

Libertés fondamentales et contentieux juridictionnel de l'état d'urgence depuis 1985

par Olivier GOHIN

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Directeur de l'IPAG de Paris – CEDOCA

Président de l'Association française de droit de la sécurité et de la défense

La loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence est un compromis politique, sur fond d'opérations de maintien de l'ordre en Algérie : un pouvoir de police notablement renforcé, comme en état de siège, et avec, d'ailleurs, des pouvoirs plus larges encore, mais maintenu, toutefois, aux forces de sécurité, contrairement à l'état de siège : police et gendarmerie restent compétentes pour l'exercice de cette police renforcée, comme en temps normal.

Depuis l'indépendance des départements français d'outre-Méditerranée, en 1962 au terme de la « guerre d'Algérie »¹, l'instauration de l'état d'urgence par trois fois déjà, en France, en 1985 en Nouvelle-Calédonie, en 2005 dans les banlieues et en 2015 sur presque la totalité du territoire, a conduit à une tension inévitable entre la sécurité, au titre de la police administrative, et les libertés, au titre des principes constitutionnels qu'il appartient au juge de concilier :

- dès 1985, le Conseil constitutionnel le dit nettement, dans le cadre de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie : Considérant qu'« *il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré* » (consid. 3) ;

- en 2005, le président de la section du contentieux du Conseil d'État le suggère, dans le cadre de l'état d'urgence dans les banlieues, dans son ordonnance *Mme Allouache et autres* du 9 décembre 2005 : « *que même s'il a été jugé souhaitable de porter à la connaissance du secrétaire général du Conseil de l'Europe la mise en œuvre de l'état d'urgence, dans les conditions*

1. Loi n° 99-882 du 18 oct. 1999 relative à la substitution, à l'expression «aux opérations effectuées en Afrique du Nord», de l'expression « à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie et au Maroc ».

prévues à l'article 15 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il apparaît que, compte tenu de l'usage qui a été fait des mesures autorisées par le législateur, » (du côté de la sécurité) « il n'y a pas eu dérogation à ce même article » (du côté des libertés).

Et, le Conseil d'État le redira encore, à de nombreuses reprises, dans le cadre de l'état d'urgence de 2015-17, comme une réponse aux attaques et aux menaces du terrorisme sur le territoire national, par exemple dans son ordonnance du 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme* (req. 396220), comme le fera aussi la Cour de cassation, dans sa saisine du Conseil constitutionnel opérée par arrêt n° 3781 du 21 juin 2016.

On verra donc successivement le contentieux de l'état d'urgence, depuis 1985, devant le juge constitutionnel (I), puis devant le juge ordinaire (II).

I. Le contentieux devant le juge constitutionnel

Le contentieux de l'état d'urgence porté devant le Conseil constitutionnel, en 1985 et en 2015-17, aura permis de traiter de la question du recours au juge constitutionnel (A) et de sa réponse au regard de la Constitution (B).

A. Le recours au juge constitutionnel

L'un des apports majeurs de la Ve République est la mise en place d'un contrôle effectif de constitutionnalité des lois,

- d'une part, par voie d'action tel que retenu dès l'origine de la Constitution initiale, mais considérablement amplifié par sa révision en 1974,

- d'autre part, par voie d'exception, d'abord jurisprudentielle en 1985, puis textuelle, à partir de la seconde révision constitutionnelle de 2008.

1. La voie d'action

C'est sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 révisé qu'en 1985, la loi de prorogation de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, fait l'objet de deux recours joints, formés l'un par plus de soixante députés et l'autre par plus de soixante sénateurs de l'opposition. De façon remarquable, c'est dans la même journée, le 25 janvier 1985, soit dès le lendemain du vote définitif de la loi, qu'interviennent la saisine du Conseil et sa décision de conformité de même que la promulgation de la loi ainsi contrôlée. Cette décision est la seule qui ait jamais été prise sur l'état d'urgence dès lors que ni la loi initiale du 3 avril 1955 ni aucune de ses modifications ultérieures n'a fait l'objet d'un tel contentieux juridictionnel par voie d'action. Il en est ainsi, en particulier, de la loi du 20 novembre 2015 de prorogation de l'état d'urgence, décrété dès le 14 novembre 2015 sur le territoire métropolitain et étendu à une partie de

l'outre-mer, le 18 novembre 2015, et de chacune des cinq nouvelles lois de prorogation² dont la sixième et, paraît-il, dernière en date, celle du 11 juillet 2017, en application jusqu'au 1^{er} novembre 2017. Comme si actionner contre une législation qui accroît la sécurité pour faire vérifier, sans grand risque au fond et en urgence si nécessaire, qu'elle ne conduit pas à réduire excessivement les libertés, était se rendre complice, sinon coupable – politiquement, du moins – d'une entreprise terroriste.

Or, un tel contentieux constitutionnel par voie d'action aurait été utile pour deux raisons principalement :

- d'une part, pour vérifier que le renforcement progressif de la sécurité ne met pas en échec excessivement les libertés, tout en permettant de donner, par le contrôle de la loi du 20 novembre 2015, un contenu éventuel à la révision annoncée par le discours du président François Hollande devant le Congrès, le 16 novembre 2015, dès lors qu'une telle révision ne pouvait pas servir à constitutionnaliser par un nouveau texte un état d'urgence qui l'était déjà, sous la Vème République, par une ancienne jurisprudence : « *Considérant que, si la Constitution, dans son article 36, vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier (...) les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public ; qu'ainsi, la Constitution du 4 octobre 1958 n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, qui, d'ailleurs, a été modifiée sous son empire* »³. En d'autres termes, la détermination d'un domaine de la loi, à l'article 34, ne change rien au droit positif dès lors que la loi entreprise continue à entrer dans la nouvelle compétence d'attribution, en tant que la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, comme cela s'est produit à plusieurs reprises entre 1958 et 1985, notamment par l'ordonnance, de matière législative, du 15 avril 1960.

C'est d'ailleurs, cette même solution d'une constitutionnalisation déjà acquise de l'état d'urgence depuis la décision précitée du 25 janvier 1985, que le Conseil d'État répétera dans son avis du 11 décembre 2015 sur le projet de révision soudain et dérisoire sur un ex-futur article 36-1, adopté en Conseil des ministres du 23 décembre suivant⁴ : « *S'agissant de l'état d'urgence, le Conseil d'État rappelle que la loi du 3 avril 1955 n'a pas été abrogée par la Constitution de 1958, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel à propos de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie (n° 85-187 DC du 25 janvier 1985)* ». Et, la veille de cette délibération, le Conseil constitutionnel aura eu l'occasion de rappeler dans la motivation de sa décision *Cédric D* – et ce

2. Lois n° 2016-162 du 19 février 2016, n° 2016-629 du 20 mai 2016, n° 2016-987 du 21 juillet 2016, n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 et n° 2017-1154 du 11 juillet 2017. À la suite de la loi n° 2015-1501 du 20 nov. 2015, les trois dernières lois citées sont modificatives du régime d'application exceptionnelle.

