

**L'ETAT D'URGENCE EN FRANCE : LE JUGE ADMINISTRATIF
ET LA PROTECTION DES LIBERTES**

*THE STATE OF EMERGENCY IN FRANCE: THE ADMINISTRATIVE JUDGE AND THE
PROTECTION OF FREEDOMS*

Michel Guillot

Maître de conférences en droit public. Faculté de droit et de science politique. Université
Lumière Lyon 2. Equipe d'accueil Droits, Contrats, Territoires (EA 4573).

RESUME

Les attentats du 13 novembre 2015 à Paris ont engendré sur l'ensemble du territoire français la mise en œuvre de l'« état d'urgence » qui est un des régimes d'exception permettant de faire face à un péril menaçant la Nation et l'Etat. Décidé par le Chef de l'Etat, il consiste en un renforcement très important des pouvoirs de police détenus par les autorités administratives, notamment le ministre de l'Intérieur et les préfets de département. S'agissant des principales mesures de police administrative – perquisitions, assignations à résidence, fermetures de lieux de culte et interdictions de manifester – l'état d'urgence réduit considérablement l'intervention du juge judiciaire, allégeant ainsi les mesures de police d'un contrôle a priori susceptible de freiner la prévention des attentats. Il revient alors au juge administratif d'opérer un contrôle a posteriori, nécessairement plus limité mais garantissant tout de même une protection minimale des libertés. Toutefois, la prolongation dans le temps de l'état d'urgence, voire son inscription dans le droit commun font peser sur l'Etat de droit un risque majeur qu'il serait dramatique d'ignorer.

MOTS CLES : Etat d'urgence; Etat de droit; Contrôle du juge administratif; Protection des libertés.

ABSTRACT :

The attacks of November 13, 2015 in Paris have generated throughout the French territory the implementation of the "state of emergency" which is one of the exceptional regimes to face a danger threatening the Nation and the State. Decided by the Head of State, it consists of a very important strengthening of the police powers held by the

administrative authorities, notably the Minister of the Interior and the departmental prefects. Regarding the main administrative police measures – searches, house arrest, closures of places of worship and prohibitions to protest – state of emergency considerably reduces the intervention of the ordinary courts, thus relieving the police measures a priori control may hamper the prevention of attacks. It is then up to the administrative judge to operate a posteriori control necessarily more limited but still guaranteeing a minimum protection of freedoms. However, the extension in time of emergency, or its inclusion in the common law pose to the rule of law a major risk that it would be dramatic to ignore.

KEYWORDS : State of emergency; Rule of law; Control of the administrative judge; Protection of freedoms.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le vendredi 13 novembre 2015 à 21h20, la capitale française et sa périphérie, font l'objet d'une effroyable série de six attentats terroristes déclenchées en l'espace de vingt minutes. Au stade de France, sur les terrasses du 10^e arrondissement où une jeunesse festive se donne rendez-vous et dans la salle de spectacle « le Bataclan » qui affiche complet pour un concert de rock, des kamikazes actionnent leur gilet explosif ou font usage d'armes de guerre pour faire le plus grand nombre de victimes possible. Au total, on déplorera 130 morts et 413 blessés. Huit terroristes sont abattus ou se sont fait exploser, un est en fuite.

A 22h, le Président de la République française, François Hollande, bouleversé, prend la parole à la télévision avec gravité pour informer la Nation des événements dramatiques qui viennent de se dérouler à Paris et pour annoncer sa décision de proclamer l'« état d'urgence », ce qui sera fait dès le lendemain. Il reprendra la parole le 14 puis le 16 novembre 2015 devant le Parlement réuni solennellement en Congrès pour qualifier d'« actes de guerre » les attentats et dénoncer l'ennemi : l'organisation terroriste de l'Etat Islamique, dite « Daech ».

La décision est d'importance car l'état d'urgence est un des quatre régimes d'exception que connaît le droit français pour faire face à un péril susceptible de mettre en cause la Nation et l'Etat lui-même. Deux sont prévus par la Constitution du 4 octobre 1958. Il s'agit, d'une part, des pouvoirs exceptionnels de l'article 16 consistant à réunir entre les mains du Président de la République l'ensemble des compétences législatives, exécutives et judiciaires en cas de menace grave et immédiate sur « les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux ». D'autre part, il s'agit de l'« état de siège » prévu à l'article 36 de la Constitution et consistant à confier aux autorités militaires le maintien de

l'ordre et à la justice militaire la connaissance de certaines infractions en cas de guerre ou d'insurrection armée. Le troisième est d'origine jurisprudentielle. C'est une construction théorique du Conseil d'Etat – la plus haute juridiction administrative française – appelée « théorie des circonstances exceptionnelles » qui découle de l'arrêt Heyriès du 28 juin 1918¹. En cas de situation profondément anormale (guerre, affrontements violents, cataclysme naturel...), l'administration peut s'affranchir de la légalité normale si elle se trouve dans l'impossibilité de la respecter. Le quatrième, l'« état d'urgence », est un régime législatif issu de la loi du 3 avril 1955², loi créée pour faire face à l'insurrection algérienne. Comme le gouvernement de l'époque ne souhaitait pas reconnaître que les « événements » d'Algérie constituaient en réalité une guerre, l'application de la loi sur l'état de siège a donc été écartée au profit d'un nouveau texte, plus acceptable aux yeux des députés soucieux de ne pas apparaître comme fossoyeurs des libertés³. L'état d'urgence sera mis en œuvre à plusieurs reprises durant la guerre d'Algérie entre 1955 et 1962, au moment des troubles qu'a connus le territoire de Nouvelle Calédonie en 1985, à l'occasion de la flambée de violence dans les banlieues françaises en 1985 et, enfin, lors de la vague d'attentats terroristes de 2015.

Ces quatre textes ont pour caractéristique d'être à ce point extraordinaires qu'ils ne peuvent être que temporaires pour permettre au plus vite un retour vers la situation normale.

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 3 avril 1955, « L'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire (...) soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique. »

Et l'article 2 de la loi dispose : « L'état d'urgence est déclaré par décret en Conseil des ministres. Ce décret détermine la ou les circonscriptions territoriales à l'intérieur desquelles il entre en vigueur (...) La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi. »⁴

Le conseil des ministres étant présidé par le Président de la République en vertu de l'article 9 de la Constitution, ce dernier en est donc l'initiateur. La loi ne définissant pas ce qu'est le « péril imminent » ou la « calamité publique », il revient au Président de qualifier les situations en cause ce qui lui confère un important pouvoir discrétionnaire, à la fois pour *déclarer* l'état d'urgence et pour *y mettre fin* avant le terme fixé par la loi.

¹ Conseil d'Etat, 28 juin 1918, Heyriès, Rec. Lebon p. 651

² Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

³ Voir : O. Beaud et C. Guérin-Bargues, « L'état d'urgence de novembre 2015 : mise en perspective historique et critique », Jus Politicum, n° 15, p.2 et 3.

