches du Conseil de l'Europe, études universitaires...)⁷⁹.

Si l'on considère les pays ayant une approche semblable à la nôtre au regard de la question du terrorisme et ayant été frappés depuis 1970, on relève que la France se distingue particulièrement par son activisme juridique. Plusieurs pays ont adopté des législations antiterroristes de plus en plus sévères, par paliers successifs, en fonction de la menace perçue mais surtout dans la suite immédiate des attentats, avec des mesures de plus en plus liberticides, acceptées compte tenu de l'effroi dans la population. Autrement dit, la loi suit l'actualité et s'y adapte. Souvent sans véritable étude d'impact préalable et souvent sous le coup de l'émotion. La France représente le cas le plus emblématique de cette tendance avec trente-cinq lois anti-terroristes depuis 1986 (loi dont l'objet principal est la lutte antiterroriste), soit en moyenne un texte législatif par an...

En Grande-Bretagne, le premier texte date de 1974. Il est adopté en urgence après des attentats de l'IRA et devait avoir une durée d'une année. Il a cependant été prolongé chaque année jusqu'en 1989. Une loi d'exception permanente de vingt-cinq ans... À la suite de nouvelles vagues d'attentats, une nouvelle loi est votée en 1989 puis, de même, en 1996 et en 2000. Au lendemain des attaques de 2001, une nouvelle loi baptisée Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 est adoptée. Ce texte (ayant conduit à une dérogation à l'article 15 de la Cour européenne des droits de l'homme, CEDH) permet d'incarcérer à la demande du ministre de l'Intérieur de façon indéfinie sans jugement ni inculpation un étranger soupçonné de terrorisme (cette mesure sera rapidement abrogée). On compte encore de nouvelles lois en 2005 puis en 2006, 2008, 2011 et 2015. Mais

⁷⁹ Un programme existe au sein du Conseil de l'Europe avec le comité d'experts sur le terrorisme (Codexter) qui produit de nombreuses études sur les législations nationales, sur les contrôles...

même présentée ainsi, la législation britannique ne comporte que dix lois majeures en trente ans, soit trois fois moins que la France...

En Espagne, après les législations adoptées pour lutter contre l'ETA, la loi se stabilise avec le code pénal de 1995. Elle est, par la suite, encore modifiée en 2000, puis 2003, 2007, 2010 et deux fois en 2011, soit sept lois majeures dans la même période. Avec toutefois de nombreuses interventions du pouvoir réglementaire. En Belgique, on compte huit textes législatifs depuis 1986.

Il n'y a pas de corrélation directe entre ces textes législatifs, l'état de la menace, le nombre d'attentats et les succès de la lutte antiterroriste. Il convient toutefois de relever que, même avec les précautions d'usage sur la menace, la réalité des attentats, le nombre de victimes, d'attentats déjoués, la France est la plus prolifique en termes de législation d'exception pour lutter contre le terrorisme, et c'est une constante depuis 1986... Il ne s'agit donc pas d'un phénomène récent.

L'état d'urgence

Indiquons dès à présent que l'état d'urgence n'existe pas dans l'intégralité des systèmes juridiques des pays de l'Union européenne. Il n'existe rien de comparable chez un voisin proche comme la Belgique, par exemple.

Lorsque l'état d'urgence existe (qu'il porte ou non cette dénomination), il comporte souvent de nombreux points communs avec la loi française de 1955 : article 116 de la Constitution espagnole et loi de 1981, loi italienne du 24 février 1992, article 19 de la Constitution portugaise... La législation la plus proche est toutefois sans doute la loi britannique de 2004 sur les événements civils imprévus.

Cependant, aucun de ces textes n'a été appliqué, et la France est le seul pays à avoir mis en place un état d'urgence à la suite d'attentats.

Il serait pourtant erroné de montrer la France du doigt. Certaines législations nationales permettent en effet d'aller bien au-delà de ce que prévoit la loi de 1955 et de prendre des mesures encore plus liberticides, sans pour autant recourir à « l'état d'urgence ». C'est le cas de la Grande-Bretagne, dont la législation antiterroriste va bien au-delà de ce qu'autorise la législation française, sans pour autant recourir à un état d'exception.

Autrement dit, la question n'est pas tant le recours à des mécanismes relevant de l'état d'urgence, mais le contenu des mesures prises dans un cadre d'exception (par exemple, la

première législation antiterroriste britannique faite pour durer une année et qui s'est appliquée pendant vingt-cinq ans, ayant été prolongée chaque année par la Chambre des communes...). Une étude complète devrait être réalisée non seulement sur le droit applicable mais aussi sur l'effectivité de mesures.