3. CC, 25 janv. 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, déc. n° 85-187 DC, *Rec.* 43, consid. 4.

4. À ce sujet, voir Olivier Gohin, « L'état d'urgence : droit et contentieux constitutionnels », in *ADSD*, 2017, p. 101-119.

n'était nullement un hasard – que « *la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence* »⁵.

- d'autre part, la loi du 20 novembre 2015 et les lois de prorogation subséquentes ont ouvert une longue période d'un régime d'exception dont on pouvait se demander si elle n'était pas, en définitive, une trop longue période :

- le Conseil d'État l'a dit en consultation : par exemple, dans son avis du 8 décembre 2016, l'Assemblée générale a relevé que la succession des prorogations de l'état d'urgence peut conduire à des durées d'assignation à résidence excessives au regard de la liberté d'aller et de venir et, en conséquence, elle a estimé nécessaire de fixer dans la loi une limite maximale de 12 mois à la durée ininterrompue de l'assignation à résidence d'une personne (§ 4), dispositif retenu par la loi du 19 décembre 2016 en tant qu'elle modifie l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 (al. 2) ;

- le Conseil constitutionnel l'a dit également en juridiction : dans sa décision QPC *Ligue des droits de l'homme I* du 19 février 2016, le Conseil constitutionnel vient considérer que la durée de prorogation de l'état d'urgence, telle que fixée par la loi « *ne saurait être excessive au regard du péril imminent (...) ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence* ». Or, l'accumulation consécutive de durées non excessives aurait pu constituer, après tout, une durée globalement excessive, à l'occasion du contrôle par voie d'action de telle ou telle loi de prorogation de l'état d'urgence de 2015-17. Après tout, c'est bien ce procès en durée excessive, pour une durée de près de cinq mois seulement en 1961, qui aura expliqué et justifié la révision de l'article 16 de la Constitution, en 2008. Alors que cette période d'état d'urgence aura été ponctuée, pendant près de deux ans, par pas moins de cinq nouvelles prorogations, après la première loi en ce sens du 20 novembre 2015, c'est précisément cette jurisprudence sur ce contrôle de proportionnalité qui est ainsi délibérément écartée par le biais d'un consensus politique évitant, de façon systématique, la mise en œuvre de la voie d'action.

Au demeurant, un tel contrôle de constitutionnalité par voie d'action aurait pu aussi porter sur la régularité de la mise en échec par la loi de prorogation du 19 décembre 2016 des conséquences, en faveur de l'interruption immédiate et de droit de l'état d'urgence, de « *tradition républicaine* », imposant la démission du gouvernement après élections présidentielles ou législatives. Il aurait été si intéressant, mais aussi si risqué, de faire vérifier par le juge constitutionnel si le législateur est bien en droit ou non de prévoir que « *pendant la période de prorogation prévue à l'article 1er de la présente loi, l'article 4 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence n'est pas applicable en cas de démission du Gouvernement consécutive à*

5. CC, 22 déc. 2015, *Cédric D.*, déc. n° 2015-527 QPC, *Rec.* 661, consid. 8 ; *DA* avr. 2016, note Éveillard ; *JCP A* 2016, N° 6, p. 37, note Michel Verpeaux ; *Nouv. Cah. CC*, n° 51, p. 85, chr. Bonnet et Agnès Roblot-Troizier ; *RFD adm.* 2016. 123, note Agnès Roblot-Troizier ; *RFDC* 2016. 688, note Roux. On observera que, néanmoins, cette constitutionnalisation textuelle de l'état d'urgence déjà jurisprudentiel, est préconisée par le rapport du comité Vedel de 1993 et celui du comité Balladur de 2007.

l'élection du Président de la République ou à celle des députés à l'Assemblée nationale » (art. 4), ce qui est mettre en cause cette coutume constitutionnelle qui est, tout de même, une norme supra-législative.

2. La voie d'exception

Or, la décision n° 85-187 DC *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* en date du 25 janvier 1985 précitée aura engagé le contentieux constitutionnel sur la voie de l'exception, en permettant que la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée puisse être utilement contestée « *à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine* », solution innovante qui, combinée avec l'implantation tardive, en droit français, du contrôle de conventionnalité du juge judiciaire, d'abord, du juge constitutionnel, ensuite, en tant que juge électoral, et du juge administratif enfin⁶, conduit à généraliser devant le juge ordinaire, par le texte de l'article 61-1 nouveau de la Constitution, la voie d'exception ouverte devant le juge constitutionnel par la jurisprudence précitée. Encore faut-il préciser deux points :

- d'une part, cette voie d'exception n'est qu'initiale car la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) ne peut pas être tranchée par le juge ordinaire en cas de doute sur l'inconstitutionnalité de la loi litigieuse, à charge pour la juridiction suprême de saisir, pour la juridiction autre⁷ de son ordre juridictionnel ou pour elle-même, le Conseil constitutionnel par voie d'action pour qu'il décide pour droit si le dispositif en question est bien ou non, selon lui, contraire à la Constitution ;

- d'autre part, cette voie d'exception ne vaut, au fond, que pour « *atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* », la Constitution devant être ici entendue, au sens large, de la normativité de référence du contrôle de constitutionnalité.

Alors que la voie de l'action sur un même texte ferme la voie initiale de l'exception : *non bis in idem*, au fond, l'absence de contrôle par voie d'action des lois modificatives de la loi du 3 avril 1955, depuis la loi précitée du 20 novembre 2015 incluse, aura ouvert inévitablement et largement les portes de la question prioritaire de constitutionnalité, sept fois à ce jour sur saisine du Conseil d'État, une fois seulement sur saisine de la Cour de cassation (*M. Georges F. et autres* du 23 septembre 2016), selon une proportion qui ne peut pas surprendre dans un champ caractérisé par la manifestation d'une puissance publique exacerbée. Si et puisque, selon la

6. Respectivement, déc. de principe Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, D. 1975. 497, concl. Touffait, CC, 21 oct. 1988, *A.N., Val d'Oise (5^{ème} circ.)*, déc. 82-1102/1107 AN, Rec. 183 et CE Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, Rec. 190, concl. Frydman ; *GAJA* n° 87 et les réf. ; à ce sujet, Olivier Gohin, « Du contrôle de constitutionnalité des lois, en général, et de la question prioritaire de constitutionnalité, en particulier », *Politeia* n° 17, 2010, p. 165-196.

7. Cour d'assises exceptée dans l'ordre juridictionnel judiciaire (ord. n° 58-1067 portant loi org. sur le Conseil constitutionnel, art. 23-1, issu loi org. 10 déc. 2009, art. 1^{er}).

décision *Conseil de la concurrence* du Conseil constitutionnel en date du 23 janvier 1987⁸, le juge naturel de la puissance publique, c'est le juge administratif, cette compétence n'en est que plus affirmée, sur ce fondement au moins, en cas d'état d'urgence, régime d'application exceptionnelle par et pour la puissance publique.

