

Licence en droit
Droit des libertés fondamentales

Examen Blanc
Devoir sur table du samedi 23 novembre 2019

Documents :

1. Entretien avec Patrice Spinosi , avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, La Semaine Juridique édition Générale n° 11, 14 Mars 2016, 280
2. Repère par Jacques-Henri STAHL Droit Administratif n° 4, Avril 2016, repère 4 , **État d'urgence**, État de droit.
3. Yves Mayaud, L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? . - Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion, La Semaine Juridique Edition Générale n° 12, 21 Mars 2016, doct. 344
4. Conseil constitutionnel, 22 décembre 2015, n°2015-527 QPC, M. Cédric D.
5. Conseil constitutionnel 19 février 2016, QPC, note Michel Verpeaux, **État d'urgence**, revers limité pour la loi La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 21, 30 Mai 2016, 2139
6. Aurélie CAPPELLO **État d'urgence**. Abandon de la constitutionnalisation mais maintien de la mise en œuvre, Procédures n° 6, Juin 2016, étude 5
7. Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet L'urgence dans tous ses états, AJDA 2016, p. 247
8. Christophe Tukov, Le contrôle a priori confié au juge administratif pour l'exploitation par l'autorité administrative des données informatiques saisies dans le cadre d'une perquisition administrative a-t-il un sens ? La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 35, 5 Septembre 2016, 2229
9. Jean-Charles Jobart La loi sécurité et terrorisme au crible des libertés et droits fondamentaux, JCP A 2018, 2241

Document n°1

La Semaine Juridique Edition Générale n° 11, 14 Mars 2016, 280

« L'action que nous avons menée n'a jamais eu pour but de désarmer l'État face à la menace terroriste. Mais l'état d'urgence est-il encore utile pour assurer cette finalité ? »

Entretien avec Patrice Spinosi , avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Intervenant à l'instance pour la Ligue des droits de l'homme, et déjà à l'origine de plusieurs QPC sur le sujet, Me Patrice Spinosi revient pour La Semaine juridique, Édition générale sur la censure partielle du Conseil constitutionnel et sur ce régime exceptionnel.

Le Conseil a jugé inconstitutionnelles les dispositions permettant de copier les données informatiques récupérées lors de perquisitions administratives. Cette abrogation immédiate n'est-elle pas un frein porté à la lutte contre le terrorisme, en particulier s'agissant des perquisitions récentes ?

Je ne le pense pas. Le Conseil constitutionnel a pris le soin de moduler dans le temps les effets de cette abrogation, qui ne prend effet qu'à compter de la publication de la décision. Il n'y a donc pas de remise en cause de l'acquis. Toutes les saisies qui sont déjà intervenues, comme leur exploitation, restent parfaitement valables. En revanche, il n'est désormais plus possible de procéder à des nouvelles saisies numériques. Et encore, même sur ce point, il n'y a pas de véritable frein à l'action policière. Les saisies demeurent possibles si elles sont autorisées par un juge judiciaire, ce qui correspond à l'utilisation normale du droit

de l'antiterrorisme : s'il existe un indice objectif de préparation d'une infraction, les forces de police obtiendront sans aucune difficulté d'un juge l'autorisation d'intervenir sans délai. Par ailleurs, l'abrogation prononcée par le Conseil n'est que temporaire. Les saisies informatiques administratives pourront être réintroduites dans notre droit par le Gouvernement dans le cadre de la loi actuellement en préparation sur les mesures liées à l'**état d'urgence**. Comme l'a jugé le Conseil, il suffit de prévoir un régime pour la conservation et la destruction des données personnelles saisies. En définitive, le législateur est le premier responsable de cette situation qu'il aurait pu éviter. Le Conseil constitutionnel lui avait déjà rappelé dans la décision du 26 novembre 2015 (*Cons. const.*, 26 nov. 2015, n° 2015-722 DC) à l'occasion de l'examen de la loi relative au renseignement (*L. n° 2015-912*, 24 juill. 2015 : *Journal Officiel du 26 Juillet 2015* ; R. Parizot, *Surveiller et prévenir... à quel prix ?* : JCP G 2015, doctr. 1077) qu'il lui incombait d'encadrer strictement le régime des saisies de données personnelles. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, l'abrogation était tout à fait prévisible.

Les Sages ont, en revanche, jugé que dans le cadre de l'état d'urgence, les perquisitions administratives « n'ont pas à être placées sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire ». Vous avez indiqué que vous n'écarteriez pas une saisine de la Cour EDH, pouvez-vous nous en dire plus ?

La mise à l'écart systématique du juge judiciaire pour contrôler les mesures de l'**état d'urgence** méconnaît, à mon sens, les exigences de la Convention EDH. Il ne s'agit évidemment pas de revenir sur les garanties d'indépendance ou d'impartialité du juge administratif au regard du juge judiciaire. Nous n'en sommes heureusement plus là ! Depuis de nombreuses années le juge administratif a démontré qu'il était un garant parfaitement efficace des libertés fondamentales. Mais la nature du contrôle exercé n'est pas la même. Le juge judiciaire autorise l'action de la police quand le juge administratif ne peut que la vérifier. C'est tout à fait différent. Prenons l'exemple d'une perquisition. Une fois celle-ci intervenue, le mal est fait et il est impossible de revenir en arrière. Contrairement aux mesures qui durent dans le temps, comme les assignations à résidence ou les fermetures administratives, celui qui subit une perquisition n'est pas recevable à saisir en urgence le juge administratif des référés. La seule voie de recours qui lui est ouverte est la procédure indemnitaire de droit commun pour tenter d'obtenir, si tant est qu'une faute de l'Administration soit constatée, une réparation pécuniaire pour le dommage subi. À mon sens, une telle action ne peut constituer une garantie judiciaire suffisante au regard de la jurisprudence de la Convention EDH. Tout récemment encore, la Cour de Strasbourg a retenu qu'une perquisition réalisée avec brutalité pouvait s'analyser en un traitement inhumain emportant la violation du droit au respect de la vie privée et familiale ainsi que du droit à un recours effectif du requérant (*CEDH*, 16 févr. 2016, *Govedarski c/ Bulgarie*, n° 34957/12). Dans la même logique, nous allons introduire des recours auprès de la Cour européenne pour des cas individuels de victimes de perquisitions diligentées de nuit, avec usage de la force, sans aucun résultat. Dans de telles hypothèses, il est tout à fait possible que nous réussissions à obtenir la condamnation de la France.

L'état d'urgence a été prorogé jusqu'au 26 mai 2016. Vous avez saisi à plusieurs reprises le Conseil constitutionnel pour dénoncer les risques que ce « régime exceptionnel » fait peser sur la démocratie. Pourriez-vous développer ?

Il faut d'abord bien comprendre que l'action que nous avons menée avec la Ligue des droits de l'homme n'a jamais eu pour but de désarmer l'État face à la menace terroriste. Nous sommes au contraire persuadés de la nécessité d'assurer la répression la plus efficace à son encontre. Mais l'**état d'urgence** est-il encore utile pour assurer cette finalité ? C'est la question que ne cesse de poser, à mon sens tout à fait légitimement, la Ligue des droits de l'homme (V. *L'état d'urgence, la justice et les avocats* : JCP G 2016, 147, *Enquête par A. Coignac* ; JCP G 2016, act. 71). Les rapports commandés par la Commission des lois ont démontré que l'efficacité des mesures de l'**état d'urgence** était très largement émoissée. Sur plus de 3 000 perquisitions, seules 4 procédures directement liées au terrorisme ont été engagées. Aujourd'hui les forces de police ont-elles encore besoin de ces mesures exceptionnelles dont elles font d'ailleurs de moins en moins usage ? En pratique, le Gouvernement est prisonnier d'un véritable piège politique. Après avoir expliqué aux Français que l'**état d'urgence** était une nécessité pour mieux combattre le terrorisme, quel responsable politique aura le courage d'y mettre fin ? L'exemple du plan Vigipirate actif depuis près de 20 ans est à cet égard révélateur. Le risque est de donner trop de pouvoirs à l'exécutif sans un contrôle suffisant du juge judiciaire. Les dérives de l'action policière ont été quotidiennes. Chacun a en mémoire les assignations à résidence de militants écologistes sans aucun lien avec le terrorisme comme les perquisitions aussi inutiles que spectaculaires durant lesquelles les forces de police ont démolé au bélier des portes qui n'étaient même pas fermées. La décision du Conseil n'empêchera pas cela. Elle pose néanmoins en principe que l'action de l'Administration doit être proportionnée et nécessaire, ce qui est une indication importante pour guider le juge administratif dans le contrôle dont il a la charge. De même, elle apporte une précision nouvelle en relevant que les perquisitions de nuit doivent être « justifiées par l'urgence ou l'impossibilité de l'effectuer le jour ». Cette garantie nouvelle sonne le glas des perquisitions de nuit de confort.

La législation sur l'état d'urgence doit-elle être revue ou tout simplement abandonnée ?

Les deux. À long terme, le cadre juridique de l'**état d'urgence** doit être revu, pour confier à nouveau au juge judiciaire la mission de contrôler *a priori* les mesures les plus coercitives. À court terme, la prolongation de l'**état d'urgence** doit être levée sauf à accepter qu'une situation juridique par essence exceptionnelle ne devienne permanente (V. *Comment concilier état d'urgence et État de droit ?* : JCP G 2015, doctr. 1443, *Le mot de la Semaine par P. Spinosi*). Il y a un risque réel d'abaissement des droits fondamentaux de tous les citoyens pour un motif certes légitime mais que cette situation juridique dérogatoire ne sert plus. Il faut rappeler que tout ce qui peut être fait dans le cadre de l'**état d'urgence** peut l'être aussi à l'aide de la procédure pénale visant les infractions terroristes. Le discours selon lequel le juge ne pourrait pas réagir suffisamment rapidement en cas de menace imminente est aussi absurde qu'erroné. Les magistrats du siège travaillent depuis toujours dans l'extrême urgence et ils n'ont pas attendu les attaques de 2015 pour le faire. Surtout, il faut être conscient du risque que les solutions désormais éprouvées dans le cadre de l'**état d'urgence** soient reprises demain dans la réforme en cours de la procédure pénale. Au motif de lutter contre le terrorisme, la police administrative aura de plus en plus de pouvoirs et de moins en moins de contraintes liées au contrôle auquel elle est soumise. Plus grave encore, ce qui est actuellement valable pour le terrorisme pourrait être transposé dans un avenir proche à la criminalité organisée ou au trafic de stupéfiant dont on entend déjà qu'il s'agit d'infractions liées. Il ne faut pas être dupe. Sans le dire expressément, pour les infractions les plus graves, le législateur pose les premières pierres d'une oeuvre de contournement du juge d'instruction. Ce même juge dont la disparation avait déjà été souhaitée par le précédent Gouvernement. Est-ce le signe de la bonne santé de notre démocratie ? Je ne le crois pas.

Propos recueillis par Florence Creux-Thomas

État d'urgence, État de droit, Repère par Jacques-Henri STAHL conseiller d'État

Déclaré dans la sidération provoquée par les attentats commis à Paris le 13 novembre 2015, l'**état d'urgence** a été prorogé pour une période de trois mois par la loi du 20 novembre 2015, puis pour une nouvelle période de même durée par la loi du 19 février 2016. Était ainsi remis en vigueur, après 1985 et 2005, ce régime de crise né pendant la guerre d'Algérie et destiné, comme l'exposait Edgar Faure en présentant le projet qui deviendrait la loi du 3 avril 1955, à laisser aux autorités civiles l'exercice de leurs pouvoirs traditionnels, tout en les renforçant et en les concentrant de façon à les rendre plus adaptés aux événements qui justifient que l'on déroge ainsi temporairement à l'ordre normal des choses.

Dérogation moindre que celles qui peuvent résulter d'autres régimes de crise, connus de notre droit public, comme notamment l'état de siège qui voit le transfert des compétences des autorités civiles aux autorités militaires ou le régime de l'article 16 de la Constitution qui permet au Président de la République de prendre toute mesure exigée par les circonstances tout à fait exceptionnelles que cet article envisage.

Mais dérogation tout de même, qui se manifeste en particulier par des pouvoirs de police administrative plus étendus et par la possibilité de prendre certaines mesures en dehors du cadre qui les régit habituellement.

Pour autant, elle ne saurait abolir les contrôles qui doivent prévaloir dans un État de droit. Et, à cet égard, ce qui est observé depuis novembre 2015 enseigne que les mécanismes de contrôle, notamment juridictionnels, jouent leur rôle dans des délais effectifs, qu'ils ont permis de préciser l'encadrement juridique de l'**état d'urgence** et qu'ils se sont traduits par un approfondissement du contrôle du juge administratif.

En 1985, le Conseil constitutionnel avait jugé que le régime de l'**état d'urgence** créé par la loi du 3 avril 1955 n'avait pas été abrogé par l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 qui ne le mentionne pas. Mais il n'en avait pas jugé davantage, en l'absence à l'époque de contrôle *a posteriori*. En 2015, le Conseil constitutionnel a pu exercer, QPC oblige, un véritable contrôle de constitutionnalité sur plusieurs aspects de l'**état d'urgence**. Le Conseil d'État lui a transmis très vite, en décembre 2015, une première QPC sur les assignations à résidence puis, en janvier 2016, deux autres sur la fermeture des lieux de réunions et les perquisitions. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé dans de très brefs délais, le 22 décembre 2015 puis le 19 février 2016. C'est d'ailleurs dans la perspective d'un tel contrôle de constitutionnalité, désormais prévisible, que le législateur avait modifié sur plusieurs points la loi de 1955 par la loi du 20 novembre 2015, pour préciser les mesures susceptibles d'être prises et les garanties qui les accompagnent.

Outre ce contrôle constitutionnel, un contrôle effectif est exercé par les juges des référés des tribunaux administratifs et du Conseil d'État, qui ont été saisis, à partir du mois de décembre 2015, d'un nombre significatif de recours dirigés essentiellement contre des assignations à résidence : ils se sont prononcés sur plus d'une centaine de demandes entre décembre et février. La Section du contentieux du Conseil d'État a statué en moins d'une semaine en décembre 2015 pour fixer la jurisprudence sur le mode d'examen de ces référés.

En dehors du champ juridictionnel, l'Assemblée nationale et le Sénat assurent, avec prérogatives d'enquête parlementaire, une mission de suivi, de contrôle et d'évaluation des mesures prises pendant l'**état d'urgence**. Le Défenseur des droits a été saisi de réclamations et a formulé fin février des recommandations en matière de perquisitions et d'assignations.

Tout en jugeant conformes à la Constitution l'essentiel des dispositions qu'il a examinées, le Conseil constitutionnel a précisé l'encadrement constitutionnel de l'**état d'urgence**. Il a marqué que sa durée ne saurait être excessive et a relevé que le juge administratif devait exercer un contrôle approfondi sur les mesures prises. Pour les assignations à résidence, il a limité à douze heures par jour la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile. Pour les perquisitions, il a précisé qu'une perquisition de nuit ne peut être admise que si elle est justifiée par l'urgence ou s'il est impossible de l'effectuer de jour. Il a censuré, fautes de garanties légales suffisantes, la disposition qui permettait de prendre copie de données informatiques. Il a enfin précisé qu'en cas de nouvelle prorogation de l'**état d'urgence**, les assignations et fermetures de lieux de réunion antérieurement prises doivent faire l'objet d'un renouvellement exprès pour pouvoir être maintenues.

Le Conseil d'État a parallèlement approfondi le contrôle du juge administratif sur les mesures prises dans le cadre de l'**état d'urgence**. En 1985, à propos d'une mesure d'interdiction de séjour prise en application de l'**état d'urgence** déclaré en Nouvelle-Calédonie, il avait exercé un contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation (*CE, 25 juill. 1985, n° 68151, Dagostini : JurisData n° 1985-041833 ; Rec. CE 1985, p. 226*), ce qui marquait alors un progrès du contrôle par rapport à la jurisprudence datant de la guerre d'Algérie (*CE, ass., 3 févr. 1956, Keddar : Rec. CE 1956, p. 46*). Mais par la décision de Section *Domenjoud* du 11 décembre 2015, il a abandonné cette jurisprudence et soumis les assignations à résidence à un plein contrôle du juge de l'excès de pouvoir, ce que le Conseil constitutionnel a relevé dans sa décision QPC du 22 décembre. En référé-liberté, le contrôle est, de même, approfondi, que ce soit sur le principe ou sur les modalités pratiques de l'assignation. Le contrôle du juge s'assure ainsi, pour reprendre les termes concordants des jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, de ce que les mesures prises sont adaptées, nécessaires et proportionnées aux finalités poursuivies.

L'essentiel des contestations portées devant le juge administratif a pris la forme, en l'état, de référés-libertés dirigés contre des mesures d'assignation. Pour la première période de prorogation de l'**état d'urgence**, jusqu'au 26 février 2016, sur 110 assignations contestées en référé, 10 ont été suspendues par les juges des référés des tribunaux administratifs et 5 autres l'ont été par le Conseil d'État. À ces suspensions doivent être ajoutés 22 autres cas dans lesquels les assignations ont été abrogées en cours d'instance par le ministre anticipant vraisemblablement une issue défavorable. De telles proportions sont inhabituelles et reflètent le contrôle approfondi qui est exercé, souvent au terme d'audiences longues et méticuleuses, par les juges des référés des tribunaux administratifs et du Conseil d'État.

L'écoulement du temps, depuis novembre, s'est accompagné d'un resserrement du contrôle. Plusieurs ordonnances de référé relèvent ainsi que si l'assignation à résidence pouvait être justifiée lorsqu'elle a été initialement prise, son maintien plusieurs semaines plus tard constitue désormais une atteinte manifestement illégale à la liberté d'aller et venir. Cela rejoint l'idée plus générale, exprimée par le juge des référés du Conseil d'État, selon laquelle un régime de pouvoirs exceptionnels, comme celui de l'**état d'urgence**, a des effets qui, dans un État de droit, doivent « par nature être limités dans le temps ». Le Conseil constitutionnel l'a dit aussi, en soulignant que la durée de prorogation de l'**état d'urgence** ne saurait être excessive au regard du péril imminent ou de la calamité publique qui ont conduit à ce qu'il soit déclaré. C'est une même préoccupation qui avait animé le Constituant, retenant en 2008 une proposition du Comité Balladur, pour modifier l'article 16 et placer sous le contrôle du Conseil constitutionnel la prolongation de cet autre régime de crise. **État d'urgence**, jusque quand ?

La Semaine Juridique Edition Générale n° 12, 21 Mars 2016, doct. 344

L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? - Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion !

Etude par Yves Mayaud, professeur émérite à l'université Panthéon-Assas Paris II

1. - Le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale s'inscrit dans une dynamique revisitée de lutte contre le terrorisme, sur le support de textes qui se veulent complémentaires (1). Parce que l'état d'urgence s'inscrit dans le provisoire, le droit commun a vocation à reprendre son cours, mais un cours nouvellement écrit sous la dictée de la confusion (2).

1. Un projet inscrit dans une complémentarité de textes

2. - Deux domaines d'intervention sont en cause, l'état d'urgence (A) et le droit commun (B).

A. - L'état d'urgence

3. - **L'état d'urgence préoccupe le Gouvernement à trois points de vue. D'abord, quant à sa durée.** - Décrété le 14 novembre 2015, l'état d'urgence a été prorogé par la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015, non sans un renforcement de l'efficacité de ses dispositions, ce qui est souligné dans l'intitulé même de la loi. Il a été à nouveau prolongé pour trois mois à compter du 26 février 2016 par la loi n° 2016-162 du 19 février 2016.

4. - **Ensuite dans sa dimension constitutionnelle.** - Nous rejoignons là le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation^{Note 2}, présenté en Conseil des ministres le 23 décembre 2015, adopté par les députés le 10 février 2016, et soumis depuis à l'examen du Sénat. Son objet est double. Il s'agit d'abord d'insérer les conditions de déclaration et de prorogation de l'état d'urgence dans la Constitution (*Const., art. 36-1 nouveau*), comme c'est le cas de l'état de siège, ou encore des pleins pouvoirs du président de la République, l'état d'urgence n'étant pour le moment qu'un dispositif ordinaire, prévu par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955. Il s'agit ensuite de prévoir la déchéance de la nationalité française de personnes condamnées pour atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour terrorisme (*Const., art. 34 nouveau*) ;

5. - **Enfin quant à son régime.** - Une fois cette révision constitutionnelle acquise, elle sera complétée par des dispositions législatives qui en seront, en quelque sorte, les mesures d'application, destinées à remplacer la loi de 1955. Elles ont fait l'objet d'une communication lors du Conseil des ministres du 4 février 2016, et il devrait en résulter un renforcement des pouvoirs de l'autorité administrative, en termes de perquisitions, de saisies, et de restriction des déplacements. Quant à la déchéance de la nationalité, elle interviendrait sous la forme d'une peine complémentaire.

B. - Le droit commun

6. - Le droit commun est également concerné par ce train de réformes. Autrement dit, une fois sortis de l'état d'urgence, il est nécessaire de se donner les moyens d'une lutte efficace contre le terrorisme, ce qui est l'objet du projet de loi. Les pouvoirs publics savent que cet état ne pourra pas être indéfiniment prorogé, et que le retour à un état juridique « normal » est inscrit dans la logique de ce que l'urgence représente d'exception. Mais, parce que le risque terroriste est ressenti comme une réalité durable, comme une véritable guerre qui se joue des échéances juridiques, il importe de prendre des mesures destinées à le contrer, y compris en termes de droit commun. Le projet est donc destiné à s'inscrire dans la lignée des nombreux textes qui ont suivi les grandes attaques terroristes dont notre pays a été victime, depuis la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme jusqu'à la dernière en date n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

7. - La principale question est de savoir si le droit commun en attente sera vraiment respecté...

2. Un projet écrit sous la dictée de la confusion

8. - Le droit commun sera-t-il rejoint ou va-t-il perdre de sa substance ? Pour répondre à cette interrogation, il nous faut des clefs de lecture, un code de compréhension, qui nous permette de nous situer juridiquement, et donc objectivement, dans ce qu'un tel projet engage de solutions. Toute norme juridique s'inscrit dans une logique, dans une cohérence, même si on n'en partage pas les données, et c'est cette logique, cette cohérence qu'il importe de mettre à jour, afin de ne pas partir sur des postulats confinés à l'erreur pure et simple (A). Alors, dans un second temps, et forts des assises rationnelles sur lesquelles nous serons à même de nous appuyer, nous pourrions prélever quelques dispositions sensibles du projet, afin de les confronter aux appréhensions qu'elles peuvent légitimement inspirer (B).

A. - Les clefs de lecture

9. - La matière est difficile, et plus les choses sont complexes, plus il faut revenir à l'essentiel, afin de ne pas se laisser entraîner par les désordres de la pensée. Tout et son contraire ont été soutenus depuis les attentats du 13 novembre 2015. Il nous faut donc remettre un peu d'ordre dans le vaste chantier des idées, afin de rester sereins sur ce qui se passe. Notre démarche se fera en trois temps.

10. - **Prévenir la sécurité.** - Le retour au droit commun n'interdit absolument pas de mettre en place des prérogatives au profit de l'autorité administrative, représentée par le ministre de l'Intérieur ou le préfet. Il n'est pas synonyme d'exclusivité judiciaire. Ce serait une erreur que de le penser. Le partage entre l'administratif et le judiciaire n'a pas pour clivage l'état d'urgence, le premier intervenant lorsque cet état est décrété, et le second se substituant à lui lorsqu'il a cessé. Les choses sont plus subtiles, plus nuancées, plus équilibrées. Qu'il s'agisse d'urgence ou de circonstances plus paisibles, la prévention et la sécurité obligent à des réactions qui sont de la gouvernance exécutive, tout comme la répression assure une relève plus individualisée des mesures qui s'imposent. Et plus la menace est grave, comme c'est le cas de la criminalité organisée et du terrorisme, plus s'affirme une telle prévention, avec des pouvoirs adaptés, afin de se hisser au niveau de la spécificité dramatique des risques qu'elle fait courir. Le fait que le projet en cours contienne des dispositions de police administrative n'est donc pas en soi critiquable. C'est une réalité qui s'affirme d'elle-même : elle a toujours existé, surtout en rapport avec le terrorisme, et elle répond à ce que la « sécurité » revendique de protection pour tous.