Il convient d'insister sur le fait que les analyses de droit comparé ne sont pas faites et qu'il existe peu d'éléments d'analyse concernant les autres pays d'Europe dans les différents rapports parlementaires sur le sujet.

Le contrôle (défense et renseignement et défaut de mise en vigueur de l'exception)

Dans la mesure où la France est le seul pays européen à avoir eu recours à l'état d'urgence, il est difficile de comparer le contrôle parlementaire français par rapport à celui de nos voisins... Toutefois, on peut tenter d'aller rechercher deux types de contrôles qui existent partout et qui peuvent s'en rapprocher : le contrôle des services de renseignement et le contrôle des opérations de défense et de sécurité.

Deux études ont été menées sous l'angle du droit comparé. La première consacrée aux services de renseignement par le Sénat en 2002, la seconde sur le contrôle des opérations liées à la défense par l'Irsem (un institut de l'École militaire) en 2012.

La première étude relative au contrôle des services de renseignement va conduire à la création de la délégation parlementaire au renseignement en 2007. L'étude montre que ce contrôle existe dans la majorité des pays d'Europe et ce, pour certains, depuis 1952. Par exemple sous la forme classique d'une commission parlementaire. Il s'agit à chaque fois d'une commission spécifique (ou composée des présidents des groupes politiques – Pays-Bas – ou élue par le Parlement – Allemagne) ou d'une commission de contrôle.

Ces commissions ont souvent des pouvoirs importants. La délégation compétente du Bundestag peut questionner le gouvernement, auditionner les personnels des services, désigner des experts indépendants, procéder à des contrôles sur pièces et sur place. C'est aussi le cas du comité belge de contrôle, qui peut même aller jusqu'à perquisitionner les lieux où exercent les personnels des services. Les rapports d'enquête ont toutefois une diffusion limitée (pour des raisons de secret).

La seconde étude relative au contrôle des activités de défense et de sécurité permet d'appréhender une situation européenne très disparate. Avec, aux extrêmes, un contrôle

excessivement faible dans les cas britannique et français, et exceptionnel au contraire pour l'Allemagne et la Suède, mais dans des systèmes constitutionnels différents.

Le premier apport de l'étude est que le rôle du contrôle est important lorsque les commissions parlementaires participent à l'élaboration effective de la politique en la matière (participation au processus décisionnel) ; alors que, en France ou en Grande-Bretagne, le contrôle parlementaire se trouve en marge du processus décisionnel et se concentre sur une fonction de surveillance *a posteriori* de l'action du gouvernement et une fonction d'alerte et de contrepoids dans les arbitrages budgétaires.

Le second apport est de se poser la question du rôle de ce contrôle parlementaire. La vocation du contrôle est-elle de contrôler les opérationnels (police, justice, renseignement...), de prévenir les dérives potentielles du pouvoir exécutif, de veiller au bon usage des deniers publics ou de défendre les opérationnels et de jouer un rôle de porte-parole avec une proximité entre les parlementaires et les services concernés ? Un contrôle existe de manière pertinente lorsque le rôle est clairement affiché.

Globalement, lorsqu'un contrôle existe, deux problèmes se manifestent. Le premier réside dans la volonté effective des parlementaires de s'approprier les pouvoirs de contrôle qui leur sont reconnus dans les textes. Le second touche à l'indépendance des parlementaires vis-à-vis de l'exécutif, surtout quand ils sont du même bord politique et qu'une cooptation par l'exécutif peut se produire. Il n'est pas surprenant de ce point de vue que Jean-Jacques Urvoas, par exemple, soit passé de la commission des Lois, chargée du contrôle de l'état d'urgence, au ministère de la Justice.

Le second est le manque d'expertise, de moyens humains, de sources d'information indépendantes, pour réaliser un contrôle effectif. Quelles sont les sources d'information ? Qui sont les experts ? Des universitaires participent-ils aux travaux ? Existe-t-il des programmes de recherches ? La question de l'effectivité du contrôle parlementaire réside ici⁸⁰. La question n'est pas tant la mécanique institutionnelle à créer, le Meccano du règlement intérieur de l'Assemblée Nationale ou du Sénat, que le choix des personnes qui siègent dans ces commissions, la finalité qu'elles poursuivent, l'expertise et la fiabilité des informations dont elles disposent.

⁸⁰ Olivier Rozenberg, Éric Kerrouche. « Retour au parlement », *Revue française de science politique*, vol. 59, n° 3, 2009, pp. 397-400.