C'est sous ce régime que presque tout le territoire national est placé depuis mi-novembre 2015, en particulier dans les outre-mers français de la Caraïbe sans que l'état d'urgence se soit déporté, sur place, pendant quarante-huit heures environ, de l'atteinte grave à l'ordre public que constitue le terrorisme, inconnu dans ces îles, aux événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique comme les ouragans dont celui dénommé Irma qui, le 6 septembre dernier, aura ravagé Saint-Martin et, dans un moindre mesure, Saint-Barthélemy. La prochaine enquête parlementaire devrait relever cette incohérence, sur place, entre le régime exceptionnel mis en application et le retard subi dans sa mise en œuvre et la conséquence de ce décalage de quarante-huit heures environ dans la protection des biens contre le pillage.

Pour s'en tenir au contentieux constitutionnel, initié par voie d'exception, combien de QPC, sur vingt-deux mois : les huit saisines pour huit décisions à ce jour⁹ se déclinent ainsi :

- cinq saisines par des particuliers et trois saisines par des associations : deux par *La Ligue des droits de l'homme (LDH)* et une par *La quadrature du Net* ;

- trois décisions QPC pendant la première moitié de cette période, jusqu'à mi-octobre 2016 et cinq décisions QPC pendant la seconde moitié de cette période, jusqu'à mi-septembre 2017 ;

- pour huit décisions QPC, deux décisions de conformité (*Cédric D. préc.* du 22 décembre 2015 et *LDH I* du 19 février 2016), cinq décisions de non-conformité partielle (*LDH II préc.* du 19 février 2016, *Georges F. et autres préc.* du 23 septembre 2016, *Raïme A.*, du 2 décembre 2016, *Sofiyen I.* du 16 mars 2017 et *La Quadrature du Net et autres* du 4 août 2017) et une décision de non-conformité totale (*Émile L.* du 9 juin 2017).

8. CC, 23 janv. 1987, *Conseil de la concurrence*, déc. n° 86-224 DC, *Rec.* 8 ; *GAJA* n° 85 et les réf. ; *GDCC* n° 6 : « (...) figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle » (consid. 15).

9. Une affaire n° 2017-648 QPC est pendante devant le Conseil constitutionnel. Elle porte sur l'art. L. 851-2 du code de la sécurité intérieure relatif à l'autorisation de recueil, en temps réel, des informations ou documents relatifs à une personne susceptible d'être en lien avec une menace terroriste, tel qu'issu de la 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.

Au fond, ces huit décisions concernent, selon un décompte décroissant et dans l'ordre chronologique,

- deux fois des assignations à résidence (*M. Cédric D.* – conformité et *M. Sofiyan I.* – non-conformité partielle),
- deux fois des perquisitions administratives (*M. Georges F. et autres* – non-conformité partielle et *M. Raïme A.* – non-conformité partielle),
- deux fois du renseignement sur les données de connexion informatique, par saisie (*LDH II* – non-conformité partielle) ou réquisition (*La quadrature du Net* – non-conformité partielle),
- une fois la police des réunions et des lieux publics (*LDH I* - conformité),
- une fois l'interdiction de séjour (*M. Émile L.* – non-conformité totale)¹⁰.

B. La réponse du juge constitutionnel

La réponse du juge constitutionnel au regard de la Constitution est double : comme juge de la compétence et comme juge du fond.

1. Le juge constitutionnel comme juge de la compétence

Dans la normativité constitutionnelle de référence, une place de choix doit être faite à la liberté individuelle et, plus précisément, à la sûreté, en tant qu'elle correspond à l'interdiction de la détention arbitraire. La Déclaration de 1789 le dit dans son article 2. L'article 66 de la Constitution de 1958 l'affirme aussi, en ces termes : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu* » (al. 1^{er}) pour confier aussitôt à l'autorité judiciaire (al. 2) le soin d'assurer le respect de cette interdiction dans le cadre d'une transcription, dans le droit constitutionnel français, de l'*habeas corpus* anglais de 1679, également de droit constitutionnel, exigeant que tout détenu soit présenté, dans un délai raisonnable, à un juge qui pourra décider sa condamnation éventuelle à une peine privative de liberté.

Or, dans le contexte du contrôle de l'état d'urgence de 2015-17, il s'est développé une polémique importante sur la contraction considérable de la compétence du juge judiciaire et donc sur l'expansion remarquable de la compétence du juge administratif liée à la nature administrative des mesures

10. CC, 22 déc. 2015, *M. Cédric D.*, déc. n° 2015-527 QPC (conformité) ; 19 fév. 2016, *Ligue des droits de l'homme I*, déc. n° 2016-535 QPC (conformité) et *Ligue des droits de l'homme II*, déc. n° 2016-536 QPC ; *Constitutions* 2016. 100, note Domingo (non-conformité partielle) ; 23 sept. 2016, *M. Georges F. et autres*, *RFDC* 2017. 487, note C. Bernard ; 2 déc. 2016, *M. Raïme A.*, déc. n° 2016-600 QPC ; *RFD adm.* 2017. 182, note Agnès Roblot-Troizier ; *RFDC* 2017. 511, note C. Bernard (non-conformité partielle - effet différé - non-lieu à statuer) ; 16 mars 2017, *M. Sofiyan I.*, déc. n° 2017-624 QPC (non-conformité partielle – réserve) ; 9 juin 2017, *M. Émile L.*, déc. n° 2017-635 QPC (non-conformité totale - effet différé) ; 4 août 2017, *La Quadrature du Net et autres*, déc. n° 2017-648 QPC (non-conformité partielle).

prises par les autorités administratives : assignations à résidence ou perquisitions domiciliaires, et donc sur le contentieux administratif de ces mesures. Ce qui est en débat, c'est précisément la compétence des autorités administratives pour ordonner l'assignation à résidence ou la perquisition domiciliaire, sous le régime de l'état d'urgence, alors même que, c'est au juge judiciaire de prendre les mêmes mesures en temps normal. Cette construction à l'encontre de la compétence des autorités judiciaires, celle des parquets, sous le contrôle du juge judiciaire et donc en faveur de la compétence des autorités administratives, celle du ministre de l'Intérieur ou des préfets, sous le contrôle du juge administratif, est clairement regrettée par la Cour de cassation et soutenue par le Conseil d'État¹¹.

L'article 66 précité donne une dimension constitutionnelle à la question de la compétence du juge judiciaire dans le champ de la liberté individuelle, et donc, en amont, de l'autorité compétente pour prononcer toute mesure attentatoire à la liberté individuelle. Répondre à cette question, c'est savoir ce qu'il faut entendre exactement par « *liberté individuelle* » et si, en conséquence, les assignations à résidence ou les perquisitions, dans le cadre de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence portent atteinte ou non à la liberté individuelle. Or, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 qui vise à encadrer la rédaction de la nouvelle Constitution, compte le principe suivant : « *L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le Préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère* ». On lit « *les libertés essentielles* ». Pourtant, la Constitution du 4 octobre 1958 dit dans son article 66 précité : « *la liberté individuelle* ».