11. - **Garantir les libertés.** - La sécurité n'est pas tout. État d'urgence ou non, elle ne saurait exister sans un minimum de garanties pour les personnes. Elle doit aller de pair avec la « liberté », c'est-à-dire avec une surveillance et un contrôle suffisamment forts des mesures prises, afin de ne pas tomber dans l'arbitraire et de ne rien perdre de l'État de droit qui assoit nos institutions. Certes, le dire est facile, le faire plus difficile. Cette quête à la fois de sécurité et de liberté est un équilibre condamné à la précarité, pour relever de mouvements constants, et toutes les grandes phases de l'histoire de notre procédure pénale en témoignent. Le jeu est permanent entre ces deux données soumises à duel. Les travaux parlementaires ne manquent pas de l'illustrer, théâtre d'échanges classiques plus ou moins favorables à l'une ou à l'autre... Comment s'en sortir ? Comment trouver le juste milieu ? *In medio stat virtus...* Où se cache cette vertu objet d'une telle quête ? Elle ne saurait être recherchée dans les sensibilités politiques, qui ne sont que l'expression de passions variables, voire de manipulations dangereuses. C'est ailleurs qu'elle s'affiche, dans une donnée immuable, une référence posée une bonne fois pour toutes, un appui suffisamment solide pour éviter toute chute ou tout dérapage. Cet ailleurs n'est autre que l'article 66 de la Constitution : « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle* ».

12. - L'affirmation est solennelle, concise, décisive ! Sa portée constitutionnelle en fait un principe indiscutable. Un principe dont la vocation est de couvrir toutes les situations à même de peser sur les libertés, y compris l'état d'urgence... Cet état d'exception ne va pas jusqu'à l'exception constitutionnelle, et si les prérogatives de police administrative l'emportent très nettement, au nom de l'efficacité, cela ne signifie pas que les libertés n'ont plus à être protégées, et que l'autorité judiciaire n'a plus à intervenir. À quoi bon les surcharges rédactionnelles dans notre Constitution, relatives à l'état d'urgence et à la déchéance de la nationalité, si c'est pour perdre l'essentiel, oublier ce qu'il y a déjà ? Les lenteurs décriées de la justice, volontiers liées à son mode de fonctionnement, militent à l'avantage de l'état d'urgence, mais elles ne sauraient aller jusqu'à l'étouffement de ce qu'elle peut encore faire, et de ce qu'elle sait faire : garantir à la liberté un minimum de respect. Dans le difficile débat qui nous retient, l'article 66 de la Constitution est donc la référence vertueuse à même d'assurer une juste conciliation entre sécurité et liberté.

13. - À regret, cet article 66 est l'objet d'une lecture stricte de la part du Conseil constitutionnel, qui en réserve les applications à ce qui est privatif de la liberté d'aller et de venir, non à ce qui en constitue de simples restrictions^{Note 3}. C'est une approche regrettable, tant la liberté est essentielle, déterminante, indivisible, dans un État de droit, et tant son contrôle devrait toujours être entre les mains de l'autorité judiciaire. Par cette jurisprudence, procédant d'une évolution axée sur la restriction du concept de liberté^{Note 4}, sont validées et légitimées toutes les mesures préventives de police administrative, dès lors qu'elles ne se soldent pas par une entrave totale à la liberté de se déplacer (ce que sont la détention, l'hospitalisation d'office, la rétention

administrative ou la garde à vue). La portée constitutionnelle de l'article 66 est de ce fait considérablement réduite, ce qui ajoute une dimension plus contraignante encore aux prérogatives des autorités administratives, augmentant l'impact sécuritaire des dispositions concernées. Il est vrai que le Conseil constitutionnel, par une sorte de compensation bien comprise, a admis que le juge administratif était lui aussi gardien des libertés, et que, de la sorte, le justiciable disposait toujours d'un recours destiné à la garantie de ses droits^{Note 5}. Il n'est pas question d'en douter, et le Conseil d'État vient de le prouver encore récemment, en étant à l'origine du renvoi au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité relative aux saisies administratives susceptibles d'être mises en oeuvre dans le cadre de l'état d'urgence : initiative heureuse, à en juger la déclaration d'inconstitutionnalité qui en est résultée^{Note 6}... Mais, jusqu'à preuve du contraire, l'article 66 ne vise que le juge de l'ordre judiciaire, et c'est aller un peu loin que de le négliger, ce qui revient à ne pas respecter la séparation des pouvoirs, telle qu'elle est comprise dans la Constitution elle-même, seul acte officiel d'investiture, et de distribution des compétences... C'est pourquoi, cette version de la protection des libertés procède d'une reconstruction audacieuse. Il n'est que les juristes pour faire dire aux textes ce qu'ils ne contiennent pas !

14. - Un flou inhérent au statut du procureur de la République. - Il est une autre zone d'ombre dans ce que l'article 66 de la Constitution éclaire de ses rayons. Une zone liée à l'ambiguïté du statut du procureur de la République. Ce dernier a les faveurs du projet de loi, qui affine son rôle, voire le retient comme un relais de surveillance ou de contrôle dans les procédures les plus menaçantes pour les libertés. *A priori*, sa présence devrait être rassurante. Le procureur n'est-il pas « magistrat », formé à la même école que les juges du siège, et cette appartenance commune ne doit-elle pas s'imposer, au-delà des différences de fonction, comme l'indice d'une réelle sensibilité judiciaire, qui ne peut être qu'à l'avantage du respect des personnes ? Cette conception, cependant, est ouvertement contrariée par la Cour EDH depuis l'arrêt *Moulin contre France* du 23 novembre 2010^{Note 7}. La Cour de Strasbourg énonce clairement que : « du fait de leur statut (...), les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de "magistrat" au sens de l'article 5, § 3 ». Il est difficile de faire abstraction de cette perception européenne de la justice française^{Note 8}, même si, sur le plan interne, il est toujours de bon ton de penser que le procureur de la République est un allié constitutionnel des libertés. Pourtant, tout ce qui affecte ses pouvoirs ne saurait être appréhendé sans ce bémol tiré de sa double nature : magistrat, certes, mais magistrat proche de l'exécutif. C'est dire que l'équivoque est toujours sous-jacente le concernant, et que la réalité de ses pouvoirs ne peut que se ressentir de ce flou juridique.

15. - Telles sont les clefs indispensables à l'approche du projet de réforme de notre procédure. La sécurité s'impose, ce qui légitime en soi des contraintes administratives. Mais ces contraintes ne sauraient être sans un contrôle ou une surveillance étroite de l'autorité judiciaire, d'autant plus impérative que les pouvoirs de l'administration sont forts... Avec cependant une réserve, lorsque cette autorité est représentée par le procureur de la République.

16. - Nous appuyant sur ces trois théorèmes, il nous faut voir si les dispositions les plus sensibles du projet en rejoignent les données.

B. - Les dispositions sensibles

17. - Parmi les nombreuses dispositions contenues dans le projet, certaines se démarquent d'elles-mêmes, pour être très éloignées du droit commun, tout en n'oubliant pas que la procédure parlementaire peut en modifier la substance.

18. - Un premier exemple concerne le dispositif mis en place relatif au *contrôle administratif des retours sur le territoire national*, très à l'avantage de l'exécutif, voire en concurrence directe avec l'autorité judiciaire.

Un nouveau chapitre est ajouté dans le Code de la sécurité intérieure, composé des articles L. 225-1 à L. 225-6. Toute personne qui a quitté le territoire national pour accomplir des déplacements à l'étranger en rapport avec des activités ou groupements terroristes, ou qui a seulement tenté de rejoindre le théâtre d'opérations terroristes, dans des conditions susceptibles de la conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français, peut faire l'objet d'un contrôle administratif, du ressort du ministre de l'Intérieur, une fois le retour effectif. Ce contrôle passe par des entraves manifestes à la liberté individuelle : résidence dans un périmètre géographique déterminé, obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, obligation de déclarer son domicile et tout changement de domicile, de déclarer ses identifiants de tout moyen de communication électronique, de signaler ses déplacements à l'extérieur d'un périmètre déterminé, de ne pas se trouver en relation directement ou indirectement avec certaines personnes, nommément désignées, dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics...

Certes, le ministre de l'Intérieur ou son représentant met la personne concernée en mesure de lui présenter ses observations dans un délai maximal de huit jours à compter de la notification de la décision, laquelle doit être écrite et motivée. Certes, cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix. Mais ces élémentaires précautions suffisent-elles à compenser ce qu'elles nient de compétence judiciaire ? La question mérite d'être posée, parce que nous sommes dans le droit commun, et que ce droit ne saurait trop composer avec une perte de sensibilité judiciaire, tout comme l'interdiction administrative de sortie du territoire mise en place par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 soulève exactement la même réserve, malgré l'absence de saisine du Conseil constitutionnel.

Le doute sera d'autant plus fort que le fait de se soustraire aux obligations en cause est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 EUR d'amende. L'autorité judiciaire, qui sera chargée du prononcé et de l'application de ces peines, est donc perçue comme le relais d'exécution d'un système de contraintes dont elle est exclue...Mieux encore, ce dispositif risque de faire double emploi avec les poursuites pénales pouvant être exercées sur le fondement de l'article 421-2-1 du Code pénal, relatif au terrorisme par association de malfaiteurs, ou encore de l'article 421-2-6 qui traite du terrorisme par entreprise individuelle. Les mesures prononcées auront alors tout d'une concurrence inédite, pour recouper ce qui serait à même de relever d'un contrôle judiciaire...

19. - Un deuxième exemple est relatif à la création d'une procédure de *retenue pour vérification de situation administrative*. Elle est l'objet d'un nouvel article 78-3-1 du Code de procédure pénale. Cette disposition fait ressortir l'ambiguïté du rôle dévolu au procureur de la République.

Toute personne faisant l'objet d'un contrôle ou d'une vérification d'identité peut, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement est lié à des activités à caractère terroriste, ou qu'elle est en relation directe et non fortuite avec une personne ayant un tel comportement, faire l'objet d'une retenue, sur place ou dans le local de police où elle est conduite, pour une *vérification approfondie*, par un officier de police judiciaire, pouvant comprendre une consultation de différents fichiers, particulièrement ceux intéressant la sûreté de l'État. Cette personne ne peut être retenue que pendant le temps strictement nécessaire à l'accomplissement des vérifications, sans pouvoir excéder quatre heures à compter du début du contrôle effectué, et le procureur de la République, informé sans délai, peut y mettre fin à tout moment.

Il importe de ne rien perdre de l'originalité de ce dispositif, applicable quand bien même la personne concernée serait susceptible de justifier de son identité. Elle ne répond donc pas à des préoccupations d'*enquête* judiciaire, se séparant ainsi d'une vérification d'identité classique, menée dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance^{Note 9}. Son objet est une *quête* d'informations administratives, afin de mettre en place un suivi de la personne, qui pourra aller jusqu'à l'interdiction de sortie du territoire en cas de contrôle aux frontières, ou encore la pose d'une balise sur son véhicule. Il s'agit donc d'une *mesure de police administrative ayant le renseignement pour finalité*, afin de mieux identifier les réseaux terroristes, de ne rien perdre de la trace de leurs membres. C'est en quelque sorte une *vérification-traçabilité*... En termes d'efficacité, il n'y a rien à redire. C'est sur un autre plan que la procédure est intéressante, celui de sa couverture par le procureur de la République, puisque c'est lui qui est averti de son déclenchement, tout comme il a autorité sur son déroulement. Le procureur en a le contrôle et la surveillance, comme le ferait le juge des libertés et de la détention. Pourquoi ne pas confier cette importante mission au magistrat du siège ? Par le choix ainsi fait, le procureur nous semble se révéler plus dans des fonctions exécutives que judiciaires, et la position européenne sur la nature équivoque de son statut n'est pas totalement dénuée de fondement.

Elle l'est d'autant moins qu'une comparaison s'impose. Nous avons dit que la révision de la Constitution, si elle devait être opérée, serait suivie d'un dispositif législatif destiné à mettre en place le régime de l'état d'urgence. Quelques éléments en ont été révélés par le porte-parole du Gouvernement, notamment une « amélioration » du dispositif relatif aux *perquisitions administratives*. Les forces de l'ordre auront la possibilité de retenir sur les lieux de la perquisition la personne dont c'est le domicile. Cette « retenue » sera opérée sous le contrôle du procureur de la République. Là encore, pourquoi lui ? On peut se poser la question... L'idéal n'eût-il pas été qu'il fût du pouvoir du juge des libertés et de la détention ? L'explication vient peut-être de la Cour de Strasbourg : le procureur de la République se révèle sous les traits d'une autorité exécutive...

20. - Un troisième exemple témoigne de la volonté de ses auteurs de *donner une légitimité d'action aux forces de l'ordre*. Il est proposé d'insérer dans le Code de la sécurité intérieure un nouvel article L. 434-2, dont il résulterait que « constitue un acte nécessaire à la sauvegarde des personnes au sens de l'article 122-7 du code pénal, lorsqu'un ou plusieurs homicides volontaires ou tentatives d'homicide volontaire viennent d'être commis et qu'il existe des raisons réelles et objectives de craindre que plusieurs autres de ces actes participant d'une action criminelle susceptible de causer une pluralité de victimes pourraient être à nouveau commis par le ou les mêmes auteurs dans un temps rapproché, le fait pour un fonctionnaire de la police nationale ou un militaire de la gendarmerie nationale de faire un usage de son arme rendu absolument nécessaire pour faire obstacle à cette réitération ». Les militaires des forces armées, ainsi que les agents des douanes sont également concernés.

Cette disposition ne peut que surprendre. Sans le dire, l'innovation est un retour au « motif légitime » de l'ancien article 186 du Code pénal, fait justificatif spécial qui permettait aux agents des forces de l'ordre de faire état de la spécificité de leurs missions pour échapper à leur responsabilité pénale en cas de violences envers les personnes, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Cette justification qualifiée avait été supprimée lors de la réforme du Code pénal, afin de ne pas donner le sentiment d'une immunité propre aux forces de l'ordre, et de ne pas entraver un mouvement jurisprudentiel naissant soumettant les violences policières au droit commun de la légitime défense. Très curieusement, les artisans de cette suppression sont ceux-là mêmes qui, aujourd'hui, font marche arrière...

21. - Sous couvert d'état de nécessité, le projet ne fait que consentir à une violence légitimée par la raison d'être des forces de l'ordre, par la finalité institutionnelle qui en appuie les actions. L'exposé des motifs est d'ailleurs très révélateur de cette philosophie. Il insiste sur le fait que « les événements récents ont en effet montré que la légitime défense, prévue par l'article 122-5 du code pénal, n'était pas systématiquement un cadre juridique adapté à la mise hors d'état de nuire et à l'appréhension, par les forces de l'ordre, d'un individu armé ayant déjà commis ou tenté de commettre un ou plusieurs meurtres ». C'est bien dire que l'action des forces de l'ordre, pour ce qu'elle incarne de contrainte obligée, ne peut que s'imposer comme une réalité à part, une réalité toute institutionnelle, inadaptée au droit commun de la légitime défense. Mais ce n'est pas sans un certain forçage de l'état de nécessité que cette spécificité est reconnue, et donc sans une pression sur l'autorité judiciaire, à qui il est demandé d'adhérer à une conception quelque peu dénaturée du fait justificatif en cause. Et de fait, le pénaliste averti aura du mal à retrouver les conditions classiques mises au bénéfice d'une telle justification, en termes d'actualité du danger et de proportionnalité de la riposte.

22. - Enfin, un dernier exemple sera relatif à la tendance du projet à **renforcer l'efficacité des investigations judiciaires concernant le terrorisme**. Les *perquisitions domiciliaires de nuit* deviendraient possibles dans le cadre d'une enquête préliminaire, *en cas d'urgence*, et afin de prévenir un risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique. Elles seraient obtenues, à la requête du parquet, par ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention.

De même, il est prévu d'introduire au sein du Code de procédure pénale la possibilité pour les enquêteurs de recourir à un *dispositif technique de proximité dit IMSI catcher*, consistant à placer une fausse antenne relais à proximité de la personne dont on souhaite intercepter les échanges électroniques afin de capter les données transmises entre le périphérique électronique et la véritable antenne relais. On rappellera que le recours aux *IMSI catcher* a été autorisé dans le cadre de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, le régime juridique applicable étant défini aux articles L. 851-6 et L. 852-1 du Code de la sécurité intérieure. Cette opération serait autorisée par le juge des libertés et de la détention, à la requête du procureur de la République. *En cas d'urgence*, le procureur de la République pourrait autoriser seul les enquêteurs à recourir à l'*IMSI-catcher* pour une durée de 24 heures puis devrait saisir le juge des libertés et de la détention.

Enfin, le projet prévoit d'élargir au procureur de la République la possibilité de recourir, *en urgence*, aux *sonorisations, fixations d'images et captation de données informatiques*, sur autorisation du juge des libertés et de la détention, ainsi que l'interception de courriels déjà archivés, cette dernière possibilité étant déjà existante dans le cadre des activités de renseignement depuis la loi du 24 juillet 2015.

Au-delà de ce qu'elles représentent de mesures ouvertes à des investigations plus opérationnelles, ces dispositions concilient assez bien, et l'efficacité nécessaire à une réaction utile, et le respect des libertés par un contrôle opéré par un magistrat du siège, le juge des libertés et de la détention. Le parquet gagne manifestement en pouvoirs, d'autant plus que c'est lui qui, à l'ouverture de l'enquête ou de l'information, décide, par le choix qu'il fait de la qualification (criminalité organisée ou terrorisme), du niveau de contrainte auquel seront soumis les citoyens impliqués par les investigations^{Note 10}.

23. - Une remarque s'impose, qui peut aider à mieux appréhender la place du procureur de la République. *C'est toujours en référence à l'urgence que ses pouvoirs sont définis*, ce qui témoigne de deux choses. Tout d'abord, que le terrorisme est une provocation à intervenir dans l'urgence, pour ce qu'il matérialise d'actions imprévisibles, et donc de réactions non préparées. Ensuite, qu'il est deux réponses juridiques à cette urgence. La première, c'est l'état d'urgence, réponse linéaire, qui s'inscrit dans la durée. La seconde affecte le droit commun, quant à lui régulateur, non plus d'une urgence décrétée, mais d'urgences ponctuelles, ce qu'illustre parfaitement le projet débattu. Autant l'état d'urgence est entre les mains des autorités administratives, autant les urgences ponctuelles dont nous parlons sont du pouvoir du procureur de la République. On peut légitimement se demander si ce dernier n'est pas finalement, en matière de terrorisme, l'autorité administrative de droit commun...

Conseil constitutionnel, 22 décembre 2015, n°2015-527 QPC, M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]

1. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 susvisée dans sa rédaction issue de la loi du 20 novembre 2015 susvisée : « Le ministre de l'intérieur peut prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret mentionné à l'article 2 et 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 dans les circonscriptions territoriales mentionnées au même article 2. Le ministre de l'intérieur peut la faire conduire sur le lieu de l'assignation à résidence par les services de police ou les unités de gendarmerie. » La personne mentionnée au premier alinéa du présent article peut également être astreinte à demeurer dans le lieu d'habitation déterminé par le ministre de l'intérieur, pendant la plage horaire qu'il fixe, dans la limite de douze heures par vingt-quatre heures.

« L'assignation à résidence doit permettre à ceux qui en sont l'objet de résider dans une agglomération ou à proximité immédiate d'une agglomération.

« En aucun cas, l'assignation à résidence ne pourra avoir pour effet la création de camps où seraient détenues les personnes mentionnées au premier alinéa.

« L'autorité administrative devra prendre toutes dispositions pour assurer la subsistance des personnes astreintes à résidence ainsi que celle de leur famille.

« Le ministre de l'intérieur peut prescrire à la personne assignée à résidence :

« 1° L'obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, selon une fréquence qu'il détermine dans la limite de trois présentations par jour, en précisant si cette obligation s'applique y compris les dimanches et jours fériés ou chômés ;

« 2° La remise à ces services de son passeport ou de tout document justificatif de son identité. Il lui est délivré en échange un récépissé, valant justification de son identité en application de l'article 1er de la loi n° 2012-410 du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité, sur lequel sont mentionnées la date de retenue et les modalités de restitution du document retenu.

« La personne astreinte à résider dans le lieu qui lui est fixé en application du premier alinéa du présent article peut se voir interdire par le ministre de l'intérieur de se trouver en relation, directement ou indirectement, avec certaines personnes, nommément désignées, dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics. Cette interdiction est levée dès qu'elle n'est plus nécessaire.

« Lorsque la personne assignée à résidence a été condamnée à une peine privative de liberté pour un crime qualifié d'acte de terrorisme ou pour un délit recevant la même qualification puni de dix ans d'emprisonnement et a fini l'exécution de sa peine depuis moins de huit ans, le ministre de l'intérieur peut également ordonner qu'elle soit placée sous surveillance électronique

mobile. Ce placement est prononcé après accord de la personne concernée, recueilli par écrit. La personne concernée est astreinte, pendant toute la durée du placement, au port d'un dispositif technique permettant à tout moment de déterminer à distance sa localisation sur l'ensemble du territoire national. Elle ne peut être astreinte ni à l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police et de gendarmerie, ni à l'obligation de demeurer dans le lieu d'habitation mentionné au deuxième alinéa. Le ministre de l'intérieur peut à tout moment mettre fin au placement sous surveillance électronique mobile, notamment en cas de manquement de la personne placée aux prescriptions liées à son assignation à résidence ou à son placement ou en cas de dysfonctionnement technique du dispositif de localisation à distance » ;

2. Considérant que, selon le requérant, l'association Ligue des Droits de l'Homme et M. Joël D., en posant une obligation de ne pas quitter un lieu déterminé et en imposant, le cas échéant, à la personne ainsi assignée à résidence de demeurer dans un lieu d'habitation et de se présenter plusieurs fois par jour aux services de police ou de gendarmerie, les dispositions contestées portent une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'aller et de venir, au droit de mener une vie privée et familiale normale ainsi qu'aux libertés de réunion et de manifestation ; qu'en ne définissant pas avec suffisamment de précision le régime de l'assignation à résidence, le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions affectant ces droits et libertés constitutionnellement garantis ; que, dès lors que l'assignation à résidence n'est pas placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les dispositions contestées méconnaîtraient les exigences de l'article 66 de la Constitution ; que selon M. Pierre B., Mme Soizic C., M. Luc G., Mme Marion S., MM. Corentin V., Sid Ahmed G. et Fabien K., les dispositions contestées méconnaissent le droit à un procès équitable, les droits de la défense et le principe du contradictoire ;

3. Considérant que la question prioritaire de constitutionnalité porte sur les neuf premiers alinéas de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 ;

- SUR LE GRIEF TIRÉ DE LA MÉCONNAISSANCE DES DROITS GARANTIS PAR L'ARTICLE 66 DE LA CONSTITUTION :

4. Considérant qu'aux termes de l'article 66 de la Constitution : « 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 » ; que la liberté individuelle, dont la protection est confiée à l'autorité judiciaire, ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis ;

5. Considérant, en premier lieu, que les dispositions contestées permettent au ministre de l'intérieur, lorsque l'état d'urgence a été déclaré, de « prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne résidant dans la zone fixée » par le décret déclarant l'état d'urgence ; que cette assignation à résidence, qui ne peut être prononcée qu'à l'égard d'une personne pour laquelle « il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics », est une mesure qui relève de la seule police administrative et qui ne peut donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ; que cette assignation à résidence « doit permettre à ceux qui en sont l'objet de résider dans une agglomération ou à proximité immédiate d'une agglomération » ; qu'elle ne peut en aucun cas « avoir pour effet la création de camps où seraient détenues les personnes » assignées à résidence ; que, tant par leur objet que par leur portée, ces dispositions ne comportent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution ;

6. Considérant, en second lieu, que, dans le cadre d'une assignation à résidence prononcée par le ministre de l'intérieur, la personne « peut également être astreinte à demeurer dans le lieu d'habitation déterminé par le ministre de l'intérieur, pendant la plage horaire qu'il fixe, dans la limite de douze heures par vingt-quatre heures » ; que la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile dans le cadre de l'assignation à résidence, fixée à douze heures par jour, ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution doit être écarté ;

- SUR LES GRIEFS TIRÉS DE LA MÉCONNAISSANCE DES DROITS ET LIBERTÉS GARANTIS PAR LES ARTICLES 2 ET 4 DE LA DÉCLARATION DE 1789 ET DE L'ARTICLE 34 DE LA CONSTITUTION :

8. 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 ;

[...]10. Considérant que les dispositions contestées permettent à l'autorité administrative prononçant une assignation à résidence d'accompagner cette mesure d'une astreinte à demeurer dans un lieu d'habitation déterminé pendant une plage horaire ne pouvant excéder douze heures par vingt-quatre heures, de prescrire à la personne assignée à résidence de se présenter aux services de police ou aux unités de gendarmerie jusqu'à trois fois par jour, de lui imposer de remettre à ces services son passeport ou tout document justificatif de son identité, de lui interdire de se trouver en relation, directement ou indirectement, avec certaines personnes dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public ; que ces dispositions portent donc atteinte à la liberté d'aller et de venir ;

11. Considérant, en premier lieu, que l'assignation à résidence ne peut être prononcée que lorsque l'état d'urgence a été déclaré ; que celui-ci ne peut être déclaré, en vertu de l'article 1er de la loi du 3 avril 1955, qu'« en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou « en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique » ; que ne peut être soumise à une telle assignation que la personne résidant dans la zone couverte par l'état d'urgence et 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 » ;

12. Considérant, en deuxième lieu, que tant la mesure d'assignation à résidence que sa durée, ses conditions d'application et les obligations complémentaires dont elle peut être assortie doivent être justifiées et proportionnées aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence ; que le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit ;

13. Considérant, en troisième lieu, qu'en vertu de l'article 14 de la loi du 3 avril 1955, la mesure d'assignation à résidence prise en application de cette loi cesse au plus tard en même temps que prend fin l'état d'urgence ; que l'état d'urgence, déclaré par décret en conseil des ministres, doit, au-delà d'un délai de douze jours, être prorogé par une loi qui en fixe la durée ; que cette durée ne saurait être excessive au regard du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence ; que, si le législateur prolonge l'état d'urgence par une nouvelle loi, les mesures d'assignation à résidence prises antérieurement ne peuvent être prolongées sans être renouvelées ;

14. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions contestées, qui ne sont pas entachées d'incompétence négative, ne portent pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et de venir ;

Conseil constitutionnel 19 février 2016, QPC

1. Considérant qu'aux termes du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 susvisée dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015 susvisée : « Le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peut, par une disposition expresse, conférer aux autorités administratives mentionnées à l'article 8 le pouvoir d'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, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics. » La décision ordonnant une perquisition précise le lieu et le moment de la perquisition. Le procureur de la République territorialement compétent est informé sans délai de cette décision. La perquisition est conduite en présence d'un officier de police judiciaire territorialement compétent. Elle ne peut se dérouler qu'en présence de l'occupant ou, à défaut, de son représentant ou de deux témoins.