⁴ Dans sa rédaction initiale, la loi de 1955 donnait compétence au Parlement pour déclarer l'état d'urgence. Puis, le Général de Gaulle a modifié le texte par voie d'ordonnance (ordonnance n°60-372 du 15 avril 1960 modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avr. 1955 instituant un état d'urgence) afin que l'état d'urgence puisse être déclaré par décret en conseil des ministres.

Le premier ministre est compétent, lui, pour fixer par décret, à l'intérieur de la zone géographique déterminée en Conseil des ministres, les zones où l'état d'urgence recevra effectivement application.

Les 14 et 18 novembre 2015, plusieurs décrets mettront ainsi en œuvre certaines des dispositions de la loi du 5 avril 1955 sur le territoire métropolitain et les collectivités d'outre-mer⁵.

Le Parlement interviendra dès le 20 novembre 2015 pour proroger une première fois l'état d'urgence pour trois mois à compter du 26 novembre, puis il interviendra à cinq reprises supplémentaires. Au total, six lois de prorogation dont la dernière en date est la loi du 11 juillet 2017 prorogeant l'état d'urgence à compter du 16 juillet 2017 jusqu'au 1^{er} novembre 2017⁶. Ajoutons que le Président de la République tentera au cours de l'année 2016 d'inscrire l'état d'urgence dans la Constitution, mais le projet de loi sera rejeté par le Parlement, faute d'un accord entre les deux chambres. Ces différentes prorogations correspondent à la nécessité de sécuriser certaines grandes manifestations sportives comme l'Euro de football organisé en France en 2016 ou l'épreuve cycliste du Tour de France. N'oublions pas également que la France a continué d'être frappée par le terrorisme islamiste, notamment le 14 juillet 2016 à Nice.⁷

⁵Décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et décret n° 2015-1493 du 18 novembre 2015 portant application outre-mer de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

⁶Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions pour une durée de trois mois à compter du 26 novembre 2015.

Loi n° 2016-162 du 19 février 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence pour une durée de trois mois à compter du 26 février 2016.

Loi n° 2016-629 du 20 mai 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence pour une durée de deux mois, à compter du 26 mai 2016.

Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste pour une durée de six mois, à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi.

Loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence à compter du 22 décembre 2016, jusqu'au 15 juillet 2017.

Loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence à compter du 16 juillet 2017 jusqu'au 1^{er} novembre 2017.

⁷L'attentat du 14 juillet 2016 à Nice (Alpes-Maritimes, France) est une attaque terroriste avec camion-bélier fonçant sur la foule qui assistait au feu d'artifice tiré dans la soirée du 14 juillet 2016 sur la promenade des Anglais à l'occasion de la fête nationale. L'attentat, revendiqué par l'organisation terroriste État islamique (dite « Daech »), a causé la mort de 86 personnes et fait 458 blessés.

Nous voyons ici à quel point l'état d'urgence a fini par s'inscrire dans la durée. Pourtant, le Conseil d'Etat a eu maintes fois l'occasion de souligner, au contentieux dès 2005⁸, puis dans différents avis rendus sur les lois de prorogation⁹, que l'état d'urgence est un « état de crise » par nature limité dans le temps : il ne peut être indéfiniment renouvelé.

Par ailleurs, les lois de prorogation de l'état d'urgence n'ont pas été seulement des mesures d'extension de la durée d'application de ce régime d'exception. La loi du 20 novembre 2015 a largement réécrit le cadre général tracé par la loi du 3 avril 1955 pour l'adapter au contexte actuel et pour répondre aux exigences constitutionnelles et conventionnelles qui se sont affirmées depuis lors. Quant aux lois des 21 juillet 2016 et 19 décembre 2016 tout en continuant d'étendre les pouvoirs de police de l'autorité administrative, elles ont intégré la jurisprudence du conseil constitutionnel et accru les pouvoirs du juge administratif en créant de nouvelles procédures de référé¹⁰.

Il convient de souligner fortement à ce stade que l'état d'urgence a pour effet une extension des pouvoirs des autorités de police. Les mesures de police prises au titre de l'état d'urgence relèvent de la catégorie des mesures de police *administrative*, compte tenu de leur finalité, par opposition aux mesures de police judiciaire qui relèvent de l'autorité judiciaire¹¹.

Ces mesures de police se regroupent essentiellement en deux catégories. La première concerne les hypothèses où le droit commun habilite déjà l'autorité de police mais que l'état d'urgence renforce : assignations à résidence ; dissolution d'association ou de groupement ; fermeture administrative de lieux ouverts au public ; réquisitions. La seconde concerne les perquisitions fondées sur l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 modifiée. Les concernant, l'état d'urgence opère un transfert de l'autorité judiciaire vers l'autorité administrative. Le juge judiciaire ne retrouve sa compétence que dans l'hypothèse où les perquisitions administratives conduisent à la découverte d'une infraction pénale.

⁹CE ord., 9 décembre 2005, Mme Allouache, n° 287777.

¹⁰Avis CE n° 391124 du 2 février 2016 et avis CE n° 392427 du 8 décembre 2016.

¹¹La loi n°2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste a octroyé une nouvelle compétence aux juges des référés de la juridiction administrative désormais compétents pour autoriser l'exploitation des éléments informatiques saisis lors des perquisitions effectuées dans le cadre de l'état d'urgence. Quant à la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, elle permet au ministre de l'Intérieur de demander au juge des référés du Conseil d'Etat l'autorisation de prolonger une assignation à résidence au-delà de douze mois.

L'état d'urgence étend les pouvoirs de police du ministre de l'intérieur et des préfets. La loi fixe le cadre général dans lequel ces pouvoirs élargis s'exercent.

Le ministre de l'intérieur devient l'autorité spéciale de police que la loi habilite pour : « prononcer les assignations à résidence » et prescrire certaines obligations (présentation périodique aux services de police, remise des documents d'identité) ; « ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature » ainsi que « les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre » sur l'ensemble du territoire concerné par l'état d'urgence ; « ordonner la remise des armes et des munitions, détenues ou acquises légalement, relevant de certaines catégories ; sur habilitation expresse du décret déclarant l'état d'urgence (ou de la loi le prorogeant), « ordonner des perquisitions en tout lieu, y compris un domicile, de jour et de nuit, sauf dans un lieu affecté à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes », ainsi que, le cas échéant, « prendre toute mesure pour assurer l'interruption de tout service de communication au public en ligne provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ».¹²

Le préfet de département est l'autorité spéciale de police habilitée par la loi pour édicter des mesures locales ou individuelles. Localement, le préfet peut « interdire la circulation des personnes ou des véhicules », « instituer, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé » ou « interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics » selon l'article 5. Dans son département, il peut aussi « ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature » et/ou interdire « les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre » selon l'article 8. Il peut également « prendre une décision individuelle de remise d'armes » selon l'article 9. Enfin, l'article 11 lui permet d'être expressément habilité par le décret en Conseil des ministres déclarant l'état d'urgence (ou la loi le prorogeant) pour ordonner des perquisitions.¹³

Il convient de souligner ici à quel point les termes mêmes de la loi sont propices au large pouvoir discrétionnaire des autorités de police administrative. Si l'on prend l'assignation à résidence, elle peut viser toute personne à « l'égard de laquelle il existe des

¹² Selon le Conseil d'Etat lui-même, l'ensemble des mesures de police prises au titre de l'état d'urgence relèvent de la police administrative compte tenu de leur finalité : CE, Sect. Int, 17 novembre 2015, avis sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, n° 390.786, pt. 13.