Revirant sa jurisprudence antérieure qui rattachait à la liberté individuelle la liberté d'aller et venir, l'intimité de la vie privée ou l'inviolabilité du domicile, en renvoyant à l'autorité judiciaire la garantie de ces droits et libertés, le Conseil constitutionnel vient, par sa décision n° 98-403 DC *Lutte contre les exclusions* en date du 29 juillet 1998, distinguer la liberté individuelle du droit de propriété (consid.7) et ainsi affirmer la nature administrative de l'arrêté de réquisition d'un logement, sous le contrôle de la juridiction administrative (consid. 29).

Est donc déduite de la rédaction ou de l'interprétation de l'article 66 précité de la Constitution de 1958 une réduction de la liberté individuelle à la seule protection par le juge judiciaire contre la détention arbitraire, alors que, *a contrario*, pour l'encadrement ou la limitation des autres libertés dites « *personnelles* » parmi lesquelles, notamment, la liberté d'aller et de venir (CC, 22 déc. 2015, *Cédric D*, consid. 8) ou le respect de la vie privée dont l'inviolabilité du domicile (CC, 19 févr. 2016, *Ligue des droits de l'homme II*, consid. 5), la compétence est celle du juge administratif. Par liaison de la

11. À ce sujet, Farah Safi, « État d'urgence et autorité judiciaire » et Olivier Renaudie, « L'état d'urgence et le juge administratif » in *ADSD*, 2017, *op. cit.*, p. 121-142 et 143-158, respectivement.

compétence et du fond, les mesures prises sont alors des mesures administratives, édictées par les autorités administratives, telles qu'en état d'urgence, les assignations à résidence ou les perquisitions administratives, c'est-à-dire des mesures autorisées par l'administration, sous le contrôle du juge administratif. Et, comme il est préférable que le fondement de cette jurisprudence ne soit pas seulement une lecture *a contrario* de l'article 66 de la Constitution, c'est vers la Déclaration de 1789 que le regard du Conseil constitutionnel se porte, spécifiquement ses articles 2 et 4 :

- l'article 2 en tant qu'il donne valeur constitutionnelle à la liberté en général, à la sûreté ou liberté individuelle en particulier, de sorte que les libertés personnelles peuvent être comprises comme la soustraction de la sûreté à la liberté ;

- l'article 4 en tant qu'il affirme le principe constitutionnalisé de la liberté avec la seule exception de la nuisance à autrui, formulation dont la généralité exprime que la liberté ne saurait assurément se réduire à la seule liberté individuelle.

Par exemple, en matière de contrôle récent d'assignations à résidence de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, le Conseil constitutionnel est conduit à rappeler, dans sa décision précitée *Cédric D.* du 22 décembre 2015, que la durée de l'astreinte à domicile ne saurait être allongée au-delà du maximum légal de douze heures par vingt-quatre heures « *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* » (consid. 6). Et, il ajoute : « *Considérant que la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence ; qu'il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que parmi ces droits et libertés figurent la liberté d'aller et de venir, 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* » (consid. 8). Le décor juridique est solidement planté :

- d'une part, la liberté individuelle ou la privation de liberté et l'art. 66 de la Constitution de 1958, avec l'obligation de la compétence judiciaire ;

- d'autre part, les libertés personnelles dont la liberté d'aller et venir et les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789¹², avec l'hypothèse de la compétence administrative si la mesure litigieuse est administrative.

Et on notera que dans la décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017, *M. Émile L.* sur l'interdiction de séjour, est invalidée la législation qui n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, la liberté

12. Art. 2 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté (...)* » ; art. 4 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ».

d'aller et de venir, 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, ainsi que le droit de mener une vie familiale normale qui résulte de l'alinéa 10 du Préambule de 1946¹³.

2. Le juge constitutionnel comme juge du fond

Quels sont les éléments de non-conformité à la Constitution dans les six décisions rendues, en ce sens, dans le cadre de l'état d'urgence de 2015-17, selon une sévérité qui, en toute logique, tend à se renforcer au fil du temps alors que sa prorogation de loi en loi est toujours plus discutable et discutée ? Aux deux premières décisions de conformité : *M. Cédric D.* du 22 décembre 2015 et *LDH I* du 19 février 2016 de conformité succèdent six décisions de non-conformité dont l'avant-dernière *M. Émile L.* du 9 juin 2017 est de non-conformité totale.

Plus précisément, la non-conformité partielle de la législation sur l'état d'urgence est retenue dans les trois procédures suivantes : les perquisitions administratives, les assignations à résidence et le renseignement sur des données de connexion électronique :

- d'abord, dans le prolongement des décisions antérieures à la décision du 2 décembre 2016 : *LDH II* du 19 février 2016 et *M. Georges F. et autres* du 23 septembre 2016, dans la décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, *M. Raïme A.* sur les perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence, la non-conformité partielle tient à ce que le législateur n'a prévu aucun délai, après la fin de l'état d'urgence, à l'issue duquel les données copiées qui caractérisent une menace, sans conduire à la constatation d'une infraction, sont détruites de sorte que, en ce qui concerne la conservation de ces données, il n'a pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. Dans son entier contrôle, étendu à la proportionnalité, le Conseil constitutionnel réitère ici sa solution *LDH II*, sur saisine du Conseil d'État, en date du 19 février 2016 ;

- ensuite, dans la décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, *M. Sofiyon I.* sur la durée maximale des assignations à résidence, la non-conformité partielle est celle du dispositif légal, issu de la loi modificative du 19 décembre 2016, qui attribue au juge des référés du Conseil d'État, saisi par l'autorité administrative, la décision d'autorisation ou de refus d'autorisation de prolonger une assignation à résidence, au-delà de la durée de douze mois. Une telle décision qui est définitive et sur le fond, en tant que le juge administratif des référés se prononce sur les raisons sérieuses de penser que le comportement de la personne continue à constituer une menace pour la

13. CC, 9 juin 2017, *Émile L.*, déc. n° 2017-635 QPC, *AJDA* 2017. 1197. L'al. 10 est ainsi rédigé : « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ».

sécurité et l'ordre publics, bien au-delà de son office en tant que juge des référés et, d'ailleurs, en tant que juge, peut donc être une mesure d'assignation à résidence. Or, le Conseil d'État pourrait ultérieurement avoir à se prononcer sur la légalité de cette mesure, comme juge en dernier ressort. Dans ces conditions, ce dispositif légal qui conduit à faire du juge des référés du Conseil d'État à la fois l'auteur de la décision et le juge de cette décision, méconnaît le principe d'impartialité et le droit à exercer un recours juridictionnel effectif, constitutionnellement garantis¹⁴ ;

- enfin, dans la décision n° 2017-648 QPC *La Quadrature du Net* du 4 août 2017 sur l'accès administratif en temps réel aux données de connexion électronique qui censure cette procédure de réquisition appliquée, non pas à une personne préalablement identifiée susceptible d'être en lien avec une menace terroriste, mais à l'entourage de cette personne concernée, c'est-à-dire à un nombre élevé de personnes, sans lien nécessairement avec la menace de sorte que le législateur n'a pas opéré une conciliation équilibrée entre la prévention des atteintes à l'ordre public ainsi que des infractions et le droit au respect de la vie privée. Dans son entier contrôle, étendu à la proportionnalité, le Conseil constitutionnel réitère ici sa solution *M. Georges F. et autres*, sur saisine de la Cour de cassation, en date du 23 septembre 2016 même si ce qui était en cause, en l'espèce, était une procédure, non de réquisition, mais de saisie des données de connexion électronique, obtenues sur perquisition administrative ou à l'occasion de celle-ci.