5. PROPOSITIONS

Proposition 1 : D'ici 2020, comment peut-on renforcer le contrôle parlementaire ?

La loi du 30 octobre prévoit une clause de révision en 2020. À cette fin, cette loi est évaluée par des membres de la commission des Lois de l'Assemblée nationale. Une commission existe également au Sénat (Marc-Philippe Daubresse, rapporteur) mais son activité n'est pas rendue publique et, contrairement au travail mené par les députés, elle ne consiste pas à rendre publiques des données sur l'activité administrative découlant du texte de loi. Dans la mesure où ce sont les sénateurs, souvent attentifs aux libertés publiques, qui ont introduit la clause de révision dans la loi SILT, on pourrait s'attendre à ce qu'ils soient particulièrement actifs dans l'évaluation de la loi qui sera révisée en 2020. À ce titre, ils devraient être plus audibles auprès d'une opinion publique qui s'inquiète des effets de l'état d'urgence et de ses suites sur nos institutions.

Les chiffres publiés par l'Assemblée nationale doivent donner une idée plus complète de l'ensemble des décisions liées à la loi SILT. Il est, en particulier, impossible de connaître aujourd'hui le nombre de procédures judiciaires ouvertes suite aux mesures décidées par l'administration. Or, ce chiffre est crucial puisqu'il est le seul à même de donner une indication fiable sur l'utilité véritable des mesures nouvelles qui sont apparues indispensables au législateur. Les chiffres actuels permettent de savoir dans quelle mesure l'administration s'est emparée des nouvelles dispositions prévues par le législateur mais ils ne disent pas si cette activité administrative répond aux objectifs de la loi, en particulier la lutte contre le terrorisme. Pour le savoir, il faudrait pouvoir faire le lien avec les procédures judiciaires, ce qui n'est pas le cas actuellement. Le rôle de la mission de contrôle parlementaire devrait être de rapprocher les chiffres du ministère de l'Intérieur et ceux de la Justice, afin de vérifier la nécessité et la proportionnalité des mesures votées.

Le législateur a hésité à inclure dans sa mission de contrôle la possibilité de recueillir des chiffres auprès du ministère de la Justice, par crainte d'une censure du Conseil constitutionnel au nom de la séparation des pouvoirs. Dans la mesure où la loi n'a pas fait l'objet d'un recours devant le Conseil et dans la mesure où une QPC est improbable sur cet aspect de la loi (le contrôle parlementaire), cette éventuelle censure reste hypothétique. Il semble cependant que les députés ont fait preuve d'une autodiscipline excessive sur ce point. En effet, le contrôle de l'action du gouvernement et l'évaluation des politiques

publiques sont explicitement dévolus aux assemblées par l'article 24 de la Constitution. Ce contrôle ne connaît que deux limites constitutionnelles⁸¹. Tout d'abord, le pouvoir de contrôler ne doit pas se muer en pouvoir de sanctionner, une commission d'enquête parlementaire ne doit pas être utilisée comme moyen détourné de mettre en cause la responsabilité du gouvernement. D'autre part, les commissions d'enquête n'ont pas de pouvoir de coercition vis-à-vis de l'autorité judiciaire et des autres pouvoirs, même si les rapporteurs des commissions d'enquête exercent leur mission sur pièces et sur place et se font communiquer tous les renseignements de nature à faciliter leur tâche. Dans la mesure où le cas qui nous intéresse concerne la communication de l'activité des services judiciaires, il semble s'inscrire très facilement dans le cadre de l'évaluation d'une politique publique sans que cela empiète sur le fonctionnement normal de l'autorité judiciaire.

En outre, le contrôle parlementaire s'exerce sur les quatre premiers articles de la loi du 30 octobre (périmètres de protection, fermetures de lieux de culte, mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance, visites et saisies) mais pas sur l'article 19, qui autorise des contrôles d'identité aux abords de certains lieux afin de lutter contre le terrorisme. Cette mesure est susceptible des usages les plus larges et potentiellement les plus déconnectés de la finalité directe de la lutte contre le terrorisme. Il est essentiel que les députés puissent vérifier que l'esprit et la lettre de la loi ne sont pas détournés dans des usages routiniers de maintien de l'ordre.