¹³ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ». « Toute personne », « raisons sérieuses de penser », « comportement », « menace » : le caractère vague et indéterminé de ces termes ouvrent la voie à un large pouvoir d'appréciation¹⁴. C'est ainsi que des militants écologistes ont été assignés à résidence pendant toute la durée de la COP21 parce qu'il existait des « raisons sérieuses de penser que [leur] comportement » d'activiste constituait « une menace pour la sécurité et l'ordre publics ». Bien qu'il n'y ait aucun lien entre ces manifestants et le péril imminent ayant motivé l'état d'urgence, le juge du référé du Conseil d'Etat a tout de même validé ces mesures, dissociant ainsi le motif de la déclaration de l'état d'urgence des motifs des mesures de police prises dans ce cadre.¹⁵

Au total, du 14 novembre 2015 au 13 octobre 2017, ont été ordonnées selon les chiffres du ministère de l'Intérieur : 756 assignations à résidence, 4383 perquisitions administratives, 654 interdictions de séjour, 26 fermetures provisoires de salles de spectacle, de débits de boisson et lieux de réunion, 4830 contrôles d'identité, et fouilles de bagages et de véhicules, 36 interdictions de manifestation ou restrictions de circulation, 50 zones de protection et de sécurité.¹⁶

Il faut noter que la mise en œuvre des quatre principales mesures de police administrative – perquisitions, assignations à résidence, fermetures de lieux de culte et interdictions de manifester – ont donné lieu à un certain nombre de débordements : violences physiques et psychologiques, dégâts matériels inutiles, dégradations d'emblèmes religieux, détournement des perquisitions aux fins de traitement des petite et moyenne délinquance, assignations à résidence abusives... relevés par différentes instances chargées de la surveillance de l'application de l'état d'urgence.

Tout cela a évidemment engendré un contentieux somme toute assez modeste quantitativement en regard du nombre d'opérations de police réalisées. La majorité des mesures qui sont déferées au juge administratif sont des assignations à résidence. Faute

¹⁴Voici ce que dit le professeur Agnès Roblot-Troizier : « Ainsi, avec la connivence du juge, la loi sur l'état d'urgence laisse aux autorités administratives une importante marge d'appréciation peu favorable à la protection des libertés : non seulement les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence n'ont pas de buts précisément définis, mais en outre elles peuvent ne pas avoir de rapport avec le péril imminent qui est à l'origine de la déclaration de l'état d'urgence. Tout se passe comme si, dans le cadre de l'état d'urgence, le pouvoir exécutif définissait l'étendue des droits et libertés reconnus aux citoyens. » in « État d'urgence et protection des libertés », RFDA 2016 p.429.

¹⁵CE, ord., 11 déc. 2015, n° 395009, M. C. Domenjoud.

¹⁶ Chiffres fournis par le ministère de l'Intérieur à l'Assemblée nationale et au Sénat, dans le cadre du contrôle effectué par le Parlement sur l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

de statistiques récentes, soulignons seulement que le contentieux représentait plus de 800 requêtes début janvier 2017. S'agissant des assignations à résidence, plus de la moitié de celles traitées par le Conseil d'Etat ont été invalidées.¹⁷

Qu'en est-il dès lors du contrôle qui s'exerce sur l'état d'urgence ?

Bien sûr celui-ci s'accompagne de différents contrôles, internes ou internationaux, juridictionnels ou non.

Au plan international, un contrôle est exercé par le Conseil de l'Europe. Lors de la mise en œuvre de l'état d'urgence, la France a déclaré faire usage des possibilités ouvertes par l'article 15 de la convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950, qui permet à un État de déroger aux obligations prévues par celle-ci « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation ». Les mesures prises doivent être proportionnées aux exigences de la situation.

Au plan interne, la loi du 20 novembre 2015 a prévu que l'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence. Les assemblées peuvent en outre requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures¹⁸. A quoi il convient d'ajouter parmi les « vigiles » de l'état d'urgence : le Défenseur des droits, la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) ainsi diverses associations de défense des droits de l'Homme comme la Ligue des Droits de l'Homme.

Mais c'est le contrôle juridictionnel exercé par les juges constitutionnel et administratif qui va retenir toute notre attention, l'enjeu étant ici le transfert de la compétence du juge judiciaire, protecteur « naturel » des libertés, vers le juge administratif. Il s'agit bien de rendre plus efficace le rôle préventif des actions de police administrative, le contrôle du juge administratif n'intervenant qu'a posteriori alors qu'en période normale, les opérations se déroulent sous le contrôle direct du juge judiciaire, voire avec l'aval de celui-ci.

¹⁷ Dans les deux premiers mois de l'état d'urgence, entre le 14 novembre 2015 et le 18 janvier 2016, les tribunaux administratifs ont rendu 72 décisions relatives à l'état d'urgence. Parmi celles-ci figurent 6 décisions au fond, 13 ordonnances en référé-suspension et 53 ordonnances en référé-liberté. Le Conseil d'Etat, de son côté, a rendu 19 décisions.

¹⁸ « L'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence. Les autorités administratives leur transmettent sans délai copie de tous les actes qu'elles prennent en application de la présente loi. L'Assemblée nationale et le Sénat peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures. », Article 4-1 de Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

PREMIÈRE PARTIE : LE CONTRÔLE DES ACTES POLITIQUES RELATIFS À L'ÉTAT D'URGENCE : UN CONTRÔLE A MINIMA ?

Nous traiterons ici du contrôle juridictionnel relatif aux actes politiques majeurs concernant l'état d'urgence, c'est à dire le contrôle de constitutionnalité de la loi et le contrôle opéré sur la décision présidentielle de recourir à l'état d'urgence.

I – Le contrôle par le juge constitutionnel des lois sur l'état d'urgence transférant aux autorités administratives les compétences détenues par le juge judiciaire

Le juge constitutionnel est susceptible d'être saisi de deux manières différentes : soit juste avant la promulgation de la loi par un nombre limité d'autorités politiques dont les parlementaires (contrôle a priori ou contrôle par voie d'action), soit lors d'un procès par l'une des parties (contrôle a posteriori ou contrôle par voie d'exception appelé « Question prioritaire de constitutionnalité »)¹⁹.