On observera, du reste, la capacité du législateur, à deux reprises, à réagir rapidement à l'inconstitutionnalité de ses propres dispositifs sur l'état d'urgence de 2015-17 qu'il vient ainsi rectifier, après censure fondée sur le manquement au droit au respect de la vie privée¹⁵, à l'occasion de lois de prorogation, en l'absence de riposte massive par le recours risqué à l'arme de la révision constitutionnelle, ni possible ni même envisagé :

- d'une part, c'est la loi modificative du 21 juillet 2016 qui vient surmonter, au fond, la décision n° 2016-536 QPC *LDH II* en date du 16 février 2016 qui avait censuré la disposition de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 relative aux saisies de données informatiques lors des perquisitions administratives et à leur exploitation sans l'autorisation d'un juge, issue de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 (art. 2) ;

- d'autre part, c'est la loi modificative du 19 décembre 2016 qui vient surmonter, au fond, la décision n° 2016-600 QPC *M. Raïme A.* en date du 2 décembre 2016 qui avait invalidé le dispositif, issu de la loi du 21 juillet 2016 (art. 5), faute que soit prévue la destruction, après la fin de l'état d'urgence, des données informatiques copiées caractérisant une menace, sans conduire à la constatation d'une infraction.

14. CC, 16 mars 2017, *M. Sofiyan I.*, déc. n° 2017-624 QPC ; *AJDA* 2017. 1464, note Le Bot ; *RFD adm.* 2017. 561, chr. Agnès Roblot-Troizier.

15. CC, 23 juil. 2015, *Loi relative au renseignement*, déc. n° 2015-713 DC, cons. 38, 39 et 78.

Mais, on doit ajouter également de nombreux dispositifs qui visent à prévenir la censure du juge constitutionnel, saisi initialement par voie d'exception, en instaurant des garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée – ou, si l'on peut dire, plus équilibrée ou mieux équilibrée - entre la sauvegarde de l'ordre public et le respect des libertés fondamentales : en ce sens,

- la mise en place d'un contrôle parlementaire strict des mesures prises sur le fondement de l'état d'urgence et l'encadrement des régimes des assignations à résidence et des perquisitions administratives (loi de prorogation du 20 novembre 2015) ;

- la création d'une procédure de référé-autorisation devant le juge administratif pour permettre l'exploitation des données informatiques saisies à l'occasion des perquisitions administratives (loi de prorogation du 21 juillet 2016 préc.) ;

- la limitation à douze mois maximum de la durée des assignations à résidence et nécessité d'une décision expresse et motivée pour prolonger l'assignation au-delà et pour une durée maximum de trois mois (loi de prorogation du 19 décembre 2016 préc.) ;

- la prise en compte des contraintes de la vie familiale et professionnelle dans la définition de l'assignation à résidence, l'information du procureur de la République de toutes les étapes de sa modification et l'obligation de privilégier les perquisitions administratives de jour, sauf nécessité opérationnelle (loi du 28 février 2017 relative à la sécurité publique).

II. Le contentieux devant le juge ordinaire

C'est au juge ordinaire qu'il appartient de connaître du contentieux des décisions prises sous le régime de l'état d'urgence, en prenant en compte la compétence externe de chacun des deux ordres juridictionnels, tel qu'il résulte de la loi ou de la jurisprudence, notamment des décisions du Conseil constitutionnel revêtues, sur le fondement de l'article 62 de la Constitution, de l'autorité absolue de la chose jugée pour leur dispositif et les motifs qui en sont le soutien nécessaire. Ceci vaut pour le contrôle au fond tant par le juge administratif des référés (**A**) que par le juge ordinaire (**B**).

A. Le contrôle par le juge administratif des référés

« A l'exception des peines prévues à l'article 13 » (c'est-à-dire des sanctions pénales qui répriment la méconnaissance du régime de l'état d'urgence), *« les mesures prises sur le fondement de la présente loi »*, notamment les perquisitions administratives ou les assignations à résidence ou encore les astreintes à domicile *« sont soumises au contrôle du juge administratif dans les conditions fixées par le code de justice administrative, notamment son livre V »* (c'est-à-dire de la compétence du

juge administratif des référés dans le cadre du référé-suspension (CJA, art. L. 521-1) ou du référé-liberté (CJA, art. L. 521-2). Sur les cinquante décisions rendues seulement par le Conseil d'État dans le cadre de l'état d'urgence appliqué à dater du 14 novembre 2015, plus de la moitié, vingt-huit exactement, ont été rendues en référé. Sur la base de la loi du 30 juin 2000, l'office du juge de l'urgence, de l'évidence et du provisoire donne, en effet, au contentieux administratif une toute autre dimension en faveur de la protection des libertés fondamentales, termes qui sont, d'ailleurs, ceux sciemment utilisés par la loi quant au référé-liberté¹⁶. Ce n'est pas la loi de 2000 qui, assurément, fonde la légalité de la compétence du juge administratif des référés, pour connaître, sans avoir à se prononcer au fond, de l'acte administratif, réglementaire ou individuel, inscrit dans le régime de l'état d'urgence. Mais, c'est bien cette loi qui, certainement, établit la légitimité de cette même compétence, à un double titre : la manifestation et l'expansion du juge administratif des référés dans l'état d'urgence.

1. La manifestation du juge administratif des référés

L'office du juge administratif des référés était manifeste, déjà, dès l'état d'urgence de 2005 dans les banlieues au profit du juge du référé-suspension devant le Conseil d'État. Ainsi, eu égard à l'aggravation continue des violences urbaines, à leur propagation sur une partie importante du territoire et à la gravité des atteintes portées à la sécurité publique, ne peuvent être regardés comme étant propres à créer un doute sérieux quant à la légalité du décret du 8 novembre 2005 déclarant l'état d'urgence, de sorte que, par ce motif notamment, par ordonnance *Rolin* du 14 novembre 2005, le référé-suspension formé contre le décret de déclaration de l'état d'urgence est rejeté¹⁷.

De même, en raison notamment des conditions dans lesquelles se sont développées les violences urbaines à partir du 27 octobre 2005, de la soudaineté de leur propagation, de l'éventualité de leur recrudescence à l'occasion des rassemblements sur la voie publique lors des fêtes de fin d'année et de l'impératif de prévention inhérent à tout régime de police administrative, les requérants ne sauraient obtenir du juge du référé-liberté, par ordonnance *Mme Allouache et autres* du 9 décembre 2005, d'enjoindre le Président de la République de mettre fin à l'état d'urgence alors que sa décision implicite de rejet à cet effet n'est pas entachée d'une illégalité manifeste¹⁸.

16. « 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 (...) ».