Les députés et sénateurs peuvent user plus largement de leurs possibilités de visites. Ils doivent se déplacer sur le terrain. Les parlementaires doivent poursuivre leurs discussions avec le ministère de l'Intérieur sur l'indemnisation des portes fracturées lors des perquisitions, surtout quand la perquisition est vaine. Le ministère doit prévoir des indemnisations et celles-ci doivent être rapides. Le non-recours étant massif de la part des personnes qui ont subi une intrusion violente à leur domicile pour une perquisition, le ministère de l'Intérieur doit informer directement les personnes de leurs droits et les accompagner dans la demande d'indemnité. En outre, il faut harmoniser la doctrine des forces d'intervention et les aligner sur les pratiques les plus respectueuses de la dignité des personnes. Il faut enfin poursuivre les discussions avec la Direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur (DLPAJ) pour faire le point sur les assignés à résidence et s'assurer que les assignations ne se prolongent pas indéfiniment et

⁸¹ Éric Thiers, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entrave », *Pouvoirs*, Le Seuil, 2010/3, p. 71-81.

que les cas qui doivent l'être soient bien présentés au juge judiciaire. Les parlementaires peuvent aussi avoir un rôle pour faciliter les relations entre le ministère de la Justice et l'Intérieur, qui ont peu de contacts directs.

Proposition 2 : Renforcer le contrôle parlementaire sur les autres aspects de la lutte contre le terrorisme.

Au-delà des dispositions de la loi SILT, la lutte contre le terrorisme passe par l'action des services de renseignement, dont le contrôle reste limité dans notre culture politique. C'est pourquoi il faut penser une « trame » de contrôle (Philippe Hayez) impliquant différents organes de contrôle. Le contrôle du renseignement relève d'une série de dispositifs, du moins formel (la presse, l'opinion) au plus formel (contrôle par le juge judiciaire). Entre les deux, il existe d'autres organes de contrôle qu'on peut renforcer.

Un contrôle administratif est opéré par une Inspection générale du renseignement rattachée au coordinateur de l'Élysée. Mais on a regroupé, dans cette inspection, des membres d'autres corps, Inspection générale de l'administration (IGA), Inspection générale des Finances (IGF)..., qui ne connaissent pas le monde du renseignement et qui n'ont pas d'idée précise sur ce qu'il conviendrait de contrôler (par exemple, le partage effectif des moyens techniques souvent mis à disposition de la DGSE et qu'elle est censée partager). En outre, on a créé un contrôle procédural avec la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR). Celle-ci contrôle le flux des demandes de surveillance, tandis que la Cnil (Commission nationale information et libertés) contrôle le stock. Cette complémentarité est-elle optimale ? Il faut aussi penser une procédure de « déconfliction » en cas d'accident lié à une rivalité des services.

La Délégation parlementaire au renseignement (DPR) a été créée par une loi de 2007, qui précise cependant que la DPR n'a pas à connaître des opérations. Si l'on comprend qu'elle ne soit pas informée par avance des opérations, rien ne devrait interdire qu'elle soit tenue au courant *ex post* et qu'elle contrôle en aval. Elle pourrait aussi, comme c'est le cas au Canada, être informée de coopérations au long cours avec des services étrangers (au-delà de liaisons dans le cadre d'opérations). La DPR est structurellement faible : elle n'a pas de budget à sa disposition, elle n'a pas de pouvoir d'enquête, elle est affaiblie par sa nature bicamérale, elle n'a aucune équipe à sa disposition (un demi-poste d'administrateur seulement !). On pourrait imaginer un système comme en Allemagne où le staff de la

commission de contrôle parlementaire est en partie constitué par des personnes venues des services (ce qui est un passage assez prestigieux en Allemagne, un peu comme le passage dans un cabinet ministériel en France). On pourrait imaginer en ce sens que chaque service détache une personne auprès de la DPR. Mais, pour éviter l'entre-soi, en complétant avec des personnalités indépendantes, des universitaires, etc.

Proposition 3 : Faut-il garder les mesures d'exception à la disposition de l'exécutif, qui doit décider de leur déclenchement et de leur achèvement ?

En sortant de l'état d'urgence le 1^{er} novembre 2017, le ministre de l'Intérieur l'a tout de suite souligné : il reste possible de déclarer à nouveau l'état d'urgence si les circonstances l'imposent (en cas de « péril imminent »). D'autre part, l'état de siège et le vote des pleins pouvoirs au président de la République (article 16 de la Constitution) sont toujours possibles. Les votes à répétition de l'état d'urgence l'ont amplement montré : la capacité du Parlement à faire entendre sa voix sur ces sujets est presque nulle. D'une part, parce que les députés manquent d'information et, souvent, de culture juridique. D'autre part, parce que le prix politique à payer d'une éventuelle opposition leur paraît très lourd.