« Il peut être accédé, par un système informatique ou un équipement terminal présent sur les lieux où se déroule la perquisition, à des données stockées dans ledit système ou équipement ou dans un autre système informatique ou équipement terminal, dès lors que ces données sont accessibles à partir du système initial ou disponibles pour le système initial. Les données auxquelles il aura été possible d'accéder dans les conditions prévues au présent article peuvent être copiées sur tout support.

« La perquisition donne lieu à l'établissement d'un compte rendu communiqué sans délai au procureur de la République.

« Lorsqu'une infraction est constatée, l'officier de police judiciaire en dresse procès-verbal, procède à toute saisie utile et en informe sans délai le procureur de la République.

« Le présent I n'est applicable que dans les zones fixées par le décret prévu à l'article 2 » ;

2. Considérant que, selon l'association requérante et les intervenants, en permettant à l'autorité administrative de procéder à une perquisition dans un domicile dans le cadre de l'état d'urgence, les dispositions contestées méconnaissent l'exigence constitutionnelle de contrôle judiciaire des mesures affectant l'inviolabilité du domicile, laquelle est protégée au titre de la liberté individuelle et du droit au respect de la vie privée ; qu'ils soutiennent également que les dispositions contestées portent une atteinte disproportionnée à la liberté individuelle, au droit au respect de la vie privée et au droit à un recours juridictionnel effectif ; que le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions affectant les droits et libertés précédemment mentionnés ; qu'enfin, selon M. Julien G., les dispositions contestées portent atteinte à la séparation des pouvoirs dès lors qu'elles permettent à l'autorité administrative d'effectuer des opérations de police judiciaire pouvant aboutir à des mesures répressives ;

- SUR LES DISPOSITIONS DES PREMIER, DEUXIÈME, QUATRIÈME À SIXIÈME ALINÉAS AINSI QUE DE LA PREMIÈRE PHRASE DU TROISIÈME ALINÉA DU PARAGRAPHE I DE L'ARTICLE 11 :

. En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance des exigences de l'article 66 de la Constitution :

3. Considérant qu'aux termes de l'article 66 de la Constitution : « 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 » ; que la liberté individuelle, dont la protection est confiée à l'autorité judiciaire, ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis ;

4. Considérant que les dispositions du premier alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 permettent à l'autorité administrative, lorsque l'état d'urgence a été déclaré et si le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence l'a expressément prévu, « d'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, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics » ; que les dispositions de la première phrase de son troisième alinéa permettent également à l'autorité administrative d'accéder, sur le lieu de la perquisition, à des données stockées dans un système informatique ; que, d'une part, ces mesures de perquisition, qui relèvent de la seule police administrative, y compris lorsqu'elles ont lieu dans un domicile, ne peuvent avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ; que, d'autre part, ces mesures n'affectent pas la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution ; que, par suite, ces perquisitions administratives n'ont pas à être placées sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire ; que le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution doit être écarté ;

. En ce qui concerne les griefs tirés de la méconnaissance des exigences découlant des articles 2 et 16 de la Déclaration de 1789 et de l'article 34 de la Constitution :

5. 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 le droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile, protégés par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;

6. Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; qu'il ressort de cette disposition qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ;

7. Considérant que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit ; qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : « La loi fixe les règles concernant... les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » ;

8. Considérant, en premier lieu, que les mesures prévues par le premier alinéa et la première phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 ne peuvent être ordonnées que lorsque l'état d'urgence a été déclaré et uniquement pour des lieux situés dans la zone couverte par cet état d'urgence ; que l'état d'urgence ne peut être déclaré, en vertu de l'article 1er de la loi du 3 avril 1955, qu'« en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou « en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique » ;

9. Considérant, en deuxième lieu, que la décision ordonnant une perquisition sur le fondement des dispositions contestées en précise le lieu et le moment ; que le procureur de la République est informé sans délai de cette décision ; que la perquisition est conduite en présence d'un officier de police judiciaire ; qu'elle ne peut se dérouler qu'en présence de l'occupant ou, à défaut, de son représentant ou de deux témoins ; qu'elle donne lieu à l'établissement d'un compte rendu communiqué sans délai au procureur de la République ;

10. Considérant, en troisième lieu, que la décision ordonnant une perquisition sur le fondement des dispositions contestées et les conditions de sa mise en œuvre doivent être justifiées et proportionnées aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence ; qu'en particulier, une perquisition se déroulant la nuit dans un domicile doit être justifiée par l'urgence ou l'impossibilité de l'effectuer le jour ; que le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure qui doit être motivée est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit ;

11. Considérant, en quatrième lieu, que si les voies de recours prévues à l'encontre d'une décision ordonnant une perquisition sur le fondement des dispositions contestées ne peuvent être mises en œuvre que postérieurement à l'intervention de la mesure, elles permettent à l'intéressé d'engager la responsabilité de l'État ; qu'ainsi les personnes intéressées ne sont pas privées de voies de recours, lesquelles permettent un contrôle de la mise en œuvre de la mesure dans des conditions appropriées au regard des circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence ;

12. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions des premier, deuxième, quatrième à sixième alinéas ainsi que de la première phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, qui ne sont pas entachées d'incompétence négative, opèrent, s'agissant d'un régime de pouvoirs exceptionnels dont les effets doivent être limités dans le temps et l'espace et qui contribue à prévenir le péril imminent ou les conséquences de la calamité publique auxquels le pays est exposé, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre les exigences de l'article 2 de la Déclaration de 1789 et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ; que ne sont pas non plus méconnues les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ;

13. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les dispositions des premier, deuxième, quatrième à sixième alinéas ainsi que de la première phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, qui ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution ;

- SUR LA SECONDE PHRASE DU TROISIÈME ALINÉA DU PARAGRAPHE I DE L'ARTICLE 11 :

14. Considérant que les dispositions de la seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 permettent à l'autorité administrative de copier toutes les données informatiques auxquelles il aura été possible d'accéder au cours de la perquisition ; que cette mesure est assimilable à une saisie ; que ni cette saisie ni l'exploitation des données ainsi collectées ne sont autorisées par un juge, y compris lorsque l'occupant du lieu perquisitionné ou le propriétaire des données s'y oppose et alors même qu'aucune infraction n'est constatée ; qu'au demeurant peuvent être copiées des données dépourvues de lien avec la personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ayant fréquenté le lieu où a été ordonnée la perquisition ; que, ce faisant, 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 ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, les dispositions de la seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, qui méconnaissent l'article 2 de la Déclaration de 1789, doivent être déclarées contraires à la Constitution ;

15. Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause » ; que, si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la

date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration ;

16. Considérant que la déclaration d'inconstitutionnalité de la seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 prend effet à compter de la date de la publication de la présente décision ; qu'elle peut être invoquée dans toutes les instances introduites à cette date et non jugées définitivement,

D É C I D E

Article 1er.- Les dispositions de la seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 sont contraires à la Constitution.

Article 2.- Le surplus des dispositions du paragraphe I de cet article est conforme à la Constitution.

La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 21, 30 Mai 2016, 2139

État d'urgence, revers limité pour la loi, Michel Verpeaux

Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2016-535 QPC : JurisData n° 2016-002621 : JCP A 2016, act. 164

Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC : JurisData n° 2016-002623

Note :

[...] Toutes les libertés invoquées n'ont pas fait l'objet du même examen complet de la part du Conseil constitutionnel : ni la liberté d'association, parce que les dispositions « *n'ont ni pour objet ni pour effet d'encadrer les conditions dans lesquelles les associations se constituent et exercent leur activité, ne portent aucune atteinte au principe fondamental reconnu par les lois de la République de la liberté d'association* » (consid. 15 de la décision n° 2016-535 QPC) ni celle d'entreprendre à propos de la fermeture possible des salles de spectacle, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature, fondée sur l'article 4 de la Déclaration, n'ont donné lieu à amples développements. L'atteinte à la liberté d'entreprendre est bien constituée (consid. 12), mais le législateur a pu concilier cette liberté avec les conditions du recours à l'**état d'urgence** qui sont définies et encadrées de manière suffisante, selon le Conseil constitutionnel, par le législateur (consid. 13).

Le droit à un recours effectif, qui trouve son fondement à l'article 16 de la Déclaration des droits, n'est pas non plus méconnu, car le recours au juge administratif est toujours ouvert, « *y compris par la voie du référé* » (consid. 14). La balle est renvoyée dans le camp des juridictions administratives qui devront apprécier l'existence des motifs justifiant la fermeture ou l'interdiction contestée. Ces voies de recours sont possibles pour les mesures de police administrative considérées comme devant prévenir des atteintes à l'ordre public et elles peuvent intéresser aussi bien la légalité que la responsabilité de la puissance publique. S'agissant des mesures de perquisition et de saisies, en revanche, seule la responsabilité de l'État peut être recherchée postérieurement à l'intervention de la mesure administrative. Cette unique possibilité permet cependant, selon le Conseil, un « *contrôle de la mise en oeuvre de la mesure dans des conditions appropriées au regard des circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence* » (consid. 11 de la décision n° 2016-536 QPC).

D'autres griefs, articulés contre les dispositions législatives contestées, ont fait l'objet d'un examen plus développé de la part du Conseil dans ces deux décisions. La méconnaissance de l'article 66 relatif au rôle du juge judiciaire en tant que gardien de la liberté individuelle a été écartée, de même que celle intéressant le droit d'expression collective des idées et des opinions. Parmi plusieurs atteintes potentielles à la vie privée, le Conseil constitutionnel n'a retenu que la copie des saisies informatiques, afin d'en prononcer la contrariété à la Constitution.

1. L'absence d'atteinte à la liberté individuelle

Cette liberté est garantie à l'article 66 de la Constitution et elle constitue, à ce titre, l'une des rares libertés consacrées de manière expresse dans le texte même de la Constitution. La liberté individuelle bénéficie d'une protection renforcée car elle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire (consid. 3 de la décision n° 2016-536 QPC). C'est elle qui correspond à la notion de sûreté telle qu'elle est affirmée à l'article 2 de la Constitution. Sa protection est assurée, en outre, selon les termes mêmes de l'article 66, par l'autorité judiciaire, qui en est la « gardienne ». Dans sa décision de renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel, le Conseil d'État avait jugé que le moyen tiré de ce que les dispositions contestées « *mettent en cause l'inviolabilité du domicile en méconnaissance des exigences résultant de l'article 66 de la Constitution ou de l'article 2 de la Déclaration des droits (...)* soulève une question sérieuse » (CE, 15 janv. 2016, n° 395092, consid. 7). La formulation retenue ne permettait néanmoins pas de savoir quel était l'élément sérieux, celui tiré de l'article 66 ou celui tiré de l'article 2. Tout en considérant que le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 devait être écarté, la décision n° 2016-536 QPC rappelle que les atteintes à celle-ci doivent être « *adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis* » (consid. 3). Pourquoi alors le dire puisque cette liberté n'est pas en cause en l'espèce ?

Sa méconnaissance a été invoquée à propos de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, à propos des perquisitions qui peuvent être opérées de jour comme de nuit et qui ne connaissent pas de limites de lieu, sauf pour ceux affectés à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes (consid. 4). Le régime de ces perquisitions est en effet aggravé, du point de vue des atteintes aux libertés, par rapport aux différents régimes de perquisition qui existent en droit français, que ce soit dans le cadre d'une enquête pénale, ou dans celui de certaines procédures administratives conduites par exemple par l'inspection du travail, l'URSSAF ou l'administration fiscale (pour un

rappel de ces différentes procédures, V. le commentaire de la décision 2016-536 QPC sur le site Internet du Conseil constitutionnel).

Depuis la proclamation de l'**état d'urgence** par le décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 et sa prolongation par la loi du 20 novembre 2015, plus de 3300 perquisitions avaient été effectuées jusqu'à la mi-février 2016, permettant la saisie de 500 armes et donnant lieu à 200 cas de poursuites judiciaires, mais « seulement » cinq pour terrorisme. Le nombre de ces opérations de police a, comme il était possible de s'y attendre, régulièrement diminué entre novembre 2015 et février 2016 (V. chiffres et tableau fournis par le commentaire de la décision sur le site Internet du Conseil et accessibles sur le site de l'Assemblée nationale sur la page de sa commission des lois).

Une perquisition domiciliaire est donc possible. Une condition est néanmoins posée par le Conseil constitutionnel, car il faut qu'il existe des « *raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* » (art. 11 cité *ibidem*). Ce même article prévoit que, lors de ces perquisitions, l'autorité administrative peut accéder à des données stockées dans un système informatique, ce qui n'est qu'une version moderne de la fouille des papiers personnels dans les perquisitions d'avant l'informatique.

Malgré ce caractère intrusif, le Conseil a estimé que ces opérations, qui ne relèvent que des activités de police administrative, ne portent en rien atteinte à la liberté individuelle telle qu'elle est interprétée par le juge constitutionnel et qu'elles ne nécessitent donc pas l'intervention du juge judiciaire. Ces perquisitions n'ont en effet d'autre but que de protéger l'ordre public et de prévenir les infractions, ce qui est la définition même des activités de police administrative. Le juge constitutionnel ne retient les atteintes à la liberté individuelle entendue au sens de l'article 66, c'est-à-dire emportant la compétence de l'autorité judiciaire, que lorsqu'il y a privation de liberté, par exemple en cas de garde à vue, de rétention, ou d'hospitalisation sans consentement. La décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999 distingue ainsi, mais sans aller au-delà, « *la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution (...) et la liberté d'aller et venir* » (Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, consid. 20 : *JurisData* n° 1999-765189).

Les opérations de perquisition sont conduites par les autorités administratives énoncées à l'article 8 de la loi du 3 avril 1955 auquel renvoie l'article 11 modifié. Cet article 8 n'a, quant à lui, pas été modifié par la législation de 2015 et énumère « *Le ministre de l'Intérieur, pour l'ensemble du territoire où est institué l'état d'urgence, et le préfet, dans le département* ». Ces mêmes autorités sont celles qui ont reçu compétence pour prononcer la fermeture de certains établissements.

De manière un peu surprenante, le Conseil constitutionnel n'a pas jugé nécessaire de rappeler que ces opérations, si elles échappent à la « *direction et au contrôle de l'autorité judiciaire* », sont placées sous le contrôle du juge administratif, comme il le rappelle à propos de la fermeture de certains établissements.

2. La libre expression collective des idées et des opinions et la compétence du législateur

Dans ces deux requêtes, la Ligue des droits de l'homme invoquait l'insuffisante protection par la loi de plusieurs libertés invoquées et mettait donc en cause une forme d'incompétence négative du législateur. Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, celle-ci ne peut constituer une atteinte à un droit ou à une liberté que la Constitution garantit que si la méconnaissance « *affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » (consid. 4 de la décision n° 2016-535 QPC et consid. 7 de la décision n° 2016-536 QPC).

De manière en quelque sorte préventive, le Conseil constitutionnel se sent également obligé de rappeler, par un considérant en passe de devenir « de principe » du fait de la multiplication des décisions relatives à l'application de l'**état d'urgence**, que la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'**état d'urgence** (consid. 3 de la décision n° 2016-535 QPC et consid. 5 de la décision n° 2016-536 QPC). Cette possibilité avait été affirmée dès la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, afin de concilier, « *les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public* » (Cons. const., 25 janv. 1985, n° 85-187 DC, Loi relative à l'**état d'urgence** en Nouvelle-Calédonie, consid. 4 : *JurisData* n° 1985-600309). Une formulation plus complète a été adoptée dans la décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 (*préc.* consid. 8).

C'est celle qui est exprimée dans les décisions considérées : il appartient au législateur « *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* ». Seule la liberté que le législateur doit concilier avec la protection des atteintes à l'ordre public diffère d'une décision à l'autre dans les deux espèces considérées. Dans le cas de la décision n° 2016-535 QPC, c'est donc le droit d'expression collective des idées et des opinions qui doit être ainsi conciliée.

L'article 8 de la loi du 3 avril 1955, dont la rédaction date de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit qui s'est contentée de supprimer la référence au gouverneur général de l'Algérie qui figurait dans la rédaction de 1955, dispose que « *Le ministre de l'Intérieur, pour l'ensemble du territoire où est institué l'état d'urgence, et le préfet, dans le département, peuvent ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature dans les zones déterminées par le décret prévu à l'article 2. Peuvent être également interdites, à titre général ou particulier, les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre* ». Cette disposition distingue les lieux de réunion, susceptibles d'être fermés à titre provisoire, et les réunions elles-mêmes. Les premiers sont considérés comme permettant la tenue des secondes. Le Conseil d'État a jugé que la question était nouvelle, s'agissant de la protection du droit d'expression collective des idées et des opinions (*CE*, 15 janv. 2016, n° 395091, *préc.*).

La méconnaissance de plusieurs libertés était invoquée à l'encontre de cet article (consid. 2). En dehors de la liberté d'association, de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit au recours effectif déjà mentionnés, les autres libertés ont été regroupées par le Conseil constitutionnel sous le chapeau de « *droit d'expression collective des idées et des opinions* » fondé sur l'article 11 de la Déclaration des droits. Le Conseil a fait le choix de cette formulation générale plutôt que de consacrer spécifiquement la liberté de réunion ou celle de manifestation, alors même que la liberté d'association bénéficie d'une telle garantie (Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, Liberté d'association : *Rec. Cons. const.* 1971, p. 29). La

décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, avait déjà considéré que la disposition législative n'était pas « *de nature à mettre en cause le droit d'expression collective des idées et des opinions* », alors que les requérants soutenaient de manière globale qu'elle était contraire aux libertés « *de réunion, de manifestation et de libre expression des opinions* » (Cons. const., 25 févr. 2010, n° 2010-604 DC, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, consid. 9 : JurisData n° 2010-031814).

Ce droit peut prendre, ainsi, des formes variées. En ce qui concerne la liberté de manifester, dont le fondement a été établi par la décision n° 95-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sûreté*, le juge avait estimé que les peines d'interdiction de manifester sur la voie publique prévues par la loi examinée n'étaient pas « *de nature à méconnaître les exigences de la liberté individuelle, de la liberté d'aller et venir et du droit d'expression collective des idées et des opinions* » (consid. 24). De manière plus radicale, le Conseil a jugé que celle-ci n'était pas méconnue dans la décision n° 2016-535 QPC parce que la loi n'avait pas « *pour objet ni pour effet de régir les conditions dans lesquelles sont interdites les manifestations sur la voie publique* » (consid. 5). En revanche, la compétence donnée par la loi sur l'**état d'urgence** à l'autorité administrative de fermer de manière provisoire les salles de spectacle, les débits de boissons et les lieux de réunion de toute nature porte bien atteinte à la liberté de réunion, qui est intégrée dans la liberté plus large qu'est le droit d'expression consacré à l'article 11 de la Déclaration des droits (consid. 6). La liberté de réunion, qui intéresse les réunions publiques rassemblant des personnes qui n'y ont pas été invitées personnellement et nominativement, ne se conçoit que de manière pacifique, depuis la Révolution française et elle est fondée sur l'article 1er de la loi 30 juin 1881 sur la liberté de réunion qui est toujours de droit positif : « *Les réunions publiques sont libres. Elles peuvent avoir lieu sans autorisation préalable, sous les conditions prescrites par les articles suivants* » (V. le commentaire de la décision par le Conseil constitutionnel qui rappelle de manière précise l'évolution des textes relatifs à cette liberté). De manière quasi obligatoire, la liberté de réunion se heurte aux nécessités de l'ordre public, que le régime de l'**état d'urgence** permet plus facilement de concilier avec le respect de cette liberté que dans les périodes qualifiées de normales. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions considérées « *opèrent une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le droit d'expression collective des idées et des opinions et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public* » (consid. 10). Ces mesures sont encadrées par les conditions inhérentes à l'**état d'urgence** fixées à l'article 1er de la loi de 1955 (« *péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public* » ou « *événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* »), mais aussi par l'exigence de la proportionnalité entre ces mesures et les nécessités de la préservation de l'ordre public et par la compétence du juge administratif chargé de s'assurer que « *chacune de ces mesures est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit* » (consid. 8). Ce contrôle peut être effectué par la voie du référé, car la liberté de réunion est une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (V. l'ordonnance de référé, CE, 19 août 2002, n° 249666, *Front National, et Institut de formation des élus locaux* : JurisData n° 2002-064227 ; Rec. CE 2002, p. 311, qui a suspendu la décision d'un maire interdisant la tenue de l'université d'été de ce parti).

3. Les atteintes à la vie privée et le législateur

L'article 11 de la loi du 3 avril 1955, dans sa rédaction modifiée par la loi du 20 novembre 2015 précitée, est relatif au pouvoir d'ordonner des perquisitions et des saisies administratives. Celles-ci sont donc réalisées en dehors de toute procédure judiciaire. Le Conseil a validé, pour l'essentiel, le régime des perquisitions tout en reconnaissant qu'une telle opération se déroulant la nuit dans un domicile « *doit être justifiée par l'urgence ou l'impossibilité de l'effectuer le jour* », ce qui pourrait apparaître comme une réserve, mais qui ne l'est pas exprimée sous cette forme, ni dans l'exposé des motifs (consid. 10), ni dans le dispositif.

L'article 11, § I modifié prévoyait plus spécialement, dans son alinéa 3 dans sa version en vigueur jusqu'à son examen par le Conseil constitutionnel, que « *Il peut être accédé, par un système informatique ou un équipement terminal présent sur les lieux où se déroule la perquisition, à des données stockées dans ledit système ou équipement ou dans un autre système informatique ou équipement terminal, dès lors que ces données sont accessibles à partir du système initial ou disponibles pour le système initial. Les données auxquelles il aura été possible d'accéder dans les conditions prévues au présent article peuvent être copiées sur tout support* ». Le Conseil, saisi de la totalité du paragraphe I de cet article 11, a traité de manière différente les deux phrases de l'alinéa 3. S'agissant de la première phrase, relative à l'accès aux données informatiques lors d'une perquisition, le Conseil constitutionnel l'a considérée de manière globale au même titre que les alinéas 1, 2 et 4 à 6 et estimé qu'ils opéraient une « *conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre les exigences de l'article 2 de la Déclaration de 1789 et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ; que ne sont pas non plus méconnues les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789* » (consid. 12). L'inviolabilité du domicile est rattachée ainsi au respect de la vie privée, l'une et l'autre étant fondées sur l'article 2 de la Déclaration des droits. La conciliation est assurée, selon le Conseil constitutionnel, par la vérification des conditions de la mise en oeuvre de l'**état d'urgence**, mais aussi parce que la perquisition doit se dérouler en présence d'un officier de police judiciaire, le procureur de la République en étant informé (consid. 9). Quand bien même il n'y a pas d'atteinte à la liberté individuelle, l'intervention - limitée - de l'autorité judiciaire est présentée comme l'un des éléments de garantie de la protection d'une autre liberté tout aussi essentielle, celle du domicile et du respect de la vie privée.