17. CE ord., 14 novembre 2005, *Rolin*, Rec. 499 ; *AJDA* 2006. 591, note Chrestia ; *BJCL* 11/05, p. 754, obs. J.-C. B. À ce sujet, Olivier Gohin, « L'état d'urgence ou l'exception en banlieue », *Force publique*, 2008, n° 3, p. 159-178.

18. CE ord., 9 déc. 2005, *Mme Allouache et autres*, Rec. 562, préc. ; égal., CE, ord., 27 janv. 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, Rec. 8 ; *RFD adm.* 2016. 355, note Baranger.

Le même office du juge administratif des référés est acquis encore dans l'état d'urgence de 2015-17 pour autant que la décision administrative litigieuse n'a pas été complètement exécutée, ce qui prive la demande en référé-suspension ou -liberté de tout objet. On conçoit, dès lors, qu'en pratique, ce sont les mesures d'assignation à résidence, et non de perquisition administrative, qui peuvent être impactées par un référé administratif.

En droit positif, il le fait dans le cadre défini par le contrôle opéré sur l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, modifié par la loi du 19 décembre 2016, qui a conduit le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2016-624 QPC *M. Sofyian I.* en date du 16 mars 2017 précitée, à considérer que la possibilité, pour le ministre de l'Intérieur, de décider le renouvellement, pour trois mois au plus, d'une assignation à résidence, n'est ouverte que sous une triple réserve : que le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics ; que l'autorité administrative produise des éléments nouveaux ou complémentaires ; que soient prises en compte dans l'examen de la situation de l'intéressé la durée totale de son placement sous assignation à résidence, les conditions de celle-ci et les obligations complémentaires dont cette mesure a été assortie.

Il appartient au juge administratif des référés de veiller au respect par l'autorité administrative de ces réserves de constitutionnalité¹⁹. C'est ainsi que le juge des référés du Conseil d'État a eu à connaître, en appel, de l'ordonnance du juge du référé-liberté du tribunal administratif de Lille suspendant l'exécution de l'arrêté en date du 20 mars 2017 par lequel le préfet du Nord avait renouvelé l'assignation à résidence, à Maubeuge, de Mme E. : au cas particulier, le ministre ne faisait état, dans son recours, d'aucun élément nouveau ou complémentaire intervenu depuis le 20 mars 2017 de nature à établir la persistance de la menace que présenterait Mme E., assignée à résidence depuis le 23 décembre 2015, sans qu'elle soit encore impliquée dans des mouvements radicaux islamistes et que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public. Dès lors, par ordonnance d'appel du 19 juin 2017, l'ordonnance de première instance du 16 juin 2017 aura été confirmée²⁰.

2. L'expansion du juge administratif des référés

Après la loi du 24 juillet 2015 sur le renseignement, hors champ de l'état d'urgence, mais à courte distance dans la lutte contre le terrorisme, la connaissance en premier et dernier ressort du contentieux relatif au renseignement est confiée au Conseil d'État, y compris comme juge des référés, le cas échéant (CJA, art. L. 311-4-1, al. 2), qu'il s'agisse de la mise en œuvre des techniques de renseignement ou de la conservation des données, la loi modificative du 21 juillet 2016, dans le prolongement de ce dispositif de contrôle sur le renseignement, mais ici dans le champ de l'état d'urgence,

19. CE ord., 25 avr. 2017, *Ben Abbes*, *RFD adm.* 2017. 561, chr. Agnès Roblot-Troizier.

20. CE ord., 19 juin 2017, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme E.*, req. 411587.

institue, à son tour, en cas de saisie de données informatiques lors d'une perquisition administrative, un système d'autorisation *a posteriori* de leur exploitation. Cette autorisation est donnée par le juge administratif des référés du tribunal administratif du lieu de perquisition, à la demande de l'autorité préfectorale ayant décidé la mise en œuvre de cette procédure de contrainte, et ce dans les conditions procédurales du référé-liberté pour ce qui est des délais et de la voie d'appel.

Par ailleurs, l'article 6 de la loi du 21 juillet 2016 complète l'article 14-1 de la loi du 3 avril 1955 par un alinéa ainsi rédigé : « *La condition d'urgence est présumée satisfaite pour le recours juridictionnel en référé formé contre une mesure d'assignation à résidence* ». L'institution d'une présomption d'urgence permettant aux assignés à résidence de saisir en toute circonstance, et à plusieurs reprises, le juge administratif des référés est au nombre des garanties légales propres à concilier sauvegarde de l'ordre public et respect des libertés fondamentales. Néanmoins, on doit s'étonner que cette présomption d'urgence qui favorise grandement la formation d'une requête en référé-suspension ou -liberté, ne vaille pas pour toute autre mesure administrative prise dans le cadre de l'état d'urgence, notamment pour faciliter le contentieux de la perquisition administrative.

B. Le contrôle au fond par le juge ordinaire

Le juge ordinaire en charge du contrôle du fond du droit de l'état d'urgence, c'est, principalement, le juge administratif, notamment dans le champ des perquisitions, de l'article 11 modifié de la loi du 3 avril 1955 lorsque, du moins, une disposition du décret qui déclare ou de la loi qui proroge l'état d'urgence le prévoit expressément : tel aura été le cas de toutes les lois de prorogation de l'état d'urgence de 2015-17, à l'exception de la loi du 20 mai 2016. Mais ce peut être aussi, accessoirement, le juge judiciaire.

1. Le contrôle au fond par le juge administratif

La compétence du juge administratif, en tant que juge du fond, s'exerce en tant que juge de l'excès de pouvoir **(a)** ou juge de plein contentieux **(b)**.

a) Le juge administratif est juge de la légalité du décret déclarant l'état d'urgence ou des décisions administratives individuelles, prises en application de ce décret ou de la loi de prorogation. Il en est ainsi des perquisitions de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, décidées par l'autorité administrative et dites, en conséquence, perquisitions administratives « *visant* », selon l'avis rendu en Assemblée du contentieux en date du 6 juillet 2016, *Napol et autres, Thomas et autres*, « *à préserver l'ordre public et à prévenir des infractions, relèvent de la police administrative, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2016-536 QPC du 19*

février 2016, et sont placées sous le contrôle du juge administratif »²¹. C'est là aussi, selon le même avis contentieux, une question de recevabilité ; « *la circonstance* » que ces mesures « *ont produit leurs effets avant la saisine du juge n'est pas de nature à priver d'objet le recours* ».

Si l'on se rapporte au contentieux de l'état d'urgence devant le juge administratif du fond, on peut se demander à quoi servait, à dire vrai, l'arrêt d'Assemblée *Rolin et Boisvert* du 24 mars 2006 contre les décrets du 8 novembre 2005 portant application de la loi du 3 avril 1955 dans les banlieues, près de trois mois après la fin de ce régime d'application exceptionnelle, fixé au 4 janvier 2006. A rien en pratique et de façon fortuite, à la date où il est rendu ; à beaucoup, en théorie et de façon permanente, pour consolider, au fond, l'état d'urgence : car, ce ne sont pas moins de cinq apports jurisprudentiels qui sont à relever, sous l'incidence de cet arrêt *Rolin et Boisvert* du juge du fond²² :

- le décret par lequel le Président de la République déclare l'état d'urgence en vertu de la loi du 3 avril 1955 n'est pas un acte de gouvernement et le juge administratif est donc compétent pour en connaître ;

- ne sont recevables à intervenir, au soutien du pourvoi ou en défense, les personnes résidant habituellement dans la ou les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence a été déclaré.