Il est pourtant essentiel que le début et la fin de l'état d'urgence soient décidés par une instance autre que le pouvoir exécutif. Peut-on dès lors imaginer de retirer au Parlement le rôle de déclarer un état d'exception et de le confier à une autorité indépendante ? En ce qui concerne la possibilité de dépolitiser la décision, le rapport parlementaire Pietrasanta cite (et présente en annexe) l'exemple de la Belgique, où une institution, l'Ocam, gradue le niveau de l'alerte en matière de terrorisme. Un inconvénient apparent, c'est la perte de la confidentialité de certaines informations transmises à l'Ocam pour que l'organisme décide en connaissance de cause. Mais l'avantage est de dépassionner le débat. On peut imaginer soit un organe décisionnaire soit simplement consultatif. Cette tâche pourrait être confiée à une institution indépendante, comme le Défenseur des droits⁸² ou comme le Conseil constitutionnel. D'un point de vue juridique, un avis émanant de ces institutions serait certainement bien pesé et il aurait le crédit qu'on peut attribuer à une instance

⁸² L'article 71.1 de la Constitution de 1958 dispose que « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ».

indépendante. Mais aurait-il assez de poids politique ? Notamment pour s'opposer à la volonté de l'exécutif ?

Il semble difficile d'un point de vue constitutionnel de retirer au Parlement la possibilité de juger de l'opportunité d'une décision aussi importante d'un point de vue légal et politique. On peut alors imaginer soit une durée limitée sans possibilité de renouvellement (par exemple trois ou six mois, puisque l'état d'exception est décidé en cas de péril grave et imminent), soit des clauses de fin automatique comme la dissolution du parlement (comme c'est le cas dans la loi de 1955), la fin de la législature ou tout autre rendez-vous électoral (de sorte qu'aucune élection ne se tienne sous un quelconque régime d'exception).

On peut aussi imaginer d'imposer une majorité renforcée pour une loi qui touche à des libertés fondamentales. L'idée s'inspire de l'« escalier majoritaire », qui existe en Afrique du Sud, qui consiste à monter progressivement le seuil de la majorité, à chaque renouvellement du vote. Si le premier vote peut être acquis à la majorité simple, c'est une majorité renforcée toujours plus forte qui est exigée à chaque renouvellement. On peut ainsi passer à un vote requérant 60%, puis 65%, puis 70% des voix etc. à chaque renouvellement.

On peut objecter que l'état d'urgence a été prorogé dans une atmosphère de quasi-unanimité. A l'examen des votes, il apparaît cependant que les députés ont pu exprimer progressivement leurs réserves. Lors du premier vote le 19 novembre 2015, 6 votes seulement se sont opposés au renouvellement de l'état d'urgence (551 pour). Mais lors du dernier renouvellement, le 13 décembre 2016, l'opposition avait progressé à près de 10% des voix⁸³. La perspective de pouvoir se faire entendre grâce au renforcement de la majorité pourrait renforcer la détermination des députés opposés à une mesure d'exception ou emporter l'adhésion des hésitants. Cela pourrait également aider à sortir de l'obligation d'union nationale qu'ont ressentie les députés, laquelle a encouragé l'opposition à durcir l'état d'urgence en juillet 2016 plutôt qu'à trouver les voies d'en sortir.

La dynamique de l'escalier majoritaire, qui affiche l'impossibilité de l'union sacrée prolongée, en donnant plus de chance à un groupe même très minoritaire de s'opposer à la décision de la majorité, pourrait redonner de l'espace à une discussion parlementaire contradictoire. Pour la qualité du débat, il est essentiel que les députés, via leur commission

⁸³ Vote du 13 décembre 2016 à l'Assemblée nationale : 288 voix pour, 32 contre (sur 325 exprimés).

d'enquête, disposent des éléments d'information suffisants pour se prononcer de manière indépendante par rapport aux souhaits de l'exécutif.

CONCLUSION : DES ALTERNATIVES À L'URGENCE ?