S'agissant de la seconde phrase, le Conseil a, en revanche, reconnu une atteinte à la vie privée en ce qui concerne la possibilité de copier toutes les données informatiques auxquelles l'autorité administrative a eu accès lors de la perquisition. Cela concerne les téléphones portables, les ordinateurs ou tous autres équipements informatiques. Sur ces sources d'information, peuvent en effet se trouver de nombreux documents de toutes natures qui n'intéressent en rien la prévention des atteintes graves à l'ordre public dans le cadre de la lutte antiterroriste, ni même la personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ayant fréquenté le lieu où a été ordonnée la perquisition. Si l'atteinte est évidemment constituée, elle aurait pu être, comme les autres atteintes reconnues par le Conseil constitutionnel dans les présentes décisions, en quelque sorte couverte par des garanties apportées par la loi. Tel n'est pas le cas de la possibilité de copier les données. Celle-ci est assimilée, par le Conseil, à une saisie (consid. 14). Cette dernière se fait sans l'autorisation

d'un juge, y compris lorsque l'occupant du lieu perquisitionné ou le propriétaire des données s'y oppose et alors même qu'aucune infraction n'est constatée. C'est cet aspect de la décision 2016-536 QPC qui a été retenu par la presse qui avait titré « **État d'urgence** » ; premier revers pour le gouvernement (*Le Monde* des 21 et 22 février 2016). Ce revers ne concerne donc que l'une des dispositions de la loi mais il est, semble-t-il selon les sources policières, de nature à perturber les services d'enquête et de renseignement qui sont ainsi privés de sources et de documents car ces derniers ne pourront plus être utilisés dans aucune procédure, ni judiciaire, ni administrative.

La décision d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la décision (*consid. 16 et art. 2* du dispositif de cette décision, comme le mentionne le *Journal officiel* sur le site Légifrance qui a supprimé la deuxième phrase de l'alinéa 3). L'abrogation de la disposition législative peut être invoquée dans toutes les instances introduites à la date de la décision et qui ne sont pas jugées définitivement. Autre conséquence, toutes les données recueillies lors des saisies effectuées sur le fondement de cette disposition ont dû être détruites (l'ont-elles été ?).

Procédures n° 6, Juin 2016, étude 5

État d'urgence. Abandon de la constitutionnalisation mais maintien de la mise en oeuvre

Etude par Aurélie CAPPELLO , maître de conférences à l'université de Bourgogne - Franche-Comté

À l'heure où une nouvelle prorogation de l'état d'urgence vient d'être votée par le Parlement, il semble nécessaire de s'interroger sur l'opportunité et la légitimité de ce régime exceptionnel dont les conditions de mise en oeuvre ne sont pas suffisamment encadrées et qui ne fait aucune place à l'autorité judiciaire.

1. - Le 7 janvier 2015, puis le 13 novembre de la même année, la France a été frappée par une série d'attentats sans précédent. Tout le pays s'est senti paralysé par la tristesse et la peur, mais la volonté de se relever et de combattre la menace terroriste ne l'a, fort heureusement, jamais quitté. Les décideurs politiques ont cherché à mettre en avant leur désir d'agir, et d'agir vite, très vite, peut-être trop vite.

Le président de la République a immédiatement annoncé la mise en place de l'**état d'urgence**. Il s'agit d'un régime exceptionnel prévu par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, déclaré par décret en Conseil des ministres pour douze jours maximum et ne pouvant être prolongé que par la loi, applicable sur l'ensemble du territoire national ou une partie seulement de celui-ci, « *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* ». Il permet aux autorités administratives, notamment les préfets et le ministre de l'Intérieur, sans contrôle de l'autorité judiciaire, de mettre en oeuvre des mesures restrictives de liberté, telles que des perquisitions, des assignations à résidence, des dissolutions d'associations, des interdictions de manifestation, des fermetures d'établissements... L'**état d'urgence** a été décrété en Conseil des ministres le 14 novembre 2015, puis prorogé par la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 qui a également modifié la loi de 1955 afin de renforcer ses dispositions^{Note 1}. Outre l'élargissement des pouvoirs de l'autorité administrative, l'une des innovations majeures réside dans l'instauration d'un contrôle par le Parlement : « *L'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence. Ils peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures* »^{Note 2}. L'**État d'urgence** a été à nouveau prorogé à deux reprises, à compter du 26 février 2016^{Note 3} pour trois mois, puis à compter du 26 mai^{Note 4} pour deux mois. Il s'appliquera donc jusqu'au 26 juillet. Dans le même temps, le Gouvernement a annoncé l'élaboration d'une réforme de la procédure pénale ayant notamment pour but de renforcer la lutte contre le terrorisme et son financement^{Note 5}, ainsi que la présentation d'un projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation dont l'objet était d'inscrire dans la Constitution l'**état d'urgence** et la sanction de déchéance de la nationalité française en cas de condamnation notamment pour des faits de terrorisme. Le 30 mars, le président de la République a annoncé renoncer à ce projet auquel on doit notamment d'avoir fait naître les débats les plus vifs, d'avoir opposé l'Assemblée nationale et le Sénat et d'avoir conduit à la démission de l'ancienne garde des Sceaux. Sans doute, ces difficultés ont-elles d'avantage concerné la déchéance de nationalité, mais l'**état d'urgence** est bien englobé dans le renoncement annoncé.

Ce dernier coup de théâtre d'un feuilleton politique mouvementé qui a débuté immédiatement après les attentats de novembre et dont on doute de l'intérêt aujourd'hui si l'on n'en doutait pas hier, suscite une réaction nuancée. D'un côté, on peut se féliciter de l'abandon de la constitutionnalisation de l'**état d'urgence** car celle-ci aurait eu pour effet d'inscrire dans la norme suprême un régime d'exception trop attentatoire aux droits et libertés sans garantie sérieuse, et, par là même, de légitimer son recours. Mais, d'un autre côté, on ne peut que regretter que ce régime soit toujours mis en oeuvre pour des raisons en partie similaires : la mise en oeuvre de l'**état d'urgence** n'est pas suffisamment encadrée (1) et ce régime est trop attentatoire aux droits et libertés fondamentaux (2).

1. Une mise en oeuvre insuffisamment encadrée

2. - La loi relative à l'**état d'urgence**, y compris depuis sa réforme en novembre 2015, n'encadre pas suffisamment le recours à ce régime d'exception : elle ne limite pas strictement sa durée (A) et n'en définit pas précisément les conditions (B).

A. - Une durée indéfinie

3. - En vertu des articles 2 et 3 de la loi relative à l'**état d'urgence**, ce régime est déclaré en Conseil des ministres pour douze jours et ne peut être prorogé au-delà que par une loi qui doit en fixer la durée définitive. Non seulement la loi ne fixe pas elle-même de durée maximum, mais encore elle n'empêche pas une ou des nouvelles prorogations. La limitation est donc superficielle : aucune limite maximum n'est concrètement prévue. L'**état d'urgence**, ce régime qui met en place des pouvoirs exceptionnels pour l'autorité administrative et néglige les garanties fondamentales des individus, pourrait donc potentiellement être mis en oeuvre pendant des années. Lorsqu'il était encore à l'ordre du jour, le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation prévoyait que la prolongation de l'**état d'urgence** par la loi était limitée à quelques mois^{Note 6}. Mais, à nouveau, aucune date butoir n'était fixée. Le Sénat avait d'ailleurs ajouté une précision sur ce point : la prorogation ne devait être possible que « dans la stricte mesure » où la situation l'exigeait. Cette précision semblait bien superficielle : non seulement elle est déjà implicitement contenue dans la loi relative à l'**état d'urgence**, mais encore elle n'imposait, comme la loi actuelle, aucune durée ferme.

4. - Or, « pour encadrer un régime d'exception, les dispositions les plus importantes sont celles qui sont d'ordre temporel »^{Note 7}. La notion même « d'urgence » fait appel à une durée limitée. Est « urgent » ce qui nécessite d'agir vite, ce qui est pressant, ce qui ne souffre point de retardement. Les multiples prorogations actuelles de l'**état d'urgence** nous semblent déjà aller bien au-delà de ce que l'urgence requiert. Celui-ci a, en effet, été décrété le 14 novembre 2015, puis prorogé le 20 novembre, ainsi que le 19 février 2016 et le 20 mai, soit environ huit mois d'application. L'**état d'urgence** devra-t-il être appliqué jusqu'à ce que l'on perçoive la fin de la menace terroriste, qui est omniprésente depuis plusieurs années et qui est loin de s'essouffler ? Combien de temps encore notre pays devra-t-il mettre entre parenthèses une partie des droits et libertés fondamentaux ?

B. - Des conditions d'application imprécises

5. - Au-delà de la durée de l'**état d'urgence**, ce sont encore les conditions de sa mise en oeuvre qui soulèvent des difficultés. En vertu de l'article premier de la loi relative à l'**état d'urgence**, celui-ci peut-être déclaré « 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 ». Les circonstances permettant le recours à l'**état d'urgence** sont définies de manière très large et imprécise. Qu'est-ce que la « calamité publique » ? Qu'est-ce que le « péril imminent » ? Quel degré de « gravité » doit être pris en compte s'agissant des atteintes à l'ordre public ? Certes, la calamité publique renvoie traditionnellement aux catastrophes naturelles, mais rien n'interdit de comprendre ces termes de manière plus générale. Dans le dictionnaire, il s'agit simplement d'un malheur public, d'une infortune qui touche un groupe d'individus. En ce qui concerne « le péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public », c'est toujours sur ce fondement qu'a été mis en place l'**état d'urgence** au cours de la Ve République^{Note 8}. Sans doute les attentats qu'a vécus la France au cours de l'année 2015 représentent des atteintes « graves » à l'ordre public, et, sans doute notre pays est encore menacé aujourd'hui. Mais on ne peut se contenter d'affirmations arbitraires sans justification objective.

6. - À l'époque où le Gouvernement faisait valoir que la constitutionnalisation de l'**état d'urgence** donnait « la garantie la plus haute que, sous le choc de circonstances, la loi ordinaire ne pourra pas étendre les conditions d'ouverture de l'**état d'urgence** »^{Note 9}, tout en reprenant les mêmes termes que la loi de 1955, certains auteurs s'interrogeaient : « On voit mal pour quelle raison le législateur irait chercher un élargissement des conditions d'ouverture, avec un tel standard, qui est suffisamment large pour permettre au chef de l'État de déclarer facilement cet État d'exception »^{Note 10}. L'**état d'urgence** est aujourd'hui justifié par la menace terroriste qui s'est malheureusement concrétisée dans des circonstances dramatiques, mais qu'en sera-t-il demain ? Ne conviendrait-il pas, pour le moins, de définir avec une grande précision les circonstances permettant de recourir à un régime exceptionnel qui n'est pas limité dans le temps et qui porte une atteinte considérable aux droits et libertés fondamentaux ?

2. Un régime trop attentatoire aux droits et libertés

7. - Le fait que l'**état d'urgence** soit un régime très attentatoire aux droits et libertés fondamentaux est à peine une critique, davantage un constat, que personne ne remet en cause, pas même les représentants de l'État. Selon les propres termes du président de la République, l'**état d'urgence** est un régime entraînant « certaines restrictions temporaires aux libertés »^{Note 11}. D'ailleurs, « la France, par la voix de son représentant permanent, a (...) informé le Conseil de l'Europe que certaines des mesures de l'**état d'urgence** "sont susceptibles d'impliquer une dérogation aux obligations résultant de la Convention européenne" en application de l'article 15 de la Convention »^{Note 12}. L'une des principales lacunes que présente actuellement

l'**état d'urgence** réside dans l'absence de tout contrôle de l'autorité judiciaire (A), ce contre quoi il sera difficile de s'opposer, la jurisprudence constitutionnelle elle-même étant défailante en la matière (B).

A. - L'absence de contrôle de l'autorité judiciaire

8. - La loi relative à l'**état d'urgence** n'impose aucun contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures pouvant être mises en oeuvre. C'est en particulier le cas des assignations à résidence avec astreinte et des perquisitions, prévues respectivement aux articles 6 et 11 de la loi relative à l'**état d'urgence**, et pouvant être ordonnées, pour les premières, par le ministre de l'Intérieur, et, prononcées, pour les secondes, par le ministre de l'intérieur et les préfets. L'autorité judiciaire, qui est la gardienne de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, et qui présente toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité, est exclue du régime. Elle ne contrôle, ni *a priori*, ni *a posteriori*, l'opportunité, le bien-fondé et le déroulement des mesures coercitives et intrusives mises en oeuvre par l'autorité administrative. À notre sens, les recours actuels devant le juge administratif, qui n'est pas indépendant du pouvoir exécutif, notamment par la voie du référé, ce qui ne suppose qu'un contrôle minimum de l'erreur manifeste d'appréciation, sont insuffisants. Dans le cadre de l'**état d'urgence**, le Gouvernement doit se soumettre « encore plus strictement au contrôle du juge », « c'est là le seul moyen d'assurer à l'ensemble des citoyens que les actions exceptionnelles [qu'il met en oeuvre] pour répondre à des menaces exceptionnelles restent proportionnées et légitimes »^{Note 13}.

9. - Le contrôle de l'autorité judiciaire nous apparaît d'autant plus essentiel que les conditions d'application des mesures restrictives de liberté de l'**état d'urgence** sont très larges. Par exemple, concernant les perquisitions, est visé tout type de lieu, y compris les lieux d'habitation, notamment les domiciles d'avocats ou de journalistes dont la protection est dès lors affaiblie par rapport au droit commun^{Note 14}, sans limite de temps, aussi bien de jour que de nuit^{Note 15}, à condition qu'il existe « *des raisons sérieuses* », et non plausibles, « *de penser* », et non de soupçonner, qu'il est « *fréquenté* », sans aucune précision sur ce qu'il convient d'entendre par là, par une personne dont « *le comportement* », à nouveau sans aucune précision particulière, « *constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* ». À l'heure actuelle, le Gouvernement met en avant le nombre important de mesures effectuées depuis la mise en place de l'**état d'urgence**. Mais nous ne doutons pas qu'il serait aisé de les mettre en oeuvre et nous ne pensons pas que leur nombre soit un signe de leur efficacité. Une question plus intéressante serait, en revanche, de savoir combien de telles mesures ont été réalisées en dehors de tout lien avec la menace terroriste. Car le principal risque est bien là : que le régime exceptionnel de l'**état d'urgence** soit utilisé en dehors du cadre pour lequel il a été mis en place. Comme l'écrit très justement maître Spinosi, « hors la présence du juge et la contrainte du droit, il n'y a plus de frein à l'action des policiers »^{Note 16}.

B. - La défaillance de la jurisprudence constitutionnelle

10. - Le 20 novembre 2015, devant le Sénat, lors des débats relatifs à ce qui était à l'époque le projet de loi prorogeant l'application de la loi du 3 avril 1955 relative à l'**état d'urgence** et renforçant l'efficacité de ses dispositions, le Premier ministre a invité les institutions à ne pas saisir le Conseil constitutionnel de cette loi afin d'éviter la censure de certaines de ses dispositions présentant, selon ses propres mots, « une fragilité constitutionnelle » et d'aller « vite » pour « donner aux forces de l'ordre, aux forces de la sécurité et à la justice tous les moyens de poursuivre ceux qui représentent un danger pour la Nation, pour la République et pour les Français »^{Note 17}. Cette intervention appelle plusieurs remarques. D'une part, elle semble vaine : éviter un contrôle de constitutionnalité *a priori* ne permet pas de se préserver contre tout contrôle de constitutionnalité, les dispositions législatives pouvant désormais faire l'objet de questions prioritaires de constitutionnalité. D'autre part, elle est très lourde de sens : une invitation à empêcher le contrôle de constitutionnalité d'une loi de la part d'un haut représentant de l'État est parfaitement contraire aux préceptes de l'État de droit. Pour autant, les gouvernants peuvent se rassurer, le Conseil constitutionnel ne semble pas vouloir s'opposer à l'absence d'intervention de l'autorité judiciaire, ce que l'on ne peut que regretter.

11. - Dans deux décisions rendues sur question prioritaire de constitutionnalité qui mettaient en cause l'absence de contrôle de l'autorité judiciaire et la violation de l'article 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a validé les articles 6 et 11 de la loi relative à l'**état d'urgence**^{Note 18}. En vertu de l'article 66 de la Constitution, « *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* ». Or, pour le Conseil constitutionnel, cette disposition n'impose un contrôle de l'autorité judiciaire qu'en cas de « mesures privatives de liberté », non en cas de mesures simplement « restrictives de liberté ». Autrement dit le contrôle du juge se limite aux hypothèses de détention, ce que ne sont pas les perquisitions et assignations. Comme d'autres auteurs, nous pensons que « cette approche est regrettable, tant la liberté est essentielle, déterminante, indivisible, dans un État de droit, et tant son contrôle devrait toujours être entre les mains de l'autorité judiciaire »^{Note 19}. Il fut un temps où le Conseil constitutionnel comprenait la notion de « liberté individuelle » de manière beaucoup plus large, incluant en son sein l'inviolabilité du domicile^{Note 20}, le respect de la vie privée^{Note 21}, la liberté d'aller et venir^{Note 22}, le droit de mener une vie familiale normale^{Note 23} et imposant une intervention de l'autorité judiciaire en cas d'atteinte à l'une de ces libertés. On ne peut donc que s'interroger sur ce « retour en arrière » dans la protection des droits et libertés des hommes.

12. - Il semble, d'ailleurs, que le Conseil constitutionnel est lui-même gêné par l'absence d'intervention de l'autorité judiciaire et cherche à lui trouver des limites, sans que celles-ci ne soient d'une clarté et d'une cohérence évidentes. Ainsi, au sujet des

assignations à résidence, il a affirmé que « la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile (...), fixée à douze heures par jour, ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution ». On ne comprend pas bien pourquoi une assignation à résidence avec astreinte de plus de douze heures devrait être considérée comme une mesure privative de liberté relevant de l'autorité judiciaire, alors qu'une assignation à résidence avec astreinte de moins de douze heures ne serait qu'une mesure restrictive de liberté ne nécessitant pas l'intervention de l'autorité judiciaire. Le critère de distinction tenant à la durée maximale de douze heures nous semble bien arbitraire. De même, les saisies de données informatiques faisant suite aux perquisitions, prévues à l'article 11, alinéa 3, de la loi relative à l'**état d'urgence**, ont été déclarées contraires au droit au respect de la vie privée découlant de l'article 2 de la Déclaration de 1789. Le Conseil a, en effet, pris en compte le fait que ces saisies ne sont pas autorisées par un juge, même lorsque le propriétaire des données ou l'occupant du lieu perquisitionné n'y consent pas, et alors qu'aucune infraction n'est constatée et que les données collectées peuvent n'avoir aucun lien avec la personne représentant une menace pour la sécurité et l'ordre publics. Or, ces problèmes se rencontrent également au stade des perquisitions : l'occupant des lieux peut s'y opposer, aucune infraction n'est constatée et le lieu perquisitionné peut n'avoir, finalement, aucun lien avec la personne représentant une menace pour la sécurité et l'ordre publics.

13. - À ceux qui prétendent que les débats que suscite l'**état d'urgence**, en lui-même ou relativement à sa constitutionnalisation, opposent les défenseurs de la liberté aux partisans de la sécurité, on répondra qu'il ne s'agit pas d'opposer la sécurité et la liberté, mais simplement de constater que la liberté comme la sécurité, méritent toutes les deux la mise en oeuvre d'une action leur assurant pérennité et qu'il est à la fois aberrant et navrant, dans un État de droit, de croire que le juge est un obstacle, voire un ennemi, de la sécurité. C'est là, à notre sens, faire peser une terrible menace sur le peuple français, celle de l'arbitraire et de la négation des libertés individuelles, dont l'Histoire a montré qu'elle était tout aussi redoutable que la menace terroriste.

L'urgence dans tous ses états, Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet, Maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, , AJDA 2016, p. 247

« Ne sentez-vous pas la monstruosité de cette parodie de garanties ? Jamais, sauf en période de dictature, on n'a fait en France si bon marché de la liberté des citoyens ». Le 30 mars 1955, dans l'hémicycle, au paroxysme d'une diatribe contre le projet de loi instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie, le député Vals attaquait sans ménagement la voie de recours spéciale aménagée contre les assignations à résidence créée par le projet.

Soixante années plus tard, les échos lointains - mais loin d'être éteints - de ces débats enflammés n'étaient pas sans faire peser, sur les épaules des quinze membres de la section du contentieux réunie le 11 décembre dernier, une responsabilité supplémentaire.

Entre temps, cette voie de recours spéciale contre les interdictions de séjour et les assignations à résidence avait été abrogée par la loi du 20 novembre 2015 qui créait en même temps un nouvel article 14-1 dans la loi du 3 avril 1955, pour énoncer que de telles mesures étaient soumises au contrôle du juge administratif « dans les conditions fixées par le code de justice administrative [CJA], notamment son livre V », cette dernière précision, peu normative, insistant sur le rôle particulier du juge des référés (v., égal., J.-C. Jobart, L'état d'urgence déclaré et renforcé en France, AJDA 2015. 2321). Et c'est, précisément, dans le cadre de la procédure de référé-liberté que la section avait à se prononcer, pour dessiner les contours de la garantie juridictionnelle ouverte aux personnes faisant l'objet d'une mesure de police administrative d'exception fondée sur la loi relative à l'état d'urgence.

Rarement une formation de jugement solennelle aura statué aussi rapidement. Tenant une séance quelques jours après l'enregistrement des sept affaires d'assignation à résidence inscrites à son rôle (1) et lisant ses décisions sur le siège, la section n'a pas seulement statué comme juge de l'urgence mais bien, aussi, en urgence.

Tant en raison de cette urgence qu'à cause du rôle qui lui revenait ce 11 décembre après-midi, les affaires d'assignation à résidence dont a connu la section avaient quelque chose d'un défi, moment de vérité du test plus large que le contentieux des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence constituait pour le juge administratif des référés. En ressortent sept décisions, dont la décision commentée rassemble les riches enseignements, sur la loi du 3 avril 1955 comme, au moins autant, sur l'office du juge du référé-liberté. Les uns et les autres étant étroitement liés, nous les aborderons dans l'ordre des questions qui se posaient à la section, du traitement de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) à l'examen des conditions du référé-liberté.

Le juge de l'urgence et la QPC sur l'état d'urgence

La QPC devant le juge des référés

La constitutionnalité des assignations à résidence

Sur le fond, le traitement de la QPC dirigée contre l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, qui fonde les assignations à résidence, supposait d'abord de préciser la portée de cet article. En effet, parmi leurs griefs d'inconstitutionnalité, les requérants reprochaient à l'article 6 de permettre de prononcer des assignations à résidence pour d'autres motifs que ceux ayant conduit à déclarer l'état d'urgence. Il y avait donc - exercice délicat - à donner une première interprétation de la loi au stade de l'examen d'une QPC qui la vise.

Pour l'essentiel, cette interprétation résultait directement de la lettre de la loi : comme le relevait Xavier Domino dans ses conclusions, la condition posée pour déclarer l'état d'urgence (un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public ou une calamité publique) et la condition posée pour prononcer des assignations à résidence une fois l'état d'urgence déclaré (l'existence de raisons sérieuses de penser que le comportement d'une personne constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics) sont clairement distinctes. Toutefois, à la suite de son rapporteur public, la section ne s'en est pas tenue à une séparation totale des deux appréciations : elle a jugé que c'est « compte tenu du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence » qu'il appartient au ministre de déterminer si le comportement d'une personne constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics.