Or, ni la loi du 20 novembre 2015 ni les prorogations ultérieures n'ont été déferées au Conseil constitutionnel par voie d'action directe. Les parlementaires ont été découragés de le faire – notamment par le Premier ministre – afin de ne pas entraver l'efficacité des mesures projetées. Encore sous le coup de l'émotion suscitée par les attentats du 13 novembre 2015, les parlementaires n'ont vraisemblablement, pas osé s'opposer à l'application d'un régime d'exception censé permettre de mieux protéger la population contre la menace terroriste.

Le juge constitutionnel a donc été saisi par des personnes visées par des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence. C'est ainsi qu'à ce jour, le Conseil constitutionnel a statué à sept reprises sur la conformité des dispositions législatives avec les exigences constitutionnelles. Et deux saisines sont en cours d'instance.

La Constitution disposant dans son article 66 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. » et la déclaration de l'état d'urgence entraînant le transfert de l'autorité judiciaire vers l'autorité administrative de la prise de mesures restrictives de liberté, il s'agissait de préciser le champ d'application de la notion de « liberté individuelle » pour apprécier la constitutionnalité de ce transfert et l'autoriser.

Autrement dit, les mesures concernées par les premières QPC²⁰, les assignations à résidence et les perquisitions administratives, portent-elles atteinte à la « liberté individuelle » car, si c'est le cas, elles ne peuvent être diligentées que par le juge judiciaire, précisément écarté par la loi sur l'état d'urgence. Cette dernière serait alors inconstitutionnelle.

¹⁹ Articles 61 et 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

²⁰ QPC : questions prioritaires de constitutionnalité.

Pour valider la loi sur l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel a redéfini de manière restrictive le champ d'application de la « liberté individuelle » au sens de l'article 66 de la Constitution. En réalité, depuis la fin des années 1990, le juge constitutionnel a progressivement détaché un certain nombre de droits et libertés – tels que la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile, le respect de la vie privée, la protection des données personnelles, la liberté du mariage, notamment – du concept de « liberté individuelle » placée sous la protection du juge judiciaire. Le Conseil constitutionnel leur a trouvé un nouveau fondement constitutionnel dans l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789²¹, ce qui implique une évolution importante des exigences constitutionnelles relatives à la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Car si les limitations de ces droits doivent nécessairement être placées sous le contrôle d'un juge, peu importe pour le Conseil constitutionnel que ce juge soit le juge judiciaire ou le juge administratif.

C'est ainsi que s'agissant des assignations à résidence, le Conseil constitutionnel a jugé qu'elles ne portaient pas atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution mais s'analysaient comme de simples limitations à la liberté d'aller et venir²². Toutefois, le Gardien de la Constitution a tenu à distinguer les assignations à rester dans un lieu déterminé, telle qu'une commune, et l'assignation dans un lieu d'habitation, c'est à dire l'assignation à domicile. Seule cette dernière est susceptible de porter atteinte à la « liberté individuelle » si elle excède 12 heures par 24 heures. Plus récemment, dans sa décision du 16 mars 2017, le Conseil constitutionnel a censuré partiellement et émis plusieurs réserves d'interprétation des dispositions relatives aux assignations à résidence, notamment celles renouvelant ce type de mesure au-delà de 12 mois en exigeant que les autorités administratives produisent une motivation et des preuves renforcées pour justifier leur mise en œuvre.²³

De même, le régime législatif des perquisitions administratives décidées dans le cadre de l'état d'urgence n'est pas considéré comme portant atteinte à la liberté individuelle²⁴. Le Conseil constitutionnel juge que les perquisitions administratives relèvent de la seule police administrative, y compris lorsqu'elles ont lieu dans un domicile, et en déduit qu'elles n'affectent pas la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution.

²¹ « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. », article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

²² Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence – art. 6].

²³ Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017 M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II – art. 6, art. 2 §2].

²⁴ Décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016 Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence – art. 8].

Ceci dit, le juge constitutionnel a tout de même jugé contraires à la Constitution les dispositions permettant de copier des données stockées dans un système informatique sans autorisation du juge, mesure assimilable à une saisie alors même qu'aucune infraction n'est constatée et que peuvent être copiées des données dépourvues de lien avec la personne visée : « le législateur n'a pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée ».²⁵

Pour répondre aux préoccupations exprimées par le Conseil constitutionnel, la loi du 21 juillet 2016 a défini une procédure de saisie des données informatiques mais aussi des supports matériels pouvant contenir de telles données et a subordonné l'exploitation des données informatiques saisies lors d'une perquisition à une autorisation délivrée par le juge administratif des référés, à la demande du préfet. Le juge doit statuer dans un délai de quarante-huit heures (avec possibilité d'appel devant le Conseil d'Etat dans les mêmes délais). La délivrance d'une telle autorisation constitue une compétence tout à fait nouvelle pour le juge administratif des référés.

Saisi à nouveau par QPC²⁶, le Conseil constitutionnel a censuré l'absence de délai, après la fin de l'état d'urgence, à l'issue duquel ces données devaient être détruites et non conservées indéfiniment par l'administration. Seule la mention d'un tel délai est propre à garantir le droit au respect de la vie privée.

S'agissant de la liberté d'expression et de communication pourtant garanties par l'article 11 de la DDHC²⁷, le juge constitutionnel a estimé que les mesures de police visant l'interruption de tout service de communication au public en ligne provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie, la fermeture des lieux de réunion de toute nature et l'interdiction des réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre ne méconnaissent « ni la liberté d'expression et de communication ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit », dès lors que les mesures de fermeture et d'interdiction de lieux de réunion sont provisoires, justifiées et conditionnées par l'état d'urgence, et que les limitations peuvent faire l'objet d'un contrôle du juge administratif, qui est « chargé de s'assurer que chacune de ces mesures

²⁵ Décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016 Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence – art. 8].

²⁶ Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016.

Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016 M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III – art. 11].

²⁷ « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi. », article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit ». ²⁸

Concernant les mesures d'interdiction de séjour, le Conseil constitutionnel a jugé plus sévèrement les dispositions législatives incriminées les considérant insuffisamment justifiée par la prévention d'une atteinte à l'ordre public, conditionnée et encadrée de garanties alors que le périmètre peut notamment inclure le domicile ou le lieu de travail de la personne visée. ²⁹

Au total, c'est un sentiment mitigé que l'on peut avoir à l'égard du contrôle de constitutionnalité de la loi comme si le juge était lui-même embarrassé par sa volonté de ne pas gêner les pouvoirs publics dans leur lutte contre le terrorisme.

Il se contente d'un contrôle superficiel de constitutionnalité tout en limitant fortement l'intervention du juge judiciaire ³⁰ et en choisissant de s'en remettre au contrôle exercé a posteriori par le juge administratif dont il exige qu'il vérifie que chaque mesure administrative (assignation à résidence, perquisition, interdiction de réunion) soit justifiée par un objectif de préservation de l'ordre public et présente, au cas par cas, un caractère adapté, nécessaire, et proportionné à l'objectif poursuivi.

Lorsque les libertés sont en cause, un seul juge est-ce vraiment un bon juge ³¹?

