

- PARTIE II -

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁷ Article 421-2-1 du code pénal.

I. UNE ATTEINTE ILLÉGITIME DANS UNE SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE

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

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

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

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

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

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

⁴⁸ Article 11 de la loi du 3 avril 1955.

⁴⁹ Article 6 de la loi du 3 avril 1955.

⁵⁰ Article 5 de la loi du 3 avril 1955.

⁵¹ Article 8 de la loi du 3 avril 1955.

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

⁵³ Article 12 de la loi du 3 avril 1955.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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