- la prorogation de l'état d'urgence par le législateur ratifie la décision prise par décret de déclarer l'état d'urgence et interdit que la légalité des dispositions du décret déclarant l'état d'urgence soit, dès lors, encore susceptible d'être discutée par la voie contentieuse.

- le juge administratif est compétent pour vérifier que les mesures prévues par le décret portant application de l'état d'urgence sont légalement justifiées par les troubles à l'ordre public constatés ;

- la loi du 3 avril 1955 est compatible avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et notamment avec celles de son article 15²³.

Si l'on se rapporte au contentieux administratif de l'état d'urgence de 2015-17, on notera que les rares décisions au fond rendues par le juge administratif (une centaine pour environ cinq mille perquisitions administratives, fin 2017) auront été le plus souvent défavorables au requérant, à quelques rares exceptions près. Ainsi, dès lors qu'aux termes de

21. CE Ass. (avis - CJA, art. L. 113-1), 6 juil. 2016, *Napol et autres, Thomas et autres, GAJA* 21è éd., Paris, Dalloz 2017, n° 118 et les réf.

22. CE Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, *Rec.* 171 ; *AJDA* 2006. 1033, chr. C. Landais et Lenica.

23. « Dérogation en cas d'état d'urgence ». Jugé, par ex., par la Cour européenne des droits de l'homme que « *la détention administrative (...) des individus soupçonnés de vouloir participer à des entreprises terroristes, se présentait, malgré sa gravité, comme une mesure exigée par les circonstances* » (Cour EDH, 1^{er} juillet 1961, aff. *Lawless c/ Irlande*, req. 332/57, § 36 ; à ce sujet, Thierry Rambaud, « État d'urgence et droit de la Convention européenne des droits de l'homme », in *ADSD*, 2017, p. 159-173.

l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration, doivent être motivées les décisions administratives qui restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police²⁴, sauf urgence absolue appréciée au cas par cas en état d'urgence²⁵, était illégale la perquisition administrative conduite le 1^{er} décembre 2015, dans le cadre de l'état d'urgence, au domicile d'un gérant d'un cinéma à Avesnes-sur-Helpe (Nord), musulman converti depuis cinq ans, sur la base d'un arrêté du préfet du Nord se bornant à considérer que « *le comportement et les activités [de l'intéressé] constituent une menace pour l'ordre et la sécurité publics* ». Par jugement en date du 17 novembre 2016, le tribunal administratif de Lille aura annulé cet arrêté préfectoral en raison de l'insuffisance de motivation dont il était entaché.

Ce contrôle au fond des mesures prises par l'autorité administrative en état d'urgence peut conduire le juge administratif de l'excès de pouvoir à devenir :

- d'une part, un juge de la constitutionnalité, en tant qu'il ne retient pas la question prioritaire de constitutionnalité posée contre la loi du 3 avril 1955, ou de la conventionalité, en tant qu'il ferait prévaloir la Convention européenne sur cette législation initiale ou modifiée, même postérieure et contraire ;

- d'autre part, un juge de la proportionnalité dès lors que, pour être initialement « *minimal* », en 1955²⁶, puis « *restreint* », en 1985²⁷, son contrôle est « *entier* » depuis 2006²⁸ : le juge de l'excès de pouvoir vient ainsi vérifier qu'au cas particulier, la mesure administrative, prise sous régime d'état d'urgence, est « *adaptée, nécessaire et proportionnée à sa finalité* »²⁹.

b) Mais, le contentieux porté devant le juge administratif du fond peut être aussi un contentieux de la responsabilité de la puissance publique, comme dans le cas, par exemple, des perquisitions administratives illégales ou d'exécution irrégulière de perquisitions administratives légales³⁰.

24. Cette obligation est rappelée par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2016-536, *LDH II* préc. en date du 19 février 2016, pour toute mesure de perquisition administrative,

25. CE Ass. avis, 6 juil. 2016, *Napol et autres, Thomas et autres*, préc.

26. CE Ass., 16 déc. 1955, *Dame Boukobza*, *Rec.* 596 ; *RJPUF* 1956. 3437, concl. Chardeau ; *S.* 1956. 392, note R. Drago : le contrôle du juge administratif sur la légalité interne ne porte que sur le détournement de pouvoir, l'erreur de fait ou de droit et la violation de la loi, aucunement sur l'appréciation de l'administration.

27. CE, 25 juil. 1985, *Mme Dagostini*, *Rec.* 226 ; *AJDA* 1985. 558, concl. Lasserre : le contrôle de légalité interne s'étend à l'erreur manifeste d'appréciation de l'administration.

28. CE Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, *Rec.* 171, préc. ou CE Sect., 11 déc. 2015, *M. Cédric Domenjoud et M. Luc Gauthier* (deux arrêts), *Rec.* 437, concl. Domino ; *LPA* 8 mars 2016, note Le Bot : le contrôle de légalité interne s'étend à l'appréciation de l'administration à l'occasion du contentieux au décret déclarant l'état d'urgence, en 2006, ou des mesures individuelles d'assignation à résidence, en 2015. Le même contrôle entier est retenu par le juge constitutionnel sur les mesures administratives d'assignation à résidence (CC, 22 déc. 2015, *Cédric D.*, déc. n° 2015-527 QPC préc.) ou de perquisition (CC, 19 févr. 2016, *LDH II*, déc. 2016-536 QPC, préc.).

29. À ce sujet Olivier Renaudie, *op. cit.* et l'avis contentieux du 6 juil. 2016 préc.

30. CE Ass. avis, 6 juil. 2016, *Napol et autres, Thomas et autres*, préc.

L'avis contentieux précité du 6 juillet 2016 envisage, à bon droit une action indemnitaire en réparation des mesures de perquisition administrative « *sur les conditions dans lesquelles les perquisitions ont été ordonnées et mises à exécution* », sans que le recours pour excès de pouvoir ne soit « *un préalable nécessaire* », fallait-il vraiment le préciser alors même qu'il est d'une efficacité douteuse après cette opération de police administrative. Cette responsabilité est liée à l'illégalité de la décision de perquisition ou à l'illégalité des conditions matérielles d'exécution de la perquisition légale

- dans le premier cas (illégalité de la décision), la responsabilité de l'État, n'est engagée que si la décision est entachée d'une irrégularité de fond et non d'une irrégularité de forme ou de procédure car seule la première est fautive et peut provoquer un préjudice direct et certain ;

- dans le second cas (illégalité des conditions matérielles d'exécution de la décision), la responsabilité de l'État est engagée sur deux terrains :

- à l'égard des personnes qui sont l'objet de la mesure administrative, celui de la responsabilité pour faute qui n'a pas à être lourde ;

- à l'égard des tiers, celui de la responsabilité sans faute, sur le fondement de la rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques.