II – Le contrôle par le juge administratif du décret présidentiel déclarant l'état d'urgence et de la décision refusant d'y mettre fin

Le régime de l'état d'urgence a été déclaré par le décret présidentiel n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 et prorogé par la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015. La Ligue des droits de l'Homme appuyé par diverses interventions en demande, dont celle de 450 universitaires, a estimé devoir former une requête en référé-liberté ³². Les requérants demandaient au juge d'ordonner la suspension, en tout ou en partie, du régime de l'état d'urgence et, à titre subsidiaire, demandaient au juge de l'urgence d'enjoindre au président de la République de mettre fin « sans délai » à ce régime, ou, toujours subsidiairement, de lui enjoindre de « procéder à un réexamen des circonstances de fait et de droit qui ont conduit à la déclaration de l'état d'urgence ». C'est ce qui a été jugé dans la décision du juge des référés du Conseil d'Etat le 27 janvier 2016 ³³.

²⁸ Décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016.

²⁹ Décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017 M. Émile L. [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence – art. 5].

³⁰ Le premier président de la Cour de cassation – la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire – s'en est lui-même ému en parlant « d'évitement » du juge judiciaire.

³¹ Selon la formule de Denis Baranger, « Quel « État de droit » ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », RFDA 2016 p.361.

³² Référé liberté que nous traiterons en seconde partie.

³³ CE ord., 27 janvier 2016, Ligue des droits de l'homme et autres, n° 396220.

Si le juge des référés a bien admis les interventions de différentes personnes individuelles, de syndicats et d'une association, sur le fond, il a rejeté les requêtes dont il était saisi. Bien que prévisible, cette décision du juge n'en est pas moins éclairante sur plusieurs points.

Tout d'abord, en admettant de recevoir la requête, le juge administratif confirme que la décision présidentielle ne peut être qualifiée d' « acte de gouvernement », théorie selon laquelle un certain nombre d'actes de nature « politique » de l'Exécutif bénéficie d'une immunité juridictionnelle totale. Déjà, lors de la déclaration de l'état d'urgence en 2005, le Conseil d'Etat avait adopté cette position³⁴.

La saisine du juge administratif du référé liberté est également admise car elle est précisément là pour protéger une liberté fondamentale à laquelle une autorité publique aurait porté « une atteinte grave et manifestement illégale », selon les termes mêmes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Or, la décision du Président de la République de déclarer ou de maintenir l'état d'urgence a bien pour effet, dans le but de mieux garantir l'ordre public, de porter atteinte à des libertés et d'accroître leur limitation tout en restreignant les protections dont elles jouissent ordinairement.

La question devient alors de savoir si cette atteinte est ou non justifiée, ce qui tient à des facteurs généraux³⁵ mais qui ne concerne pas les libertés concrètes d'individus réels. De ce point de vue, ce n'est jamais la déclaration ou le maintien de l'état d'urgence qui porte atteinte aux libertés fondamentales. Ce sont les mesures d'application prises, sur la base de la décision en question, qui peuvent le faire.

La demande de suspension de l'état d'urgence a été rejetée puisqu'une loi de prorogation est intervenue le 20 novembre 2015, et que cette loi devient à partir de son entrée en vigueur la base légale de l'état d'urgence, ce qui fait échec au contrôle du juge administratif³⁶. Seule la procédure de « question prioritaire de constitutionnalité » permet de mettre en cause la conformité de ces dispositions législatives à la Constitution.

Ayant ainsi disposé de la demande principale, le juge a ensuite rejeté les conclusions subsidiaires tendant à enjoindre au président soit de mettre fin lui-même à l'état d'urgence avant l'expiration du délai de trois mois prévu par la loi, soit à tout le moins de réexaminer les conditions de fait et de droit présidant à sa déclaration.

A ce stade, le Conseil d'Etat se contente en la matière d'un contrôle restreint reconnaissant un large pouvoir d'appréciation au chef de l'Etat comme il l'avait fait dans

³⁴ CE, ord., 15 nov. 2005, M. Rolin et CE, ord., 9 déc. 2005, Mme Allouache.

³⁵ « Péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou « calamité publique » selon les termes mêmes de l'article 1er de loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

³⁶ Théorie dite de la « loi-écran ».

ses décisions de 2005³⁷. Ce faisant, en exerçant ce contrôle, le juge des référés n'a pas pu éviter – telle était même sa mission – de se prononcer sur des faits de nature politique, ni de prononcer des appréciations d'opportunité portant sur l'efficacité de l'action gouvernementale. Le juge énonce en effet que la déclaration de l'état d'urgence a été suivie de « mesures (...) arrêtées, sous le contrôle du juge administratif, à qui il appartient de s'assurer qu'elles sont adaptées, nécessaires et proportionnées à la finalité qu'elles poursuivent ». Il estime que les mesures en question « ont permis d'atteindre des résultats significatifs » et qu'elles « contribuent à prévenir le péril imminent auquel le pays est exposé ».

Et là encore, comme le fera le juge constitutionnel, le Conseil d'Etat énonce qu'un « entier contrôle du juge de l'excès de pouvoir » pèse sur les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, un contrôle maximum, portant à la fois sur la nécessité, l'adaptation et surtout la proportionnalité des actes de police administrative pris dans le cadre de l'état d'urgence par rapport aux troubles à l'ordre public qu'ils visent à prévenir.

Qu'en est-il, dès lors de ce contrôle opéré par le juge administratif, notamment le juge des référés ?

DEUXIÈME PARTIE : LE CONTRÔLE PAR LE JUGE ADMINISTRATIF DES MESURES DE POLICE PRISES DANS LE CADRE DE L'ÉTAT D'URGENCE

En disposant, dans la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015, que « les mesures prises sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence sont soumises au contrôle du juge administratif dans les conditions fixées par le CJA, notamment son livre V »³⁸, le législateur a consacré explicitement la compétence du juge administratif, et notamment celle du juge des référés, pour garantir les libertés en période d'état d'urgence. Compétence confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 février 2016³⁹ et même précisée en ce qu'il charge le juge administratif de s'assurer que « chacune de ces mesures soit adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit ».

Les dispositions du Code de justice administrative, notamment dans son article L. 521-2, incarnent l'une des innovations majeures de l'office du juge administratif de ce début du XXI^e siècle. En effet, « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit

³⁷ CE, ord., 15 nov. 2005, M. Rolin et CE, ord., 9 déc. 2005, Mme Allouache.

³⁸ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 modifiant la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

³⁹ Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016.

privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de 48 heures. »

Depuis la mise en œuvre de l'état d'urgence, le juge du référé-liberté est fortement sollicité pour assurer la défense des libertés, ses pouvoirs ainsi que son contrôle ont tendance à s'affirmer à mesure que les autorités administratives se voient conférer d'importants pouvoirs de police dans le cadre et sur le fondement de cet état d'exception.