La décision de déclarer l'état d'urgence après les attentats de novembre 2015 n'a pas conféré au pouvoir exécutif le crédit qu'il cherchait à obtenir en faisant preuve de détermination. Elle a, au contraire, donné l'image d'une forme de fébrilité dans l'action, voire de désinvolture vis-à-vis de l'État de droit. Le paradigme de l'urgence est, de ce point de vue, trompeur. Au lieu de l'efficacité qu'il semble promettre, il inscrit l'action dans une forme de contradiction avec les garanties procédurales et les garanties des droits fondamentaux, qui ébranle en réalité la légitimité de l'action publique. Outre que l'urgence suppose une vitesse d'exécution qui n'est pas compatible avec un indispensable contrôle, elle évoque une forme de résolution expéditive, incompatible avec la sérénité qui convient à la justice. Elle est susceptible de justifier toutes les exceptions aux normes habituelles au nom du résultat à atteindre.

Mais il y a plus grave car ce besoin d'accélération de l'action sous la pression de l'exécutif rencontre un mouvement plus profond de passage d'une action *préventive* à une action *préemptive* de la justice. La nuance est réelle. La prévention s'inscrit dans un temps long d'anticipation des effets de nos décisions dans l'avenir. Elle suppose une régularité des enchaînements de causes à effets qui donne une latitude de correction anticipatrice quand on se situe dans une longue durée. La prévention correspond à une idée d'amélioration individuelle et collective qui est aux fondements de notre droit moderne. La logique préemptive est bien différente. Elle postule qu'il est possible de prévenir la survenue d'un événement avant son accomplissement. Pour cela, il ne s'agit pas de changer le contexte, les chaînes causales, les dispositions des acteurs..., il suffit de le précéder pour l'interrompre à temps, indépendamment de toute prise en compte de ses déterminants. C'est une logique d'action bien différente. Elle ne consiste pas à anticiper, ni à corriger et encore moins à réparer. Elle prétend rendre impossible l'accomplissement d'un risque avant qu'il ne se réalise. Elle fait donc entrer les raisonnements et les décisions dans le domaine du virtuel et du probable, là où notre droit est pensé pour ce qui est accompli et révolu.

Mais suffit-il d'opposer à ce nouveau paradigme un état actuel du droit pour lui résister ? Le cas de l'état d'urgence semble bien indiquer que non. L'affirmation de la catégorie de

risque, aux dimensions multiples, accompagnée de mutations technologiques puissantes, contribuent à placer ce nouveau paradigme au centre d'attentes qui ne se limitent d'ailleurs pas à l'action de la justice. Comme on l'a amplement vu, les responsables politiques doivent pouvoir montrer qu'ils entendent et qu'ils prennent en compte une appréhension nouvelle du risque. Seul un autre paradigme, aussi fort que celui de l'action préemptive, est susceptible d'attester de cette préoccupation sans se laisser emporter par les logiques technologiques de la surveillance ou de la prédiction. En santé publique, c'est la notion de « préparation » (*preparedness*) qui exprime cette recherche de nouvelles logiques d'action collective⁸⁴. Parce que des menaces inédites, par exemple, d'épidémies mondiales ou de maladies émergentes, accompagnent l'accélération des échanges à l'échelle mondiale, de nouveaux modes de précaution doivent se mettre en place pour éviter des catastrophes massives.

Au lieu de l'urgence et de la préemption, il s'agit de penser une réactivité à l'événement qui aura été préparée. Le mérite de cette notion est de ne pas se limiter à un seul registre (comme l'urgence) mais à se déployer dans plusieurs dimensions. La « préparation » intègre en effet le besoin de recherche et de connaissance, d'instruments d'anticipation et d'évaluation, d'exercices de simulation, de dispositifs civils d'organisation et de prise en charge, de scénarios d'action, c'est-à-dire une série de questions assez délimitées et précises sur des lieux et des moments spécifiques de fragilité ou de crise, qui ne renvoient pas à une appréhension qui serait trop large de la « catastrophe » ou d'une menace indistincte mais à des séries de problèmes renvoyant chacun à des actions possibles et à des responsabilités délimitées. Elle peut rencontrer les réflexions sur la « résilience » qui offre des perspectives positives de mobilisation de la société compatible avec l'État de droit⁸⁵. L'outil des mesures d'exception n'est pas le cadre approprié pour penser un risque terroriste qui s'est installé dans la durée. Reste à penser un cadre plus complet pour répondre au terrorisme sans tomber, par manque de préparation, dans l'urgence et ses impasses.

⁸⁴ Andrew Lakoff, « Pour qu'un désastre ne tourne pas à la catastrophe : jusqu'où sommes-nous prêts ? », *Esprit*, mars-avril 2008, p. 104-111.

⁸⁵ Voir Joseph Henrotin, « La société française est-elle résiliente ? », in Thierry de Montbrial et Dominique David (dir.), *Un monde de ruptures*, Ramses, Dunod, 2017.