Plus qu'elle n'y paraît au premier abord, cette incise dans la décision établit un véritable pont entre le motif conduisant à déclarer l'état d'urgence et les motifs susceptibles de justifier une assignation à résidence. La menace pour la sécurité et l'ordre publics peut, certes, être d'une nature différente des atteintes à l'ordre public ou de la calamité publique ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence ; mais elle ne peut légalement fonder une assignation à résidence que si la prévention de sa réalisation est de nature à détourner l'administration de la lutte contre les atteintes graves à l'ordre public ou la calamité publique qui a conduit à ce que l'état d'urgence soit déclaré. Il en résulte que, si dans le cadre d'un état d'urgence proclamé presque sur l'ensemble du territoire national et conduisant à une mobilisation extrême des forces de l'ordre, des assignations à résidence peuvent logiquement être prononcées pour prévenir l'organisation et la conduite de manifestations violentes qui nécessiteraient la présence en nombre de policiers, le raisonnement serait certainement différent dans le cas d'un état d'urgence limité à certaines zones et conduisant à une moindre mobilisation des forces de l'ordre.

Cette interprétation ne neutralisant pas la critique des requérants, le Conseil d'Etat a décidé de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel. A la vérité, la jurisprudence constitutionnelle avait déjà posé certains jalons qui permettaient de penser que la disposition en cause n'était pas radicalement viciée. D'une part, en effet, le Conseil constitutionnel avait déjà admis le principe d'un régime d'état d'urgence procédant à une conciliation d'exception entre les libertés publiques et la sauvegarde de l'ordre public (Cons. const. 25 janv. 1985, n° 85-187 DC). D'autre part, si les requérants soutenaient que la loi violait l'article 66 de la Constitution qui érige l'autorité judiciaire en gardienne de la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel avait eu l'occasion, depuis plus de quinze ans (Cons. const. 16 juin 1999, n° 99-411 DC, AJDA 1999. 694, note J.-E. Schoettl), de préciser que l'article 66 ne vise que les mesures privatives de liberté, non les mesures restrictives de liberté (v., à propos de l'assignation à résidence d'un étranger, Cons. const. 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, AJDA 2011. 1174, et 1936, étude O. Lecuq ; Constitutions 2011. 581, chron. V. Tchen ; et, à propos des arrêts militaires, Cons. const. 27 févr. 2015, n° 2014-450 QPC, AJDA 2015. 424, AJFP 2015. 244, comm. J.-C. Videlin).

Il n'en restait pas moins, cependant, que la spécificité de l'équilibre entre l'ordre public et les libertés publiques auquel parvient le régime exceptionnel de l'état d'urgence commandait que le juge du filtre s'effaçât, pour que le droit constitutionnel fût dit par le Conseil constitutionnel - d'autant que la jurisprudence de ce dernier n'avait pas encore eu l'occasion d'éclairer avec précision cet équilibre particulier. La question était ainsi au moins aussi nouvelle - dans l'acception d'opportunité jurisprudentielle que revêt ce critère (Cons. const. 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, AJDA 2010. 80, étude A. Roblot-Troizier ; RFDA 2010. 1, étude B. Genevois ; v., égal., CE 10 nov. 2010, n° 340106, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux*, inédite) - que sérieuse, en raison de l'intérêt qu'il y avait de saisir le Conseil constitutionnel pour qu'il la tranchât.

La décision du Conseil constitutionnel, tout en déclarant les neuf premiers alinéas de l'article 6 (seuls en cause, le complexe régime de bracelet électronique, qui résulte d'un amendement parlementaire, n'ayant pas été contesté) conformes à la Constitution, n'en a pas moins apporté de précieuses précisions quant à la portée de ces dispositions - l'on y reviendra.

Deux autres QPC ont suivi ce premier épisode. Par deux décisions du 15 janvier 2016 (n°s 395091 et 395092, *Ligue des droits de l'homme*, AJDA 2016. 73), le Conseil d'Etat a renvoyé au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 8 - relatif aux interdictions de réunion et aux fermetures de lieux de réunion - et 11 - relatif aux perquisitions - de la loi du 3 avril 1955. La première des questions a été renvoyée en raison de son caractère nouveau, le Conseil constitutionnel, qui a pu reconnaître un « droit d'expression collective des idées et des opinions » (25 févr. 2010, n° 2010-604 DC, AJDA 2010. 413), n'ayant pas consacré expressément les libertés de réunion et de manifestation, ni *a fortiori* précisé leur portée ou jugé des restrictions susceptibles de leur être apportées dans le cadre de l'état d'urgence. Il en va autrement de la seconde, regardée comme sérieuse : dans son ordonnance du 14 novembre 2005 (n° 286835, *Rolin, Lebon* ; AJDA 2006. 501, note P. Chrestia), le juge des référés du Conseil d'Etat avait procédé à une interprétation constructive de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 pour juger que les perquisitions qu'il autorise relevaient bien de la police judiciaire et étaient conduites sous le contrôle de l'autorité judiciaire ; et c'est à ce

prix que, dans ces colonnes (Contentieux de la légalité de l'état d'urgence, AJDA 2006.1033¹), Frédéric Lenica et Claire Landais estimaient qu'avait été résolue la question de la « conformité douteuse » de l'article à l'égard de l'article 66 de la Constitution. Le paysage a quelque peu changé depuis : d'une part, si la modification de la loi du 3 avril 1955 par la loi du 20 novembre 2015 n'a pas fait disparaître cette question de constitutionnalité, l'article 14-1 qu'elle a introduit dans la loi a rendu plus délicate l'interprétation alors donnée par le juge des référés du Conseil d'Etat ; d'autre part, la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel a tendu à placer l'inviolabilité du domicile davantage du côté du droit de propriété que de la liberté individuelle (29 nov. 2013, n° 2013-357 QPC, D. 2013. 2777², et 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, Constitutions 2014. 68, chron. A. Barilari³). Il reviendra donc au Conseil constitutionnel de trancher la question, à tous égards sérieuse.

La condition d'urgence en état d'urgence

« Eu égard à son objet et à ses effets, notamment aux restrictions apportées à la liberté d'aller et venir, une décision prononçant l'assignation à résidence d'une personne, prise par l'autorité administrative en application de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, porte, en principe et par elle-même, sauf à ce que l'administration fasse valoir des circonstances particulières, une atteinte grave et immédiate à la situation de cette personne, de nature à créer une situation d'urgence » au sens de l'article L. 521-2 du CJA. Il est des affirmations dont on mesure, dès la première lecture, à quel point elles ont été pesées. L'objet et les effets, le rappel des restrictions à la liberté d'aller et venir, « en principe et par elle-même » : c'est avec force que la décision consacre une présomption d'urgence, en matière de référé-liberté, à l'encontre des décisions d'assignation à résidence.

La solennité de l'affirmation (voire, au moins en partie, son contenu même) doit beaucoup au contexte : six des sept affaires d'assignation à résidence dont la section était saisie avaient donné lieu à un rejet par ordonnance de tri de l'article L. 522-3 - c'est-à-dire sans audience ni contradictoire - pour défaut d'urgence. Et cette solution tendait à essaimer. Si le juge n'a pas à être guidé par l'opinion publique, il est parfois certaines émotions qu'il partage avec elle. Tel était le cas en l'espèce ; les rejets pour défaut d'urgence par ordonnance de tri avaient pu heurter.

La consécration d'une présomption d'urgence en référé-liberté n'est pas inédite (v., not., s'agissant d'une extradition : CE 29 juill. 2003, n° 258900, *Peqini*, Lebon 344⁴ ; s'agissant d'une décision de réadmission d'un demandeur d'asile : CE 25 nov. 2003, n° 261913, *Ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Nikoghosyan*, Lebon T. 927⁵ ; AJDA 2004. 1198⁶, note S. Glogowski⁷ ; CE 17 mars 2010, n° 332585, *Larkhawi*, Lebon T. ⁸ ; AJDA 2010. 585⁹), mais elle est rare. D'une part, parce que le Conseil d'Etat tend à éviter de reconnaître de telles présomptions, pour laisser autant que possible au juge des référés le soin d'apprécier l'urgence *in concreto* ; il avait d'ailleurs refusé de reconnaître une telle présomption à propos de l'assignation à résidence d'un étranger faisant l'objet d'une OQTF (l'assignation étant en elle-même moins restrictive que cette décision et que l'éventuelle rétention qui peut la suivre : CE, ord., 7 juin 2011, n° 349817, *Malonga*, Lebon T. ¹⁰ ; AJDA 2011. 1177¹¹). D'autre part, parce que la condition d'urgence est, en référé-liberté, plus exigeante qu'en référé-suspension : le Conseil d'Etat a déduit de la distinction des deux procédures, et du délai particulier accordé au juge pour statuer en référé-liberté, le fait que l'existence d'une situation d'urgence en référé-suspension ne suffisait pas à caractériser une situation d'urgence en référé-liberté (ord., 28 févr. 2003, n° 254411, *Commune de Pertuis c/ Pellenc*, Lebon ¹² ; AJDA 2003. 1171¹³, note P. Cassia et A. Béal¹⁴ ; CE 16 juin 2003, n° 253290, *Hug-Kalinkova*, Lebon T. ¹⁵ ; AJDA 2003. 1677¹⁶ ; CE 16 févr. 2004, n° 259679, *Bousbaa*, AJDA 2004. 891¹⁷, concl. F. Lamy¹⁸).

Elle trouve néanmoins ici une justification forte : la voie du référé est, en réalité, la seule voie juridictionnelle susceptible d'avoir un effet utile pour les assignations à résidence prises sur le fondement de l'état d'urgence, si bien que - comme le législateur l'a lui-même mis en exergue - le contentieux est essentiellement un contentieux de référé. L'effectivité de cette voie de droit devait donc trouver des garanties particulières ; et la législation d'exception pouvait justifier une jurisprudence d'exception.

Comme le soulignait Xavier Domino dans ses conclusions, la reconnaissance de cette présomption a par ailleurs le mérite d'éviter deux écueils de raisonnement. Le premier était constitué d'une application trop mécanique de la balance de l'urgence, qui conduit le juge à apprécier l'urgence globalement, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, c'est-à-dire en mettant en balance les éléments de nature à caractériser l'urgence qu'il y a pour le requérant d'obtenir une mesure en référé et ceux de nature, au contraire, à caractériser la nécessité d'une exécution immédiate de la décision contestée (« l'urgence à ne pas suspendre »). Consacrée solennellement pour le référé-suspension (CE 28 févr. 2001, n° 229562, *Préfet des Alpes-Maritimes, Société Sud-Est assainissement*, Lebon ¹⁹ ; AJDA 2001. 461, chron. M. Guyomar et P. Collin²⁰ ; RFDA 2001. 399, concl. P. Fombour²¹), appliquée ensuite, sans affirmation aussi nette, en référé-liberté (CE 14 mars 2003, n° 254827, *Commune d'Evry*, Lebon T. ²²), cette mise en balance pouvait conduire, ici, à ce que l'urgence de la prévention des troubles à l'ordre public, au lendemain des attentats qui avaient frappé le pays, contrebalançât l'urgence créée, pour les personnes qui en font l'objet, par les assignations à résidence.

C'est parfois en poussant certaines logiques à l'extrême qu'on en mesure les limites. Le bilan de l'urgence, qui conduit souvent à importer dans l'examen de l'urgence certains motifs de la décision avant même d'en avoir apprécié la légalité, est un exercice délicat. Manié sans discernement, il aboutissait ici à faire jouer deux fois la carte de l'état d'urgence, au stade de l'adoption de la mesure, permise uniquement dans le cadre de cette législation d'exception, et au stade de sa contestation juridictionnelle, où l'urgence de la prévention des atteintes à l'ordre public aurait alors écarté l'intervention du juge des référés. La présomption d'urgence permet d'éviter ce paradoxe. Reste qu'en le cachant, elle le montre. Faut-il alors y voir un discrédit radical du bilan de l'urgence ? Nous ne le croyons pas. A notre sens, la décision souligne seulement que le bilan de

l'urgence est un exercice inadapté lorsque l'intérêt public mis en avant pour justifier de la nécessité de l'exécution immédiate n'est rien d'autre qu'un motif de l'acte attaqué, dont la légalité est contestée, et dont l'illégalité ferait tomber toute urgence à exécuter. En d'autres termes, le bilan de l'urgence apparaît inadéquat lorsqu'il est totalement conditionné par le fait que la décision ne porte pas une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale - ou, en référé-suspension, à ce que sa légalité ne fasse pas l'objet d'un doute sérieux. Tel était bien le cas en l'espèce, l'urgence à assigner à résidence dépendant totalement du caractère réellement dangereux du comportement des personnes concernées.

Le second écueil, que n'avaient pas évité les ordonnances de rejet pour défaut d'urgence, consistait à pousser jusqu'à l'absurde l'examen *in concreto* de l'urgence, en demandant aux personnes assignées à résidence de justifier de l'impérieuse nécessité qu'elles avaient de pouvoir aller et venir. S'agissant d'une liberté aussi fondamentale, qui conditionne l'exercice des autres libertés, le raisonnement était manifestement inadapté (l'urgence à statuer sur une atteinte à la liberté d'expression s'apprécierait-elle au regard de l'intérêt de ce que l'on a à dire ?). La présomption d'urgence permet d'éviter de faire ne serait-ce qu'un pas en ce sens.

L'appréciation en urgence de la légalité des assignations à résidence

Une fois posée la présomption d'urgence (ce qui conduisait à casser pour erreur de droit les six ordonnances de tri dont la section était saisie), restait encore à poser le cadre de l'examen, en référé, du critère de l'atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir.

Cela supposait en réalité de répondre à une série de questions. Les deux premières n'impliquaient que de tirer les conclusions de ce qui avait été dit précédemment. Il s'agissait, d'une part, du moyen de constitutionnalité : en l'espèce, au regard de ce qui a été dit ci-dessus, le seul renvoi de la QPC ne justifiait pas que l'atteinte à la liberté d'aller et venir résultant de la loi elle-même fût regardée comme manifestement illégale. Il s'agissait, d'autre part, du critère de la gravité de l'atteinte à la liberté fondamentale, critère souvent examiné dans le même mouvement que celui du caractère manifestement illégal de cette atteinte - l'ensemble a même pu être déformé pour donner lieu à la recherche d'une « illégalité grave et manifeste » dont la loi ne parle pas - mais qui a bien une portée autonome (v., not., CE, ord., 12 nov. 2001, n° 239840, *Commune de Montreuil-Bellay*, Lebon  ; CE, ord., 17 déc. 2003, n° 262471, *EURL Ecosphère*, Lebon  ; ou, pour une rédaction distinguant bien les deux conditions, CE 17 sept. 2009, n° 331950, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c/ Salah*, Lebon  ; AJDA 2010. 202 , note S. Slama  ; Constitutions 2010. 291, obs. O. Le Bot ). En l'espèce, dès l'examen de la condition de l'urgence, la décision avait relevé l'importance des restrictions à la liberté d'aller et venir résultant d'une assignation à résidence ; elle poursuit, au stade de l'examen de l'atteinte grave et manifestement illégale, en relevant qu'une telle décision « porte atteinte à la liberté d'aller et venir », façon discrète de relever - ce n'était pas contesté - que la condition de gravité de l'atteinte se trouve remplie.

La Conv. EDH devant le juge du référé-liberté

La section avait ensuite à examiner deux moyens tirés de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH), l'un de son article 5, qui limite les cas dans lesquels une personne peut être privée de sa liberté, l'autre de l'article 2 de son protocole additionnel n° 4, qui garantit la liberté de circulation et limite, dans les termes habituels de la convention, les atteintes qui peuvent y être portées. Elle les écarte tous deux en relevant, d'une part, qu'une mesure d'assignation à résidence n'est pas une mesure privative de liberté mais seulement une restriction à la liberté de circulation (la jurisprudence de la CEDH et celle du Conseil constitutionnel sont sur une ligne analogue quant à cette distinction : v., not., CEDH 6 nov. 1980, *Guzzardi c/ Italie* ; CEDH 25 juin 1996, n° 19776/92, *Consorts Amuur c/ France*, AJDA 1996. 1005, chron. J.-F. Flauss  ; RFDA 1997. 242, étude H. Labayle  ; CEDH 28 nov. 2002, *Lavents c/ Lituanie* ; CEDH 9 févr. 2006, *Freimanis et Lidums c/ Lettonie* ; CEDH 20 avr. 2010, n° 19675/06, *Villa c/ Italie*, RSC 2010. 705, obs. D. Roets  ; CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, n° 3394/03, *Medvedyev c/ France*, AJDA 2010. 648  ; RFDA 2011. 987, chron. H. Labayle et F. Sudre  ; RSC 2010. 685, obs. J.-P. Marguénaud ), si bien qu'elle n'entre pas dans le champ de l'article 5, et, d'autre part, que la faculté de prononcer de telles restrictions n'est pas manifestement incompatible avec l'article 2 du protocole n° 4, qui permet des restrictions prévues par la loi lorsqu'elles sont nécessaires, notamment, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public ou à la protection des droits et libertés publiques. Plus que le fond de cette réponse, qui n'était pas réellement douteux, c'est ce qu'elle ne dit pas qui appelle une double observation.

D'une part, la section a choisi de ne pas s'aventurer sur le terrain de l'article 15 de la convention, qui ouvre un droit de dérogation à certaines de ses stipulations que la République française avait choisi d'exercer. Il faut n'y voir qu'une manifestation de prudence et, surtout, de bonne justice : répondre sur le fond permettait d'éteindre le débat sur la conventionnalité des mesures, ce qui était souhaitable.

D'autre part, la décision réserve la question de la recevabilité - si l'on s'en tient au sens des mots - ou de l'opérance - si l'on s'attache à la pratique qui, à cause de la jurisprudence très large sur l'obligation d'informer les parties de l'irrecevabilité des moyens, fait glisser la question sur ce terrain - des moyens tirés de la violation du droit international en général, ou de la Conv. EDH en particulier, devant le juge des référés. On le sait, il résulte de la jurisprudence *Carminati* (CE 30 déc. 2002, n° 240430, Lebon 51  ; AJDA 2003. 1065 , note O. Le Bot  ; D. 2003. 397 ) - bien que la décision elle-même ne pose pas réellement d'affirmation de principe - que le débat sur la conventionnalité de la loi n'a normalement pas sa place devant le juge des référés. Toutefois, cette solution de principe est aujourd'hui ébranlée. Elle a, tout d'abord, été affaiblie

par la décision *Diakité* (CE 16 juin 2010, préc.), qui s'en est écartée pour l'ensemble du droit de l'Union européenne. Par ailleurs, fondée qu'elle est sur la pratique traditionnelle du contrôle objectif de norme à norme (et imprégnée à ce titre de la loi-écran), elle s'articule mal avec l'idée du contrôle *in concreto* propre à la CEDH, qui conduit - ou devrait conduire, la voie de la conversion est longue et accidentée - le plus souvent, lorsqu'est en cause une décision individuelle, à rechercher, non pas si l'un des textes (législatif ou réglementaire) appliqué est incompatible avec la convention, mais si la décision finale porte une atteinte prohibée à un droit garanti par la convention, quel que soit le niveau de la norme à laquelle cette atteinte est imputable. Dans un tel cadre, refuser d'examiner la conventionnalité d'une mesure individuelle fondée sur la loi consiste, peu ou prou, à rétablir un écran législatif infranchissable entre cette mesure et la convention. Ce qui est d'autant plus vrai que, une semaine après la décision commentée, le Conseil d'Etat jugeait, tout en réaffirmant le principe - du moins ce qu'il en reste - de la décision *Carminati*, qu'il relève de l'office du juge des référés d'examiner la conventionnalité des règlements (CE 18 déc. 2015, n° 389238, *Société Routière Chambard*, Lebon T.  ; AJDA 2015. 2468 ). Au vu de ce tableau, nous dirions donc volontiers que la jurisprudence *Carminati* doit tomber. A tout le moins, nous constatons qu'en ne lui donnant pas l'onction d'une reprise en formation solennelle, la décision *Cédric D.* a mis une nouvelle pierre dans son jardin.

L'atteinte manifestement illégale

Une fois passées toutes ces étapes, se présentait le cas d'espèce, et avec lui une nouvelle question, sur l'appréciation du critère de l'atteinte « manifestement illégale » résultant de l'article L. 521-2 du CJA. Une fois n'est pas coutume (mais la nature de la formation de jugement l'explique), le Conseil d'Etat a commencé par préciser, à l'occasion d'un référé, que le juge de l'excès de pouvoir exerce désormais un contrôle entier sur les mesures prises en application de la loi du 3 avril 1955. Il a ainsi fait éclore ce que la décision d'assemblée du 24 mars 2006 (n° 286834, *Rolin, Boisvert*, Lebon  ; AJDA 2006. 1033 , chron. C. Landais et F. Lenica ) portait en germe. Historiquement en effet - mais les occasions d'évoluer sur ce point sont heureusement rares - le juge s'en tenait à un contrôle restreint (qui se bornait à rechercher si les mesures n'étaient pas prises pour des motifs étrangers à ceux prévus par la loi - CE, ass., 16 déc. 1955, *Dame Bourobka*, Lebon 590 ; CE, ass., 3 févr. 1956, *Keddar*, Lebon 46 - puis s'est enrichi, dans un mouvement commun à l'ensemble du contentieux administratif - CE, sect., 15 févr. 1961, *Lagrange*, Lebon 121 - d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation - CE 25 juill. 1985, n° 68151, *M^{me} Dagostini*, Lebon 226 ) de ce type de mesures. Si le contentieux lié à l'état d'urgence prononcé en 2005 n'avait fourni aucune occasion de consacrer l'abandon de la jurisprudence *Dagostini*, la section n'a pas laissé passer celle qui se présentait ici à elle. L'état d'urgence déplace fortement l'équilibre entre respect des libertés et sauvegarde de l'ordre public ; mais cet équilibre n'en demeure pas moins gouverné par le principe de proportionnalité, qui s'impose à l'administration et dont il revient au juge administratif d'assurer la garantie, en vérifiant, selon la déclinaison désormais classique, que la mesure est adaptée, nécessaire et proportionnée (CE 26 oct. 2011, n° 317827, *Association pour la promotion de l'image*, Lebon 505 avec les concl.  ; AJDA 2012. 35 , chron. M. Guyomar et X. Domino  ; RFDA 2012. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ). Cette consécration n'était pas anodine : si le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, c'est en prenant le soin de relever que les mesures individuelles seraient soumises au contrôle de proportionnalité du juge administratif.

Ce n'est qu'après avoir posé les conditions de ce contrôle en excès de pouvoir que la décision précise - déduit, en quelque sorte - les conditions du contrôle, par le juge du référé-liberté, de l'existence d'une atteinte manifestement illégale à la liberté d'aller et venir. Elle use, sur ce point, d'une formulation hybride, qui conserve le critère de l'atteinte grave et manifestement illégale mais précise qu'il revient au juge de contrôler la conciliation entre respect des libertés et sauvegarde de l'ordre public opérée par le ministre tant pour le principe même de l'assignation à résidence que pour chacune de ses modalités. C'est, en somme, un contrôle de proportionnalité à peine dégradé que consacre la décision, qui conduit le juge des référés à ne pas trop s'abriter derrière le souvent commode « manifestement » pour mesurer la nécessité réelle d'assigner en un certain lieu et pendant une certaine durée - dont le Conseil constitutionnel, dans ce qui s'apparente quasiment à une réserve d'interprétation, a précisé qu'elle ne pouvait excéder celle de la prorogation de l'état d'urgence, quand même serait-il à nouveau prorogé - comme celle de poser chacune des contraintes complémentaires à l'assignation (obligations de se présenter régulièrement aux forces de l'ordre, de remettre son passeport, de rester à domicile pendant certaines plages horaires ; interdiction d'entrer en contact avec certaines personnes). Il lui revient ensuite - la décision le souligne - de faire usage des pouvoirs étendus dont il dispose pour tirer toutes les conséquences de ces appréciations, en remédiant y compris aux disproportions manifestes n'affectant qu'un aspect, fût-il mineur, de la décision.

Assurément, en dessinant ainsi les contours d'un contrôle attentif, et par là effectif, des mesures prises sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 par le juge des référés, la section, répondant à l'invitation faite par le législateur comme aux attentes qui pesaient sur le juge administratif, a donné aux libertés que l'état d'urgence atteint de manière exceptionnelle une garantie juridictionnelle véritable. Notable est à ce titre l'évolution du contentieux en la matière, devant les tribunaux administratifs comme devant le Conseil d'Etat : à l'heure où nous écrivons, sur les soixante-trois contentieux en référé portant sur des assignations à résidence, cinq ont donné lieu à une suspension totale, dix à un non-lieu tirant les conséquences d'une abrogation de la mesure après introduction du recours, voire à l'issue de l'audience (abrogation qui sonne comme un aveu), cinq autres à un aménagement des modalités de l'assignation, le juge allant jusqu'à s'assurer que, dans la fixation du lieu de présentation aux forces de l'ordre, l'administration ne fait pas peser sur la personne assignée des contraintes disproportionnées (v. CE, ord., 6 janv. 2016, n° 395622, AJDA 2016. 11 ).