Innovation majeure du référé administratif tant du point de vue procédural que du contenu du contrôle, même s'il ne laisse pas de s'interroger sur son efficacité globale.

I – L'efficacité procédurale des référés administratifs

Trois éléments sont à prendre en compte :

- la finalité : « la sauvegarde d'une liberté » ;
- les conditions : l' « atteinte grave et manifestement illégale » à cette liberté nécessitant une intervention dans l'urgence du juge administratif des référés ;
- l'office du juge : « peut ordonner toutes mesures nécessaires »

L'existence de la mise en cause d'une liberté fondamentale, tout d'abord : en l'absence de définition législative de cette notion, le juge administratif a rapidement opté pour une consécration large de ce qualificatif.

Une atteinte présentant un caractère grave et manifestement illégal, ensuite : elle est appréciée par le juge à la date à laquelle il statue et doit revêtir le caractère d'une évidence en ne laissant donc pas de place au doute. Le juge exerce un examen minutieux de l'affaire et effectue parfois un contrôle assez similaire à celui du juge du fond, notamment dans le cadre du contrôle des mesures de police administrative.

A propos de l'urgence, le juge doit en principe ici statuer dans les 48 heures, l'urgence supposant généralement qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale soit prise dans ce délai. Cette condition finaliste de l'urgence est toutefois conçue de façon discrétionnaire par le juge des référés qui demeure maître de son « tempo ». L'urgence est aussi envisagée de manière concrète et globale, ce qui permet au juge, d'une part, de se placer du point de vue du demandeur pour apprécier le préjudice subi. De surcroît, dans le cadre de l'état d'urgence, le Conseil d'État a posé une présomption de situation d'urgence à propos des assignations à résidence⁴⁰. Désormais, c'est à

⁴⁰ Christophe Fardet, « L'état d'urgence : point de vue du droit administratif », *Civitas Europa* 2016/1 (N° 36), p. 155-169.

l'administration de faire valoir « des circonstances particulières » pour rompre la présomption. « Sans cette présomption d'urgence posée, nul doute que le juge administratif n'aurait pas pu juger en temps utile. Et ne pas juger en urgence pendant l'état d'urgence, est-ce juger ? » dit le professeur Christophe Fardet⁴¹. Cette présomption d'urgence posée est d'autant plus remarquable qu'en matière de référé-liberté, les précédents sont rarissimes, alors qu'en matière de référé-suspension, le juge l'avait déjà admise.

S'agissant de l'office du juge, enfin : les pouvoirs conférés au juge sont alors étendus : suspension de la décision administrative, pouvoir d'injonction comprenant soit une obligation de ne pas faire (ex. obligation de ne pas faire obstacle à la location d'une salle municipale à un parti politique), soit une obligation de faire, ou rejet du recours, mais « sous réserve » que l'administration adopte un certain comportement ordonné par le juge dans le dispositif de sa décision. L'accès au juge administratif des référés est d'autant plus privilégié par les requérants que le recours au référé-liberté est en pratique assimilé à un recours au fond, puisqu'il n'est pas une procédure accessoire et qu'il permet au juge de prendre toute mesure utile.

En temps normal, le juge des référés ordonne mais ne juge pas, il se prononce sur un acte, sur une situation ou encore sur un comportement mais ne tranche pas un litige avec le sceau de la chose jugée. Mais « provisoire » ne signifie pas « non obligatoire » et les ordonnances de référés, comme toutes décisions de justice, ont une force exécutoire entraînant des effets obligatoires pour les parties et s'appliquant ainsi aux autorités administratives chargées de les mettre en œuvre.

Mais dès lors que ses conditions de recevabilité sont réunies (l'urgence étant présumée et une liberté fondamentale au sens de l'article L 521 -2 étant en cause), et que le juge peut prendre toute mesure utile (et donc la suspension d'un acte de police⁴²), le référé liberté rend le référé suspension inutile. En conséquence et compte tenu du caractère provisoire des mesures de police dans le cadre de l'état d'urgence (conséquence du caractère provisoire de l'état d'urgence), la suspension d'un acte de police pris sur ce fondement légal a les effets d'une annulation au fond.

Procéduralement, les procédures de référé, particulièrement le référé-liberté, permettent au juge administratif de statuer en temps utile. Au final, cet ensemble de considération permet au Conseil d'État de rappeler que la procédure du référé-liberté permet, dans des délais très brefs, un débat oral et contradictoire devant un juge qui dispose, vis-à-vis de l'administration, de larges pouvoirs de suspension et d'injonction.

⁴¹ Christophe Fardet, « L'état d'urgence : point de vue du droit administratif », *Civitas Europa* 2016/1 (N° 36), p. 155-169.

⁴² Par ex., CE, ord., 6 janvier 2016, M. A.B., n° 395620, 395621.

II – L'étendu du contrôle du juge un contrôle réel mais d'une efficacité modeste

Ne faisons qu'évoquer ici le fait que dans le cadre de l'état d'urgence, le juge administratif a été confronté à la contestation de la conventionalité des mesures de police *individuelles*, notamment les assignations à résidence qui violerait l'article 5 CEDH⁴³. Le contrôle de conventionalité consiste à confronter ici les mesures de police aux conventions internationales de protection des droits et libertés tels le « Pacte international sur les droits civils et politiques »⁴⁴ ou la « Convention européenne des droits de l'homme »⁴⁵, sachant que toutes deux autorisent certaines dérogations aux droits et libertés qu'elles énoncent « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation ». Notons simplement que le Conseil d'État a semblé accueillir plus favorablement le moyen tiré de la violation de la Convention européenne alors que ce contrôle est traditionnellement écarté en matière de référé à l'égard des mesures individuelles, ce qui est un progrès⁴⁶.

Dès lors, contentons-nous d'explorer ici l'intensité du contrôle des mesures de police.

En réponse à l'état d'exception, le Conseil d'État a accru l'intensité de son contrôle sur les mesures de police prises en application de l'état d'urgence. Initialement, lors des premières applications de l'état d'urgence en 1955, il se contentait d'un contrôle très restreint par lequel il vérifiait seulement que les décisions n'avaient pas été prises « pour des motifs étrangers au champ d'application » de la loi de 1955. Puis, en 1985, le Conseil d'État a opté pour un contrôle plus rigoureux mais pas complet, celui de l'erreur manifeste d'appréciation⁴⁷. Enfin, depuis 2015, le Conseil d'État a décidé de soumettre les mesures de police prises sur le fondement de l'état d'urgence à « l'entier contrôle du juge de l'excès de pouvoir »⁴⁸. Le considérant de principe de cet arrêt est le suivant : « qu'il appartient au Conseil d'État statuant en référé de s'assurer, en l'état de l'instruction devant lui, que l'autorité administrative, opérant la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public, n'a pas porté d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, que ce soit dans son appréciation de la menace que constitue le comportement de l'intéressé, compte tenu de la situation ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, ou dans la détermination des modalités de l'assignation à résidence ».

⁴³ CE, Sect., 11 décembre 2015, n° 395009.