2. Le contrôle au fond par le juge judiciaire

Encore faut-il ne pas écarter la compétence concurrente du juge judiciaire en tant que, sur le fondement de l'article L. 111-5 du code pénal, il peut être juge de la légalité des actes administratifs : les juridictions pénales sont compétentes, en effet, pour apprécier la validité des actes administratifs, réglementaires ou individuels, lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis³¹, y compris lorsque, de la régularité de ces actes, dépend aussi celle de la procédure pénale³².

Si l'on se rapporte au contentieux judiciaire de l'état d'urgence de 2015-17, on observe que le contentieux, réduit à la seule liberté individuelle, au sens de la sûreté, est rare et concentré sur une seule solution : dans le cadre du contrôle de la légalité d'un arrêté préfectoral ordonnant des perquisitions en application de la législation sur l'état d'urgence et face l'insuffisance de motivation de l'ordre administratif de perquisition, la juridiction pénale doit solliciter du ministère public les éléments factuels sur lesquels l'autorité préfectorale s'est fondée pour prendre la décision litigieuse : quel élément factuel, serait-il sommaire, est propre à établir son bien-fondé au regard de la nécessité de la sécurité et de l'ordre public et à justifier l'urgence attachée à la réalisation de la perquisition, qui soit suffisamment précis pour justifier la

31. C. pén., art. L. 111-5 ; *adde*, Crim. 13 déc. 2016, pourvoi n° 16.84794.

32. Le juge pénal apprécie donc régulièrement la validité de l'ordre de perquisition, qui, sans constituer le fondement des poursuites, détermine la régularité de la procédure (Crim. 13 déc. 2016, pourvoi 16-82.176, *JCP* 2017. 206, note J.-H. Robert ; *D.* 2017. 725, note Pradel ; *DA* 2017, comm. N° 20, note Éveillard.

contrainte exercée³³ ? Par exemple, quels sont les locaux concernés comme fréquentés par un ou plusieurs individus dont les comportements constituaient une menace pour la sécurité et l'ordre publics³⁴ ou susceptibles d'y détenir illégalement des armes ainsi que de les transporter dans les véhicules présents sur les lieux³⁵ ? Et, ce contrôle au fond du juge judiciaire s'exerce tout aussi bien, sur la régularité des mesures administratives d'assignation à résidence³⁶.

En conclusion, on rappellera ces forts propos de la Cour européenne des droits de l'homme à l'adresse des États contractants : « *Consciente du danger, inhérent à pareille loi, de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, elle affirme qu'ils ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre (...) le terrorisme n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée* »³⁷. Ni n'importe quoi ni n'importe quand ni n'importe où ni n'importe comment parce que l'état d'urgence est un état de droit même s'il est l'état d'un autre droit alors même qu'en France, du moins, il est conçu, compris et appliqué comme devant contribuer à la protection des personnes et des biens dans le contexte d'une crise majeure pour l'ordre public.

Dans ce contexte de puissance publique exacerbée, deux juges ont un rôle décisif :

- le juge constitutionnel par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité, à défaut de voie d'action, contre la législation sur l'état d'urgence ;
- le juge administratif par la voie du référé-liberté, avant ou hors tout contentieux au fond, contre la décision administrative d'application de l'état d'urgence.

En définitive, c'est bien le juge administratif qui joue un rôle principal en tant que gardien des libertés fondamentales, hors privation complète de liberté. Sans doute, l'actuel premier président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, a pu suggérer de faire de l'autorité judiciaire la gardienne, non plus de la, mais des libertés individuelles³⁸, ou encore proposer, non sans contradiction, de réaliser l'unité de juridiction dont on devine qu'elle serait la seule autorité judiciaire³⁹.

Mais, à quoi sert ce débat ? A rien, à droit constitutionnel constant : le juge administratif existe et il est compétent, avec la force de la Constitution, en tant que juge logique et efficace, indépendant et impartial, du contentieux de de tout régime de police administrative renforcée. Tel est le cas du régime provisoire d'exception fixé par la loi Bourgès-Maunoury de 1955 modifiée. Tel sera encore le cas, dans son prolongement, du régime permanent de droit

33. Crim., 28 mars 2017, pourvoi n°16-85.072.

34. *Ibid.*

35. Crim., 28 mars 2017, pourvoi n°16-85.073.

36. Crim., 3 mai 2017, *D.* 2017. 1175, note Beaussonie.

37. Cour EDH, 6 sept. 1978, *Klass c./ Allemagne*, req. 5029/71, § 49.

38. Audition par la commission des lois du Sénat, le 1^{er} mars 2016.

39. Tribune sur le site de la Cour de cassation, le 25 juillet 2017.

commun fixé par la prochaine loi Collomb⁴⁰ qui succédera, au 1^{er} novembre 2017, à un état d'urgence de près de deux ans, en reprenant, tout en les ajustant, bien des dispositifs de ce régime d'application exceptionnelle, même sous de nouvelles appellations. Dès lors, le juge de droit commun du nouveau droit commun de lutte contre le terrorisme est et restera le juge administratif, y compris sous la réserve remarquable de la compétence du juge judiciaire du siège, en ce qui concerne les « *visites et saisies* » qui correspondent, en temps normal, aux perquisitions administratives de l'état d'urgence⁴¹ : même si c'est sur saisine motivée du représentant de l'État dans le département ou, à Paris, du préfet de police que l'autorisation est demandée pour la visite d'un lieu ainsi que la saisie des documents, objets ou données qui s'y trouvent, c'est bien, en effet, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris, juge judiciaire du siège, qui peut, par une ordonnance écrite et motivée et après avis du procureur de la République de Paris, donner cette autorisation⁴².

Comme une perquisition administrative, décidée par l'autorité administrative, relève du contentieux administratif, symétriquement, une perquisition judiciaire, décidée par l'autorité judiciaire, relève du contentieux judiciaire. Il n'y a rien à redire à cela, en ce qui concerne la compétence juridictionnelle. Sans avoir pu s'exprimer par voie d'action ni sur les quatre lois modificatives de la loi du 3 avril 1955, depuis la loi de prorogation du 20 novembre 2015 incluse, ni sur la loi du 30 octobre 2017, le Conseil constitutionnel l'a dit implicitement, par la voie de la QPC, dans ses huit décisions rendues, entre décembre 2015 et août 2017, dans le cadre du droit d'exception de l'état d'urgence. Il le dira encore, par la même voie, dans le cadre du nouveau droit commun de la lutte contre le terrorisme, à partir de novembre 2017.

40. Voir, après le colloque de Lille, la loi n° 2017- 1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

41. Loi n° 55-385 du 3 avril 1955, art. 11 modif.

42. CSI, art. L. 229-1, al. 1^{er}. L'ordonnance autorisant la visite et les saisies sera rendue à charge d'appel formé dans le délai de quinze jours à compter de sa notification et devant le premier président de la cour d'appel de Paris, sans que les parties soient tenues de constituer avocat (*ibid.*, art. L. 229-3).