Par ailleurs, la décision *Cédric D.* tend, selon nous, à faire apparaître qu'en référé-liberté, plus l'atteinte à la liberté est grave, moins l'illégalité doit être manifeste pour que le juge intervienne. Il y a, en quelque sorte, un jeu de vases

communicants entre les deux critères de fond de l'article L. 521-2. Il aboutit, à l'extrême, dans l'office particulier du juge du référé-liberté saisi de la décision d'un médecin dont l'exécution porterait une atteinte irréversible au droit à la vie (CE 14 févr. 2014, n° 375081, *M^{me} Lambert*, Lebon avec les concl.  ; AJDA 2014. 790 , chron. A. Bretonneau et J. Lessi  ; RFDA 2014. 255, concl. R. Keller  ; RDSS 2014. 506, note D. Thouvenin ) l'atteinte au droit à la vie a de tels effets que le juge ne saurait se contenter de s'assurer qu'elle n'est pas *manifestement* illégale. En dehors de ce cas très particulier, et même si l'on ne peut établir ni gradation précise, ni principe général, nous croyons que la décision, par le contrôle particulier qu'elle dessine, tend à inviter le juge du référé-liberté, auquel l'adverbe « manifestement » laisse une assez grande liberté, à être sensible, dans le maniement de ce critère, à l'importance des restrictions aux libertés qui résultent de la décision ou de l'agissement en cause devant lui.

Enfin, et peut-être surtout, en renforçant le contrôle du juge du référé-liberté, la décision *Cédric D.* permet d'éviter le paradoxe de l'articulation encore insatisfaisante entre référé-liberté et référé-suspension. Au moment où ils ont été conçus (*Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence*, RFDA 2000. 941 ) , le référé-suspension et celui qui était alors appelé le référé-injonction subordonnaient tous deux le prononcé de mesures en référé à une condition d'urgence. Mais celle-ci n'était pas envisagée de façon distincte selon le type de référé : l'idée était que le juge, en fonction de l'urgence propre à chaque affaire, organiserait une audience et rendrait sa décision dans des délais utiles - c'est-à-dire dans les meilleurs délais. Dans ce cadre, le référé-injonction était conçu comme un complément au référé-suspension, afin de donner au juge, dans les hypothèses les plus graves, où son pouvoir de suspendre une décision ne suffirait pas, la capacité de prononcer des injonctions pour sauvegarder une liberté fondamentale.

Cet équilibre s'est cependant trouvé renversé. Lors de l'examen en deuxième lecture au Sénat du projet de loi relative au référé devant les juridictions administratives, un amendement parlementaire a prévu, afin d'assurer la coordination entre le référé-injonction et le « déféré-liberté » (CGCT, art. L. 2131-6), que le juge du référé-injonction devait statuer en quarante-huit heures. Si elle procédait d'une bonne intention, cette modification a toutefois induit des effets qu'elle n'imaginait pas. Elle a conduit à ce que soient distinguées deux urgences, l'urgence du référé-suspension et l'urgence particulière du référé-liberté (v. ci-dessus). Si bien que, détaché de l'extrême urgence du référé-liberté, le référé-suspension s'est mis, dans une certaine mesure, à prendre son temps. Combiné avec l'effet attractif du référé-liberté et de son délai de quarante-huit heures posé dans la loi, cela a créé, en matière de libertés fondamentales, une dérivation des demandes de suspension les plus urgentes du référé-suspension vers le référé-liberté - qui n'était initialement pas conçu pour traiter de demandes de suspension de décision.

Or, ce mouvement n'est pas sans conséquence : si le juge du référé-suspension peut agir dès lors qu'il a un doute sérieux sur la légalité de la mesure, le juge du référé-liberté voit ses pouvoirs conditionnés au constat d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, condition autrement plus restrictive. Il en résulte un double paradoxe : d'une part, le requérant est conduit à un arbitrage cornélien entre la célérité de la procédure et le niveau de contrôle du juge (v., soulignant qu'en l'espèce, l'action en référé-suspension aurait connu le succès que n'avait pas eu l'action en référé-liberté, AJDA 2001. 1054, chron. M. Guyomar et P. Collin ) ; d'autre part, le référé-injonction, rebaptisé référé-liberté, n'est pas nécessairement l'action en urgence la plus protectrice des libertés. Ce paradoxe n'est pas insurmontable : plus que par une modification des conditions du référé-liberté - dont la sévérité s'explique par l'ampleur des pouvoirs donnés au juge vis-à-vis de l'administration -, sa levée passe, à notre sens, par une revalorisation du référé-suspension pour le convertir à l'urgence réelle. S'il est vrai que la condition du doute sérieux se prête moins facilement à un examen particulièrement accéléré, nous ne pensons pas que celui-ci soit pourtant hors de portée du juge du référé-suspension, d'autant que l'article L. 521-4 du CJA, encore trop peu usité, permet toujours d'apporter des éléments nouveaux et d'obtenir une nouvelle appréciation.

La décision *Cédric D.* parvient quant à elle, de façon moins radicale mais tout aussi inspirée que la décision *M^{me} Lambert* avant elle, à éviter subtilement le paradoxe en organisant un contrôle particulier des mesures d'assignation à résidence. Si la législation d'exception appelait certainement une solution exceptionnelle, le retour à la normale ne devra pas éclipser les enseignements, pour le juge de l'urgence, de cette période d'état d'urgence. L'adolescence est le temps des changements : alors que nous venons de fêter les quinze ans de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, ses procédures de référé ont encore, peut-être, quelques évolutions devant elles avant d'entrer pleinement dans la maturité.

Avis Conseil d'Etat 6 juillet 2016

REND L'AVIS SUIVANT

Les jugements des tribunaux administratifs de Cergy-Pontoise et de Melun visés ci-dessus soumettent au Conseil d'Etat, sur le fondement de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, des questions analogues. Il y a lieu de les joindre pour qu'ils fassent l'objet d'un même avis.

1. En vertu 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 de la République « 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 ». Selon l'article 2 de la même loi, l'état d'urgence est déclaré par décret en Conseil des ministres ; sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi.

L'article 11 de la loi du 3 avril 1955 prévoit que le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peut, par une disposition expresse, conférer au ministre de l'intérieur et aux préfets le pouvoir d'ordonner des perquisitions administratives de jour et de nuit. Dans sa rédaction issue de la loi du 20 novembre 2015, cet article 11 précise que les perquisitions en cause peuvent être ordonnées « 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, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics. / La décision ordonnant une perquisition précise le lieu et le moment de la perquisition. Le procureur de la République territorialement compétent est informé sans délai de cette décision. La perquisition est conduite en présence d'un officier de police judiciaire territorialement compétent. Elle ne peut se dérouler qu'en présence de l'occupant ou, à défaut, de son représentant ou de deux témoins. [...] Lorsqu'une infraction est constatée, l'officier de police judiciaire en dresse procès-verbal, procède à toute saisie utile et en informe sans délai le procureur de la République [...] ».

Ces dispositions de la loi du 3 avril 1955 habilite le ministre de l'Intérieur et les préfets, lorsque le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence l'a expressément prévu, à ordonner des perquisitions qui, visant 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.

Sur les questions relatives au contrôle de la légalité des ordres de perquisition :

2. Les décisions qui ordonnent des perquisitions sur le fondement de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. La circonstance qu'elles ont produit leurs effets avant la saisine du juge n'est pas de nature à priver d'objet le recours. L'introduction d'un tel recours ne saurait cependant constituer un préalable nécessaire à l'engagement d'une action indemnitaire recherchant la responsabilité de l'Etat à raison des conditions dans lesquelles les perquisitions ont été ordonnées et mises à exécution.

3. Les décisions qui ordonnent des perquisitions sur le fondement de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 présentent le caractère de décisions administratives individuelles défavorables qui constituent des mesures de police. Comme telles, et ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, elles doivent être motivées en application de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, désormais codifié à l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration.

La motivation exigée par ces dispositions doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit ainsi que des motifs de fait faisant apparaître les raisons sérieuses qui ont conduit l'autorité administrative à penser que le lieu visé par la perquisition est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics. Dès lors que la perquisition est effectuée dans un cadre de police administrative, il n'est pas nécessaire que la motivation de la décision qui l'ordonne fasse état d'indices d'infraction pénale.

Le caractère suffisant de la motivation doit être apprécié en tenant compte des conditions d'urgence dans lesquelles la perquisition a été ordonnée, dans les circonstances exceptionnelles ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence. Si les dispositions de l'article 4 de la loi du 11 juillet 1979, codifié à l'article L. 211-6 du code des relations entre le public et l'administration, prévoient qu'une absence complète de motivation n'entache pas d'illégalité une décision lorsque l'urgence absolue a empêché qu'elle soit motivée, il appartient au juge administratif d'apprécier au cas par cas, en fonction des circonstances particulières de chaque espèce, si une urgence absolue a fait obstacle à ce que la décision comporte une motivation même succincte.

4. Outre l'énoncé de ses motifs, la décision qui ordonne une perquisition doit, en vertu des dispositions expresses de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015, porter mention du lieu et du moment de la perquisition. L'indication du lieu a pour objet de circonscrire les locaux devant être perquisitionnés de façon à permettre de les identifier de façon raisonnable. Le moment indiqué dans la décision est celui à compter duquel la perquisition peut être mise à exécution, en fonction des contraintes opérationnelles. Si la loi prévoit que doit être indiqué le moment de la perquisition, elle n'impose pas que la décision, par une motivation spéciale, fasse apparaître les raisons qui ont conduit à retenir ce moment.

5. L'article 11 de la loi du 3 avril 1955 permet aux autorités administratives compétentes d'ordonner des perquisitions dans les lieux qu'il mentionne lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ces lieux sont fréquentés par au moins une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics.

Il appartient au juge administratif d'exercer un entier contrôle sur le respect de cette condition, afin de s'assurer, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, que la mesure ordonnée était adaptée, nécessaire et proportionnée à sa finalité, dans les circonstances particulières qui ont conduit à la déclaration de l'état d'urgence. Ce contrôle est exercé au regard de la situation de fait prévalant à la date à laquelle la mesure a été prise, compte tenu des informations dont disposait alors l'autorité administrative sans que des faits intervenus postérieurement, notamment les résultats de la perquisition, n'aient d'incidence à cet égard.

Sur les questions relatives aux conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat :

6. Toute illégalité affectant la décision qui ordonne une perquisition est constitutive d'une faute susceptible d'engager la

Saisi d'une demande indemnitaire, il appartient au juge administratif d'accorder réparation des préjudices de toute nature, directs et certains, qui résultent de l'illégalité fautive entachant l'ordre de perquisition. Le caractère direct du lien de causalité entre l'illégalité commise et le préjudice allégué ne peut notamment être retenu dans le cas où la décision ordonnant la perquisition est seulement entachée d'une irrégularité formelle ou procédurale et que le juge considère, au vu de l'ensemble des éléments produits par les parties devant lui, que la décision ordonnant la perquisition aurait pu être légalement prise par l'autorité administrative, au vu des éléments dont elle disposait à la date à laquelle la perquisition a été ordonnée.

7. En outre, les conditions matérielles d'exécution des perquisitions sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat à l'égard des personnes concernées par les perquisitions.

Ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, les conditions de mise en oeuvre des perquisitions ordonnées sur le fondement de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 doivent être justifiées et proportionnées aux raisons ayant motivé la mesure, dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence.

En particulier, la perquisition d'un domicile de nuit doit être justifiée par l'urgence ou l'impossibilité de l'effectuer de jour. Sauf s'il existe des raisons sérieuses de penser que le ou les occupants du lieu sont susceptibles de réagir à la perquisition par un comportement dangereux ou de détruire ou dissimuler des éléments matériels, l'ouverture volontaire du lieu faisant l'objet de la perquisition doit être recherchée et il ne peut être fait usage de la force pour pénétrer dans le lieu qu'à défaut d'autre possibilité. Lors de la perquisition, il importe de veiller au respect de la dignité des personnes et de prêter une attention toute particulière à la situation des enfants mineurs qui seraient présents. L'usage de la force ou de la contrainte doit être strictement limité à ce qui est nécessaire au déroulement de l'opération et à la protection des personnes. Lors de la perquisition, les atteintes aux biens doivent être strictement proportionnées à la finalité de l'opération ; aucune dégradation ne doit être commise qui ne serait justifiée par la recherche d'éléments en rapport avec l'objet de la perquisition.

Toute faute commise dans l'exécution des perquisitions ordonnées sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat. Il appartient au juge administratif, saisi d'une demande en ce sens, d'apprécier si une faute a été commise dans l'exécution d'une perquisition, au vu de l'ensemble des éléments débattus devant lui, en tenant compte du comportement des personnes présentes au moment de la perquisition et des difficultés de l'action administrative dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence. Les résultats de la perquisition sont par eux-mêmes dépourvus d'incidence sur la caractérisation d'une faute.

En cas de faute, il appartient au juge administratif d'accorder réparation des préjudices de toute nature, directs et certains, qui en résultent.

8. Si la responsabilité de l'Etat pour faute est seule susceptible d'être recherchée par les personnes concernées par une perquisition, la responsabilité de l'Etat à l'égard des tiers est engagée sans faute, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, en cas de dommages directement causés par des perquisitions ordonnées en application de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955.

Doivent être regardés comme des tiers par rapport à la perquisition les personnes autres que la personne dont le comportement a justifié la perquisition ou que les personnes qui lui sont liées et qui étaient présentes dans le lieu visé par l'ordre de perquisition ou ont un rapport avec ce lieu. Doivent notamment être regardés comme des tiers les occupants ou propriétaires d'un local distinct de celui visé par l'ordre de perquisition mais perquisitionné par erreur ainsi que le propriétaire du lieu visé par l'ordre de perquisition, dans le cas où ce propriétaire n'a pas d'autre lien avec la personne dont le comportement a justifié la perquisition que le bail concernant le lieu perquisitionné.

9. Le présent avis sera notifié au tribunal administratif de Cergy-Pontoise, au tribunal administratif de Melun, à MM. A. E., D. M. et P. C., G. H., I. O., K. B., N. J., F. L. et au ministre de l'intérieur. Il sera publié au Journal officiel de la République française.

Perquisitions : le Conseil d'Etat fouille dans ses classiques

AJDA 2016,p. 1635

Louis Duthelliet de Lamothe, Guillaume Odinet, Maître des requêtes

Huit lignes au Lebon (1) : il n'avait pas fallu plus au Conseil d'Etat, le 5 décembre 1941, pour juger de la légalité d'une perquisition administrative et écarter toute responsabilité de l'Etat (*Sieur Gompertz*, Lebon 209). La progression de l'Etat de droit ne saurait évidemment se mesurer à la seule longueur des décisions de justice ; mais l'avis contentieux rendu le 6 juillet 2016 par le Conseil d'Etat témoigne tout de même, par la définition détaillée de l'office du juge saisi de la légalité de perquisitions conduites sur le fondement de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 ou de la responsabilité de l'Etat à raison de telles perquisitions, d'un approfondissement de la garantie des droits.

Le Conseil d'Etat était face à une page blanche : la jurisprudence n'avait jamais traité des perquisitions administratives susceptibles d'être ordonnées dans le cadre de l'état d'urgence (ce qui expliquait que deux tribunaux administratifs aient rapidement eu recours à la procédure d'avis contentieux de l'art. L. 113-1 CJA). Ce qu'il avait à écrire n'en était pas moins guidé, par la décision rendue par le Conseil constitutionnel (19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC, AJDA 2016. 340 ; AJCT 2016. 202, étude J.-C. Jobart ; Constitutions 2016. 100, chron. L. Domingo) sur l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, d'une part, par les principes cardinaux de la jurisprudence administrative, d'autre part - les seconds n'étant d'ailleurs peut-être pas étrangers à la première. Le lecteur des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* ne sera donc pas dépaycé à la découverte de l'avis commenté ; rares sont en vérité les avis ou arrêts du Conseil d'Etat qui sollicitent autant de décisions fondatrices. De la compétence du juge administratif aux règles d'engagement de la responsabilité de l'Etat en passant par l'ouverture du recours pour excès de pouvoir et les conditions de légalité des perquisitions, l'avis a ainsi des airs de cours de droit administratif général, avec ses *Blanco, Frampar, Dame Lamotte, Benjamin, Tomaso Greco, Films Lutetia, Letisserand et autres Couitéas, La Fleurette et Compagnie générale d'énergie radio-électrique*. En élèves studieux, nous le suivrons ici dans l'ordre des questions qu'il aborde.

Police administrative et juge administratif

De façon liminaire, avant de commencer à répondre aux questions posées par les tribunaux administratifs, l'avis commenté relève que les perquisitions ordonnées sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 sont des mesures de police administrative et sont ainsi placées sous le contrôle du juge administratif. Ce rappel du fondement de la compétence de la juridiction administrative n'est rien d'autre que la reprise, à terme, de ce que le Conseil constitutionnel a expressément jugé. L'avis du Conseil d'Etat est rendu au visa exprès de l'article 62 de la Constitution et la nature des mesures était, assurément, au nombre des motifs de la décision du Conseil constitutionnel qui s'imposaient avec la force que confère cette disposition.

Mais cette mention faite par l'avis du Conseil d'Etat ne préjuge en rien de la répartition des compétences entre les ordres de juridiction dans l'hypothèse où une perquisition ordonnée comme mesure de police administrative sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 donne lieu à l'engagement d'une procédure pénale. La question ne se posera pas réellement pour l'appréciation de la légalité de l'ordre de perquisition : si celui-ci demeure un acte administratif susceptible d'être déféré au juge administratif, la plénitude de compétence du juge pénal lui permettra de se prononcer sur sa légalité en même temps qu'il statuera sur celle de la procédure pénale consécutive à la perquisition. Elle pourra en revanche être déterminante en matière de responsabilité, selon qu'il s'agira de distinguer une responsabilité propre à raison de la phase administrative initiale de la procédure ou bien de s'en tenir à une responsabilité unique de l'Etat à raison de l'ensemble de la procédure judiciaire, en y incluant les actes de police administrative ayant occasionné son ouverture. Suivant fidèlement sur ce point - comme sur les autres - les conclusions de son rapporteur public, Béatrice Bourgeois-Machureau, le Conseil d'Etat ne s'est pas hasardé à trancher la question, dont la résolution peut puiser à différentes sources de la jurisprudence du Tribunal des conflits et dont il n'appartiendra qu'à ce dernier de décider.

Le recours pour excès de pouvoir n'est pas mort

La première réponse apportée par l'avis, en son point 2, a le mérite de la concision : « Les décisions qui ordonnent des perquisitions sur le fondement de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ». Elle n'appelait guère de longs développements : le Conseil d'Etat se tient à l'application du principe général bien connu qui veut que les actes administratifs soient susceptibles de recours en annulation.

Plus que la réponse, c'est en réalité la question qui est notable. Elle était inspirée à la fois par la décision du Conseil constitutionnel, qui avait admis que le droit au recours effectif était assuré alors même qu'aucun recours ne pouvait être exercé avant le début de la perquisition, et, par la logique du référé, où l'entière exécution d'une décision fait perdre son objet au recours en référé-suspension (CE 22 févr. 2001, n° 230408, *Moret*, Lebon T. 1098). Cette dernière solution, propre au référé, n'était évidemment pas transposable au recours pour excès de pouvoir - l'avis commenté prend d'ailleurs le soin de le redire (reprenant la solution affirmée par : CE, sect., 12 oct. 1984, n° 87636, *M^{me} Hirsch*, Lebon 328).

Mais le fait que la question de l'effectivité du recours ait été posée devant le Conseil constitutionnel puis que celle de l'utilité d'un recours en annulation insusceptible d'intervenir en temps utile se pose devant le Conseil d'Etat est tout de même assez révélateur. Il manifeste une évolution radicale de la conception du recours juridictionnel en matière administrative. C'est en effet le propre du principe du préalable que de conduire à ce que le juge n'intervienne jamais qu'*ex post*, pour se saisir de décisions déjà exécutées et de dommages déjà réalisés. C'est donc bien ce principe que la question posée remettait en cause, manifestant ainsi à quel point les référés administratifs sont devenus structurants pour la juridiction, tant dans l'effectivité du recours que dans la conception même que le juge peut se faire de son action.

La réponse du Conseil d'Etat est sans surprise : fermer le recours pour excès de pouvoir aux décisions entièrement exécutées aurait non seulement été à rebours de la jurisprudence, mais aurait encore sorti de très larges pans de la police administrative du champ du recours en annulation. En outre, comme le soulignait Béatrice Bourgeois-Machureau, ce recours, même après la perquisition, n'est pas sans utilité pratique, notamment en ce qu'il permet de faire juger de la légalité de la perquisition sans obligation de ministère d'avocat, ce qui peut constituer un préalable utile à une action indemnitaire - mais bien évidemment pas obligatoire, ainsi que le rappelle l'avis.

Légalité de l'ordre de perquisition : raison et proportions

Au titre des conditions de légalité des ordres de perquisition, le Conseil d'Etat était saisi de deux questions, sur les formes de la décision, d'une part, sur le contrôle du juge sur le fond, d'autre part.

La forme : rester raisonnable

L'obligation de motiver les ordres de perquisition résulte directement de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979, aujourd'hui codifiée à l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA). Elle avait en outre été reprise par le Conseil constitutionnel, si bien qu'elle n'était nullement douteuse. Autrement plus délicate était en revanche la mesure du caractère suffisant d'une telle motivation. L'avis essaie, sur ce point, de donner quelques lignes directrices aux juges chargés de statuer sur la légalité des ordres de perquisition.

Il exclut, tout d'abord, que la seule instauration de l'état d'urgence soit de nature à constituer une urgence absolue empêchant de motiver les ordres de perquisition au sens de l'article L. 211-6 du CRPA. Il exclut même, en vérité, qu'une telle urgence absolue puisse être présumée du fait de l'état d'urgence : il résulte des termes mêmes de l'article L. 211-6 que l'administration doit avoir été empêchée de motiver, ce qui ne pourra être justifié que par des circonstances propres à des espèces particulières.

L'avis admet néanmoins que l'urgence relative dans laquelle sont prises des décisions de perquisition puisse être prise en compte dans l'appréciation du caractère suffisant de la motivation. Il invite ainsi à un certain réalisme : les mesures de l'état d'urgence relèvent d'une police administrative « de crise » - c'est d'autant plus vrai pour les perquisitions qui, pour beaucoup, ont été ordonnées dès les premiers jours de l'état d'urgence. Par un subtil jeu d'*contrario*, le Conseil d'Etat laisse ainsi entendre qu'une motivation succincte peut être suffisante. Il ne s'agit pas de se borner à citer la loi, mais les éléments de fait, caractérisant les raisons sérieuses de penser que le lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics, n'appellent pas pour autant un luxe de détails : les personnes et les éléments de comportement visés devraient suffire - d'autant que la motivation doit se garder de porter atteinte à des secrets protégés par la loi.

L'avis exclut expressément, à ce titre, que puisse être exigés de l'administration qu'elle fasse état d'indices d'infraction pénale. Cette mention souligne que les perquisitions de la loi du 3 avril 1955 ne sont pas des mesures de police judiciaire, et n'ont donc pas leur raison d'être dans un lien avec des infractions réelles ou supposées, mais avec des menaces anticipées pour l'ordre et la sécurité publics.

Enfin, c'est encore avec réalisme que le Conseil d'Etat a précisé la portée de l'obligation d'indiquer le lieu et le moment de la perquisition, qui résulte du texte même de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955. Cette exigence n'étant pas à proprement parler une obligation de motivation (les mentions en cause n'étant pas des motifs de la décision), le Conseil d'Etat l'a interprétée moins comme une condition de stricte régularité formelle de l'ordre de perquisition que comme une condition de fond d'individualisation de la mesure. C'est en ce sens qu'il précise que l'indication de lieu doit permettre d'identifier les locaux à perquisitionner de façon raisonnable et que le moment est celui à compter duquel la perquisition peut être mise à exécution en fonction des contraintes opérationnelles. Il s'agit, par l'indication d'un lieu (qu'éclaireront également les motifs de la décision) et d'un moment, d'éviter qu'un seul et même titre permette de fonder plusieurs perquisitions, dans des locaux ou à des moments différents. L'avis se garde bien, de la sorte, de faire remonter au niveau de l'acte décidant la perquisition des considérations relevant uniquement de sa mise en oeuvre : ainsi de l'heure exacte de la perquisition - de jour comme de nuit - et des moyens employés pour la mener à bien, qui relèvent des contraintes opérationnelles d'exécution et non de la décision elle-même. Ces choix opérationnels n'en sont pas moins soumis au principe de légalité ; mais ne pèsent pas sur eux les obligations formelles propres à l'ordre de perquisition lui-même. En somme, et pour nous en tenir à une image simple, c'est à la préfecture que l'on ordonne de perquisitionner un lieu occupé par une personne regardée comme dangereuse, mais c'est au commissariat que l'on décide si l'on entrera de nuit et par surprise.