⁴⁴ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

⁴⁵ Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950.

⁴⁶ La jurisprudence du Conseil d'État exclut en principe les moyens tirés de la violation par la loi du droit international dans les procédures de référé : CE, 30 décembre 2002, Carminati, n° 240430. En revanche, le contrôle de la conventionalité des règlements est possible dans les procédures de référé : CE 18 décembre 2015, Société Routière Chambard, n° 389238.

⁴⁷ CE, 25 juill. 1985, n° 68151, Mme Dagostini.

⁴⁸ CE, ord., 11 déc. 2015, n° 395009, M. C. Domenjoud et a.

Il s'agit d'une évolution extrêmement importante qui aligne le contrôle opéré par le juge de l'urgence sur celui du juge du fond. Cela permet au Conseil d'Etat de contrôler la légalité de la décision au regard des normes de référence mais aussi – et surtout – de contrôler si la décision prise semble la moins attentatoire aux libertés publiques tout en étant la plus efficace quant au maintien de l'ordre public. Ce type de contrôle, très protecteur des libertés, avait été initié en 1933 par l'arrêt Benjamin⁴⁹. C'est un contrôle spécifique aux mesures de police, aboutissant à une comparaison entre la décision prise et une décision « idéale ». Il vérifie, comme l'exige d'ailleurs le Conseil constitutionnel, que les mesures de police prises en application de l'état d'urgence présentent un caractère adapté, nécessaire et proportionné. C'est donc un véritable contrôle de proportionnalité sur les mesures de police administrative qui s'exerce, qui plus est, dans le cadre de la procédure du référé-liberté.

Résulte de ce contrôle – désormais entier – que le juge des référés peut réellement prendre « toute mesure qu'il juge appropriée pour assurer la sauvegarde de la liberté fondamentale à laquelle il a été porté atteinte ».

Le cas échéant, s'il ne rejette pas la requête, le juge administratif des référés pourra suspendre totalement la mesure d'assignation. C'est ainsi que par une ordonnance du 22 janv. 2016, le juge du référé-liberté du Conseil d'État a suspendu l'exécution d'un arrêté du ministre de l'intérieur assignant à résidence une personne suspectée d'appartenir à la mouvance islamiste radicale, parce qu'elle avait été signalée aux abords du domicile d'une personnalité faisant l'objet d'une protection particulière alors qu'elle prenait des photos dudit domicile et du dispositif policier mis en place. L'instruction révéla que cette personne, sans lien avec une mouvance islamiste radicale, se trouvait aux abords du domicile de la personnalité en question parce qu'il rendait visite à sa mère qui habite à proximité immédiate et qu'il ne prenait pas de photos mais utilisait son téléphone portable en mode « haut-parleur » en le tenant face à son visage car il n'avait pas retiré son casque de scooter⁵⁰.

Il pourra également en suspendre certaines de ses modalités, contraignant ainsi l'administration à réaménager les modalités de la mesure : durée, fréquence du contrôle administratif, zone géographique délimitée, etc. C'est ce qu'il a fait, par exemple, dans une décision du 6 janvier 2016 en enjoignant à l'administration de permettre à la requérante, mère de trois enfants, de se présenter à la police dans sa commune de résidence et non dans une autre distante de dix kilomètres⁵¹.

⁴⁹ CE, 19 mai 1933, n° 17413, Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers.

⁵⁰ CE, ord., 22 janv. 2016, n° 396116, M. A...B..

⁵¹ CE, ord., 6 janvier 2016, n° 395622.

Il est intéressant de s'arrêter quelques instants sur le cas spécifique de la fermeture d'un lieu de culte.

S'agissant de la liberté de culte, l'ordonnance du 25 février 2016 intègre et confirme cette évolution du contrôle. Le préfet de Seine-et-Marne a, par un arrêté du 1^{er} décembre 2015 pris sur le fondement de l'article 8 de la loi du 3 avril 1955, prescrit la fermeture de la salle de prière dite « mosquée de Lagny-sur-Marne »⁵².

Le juge du référé-liberté devant qui a été porté le litige devait admettre qu'une telle mesure portait atteinte de manière grave et manifestement illégale à la liberté du culte et répondait aux conditions fixées par l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, la liberté du culte « présente le caractère d'une liberté fondamentale »⁵³. Cette liberté est comprise à la fois comme « la liberté de pratiquer la confession de son choix »⁵⁴ ou encore comme incluant « la libre disposition des biens nécessaires à l'exercice d'un culte ». ⁵⁵Ces deux dimensions sont bien en cause en l'espèce.

Le juge va alors analyser longuement les éléments dont il dispose pour contrôler la proportionnalité de la mesure prescrite par le préfet. Le fait que ladite mosquée a été utilisée pour pratiquer des prêches en faveur d'un islamisme radical qui n'ont pas cessé ou récemment seulement, qu'elle a servi de lieu d'enseignement, d'endoctrinement et de recrutement de combattants volontaires, qu'elle a été gérée par des associations propageant une idéologie radicale qui ont été dissoutes récemment, le fait enfin que nombre de ses fidèles ont fait l'objet de mesures de police et que plusieurs interdictions de sortie du territoire ainsi que des mesures d'assignation à résidence concernent des personnes qui fréquentent ce lieu dressent un bilan qui conforte clairement l'intérêt de la mesure de fermeture provisoire prescrite par le préfet. En contrepoint, le juge accepte de considérer que les perquisitions administratives réalisées au lieu de prière et au domicile du président de l'Association des musulmans de Lagny-sur-Marne n'ont pas permis de révéler des activités terroristes, et que les prêches faits à la mosquée auraient cessé depuis plusieurs mois, ces deux éléments ne suffisent pas, en l'état de l'instruction, à apaiser les craintes et à permettre la suspension de l'arrêté de fermeture. Le juge va donc valider la décision de fermeture de la mosquée.

Dans cette ordonnance, l'appréciation de la consistance de la menace à la sécurité et à l'ordre publics est exclusivement, ou presque, guidée par le contenu des fameuses « notes blanches » fournies par l'administration au dossier de l'instruction. Ces notes correspondent à des fiches banalisées sans en-tête, référence, date ni signature, qui

⁵² CE, ord., 25 février 2016, n° 397153, M.J...et autres.

⁵³ CE, ord., 16 févr. 2004, n° 264314, Benaïssa.

⁵⁴ CE, ord., 16 févr. 2004, Benaïssa, préc.

⁵⁵ CE, ord., 25 août 2005, n° 284307, Commune de Massat.

contiennent des extraits de rapports de police fournis par l'administration au juge et qui sont « expurgés de toute précision quant à la nature et à l'identité des sources utilisées ». En dépit de toute authentification textuelle, les notes sont donc admises devant le juge et constituent une forme de tolérance de sa part dont l'objet est de protéger le secret des sources et les méthodes des services de renseignements. Ceci dit, elles doivent être précises, circonstanciées et versées au débat contradictoire.