Le fond : les justes proportions

Sur le fond, l'avis d'assemblée consacre ce que la décision de section du 11 décembre 2015 (CE, sect., n° 395009, Lebon 437, avec les concl.  ; AJDA 2016. 247 , chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet  ; RFDA 2016. 105, concl. X. Domino  ; et 2016. 123, note A. Roblot-Troizier ) avait déjà affirmé à propos des assignations à résidence prises sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 : le juge administratif exerce un entier contrôle sur l'ordre de perquisition, selon le standard de proportionnalité désormais classique, qui le conduit à s'assurer que la mesure était adaptée, nécessaire et proportionnée. Toute autre solution aurait été surprenante par comparaison avec la décision du 11 décembre 2015, et même douteuse au regard de la décision du Conseil constitutionnel, qui avait lui-même affirmé « que le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure [...] est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit ».

L'avis n'en apporte pas moins une précision importante en affirmant que des éléments postérieurs à l'ordre de perquisition, et notamment les résultats de cette perquisition, ne sauraient être pris en compte pour apprécier la légalité de la décision. Il est de principe que le juge de l'excès de pouvoir, tout en appréciant la légalité d'une décision à la date à laquelle elle a été prise, peut tenir compte d'éléments postérieurs dès lors qu'ils sont de nature à éclairer la situation de fait qui prévalait à cette date (v., pour un rappel, CE 31 août 2009, n° 296458, *Commune de Cregols*, Lebon 343  ; AJDA 2009. 1824 , chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ). Le Conseil d'Etat avait cependant déjà fait exception à cette admission d'éléments postérieurs (même décision) dans l'hypothèse où une autorité de police prend une mesure pour faire face à un danger grave et imminent exigeant une intervention urgente qui ne peut être différée - en d'autres termes, lorsqu'il est impératif de décider et que la faculté de rechercher davantage d'informations sur les faits est insusceptible d'être exercée.

Par l'avis commenté, le Conseil d'Etat s'inscrit dans la veine de cette exception, tout en se fondant sur un raisonnement qui - au moins en partie - nous paraît distinct. En effet, dans le cas des perquisitions administratives de l'article 11 de la loi relative à l'état d'urgence, non seulement ce sont des mesures de police prises dans une certaine urgence qui sont en cause, mais encore, et peut-être surtout, ces mesures ont pour objet même de faire évoluer les éléments de fait sur la base desquels elle avait été décidée. Or, on ne saurait apprécier la pertinence d'une mesure de recherche d'informations au regard de la teneur de celles qu'elle a effectivement permis d'obtenir : ce n'est pas parce que l'on ne trouve pas que l'on avait tort de chercher.

A la vérité, en conditionnant les ordres de perquisition à de seules « raisons sérieuses de penser » plutôt qu'à une situation de fait objective, le législateur avait, selon nous, lui-même posé un critère qui conduisait à une conception stricte de l'appréciation temporelle et empêchait de tenir compte des résultats de la perquisition. Au reste, même si sa crédibilité auprès des personnes dangereuses n'est pas le souci premier du juge administratif, il y aurait eu quelque malaise à annuler une perquisition au seul motif que la personne qui en fait l'objet, prudente, aurait pris le soin de débarrasser les locaux qu'elle occupe de tout élément compromettant.

Responsabilité : avec ou sans faute, mais toujours simple

Une fois passées ces diverses questions de légalité des ordres de perquisition, c'est bien dans la définition du régime de responsabilité de l'Etat à raison de telles décisions et de la conduite des opérations de perquisition que l'on trouve le morceau de bravoure de l'avis adopté par l'assemblée du contentieux. L'avis distingue en réalité deux régimes de responsabilité : un régime de responsabilité pour faute simple à raison de l'ordre de perquisition ; et un double régime de responsabilité à raison des conditions matérielles d'exécution de la perquisition, fondé sur la faute simple pour les personnes concernées par la perquisition, sur l'égalité devant les charges publiques pour les tiers. Deux traits saillants se dégagent de cet édifice jurisprudentiel : l'absence de toute exigence de faute lourde et l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat à l'égard des tiers à la perquisition.

Requiem pour la faute lourde

Là où il a consacré l'application d'un régime de responsabilité pour faute, le Conseil d'Etat s'en est tenu à la faute simple : faute simple pour la décision de perquisitionner, faute simple pour l'exécution de la perquisition. De la sorte, il s'écarte nettement de la distinction de principe entre les activités « juridiques » et les activités matérielles de police (v., pour une réaffirmation récente, CE 4 déc. 1995, n° 133880, *Delavallade*, Lebon  ; D. 1996. 31 , qui voulait que les premières engagent la responsabilité de l'Etat pour faute simple et les secondes seulement pour faute lourde - le principe connaissant, dans un cas comme dans l'autre, nombre d'exceptions.

On épargnera au lecteur le rappel historique de l'évolution des conditions d'engagement de la responsabilité des personnes publiques en matière de police (dont ces colonnes ont déjà eu l'honneur d'un aperçu très complet : v. chronique F. Raynaud et P. Fombour AJDA 1998. 418 ) et le rappel des raisons qui expliquaient le choix d'un régime fondé sur la faute lourde pour celles de ces activités qui présentaient le plus de difficulté. Non seulement parce que l'un et l'autre sont bien connus ; mais aussi, et peut-être surtout, parce que le débat qui leur est sous-jacent est aujourd'hui largement vu comme dépassé. En faisant passer une partie des activités matérielles de police dans le champ de la faute simple à la fin des années 1990 (v., not., CE, sect., 13 mars 1998, n° 89370, *Améon*, Lebon 82  ; CE 29 avr. 1998, n° 164012, *Commune de Hannappes*, Lebon 185  ; CE 14 avr. 1999, n° 194462, *Société Assurances générales de France*, Lebon T. 1007 , le Conseil d'Etat avait déjà fait justice des arguments tirés de la difficulté de l'activité, dont le passage à la faute simple n'exclut pas la prise en compte. Aucun arrêt de principe n'est ensuite venu consacrer la généralisation de ces solutions. Mais la rubrique « Application d'un régime de faute lourde » des tables du Lebon ne s'est plus jamais enrichie d'analyses relatives aux activités de police ; et, d'un avis de la section des travaux publics publié au rapport annuel (v. Avis, n° 381725, Rapport annuel 2008, DF, p. 320) à son

commentaire (v. F. Melleray, Une faute simple suffit pour engager la responsabilité en matière de police administrative, Dr. adm. 2009, n° 8) puis aux conclusions de Claire Legras sur la décision *Krupa* abandonnant la faute lourde en matière fiscale (CE, sect., 21 mars 2011, n° 306225, Lebon, avec les concl. [📄](#); AJDA 2011. 1278 [📄](#), note F. Barque [📄](#); Just. et cass. 2012. 295, note H. de Quelen et D. Foussard), l'idée émergeait que le concept de faute lourde avait été abandonné en matière de police, de façon tacite, comme par désuétude. Peu de temps avant l'avis commenté, c'est d'ailleurs assez naturellement que le Conseil d'Etat avait appliqué un régime de faute simple aux activités de la police aux frontières (CE 9 déc. 2015, n° 386817, *M. Ali-Mehenni et Mme Mehault*, Lebon T. [📄](#); AJDA 2016. 332 [📄](#), concl. X. Domino [📄](#)). Par la formation de jugement dont il émane - car il n'adopte aucune formule générale - et l'évidence avec laquelle il s'imposait, l'avis commenté nous paraît consacrer, si besoin encore en était, la disparition de l'exigence de faute lourde en matière de police.

Rares sont les champs du droit où le sens de l'histoire peut être aisément déterminé. Le droit de la responsabilité administrative en est un. La condamnation de la faute lourde à plus ou moins brève échéance est unanime ou presque, et la jurisprudence vient, pas à pas, lui donner à chaque fois un peu plus raison. En dehors des hypothèses où la faute lourde sert d'exception à un régime législatif ou contractuel d'irresponsabilité, on ne la trouve plus, désormais, qu'en matière de service public de la justice (v. CE, ass., 29 déc. 1978, n° 96004, *Darmont*, Lebon [📄](#) 542; réaffirmé par : CE 18 juin 2008, n° 295831, *Gestas*, Lebon [📄](#); AJDA 2008. 1237 [📄](#); RFDA 2008. 755, concl. C. de Salins [📄](#); et 2008. 1178, note D. Pouyaud [📄](#)), où elle trouve son principal fondement dans la crainte que l'action en responsabilité ne conduise à contester des décisions de justice définitives, et d'activités de tutelle et - pour partie - de contrôle (v., not., en matière de régulation : CE, ass., 30 nov. 2001, n° 219562, *Ministre de l'économie et des finances c/ Epoux Kechichian*, Lebon 587, avec les concl. [📄](#); AJDA 2002. 133 [📄](#), chron. M. Guyomar et P. Collin [📄](#); D. 2003. 338 [📄](#), obs. H. Synvet [📄](#); RFDA 2002. 742, concl. A. Seban [📄](#); et à propos des pouvoirs du préfet, en matière de contrôle de légalité et de pouvoir de substitution, respectivement CE 6 oct. 2000, n° 205959, *Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint-Florent*, Lebon [📄](#); AJDA 2001. 201 [📄](#), note M. Cliquennois [📄](#); RFDA 2001. 152, obs. P. Bon [📄](#); et CE 25 juill. 2007, n° 283000, *Société France Telecom, Société AXA coporate solutions assurance*, Lebon T. [📄](#); AJDA 2007. 1557 [📄](#)), où elle se justifie par la volonté d'éviter une substitution de la responsabilité du contrôleur à celle du contrôlé. L'un et l'autre cas sont toutefois déjà entamés par des exceptions (v., d'une part, CE, ass., 28 juin 2002, n° 239575, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Magiera*, Lebon, avec les concl. [📄](#); AJDA 2002. 596 [📄](#), chron. F. Donnat et D. Casas [📄](#); RFDA 2003. 85, étude J. Andriantsimbazovina [📄](#); v., d'autre part, parmi de nombreux ex., CE, ass., 9 avr. 1993, n° 138653, *M. D.*, Lebon, avec les concl. [📄](#); AJDA 1993. 344, chron. C. Maugué et L. Touvet [📄](#); RFDA 1993. 583, concl. H. Legal [📄](#); CE 25 mars 1994, n° 115799, *Commune de Kintzheim c/ Office national des forêts*, Lebon 162 [📄](#); D. 1996. 48 [📄](#), obs. P. Temeyre et P. Bon [📄](#); CE, sect., 13 mars 1998, n° 89370, *Améon et autres*, préc. ; CE 17 déc. 2014, n° 367202, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie*, Lebon [📄](#); AJDA 2015. 592 [📄](#), note A. Jacquemet-Gauché [📄](#)). Nul doute qu'ils subiront, un jour ou l'autre, un nouvel examen, la faute lourde n'étant, dans les deux cas, qu'une réponse de confort à une préoccupation légitime mais qu'un régime de faute simple n'exclurait pas.

Pour en revenir aux perquisitions administratives, le recours à la faute simple appelle trois précisions terminales. D'abord, toute irrégularité de l'ordre de perquisition n'aboutira pas à une indemnisation des conséquences de la perquisition : on appliquera ici, classiquement, la jurisprudence *Carliez* (CE 19 juin 1981, n° 20619, Lebon [📄](#) 674), comme l'avis prend soin de le rappeler. Ensuite, si le régime de responsabilité à raison des perquisitions administratives semble s'écarter sur ce point du régime de responsabilité à raison des perquisitions judiciaires, où l'application de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire conduit à n'indemniser que les conséquences des fautes lourdes, cette différence est, pour l'essentiel, de façade, depuis que la Cour de cassation a adopté une vision extensive de la faute lourde qui la rapproche singulièrement de la faute simple (Cass., ass. plén., 23 févr. 2001, n° 99-16.165, AJDA 2001. 788 [📄](#), note S. Petit [📄](#); D. 2001. 1752 [📄](#), note C. Debbasch [📄](#)). Enfin, l'avis illustre que le passage à la faute simple en matière d'exécution des perquisitions est tout sauf une simple question de vocabulaire. Il détaille en effet, un peu à la manière d'une circulaire, les conditions dans lesquelles une perquisition doit normalement se dérouler, en déclinant le principe de proportionnalité à chacun des choix opérationnels : intervention de nuit, usage de la force, atteinte aux biens. Insistant également sur le respect de la dignité humaine, il invite ensuite les juges du fond, au cas par cas, à mettre en balance l'ensemble des éléments de fait, des motifs de la perquisition au comportement des personnes présentes en passant par les difficultés de l'exercice - mais sans tenir compte, là non plus, des résultats de la perquisition.

L'aléa normal, et ce qui l'excède

L'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat, à raison de la rupture d'égalité devant les charges publiques que subissent les tiers aux perquisitions, est la seconde innovation notable de l'avis dans son volet responsabilité. Assurément, l'innovation était rendue aisée par le fait qu'elle consistait, peu ou prou, à transposer la jurisprudence adoptée par la Cour de cassation en matière d'opérations de police judiciaire (Civ. 1^{re}, 10 juin 1986, Bull. civ. I, n° 160). Elle n'appelait pas moins le Conseil d'Etat à se pencher sur plusieurs points délicats.

En premier lieu, en affirmant que « la responsabilité de l'Etat pour faute est seule susceptible d'être recherchée par les personnes concernées par une perquisition », le Conseil d'Etat a écarté fermement l'idée que les personnes concernées par les perquisitions puissent subir un préjudice insusceptible d'être regardé comme une charge leur incombant normalement et ainsi en demander réparation sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques. L'avis l'affirme sans se fonder expressément sur un des critères de l'engagement de la responsabilité sans faute (tels qu'ils résultent désormais de : CE 2 nov.

2005, n° 266564, *Coopérative agricole Ax'ion*, Lebon 426  ; AJDA 2006. 142 , chron. C. Landais et F. Lenica  ; RFDA 2006. 349, concl. M. Guyomar  ; on y comprend qu'il y aurait eu quelque chose de gênant à admettre qu'une personne dont le comportement laisse sérieusement à penser qu'il constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics subit, en cas de perquisition, « une charge qui ne peut pas être considérée comme [lui] incombant normalement et [qui], subie dans l'intérêt général, [...] doit être supportée [...] par la collectivité » (v. concl. du président Odent sur : CE, ass., 21 nov. 1947, *Société Boulenger*, Lebon 435). La solution trouve son fondement, à nos yeux, dans le risque que prend cette personne en adoptant un tel comportement, au pic de la menace terroriste, sans prévenir les raisons sérieuses de la croire dangereuse, qui lui interdit de se prévaloir ensuite d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques : l'opération de police administrative dont elle fait les frais à raison de son comportement doit alors être regardée, pour elle, comme un aléa inhérent à ce comportement. Le Conseil d'Etat écarte ainsi l'idée d'une appréciation casuistique de l'aléa qui pèse sur la personne perquisitionnée à raison des éléments de son comportement ayant motivé l'opération : il affirme, en somme, que la perquisition est un aléa normal pour toute personne adoptant un comportement dont on peut sérieusement penser qu'il menace l'ordre et la sécurité publics, quels que soient l'intensité du danger et le degré de caractérisation de la menace.

A l'inverse, les tiers à l'opération de perquisition qui en subissent les conséquences - ainsi du propriétaire dont la porte est fracturée ou du voisin qui subit des dommages collatéraux, voire se trouve perquisitionné par erreur - voient peser sur eux une charge qui ne peut être regardée comme une sujétion normale de la vie en société, devant être supportée en contrepartie des avantages retirés de la police administrative (v. concl. du président Chauvaux sur : CE 25 juill. 2007, n° 278190, *Leberger, M. et M^{me} Cortie*, Lebon 392  ; AJDA 2007. 1559 ). On mesure aisément, en effet, que les conséquences du régime des perquisitions pèsent bien plus lourdement sur eux que sur les autres citoyens non concernés par une perquisition.

On notera que l'avis prévoit uniquement, pour ces tiers, l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat à raison des conditions matérielles d'exécution de la perquisition, et non de l'ordre de perquisition lui-même. Il n'y faut cependant lire aucune intention restrictive, mais simplement la prise en compte du fait que les dommages que les tiers sont susceptibles de subir à raison de l'ordre de perquisition résulteront nécessairement d'une illégalité de cet ordre (ainsi dans le cas d'une personne perquisitionnée du fait d'un ordre erroné).

On mesure par ailleurs comme la distinction entre personne concernée et tiers sera cruciale pour l'engagement de la responsabilité de l'Etat. Elle appellera certainement une approche casuistique, que l'avis s'efforce néanmoins d'orienter. D'un côté, le halo des personnes concernées par la perquisition couvre, autour de la personne directement visée, celles qui lui sont liées et qui sont présentes dans les locaux perquisitionnés ou ont un rapport avec ce lieu. De l'autre, le vaste groupe des tiers inclut tous ceux qui ne peuvent être associés au comportement ayant justifié la perquisition, soit qu'ils n'aient pas de lien avec la personne visée par cette perquisition, soit qu'ils aient avec elle un lien qui ne peut être regardé comme suffisant pour que pèse également sur eux l'aléa de la perquisition. Régulant la principale hypothèse, l'avis prend soin de préciser que tel est le cas du bailleur, lorsque le seul lien qu'il a avec son locataire est le contrat de bail.

Tout le préjudice

Enfin, l'observateur attentif n'aura pas manqué de relever la mention, deux fois dans l'avis, des préjudices « de toute nature » dont le juge administratif doit accorder la réparation. La question n'était pas posée - était-elle vraiment douteuse ? -, mais la réponse nous paraît ainsi donnée : la souffrance morale qu'une perquisition administrative peut directement causer est au nombre des préjudices indemnisables. C'est à nouveau un classique que le Conseil d'Etat sollicite ici ; mais aussi vrai que « c'est dans les vieux pots qu'on fait la meilleure soupe », c'est parfois sur les arrêts de principe les plus anciens que l'on bâtit la jurisprudence la plus solide.

La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 35, 5 Septembre 2016, 2229

Le contrôle a priori confié au juge administratif pour l'exploitation par l'autorité administrative des données informatiques saisies dans le cadre d'une perquisition administrative a-t-il un sens ?

Commentaire par Christophe Tukov

premier conseiller au tribunal administratif de Nice (rapporteur public), ancien magistrat judiciaire, chargé de conférence de méthode en institutions politiques et en droit comparé au campus Sciences Po de Menton

chercheur associé au CERDP de Nice (EA 1201)

Le juge administratif des référés est-il en voie de JLDisation ? Peut-on complexifier davantage la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction dans le cadre de l'état d'urgence ? C'est par ce genre d'interrogations qu'a été accueilli le choix du législateur de confier au juge administratif des référés le contrôle juridictionnel a priori (donc l'autorisation) des demandes d'exploitation, par l'autorité administrative, de données informatiques saisies dans le cadre d'une perquisition administrative. Il nous est apparu opportun de nous interroger sur le sens de cette décision, c'est-à-dire, d'une part, sa signification, sa justification juridique, d'autre part, sa direction, son insertion au sein de l'évolution de notre architecture juridictionnelle.

Note :

La loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016, d'application immédiate, a prorogé l'**état d'urgence** pour une période de six mois et ré-autorisé les perquisitions administratives prévues par le I de l'article 11 la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, qui avaient été sorties du dispositif jusqu'alors en vigueur par la loi n° 2016-629 du 20 mai 2016 prorogeant l'**état d'urgence** pour une durée de trois mois à compter du 26 mai 2016.

Elle a par ailleurs complété l'article 11, en fixant les conditions et les modalités dans lesquelles il peut être procédé, lors de ces perquisitions, à la saisie et à l'exploitation des données auxquelles il est possible d'accéder par un système informatique ou un équipement terminal, dans le respect « affiché » des garanties légales précisées par la décision du 19 février 2016 du Conseil constitutionnel (*Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC : JurisData n° 2016-002623 ; JCP G 2016, 477, C. Ribeyre*) : l'exploitation de ces données est ainsi soumise à l'autorisation préalable du juge du référé du tribunal administratif, qui devra également se prononcer, en cas de difficultés techniques rencontrées par l'autorité administrative, sur des éventuelles demandes de prorogation des délais de conservation ou d'exploitation des éléments saisis.

Cette disposition particulière semble curieusement attirer davantage l'attention qu'une autre mesure, elle aussi nouvellement mise en place par la loi du 21 juillet 2016 à l'occasion des perquisitions administratives, qui est le placement en rétention administrative d'une personne présente sur le lieu d'une perquisition et dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics.

La raison de l'intérêt accru porté à la désignation du juge des référés administratif pour autoriser, *a priori*, l'exploitation de données informatiques saisies, par rapport à l'instauration de la rétention administrative, pourtant davantage attentatoire à la liberté individuelle, est triple.

En premier lieu, la rétention administrative, d'une durée maximale de quatre heures, n'est plus une nouveauté dans notre procédure pénale depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, qui a défini le principe et les modalités de cette rétention (de façon quasiment identique) au nouvel article 78-3-1 du Code de procédure pénale. Le contrôle de cette mesure incombe au procureur de la République, membre de l'autorité judiciaire.

En deuxième lieu, l'exploitation des données informatiques saisies dans le cadre d'une perquisition administrative avait été censurée par la décision précitée rendue sur QPC par le Conseil constitutionnel le 19 février 2016, qui avait considéré que « *ni cette saisie ni l'exploitation des données ainsi collectées ne sont autorisées par un juge, y compris lorsque l'occupant du lieu perquisitionné ou le propriétaire des données s'y oppose et alors même qu'aucune infraction n'est constatée ; qu'au demeurant peuvent être copiées des données dépourvues de lien avec la personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ayant fréquenté le lieu où a été ordonnée la perquisition ; que, ce faisant, 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 ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, les dispositions de la seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, qui méconnaissent l'article 2 de la Déclaration de 1789* ».

La troisième raison découle directement de la deuxième : afin de garantir la constitutionnalité du dispositif de saisie et d'exploitation des données, le législateur en a confié le contrôle *a priori*, donc l'autorisation, au juge des référés administratif, statuant, comme en matière de référé-liberté, dans un délai de 48h à compter de sa saisine.

Ce choix délibéré n'est pas anodin. Il apporte un élément supplémentaire de réflexion sur notre architecture juridictionnelle, cette *Rule of law* « à la française » qui se met progressivement en place depuis quelques années, et avec une acuité particulière depuis l'instauration de l'**état d'urgence** au mois de novembre 2015.

Mais il a, en apparence tout du moins, de quoi surprendre, car confier à un juge administratif le contrôle *a priori* d'une mesure de police prise dans le cadre de l'**état d'urgence**, concernant la légalité d'une saisie et des données informatiques ainsi obtenues, semble heurter certains principes soutenant cette architecture juridictionnelle nouvellement consacré.

Ce choix a-t-il un sens ? Cette question appelle deux types de réponse selon l'acception retenue du mot « sens » : signification et direction.

- Comment expliquer le choix de la juridiction administrative, quels critères ont présidé à ce choix ?

- Ce choix s'inscrit-il dans le sens de l'histoire juridique française, est-il révélateur d'une évolution structurelle, ou n'est-il que le fruit d'une situation conjoncturelle qui n'est pas appelée à perdurer ?

1. Un choix en apparence décalé au regard des critères classiques de répartition des compétences

Notons d'emblée que le choix du juge des référés administratif surprend, voire dérange. Nous mentionnons pour mémoire les querelles de principe concernant la répartition des compétences entre juge administratif et autorité judiciaire dans le cadre plus général du contrôle juridictionnel des mesures prises dans le cadre de l'**état d'urgence**. Nous avons déjà eu l'occasion d'expliquer ce qu'il convient de penser de cette controverse (*Ch. Tukov, L'autorité judiciaire, gardienne exclusive de la liberté individuelle ? : AJDA 16 mai 2016*). Le dualisme juridictionnel « à la française », procédant directement de notre conception de la séparation des pouvoirs telle que consacrée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987 (*Cons. const., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC*), légitime l'actuelle répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Le

juge administratif est le juge naturel des mesures de police prises par l'autorité administrative. Défense itérative est faite à l'autorité judiciaire d'en connaître, depuis la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III. Et dans le cadre de l'**état d'urgence**, la « liberté individuelle » dont l'autorité judiciaire demeure la gardienne « exclusive » se limite à la mesure privative de liberté, dont la durée, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, excède douze heures.