Particulièrement adapté au contrôle des assignations, le référé l'est moins en matière de perquisition. Certes, la loi du 21 juillet 2016, nous l'avons vu, a introduit le juge administratif des référés dans les procédures de saisies et d'exploitation des données informatiques. Il lui appartient « d'accorder ou non l'autorisation sollicitée en vérifiant, de manière approfondie, d'une part la régularité de la procédure de saisie, et, d'autre part, le bien-fondé de cette saisie en regard de la menace représentée par la personne perquisitionnée. Il demeure toutefois que le requérant ne pourra saisir le juge que postérieurement à l'intervention de la mesure de perquisition. Ce sera donc au juge du fond qu'il appartiendra d'exercer un plein contrôle de proportionnalité sur ces mesures de perquisition qui doivent être motivés de façon sérieuse. La responsabilité de l'État pourra être engagée mais uniquement sur le terrain de la faute. Un droit à réparation est ouvert pour les préjudices de toute nature qui résulteraient d'une manière directe et certaine de l'illégalité de la décision de perquisition.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Tout compte fait, la question principale est la durée dans le temps de ce régime d'exception qui maintient tant bien que mal les grands principes de protection des libertés.

L'état d'urgence a donc été prolongé une dernière fois jusqu'au 1^{er} novembre pour permettre au gouvernement d'en organiser la sortie. Tel est l'objet du projet de loi préparé en juin, adopté par le Sénat en juillet et qui arrive en discussion devant l'Assemblée nationale⁵⁶. L'Assemblée nationale ayant modifié le texte voté par le Sénat, une commission mixte paritaire a été réunie et l'accord auquel elle est parvenue va être soumis aux deux assemblées, le 11 octobre à l'Assemblée Nationale et le 18 octobre au Sénat.

En réalité, ce texte s'emploie à transposer – certes de façon légèrement amendée – les principales dispositions de l'état d'urgence dans le droit ordinaire : assignation à résidence (élargie à la commune de l'intéressé), perquisitions administratives (après autorisation du juge des libertés et de la détention, mais dont on voit mal comment il

⁵⁶ Projet de loi « renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », n° 587

pourrait la refuser dès lors qu'il s'agirait d'une menace terroriste), possibilité pour les préfets de fermer des lieux de culte jugés dangereux, et d'instituer des périmètres de protection autour des grands événements sportifs et culturels... Sans compter des contrôles d'identité élargis, le renforcement de la surveillance des communications par voie hertzienne et la mise en place du fichier des passagers aériens. Avec cette loi, on continue de contourner le juge judiciaire pourtant institué comme le « gardien de la liberté individuelle ».

Plus grave, dans ces dispositions, l'autorité de police administrative peut agir si elle a des « raisons sérieuses de penser » qu'une personne constitue une menace pour l'ordre public. Cette formule est beaucoup trop vague. Ce qui caractérise l'Etat de droit c'est la notion de limite. Or, la notion de « dangerosité » que la formule contient ouvre un espace sans limites. Une personne étiquetée « dangereuse » est comme prédéterminée à commettre un crime. Comment pourra-t-elle démontrer qu'elle ne passera jamais à l'acte ? Le risque est de passer d'un Etat de droit à un Etat de surveillance généralisé avec une justice prédictive des comportements criminels.

Cette lente dérive de l'Etat de droit qui a commencé avec le Patriot Act adopté par les Etats-Unis après les attentats du 11 septembre 2001, ne peut qu'inquiéter. Si, nous adhérons à la philosophie de Carl Schmitt pour qui l'essence du politique est la « discrimination entre l'ami et l'ennemi » et « est souverain qui décide de l'état d'exception », alors nous devons nous réjouir d'avoir perdu notre innocence. En revanche, si avec Hannah Arendt nous pensons que l'essence de la politique est la liberté, alors il nous faut résister et nous mobiliser en tant que citoyen pour préserver un de nos biens les plus précieux : l'Etat de droit.

RÉFÉRENCES

Avis CE n° 391124 du 2 février 2016 et avis CE n° 392427 du 8 décembre 2016.

CE 18 décembre 2015, *Société Routière Chambard*, n° 389238.

CE ord., 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 396220.

CE ord., 9 décembre 2005, *Mme Allouache*, n° 287777.

CE, 19 mai 1933, n° 17413, *Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers*.

CE, 25 juill. 1985, n° 68151, *Mme Dagostini*.

CE, 30 décembre 2002, *Carminati*, n° 240430.

CE, ord., 11 déc. 2015, n° 395009, *M. C. Domenjoud et a.*

CE, ord., 15 nov. 2005, *M. Rolin* et CE, ord., 9 déc. 2005, *Mme Allouache*.

CE, ord., 16 févr. 2004, *Benaïssa*, préc.

CE, ord., 16 févr. 2004, n° 264314, *Benaïssa*.

CE, ord., 22 janv. 2016, n° 396116, *M. A...B.*

CE, ord., 25 août 2005, n° 284307, *Commune de Massat*.

CE, ord., 25 février 2016, n° 397153, *M. J...et autres*.

CE, ord., 6 janvier 2016, *M. A.B.*, n° 395620, 395621.

CE, ord., 6 janvier 2016, n° 395622.

CE, Sect. Int, 17 novembre 2015, avis sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, n° 390.786, pt. 13.

CE, Sect., 11 décembre 2015, n° 395009.

Christophe Fardet, L'état d'urgence : point de vue du droit administratif, *Civitas Europa* 2016/I (N° 36), p. 155-169.

Conseil d'Etat, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. Lebon p. 651.

Constitution du 4 octobre 1958, Articles 61 et 61-1.

Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950.

Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 *M. Cédric D.* Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence – art. 6.

Décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016 *Ligue des droits de l'homme*. Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence – art. 8.

Décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016.

Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016.

Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016.

Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016 M. Raïme A. Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III – art. 11.

Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017 M. Sofiyani I. Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II – art. 6, art. 2 §2.

Décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017 M. Émile L. Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence – art. 5.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, article 2.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, article 11.

Décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et décret n° 2015-1493 du 18 novembre 2015 portant application outre-mer de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 modifiant la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions pour une durée de trois mois à compter du 26 novembre 2015.

Loi n° 2016-162 du 19 février 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence pour une durée de trois mois à compter du 26 février 2016.

Loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence à compter du 22 décembre 2016, jusqu'au 15 juillet 2017.

Loi n° 2016-629 du 20 mai 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence pour une durée de deux mois, à compter du 26 mai 2016.

Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste pour une durée de six mois, à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi.

Loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence à compter du 16 juillet 2017 jusqu'au 1er novembre 2017.

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

Loi n° 55-385 du 3 avril 1955, Article 4-1, relative à l'état d'urgence.

O. Beaud et C. Guérin-Bargues, L'état d'urgence de novembre 2015 : mise en perspective historique et critique, Jus Politicum, n° 15, p.2 et 3.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

Projet de loi n° 587, Renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

Recebido em: 19/10/2017

Aprovado em: 06/11/2017