Plus particulièrement, dans sa décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, le Conseil constitutionnel a expressément précisé que les perquisitions et saisies n'affectent pas la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, prenant en cela le contrepied d'une évolution mise en évidence depuis une loi de 1933 (*Journal Officiel du 9 Février 1933*) qui semble intégrer les perquisitions et saisies au sein de la liberté individuelle. C'est ainsi que le Conseil a censuré les dispositions concernant les saisies et l'exploitation des données informatiques au motif que ces mesures n'étaient pas autorisées par un juge, sans en préciser la fonction ni l'ordre, reconnaissant ainsi la faculté donnée au législateur de confier cette autorisation au juge administratif.

Du point de vue de la compétence matérielle (du « fond »), la compétence du juge administratif ne soulève pas de difficulté juridique particulière, en dépit de la position exprimée par le Syndicat de la juridiction administrative (le SJA) qui, par le biais de sa secrétaire générale, dans un entretien donné le 29 juillet 2016 (V. *www.dalloz-actualite.fr*), estime que l'imbrication entre les procédures administrative et pénale ne simplifie pas la répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire, faisant ainsi écho à la position défendue sur le sujet par B. Louvel, premier président de la Cour de cassation.

Ce grief lié à la complexification nous apparaît mineur, l'important étant, selon nous, que le litige entre l'autorité administrative et le justiciable soit tranché efficacement dans un délai adapté aux enjeux.

En revanche, nous avons légitimé la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction par, notamment, la nature du contrôle, *a priori* ou *a posteriori*, opéré par les juges, rappelant d'une part que l'administration, bénéficiant de la théorie du privilège du préalable systématisée par Hauriou, peut dans certains cas agir d'office et n'a pas à être autorisée pour ce faire, d'autre part, que l'aspect préventif de la police administrative justifiait un contrôle *a posteriori* du juge administratif, et non pas un contrôle *a priori* du juge judiciaire dans le cadre d'une procédure répressive.

Il convient de constater que l'octroi, au bénéfice du juge administratif, de la compétence d'un contrôle *a priori* (s'analysant en une autorisation donnée - ou pas) de l'action de l'autorité administrative dans le cadre d'une perquisition administrative, donc préventive, est fort peu « intuitive ». Elle permet cependant d'établir que le critère prévalent de répartition des compétences est la qualité de l'auteur de l'acte (l'autorité administrative) agissant dans le cadre de la police administrative.

Nous ajoutons que le contexte juridique est peu propice à la clarté, dès lors que le « droit du terrorisme », qu'il soit pénal ou administratif, se situe dans une « zone grise » où prévention et répression, tentative et acte préparatoire, commission d'une infraction et association de malfaiteurs, comportement et agissement, sont entremêlés. Le terrorisme se situe aux confins de différentes logiques juridiques véhiculées par le droit administratif et le droit pénal, avec comme dénominateur commun les droits fondamentaux.

Le législateur a donc saisi la perche tendue par le Conseil constitutionnel le 19 février 2016 et a désigné « un juge » (administratif), pour opérer un contrôle *a priori* des saisies et de l'exploitation des données informatiques. Ce choix témoigne-t-il d'une évolution structurelle de notre architecture juridictionnelle en faveur de la compétence du juge administratif en matière de libertés, où ne procède-t-il que de circonstances conjoncturelles ?

2. Un choix en réalité conforme à l'évolution de notre architecture juridictionnelle

Le contexte juridique et politique très particulier de l'**état d'urgence** pourrait conduire à privilégier l'aspect conjoncturel. Pourtant nous y voyons la continuité d'une évolution structurelle entamée depuis l'instauration du référé-liberté administratif par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 conférant au juge administratif des référés compétence pour ordonner, en urgence, toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale (dont la liberté individuelle) à laquelle l'administration aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale (*CJA, art. L. 521-2*).

Depuis cette réforme procédurale, la compétence du juge administratif en matière de libertés n'a cessé de croître. Rappelons brièvement les infléchissements opérés en matière - très symbolique - de voie de fait par le Tribunal des conflits (*T. confl., 17 juin 2013, n° 3911, Bergoend c/ Société ERDF Annecy Lemans : JurisData n° 2013-013087 ; Rec. CE 2013, p. 370 ; JCP A 2013, 2301, note Ch.-A. Dubreuil ; RJEP 2013, comm. 38, note B. Seiller*) et par le Conseil d'État (*CE, 23 janv. 2013, n° 365262, Cne Chirongui : JurisData n° 2013-000744 ; Rec. CE 2013, p. 6 ; Dr. adm. 2013, comm. 24, note S. Gilbert ; JCP G 2013, 691, § 8, obs. G. Eveillard ; JCP A 2013, act. 91, obs. M. Touzeil-Divina ; JCP A 2013, 2047, note H. Pauliat ; JCP A 2013, 2048, note O. Le Bot*), ou encore la compétence, donnée au juge administratif par la loi du 13 novembre 2014 renforçant la lutte contre le terrorisme, pour connaître de la légalité de la mesure d'interdiction de sortie du territoire prévue par l'article L 224-1 du Code de la sécurité intérieure, ainsi que des mesures de collecte de renseignements prises sur le fondement de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement (V. X. Latour, *La loi relative au renseignement : un État de surveillance ? : JCP A 2015, 2286*).

Le juge administratif des référés a fait ses preuves. La *juridictionnalité* (que nous définissons comme l'aptitude d'une voie procédurale à permettre de trancher un litige dans un délai raisonnable, adapté aux enjeux, en respectant les standards du procès équitable, notamment l'accès à un tribunal indépendant et impartial, le principe du contradictoire, l'égalité des armes) de la procédure de référé liberté administratif n'est guère plus discutable aujourd'hui.

Le contrôle juridictionnel opéré par le juge administratif des référés sur la légalité des saisies et de l'exploitation de données informatiques s'effectuera *en la forme du référé-liberté*, suivant une logique procédurale identique à celle mise en place pour le contrôle juridictionnel des autres mesures de police prises dans le cadre de l'**état d'urgence**, au visa du Livre V du Code de justice administrative.

Les notes internes à la juridiction administrative précisent :

- sur la forme, que les ordonnances de tri sont à éviter (pour éviter le premier rendez-vous manqué par le TA de Rennes au tout début de **l'état d'urgence**), et qu'il convient de privilégier une audience collégiale (trois magistrats) pour statuer sur ces demandes d'autorisation,

- sur le fond, qu'aucune condition d'urgence n'est à faire valoir et que la demande d'exploitation sera appréciée « *au vu des éléments révélés lors de la perquisition...* », c'est-à-dire au regard de l'environnement de la perquisition,

- et sur l'office du juge, que le contrôle de la régularité de la saisie implique celui de la régularité de la perquisition, tant formelle (l'ensemble des actes mentionnés à l'article 11 concernant les perquisitions et saisies devant être versés aux débats), qu'au fond (vérification de la régularité de la perquisition en contrôlant « *l'existence des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* »), avant de contrôler plus précisément « *l'existence d'éléments, notamment informatiques, relatifs à la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée* ». Le contrôle de la légalité de ces mesures sera par conséquent « entier », ou « plein » (selon la terminologie employée par feu le projet de loi constitutionnelle au sujet de l'article 36-1) et non pas limité à l'erreur manifeste d'appréciation. La première ordonnance rendue en ce domaine par le juge des référés du tribunal administratif de Melun le 29 juillet 2016 (n° 1606384, *Préfet du Val-de-Marne*), méticuleusement motivée, le confirme en tous points. De même, le juge des référés du Conseil d'État, annulant une ordonnance de refus d'autorisation du juge des référés du TA de Toulon, a procédé à la vérification de la régularité du déroulement de la perquisition et de la validité de la saisie, avant d'analyser le produit de la perquisition afin de se prononcer sur la légalité de l'autorisation sollicitée (CE, 5 août 2016, n° 402139, *ministre de l'Intérieur*).

Le juge administratif des référés est-il en voie de *JLDisation* ? L'autorité administrative semble en tous cas surprise, à première vue, par la « lourdeur » de la procédure mise en place par le législateur, « lourdeur » qui était précisément évoquée par J.-C. Marin, procureur général près la Cour de cassation, dans ses réquisitions prononcées lors de l'audience de rentrée solennelle de sa juridiction le 14 janvier 2016, pour qualifier la procédure pénale en matière de terrorisme (www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/discours_2202/marin_procureur_7116/rentree_2016_33392.html).

Curieuse ironie qui veut que l'autorité administrative s'inquiète, voire s'agace, de la lourdeur engendrée par la sujétion de la procédure d'autorisation d'exploitation des données informatiques saisies au livre V du CJA, quand le plus haut magistrat du parquet en France pointe la lourdeur de la procédure répressive de droit commun comme l'un des éléments ayant conduit au choix du juge administratif pour opérer le contrôle juridictionnel des mesures de polices prises dans le cadre de **l'état d'urgence**...

Il est clair que le choix opéré par le législateur est principalement ponctuel et s'inscrit dans le contexte, par définition provisoire, de **l'état d'urgence**. Lorsque que cet état d'exception prendra fin, tant le juge des libertés et de la détention que le juge d'instruction, retrouveront leurs compétences respectives prévues par le Code de procédure pénale.

Il revêt néanmoins un double sens.

Il témoigne en premier lieu, **symboliquement**, de la reconnaissance toujours croissante de la *juridictionnalité* du juge administratif des référés, et plus précisément du référé-liberté. Les esprits taquins ou chagrins pourront toujours faire valoir que le choix du juge administratif, dont la réputation est encore à parfaire, traduit en réalité la volonté du législateur de laisser les coudées franches à l'exécutif, mais nous avons tenté de démontrer que cette approche était erronée et injustifiée.

Il consacre en deuxième lieu, **historiquement**, l'accroissement tendanciel de la place du juge administratif, par le biais principalement de la procédure de référé-liberté administratif, au sein de notre architecture juridictionnelle en matière de protection des libertés, participant ainsi à cette *Rule of Law* « à la française » (notion que nous préférons en l'espèce à celle d'État de droit, car elle repose davantage sur l'exigence de qualité procédurale et de protection effective accordée au justiciable).

En tout état de cause, la juridiction administrative se prépare activement à faire respecter la prééminence du droit. Elle doit exercer des compétences jusque-là dévolues au JLD ou au juge d'instruction, souhaitons simplement qu'elle conserve davantage de moyens matériels et humains que ses homologues judiciaires afin de remplir au mieux son office.

Document n°9 : Jean-Charles Jobart La loi sécurité et terrorisme au crible des libertés et droits fondamentaux, JCP A 2018, 2241

La loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 a transposé dans le droit commun les principales mesures de l'état d'urgence. Le Conseil constitutionnel conforte ces mesures, fondées sur l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, aux droits et libertés fondamentaux, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté de culte, le droit au respect de la vie privée et familiale ou le droit à un recours effectif.

Cons. const., 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC : JurisData n° 2018-004947

Il était évident que l'état d'urgence, en vigueur depuis le 14 novembre 2015 (J.-C. Jobart, L'état d'urgence déclaré et renforcé en France : AJDA 2015, p. 2321) et prolongé six fois jusqu'au 1er novembre 2017 (L. n° 2015-1501, 20 nov. 2015 ; L. n° 2016-162, 19 févr. 2016 ; L. n° 2016-629, 20 mai 2016 ; L. n° 2016-987, 21 juill. 2016 ; L. n° 2016-1767, 19 déc. 2016 ; L. n° 2017-1154, 11 juill. 2017), ne pouvait s'éterniser. Le Conseil d'État avait rappelé dans son avis du 8 décembre 2015 que « les renouvellements ne sauraient se succéder indéfiniment et que l'état d'urgence doit demeurer temporaire » (CE, avis, 8 déc. 2016, n° 392427 : JurisData n° 2016-015349 ; JCP A 2016, act. 977). Transposer par la loi du 30 octobre 2017 (J.-C. Jobart, La loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. À propos de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 : JCP

A 2017, 2272) certaines mesures de l'état d'urgence dans le droit commun n'allait cependant pas de soi et a naturellement soulevé des interrogations sur sa constitutionnalité.

À l'occasion d'un référé-liberté contre une décision du ministre de l'intérieur du 31 octobre 2017 de contrôle administratif et surveillance individuelle, le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a, par ordonnance du 3 novembre 2017 transmis au Conseil d'État une question prioritaire de constitutionnalité relative aux articles L. 228-1 et L. 228-2 du Code de sécurité intérieure (CSI). Parallèlement, la Ligue des droits de l'homme a saisi le Conseil d'État afin de faire annuler la circulaire du ministre de l'Intérieur du 31 octobre 2017. La Ligue invoquait notamment l'inconstitutionnalité des articles L. 227-1, L. 227-1, L. 228-1 à L. 228-7 et L. 229-1 à L. 229-6 du CSI. Le Conseil d'État a donc transmis au Conseil constitutionnel, par une décision du 28 décembre 2017 (CE, 28 déc. 2017, n° 415434 : JurisData n° 2017-027334), les dites questions comme étant sérieuses, à l'exception des articles L. 222-7 et L. 228-7 du CSI dont les dispositions pénales n'étaient pas mises en œuvre par la circulaire attaquée. Si le Conseil d'État avait transmis à son considérant 9 la question sur l'article L. 228-2 relative à l'assignation à résidence comme n'ayant pas été déclarée conforme à la Constitution, le Conseil constitutionnel relève qu'entre la date de sa saisine et celle de la lecture de la présente décision, il s'est prononcé sur cette disposition par sa décision n° 2017-691 QPC du 16 février 2018 (J.-C. Jobart, Les assignations à résidence de droit commun validées par le Conseil constitutionnel : JCP A 2018, 2146). Cet article ayant déjà été contrôlé, la question est devenue irrecevable (§ 24).

La présente décision s'appuie sur une mise en balance des droits et libertés d'une part et de l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, technique de contrôle apparue en même temps que cet objectif à valeur constitutionnelle (Cons. const., 9 et 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, sur les vérifications d'identité : JurisData n° 1981-601435 et Cons. const., 27 juill. 1982, n° 82-141 DC, Loi sur la communication audiovisuelle. Cet objectif implique la sécurité des personnes : Cons. const., 25 juill. 1991, n° 91-294 DC : Rec. Cons. const. 1991, p. 91 ; l'intégrité des personnes et la recherche des auteurs d'infractions : Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC : JurisData n° 1999-765189), qui est nécessaire à la sauvegarde de droits fondamentaux et qui sert à nuancer le caractère absolu de certains droits, permettant au législateur d'y poser des limites au nom des impératifs de la vie en société. Dans cette mise en balance, le Conseil ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du législateur (par exemple : Cons. const., 20 janv. 1993, n° 92-316 DC, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : Rec. Cons. const. 1993, p. 14 ; Cons. const., 13 janv. 1994 ; n° 94-341 DC ; Cons. const., 6 févr. 1996, n° 96-372 DC ou Cons. const., 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC : Rec. Cons. const. 2000, p. 121) et il ne lui appartient donc de remettre en cause la conciliation opérée qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation (par exemple : Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, Loi de nationalisation ou Cons. const., 22 avr. 1997, n° 97-389 DC). On retrouve ici une logique assez équivalente à celle de la clause d'ordre public de l'article 17 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, selon laquelle des restrictions peuvent être apportées aux droits et libertés pour la protection de l'ordre public, de la morale, de la santé publique, des droits et libertés d'autrui, mais à la condition de ne pas dénaturer le sens ou la portée de ces droits (par exemple : CEDH, 7 déc. 1976, n° 5493/72, Handyside c/ Royaume-Uni ; CEDH, 6 sept. 1978, n° 5029/71, Klass c/ Allemagne ; CEDH, 26 mars 1992, n° 12083/86, Beldjoudi ou CEDH, 25 févr. 1993, n° 10588/83, Funke c/ France).

Nous examinerons successivement là l'aune de cette logique e contrôle par le Conseil constitutionnel des quatre mesures soumises à son contrôle, à savoir les périmètres de protection (1), la fermeture des lieux de culte (2), la surveillance des personnes constituant une menace pour la sécurité publique (3) et les visites domiciliaires et saisies administratives (4).

1. Les périmètres de protection

1.1. Les périmètres de protection sont directement inspirés de l'article 5 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence qui autorise les préfets à instaurer des zones de protection où l'accès et la circulation peuvent être réglementés. La loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 ajoute un article 8-1 à la loi de 1955 qui permet que l'accès à ces zones soit subordonné, par arrêté préfectoral motivé, à un contrôle d'identité, une inspection visuelle, une fouille de bagages voire à la visite des véhicules effectués par des officiers et agents de police judiciaire.

De même, l'article L. 226-1 du CSI ici contrôlé permet aux préfets d'instaurer des périmètres de protection où l'accès et la circulation peuvent être réglementés pour assurer la sécurité de lieux ou d'événements exposés au risque d'actes de terrorisme. À l'inverse de l'état d'urgence, ces périmètres ne concernent donc que la prévention d'actes de terrorisme. La motivation de l'arrêté doit considérer deux conditions cumulatives : la nature de l'événement et l'ampleur de sa fréquentation. La zone est instaurée pour une durée maximale d'un mois, renouvelable si les conditions prévues sont toujours réunies. Notons que le Conseil constitutionnel soumet en principe la fouille de véhicule à la direction et au contrôle de l'autorité judiciaire, sauf consentement du propriétaire (Cons. const., 18 janv. 1994, n° 94-352 DC, consid. 24 ; Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, relative à la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure : Rec. Cons. const. 2003, p. 211 ; Cons. const., 24 janv. 2017, n° 2016-606/607 QPC, § 23 : JurisData n° 2017-000702 ; Dr. pén. 2017, comm. 48, obs. A. Maron et M. Haas ; Cons. const., 1er déc. 2017, n° 2017-677 QPC, Ligue des droits de l'homme : JurisData n° 2017-024206) et le contrôle d'identité à des risques d'atteinte à l'ordre public, d'où l'inconstitutionnalité de contrôles généralisés et discrétionnaires (Cons. const., 5 août 1993, n° 93-323 DC, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité : JurisData n° 1993-604910 ; Rec. Cons. const. 1993, p. 213). Les palpations, fouilles et inspections visuelles sont donc soumises au consentement des intéressés et les visites de véhicule se font avec l'accord de leur conducteur. La sanction du refus est l'interdiction d'accéder au périmètre. Enfin, la réglementation de la circulation doit être adaptée « aux impératifs de la vie privée, professionnelle et familiale » des personnes (sur cette exigence, voir Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, Loi d'orientation, de programmation et pour la

performance de la sécurité intérieure, dite LOPPSI, cons. 55 : Rec. Cons. const. 2011, p. 122 ; JCP A 2011, act. 213). L'ensemble de ces conditions ont été jugées suffisamment précises par le Conseil constitutionnel (§ 31), ce qui n'avait pas été le cas, dans le cadre de l'état d'urgence, de la création des zones de protection (Cons. const., 11 janv. 2018, n° 2017-684 QPC, La cabane juridique / Legal Shelter, § 5 : JurisData n° 2018-000070 ; JCP A 2018, act. 76) ou de l'interdiction de séjour dans le département (Cons. const., 9 juin 2017, n° 2017-635 QPC, Émile L : JurisData n° 2017-010871 ; JCP A 2017, act. 432. Dans un sens inverse sur les visites de véhicules : Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, relative à la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, cons. 12 : Rec. Cons. const. 2003, p. 211). Elles permettent ainsi une conciliation manifestement non déséquilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et la liberté d'aller et venir et le droit au respect de la vie privée (§ 35. Sur cette nécessaire conciliation, voir Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC : JurisData n° 1999-765189 ; Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC : JurisData n° 2008-010653 ou Cons. const., 1er déc. 2017, n° 2017-674 QPC, M. Kamel D : JCP A 2017, act. 806).

1.2. À côté de ce raisonnement classique, il faut noter une certaine audace du Conseil qui recourt à la technique des moyens soulevés d'office, inspirée des moyens d'ordre public du contentieux administratif. Cette technique, qui permet au juge d'aller au-delà des moyens soulevés par les requérants, donne une grande liberté d'appréciation au juge (ces moyens, initiés par les décisions Cons. const., 11 août 1960, déc. n° 60-8 DC, Loi de finances rectificative pour 1960 : Rec. Cons. const. 1960, p. 25 et Cons. const., 27 déc. 1973, n° 73-51 DC « Taxation d'office » : Rec. Cons. const. 1973, p. 25, concernent en général la compétence du législateur ou la violation des droits fondamentaux. V. T. Di Manno, Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office, *Economica-PUAM*, 1997, p. 121-146). Elle est d'autant plus discutable en matière de question prioritaire de constitutionnalité que les juges administratifs et judiciaires sont tenus par les questions soulevées par les requérants pour pouvoir les transmettre au Conseil constitutionnel. Aussi, celui-ci utilise cette technique avec parcimonie (sur les 696 QPC jugées au 30 mars 2018, nous n'avons recensé que 31 cas : n° 2010-28, 2010-33, 2011-126, 2011-141, 2011-147, 2011-153, 2011-152, 2011-199, 2012-227, 2013-318, 2013-334/335, 2013-336, 2013-347, 2013-331, 2013-328, 2013-343, 2014-388, 2014-415, 2014-398, 2014-431, 2015-491, 2015-480, 2015-749, 2015-517, 2016-554, 2017-624, 2015-529, 2015-523, 2015-530, 2016-551 et 2017-624). On peut comprendre son utilité quand ce nouveau moyen conditionne une censure de la loi ou une irrecevabilité de la question (pour les censures : n° 2010-33, 2011-147, 2013-318, 2013-336, 2013-328, 2013-343, 2014-388, 2016-554, 2017-624, 2015-523 et 2017-624. Pour les irrecevabilités : n° 2013-334/335 et 2015-491). On peut discuter de sa légitimité quand elle sert au juge constitutionnel à émettre des réserves d'interprétation (technique initiée par la décision Cons. const., 24 juin 1959, n° 59-2 DC, Règlement de l'Assemblée nationale, mais qui s'est développé avec la décision Cons. const., 20 janv. 1981, n° 81-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : Lebon 1981, p. 15. V. A. Viala, Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *LGDJ*, 1999). Il s'agit en effet le plus souvent de réserves constructives où le juge ajoute à la loi (V. par exemple Cons. const., 25 févr. 1992, n° 92-307 DC, cons. 30 : Rec. Cons. const. 1992, p. 48 et Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire : JurisData n° 1996-765137 ; Rec. Cons. const., p. 87 sur l'ajout de garanties procédurales) et, dans le cas d'un moyen soulevé d'office, sans qu'on l'ait sollicité (Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC : JurisData n° 2011-015905 ; JCP G 2011 n° 717, note À.-M. Luciani ; Contrats, conc. consom. 2011, comm. 159, M. Malaurie-Vignal ; Cons. const., 13 juill. 2011, n° 2011-153 QPC ; Cons. const., 22 juill. 2011, n° 2011-152 QPC, M. Claude C. : JurisData n° 2011-016597 ; Cons. const., 25 nov. 2011, n° 2011-199 QPC : JurisData n° 2011-026275 ; Cons. const., 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC : JurisData n° 2012-006172 ; Cons. const., 28 nov. 2014, n° 2014-431 QPC ; Cons. const., 22 janv. 2016, n° 2015-517 QPC : JurisData n° 2016-000688 ; JCP G 2016, 113). On peut alors reposer la question attribuée à Juvénal : qui garde nos gardiens ?

En l'espèce, le Conseil soulève, sur le fondement de l'article 12 de la Déclaration de 1789, l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative inhérentes à la force publique. Or, pour contrôler les périmètres de protection, les agents de la force publique se font assister par des agents agréés de sociétés privées de sécurité. On sait déjà que le contrôle de l'accès à une enceinte sportive n'est pas une compétence de police administrative générale (Cons. const., 16 juin 2017, n° 2017-637 QPC, § 5 : JurisData n° 2017-012379). Mais tel ne serait pas le cas pour un périmètre sur la voie publique. Toutefois, le juge relève que ceux-ci agissent « sous l'autorité d'un officier de police judiciaire ». Il aurait pu ajouter que les personnels de sécurité privés font l'objet d'une stricte procédure d'agrément (Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, relative à la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, cons. 97 : Rec. Cons. const. 2003, p. 211). Le Conseil émet alors une réserve d'interprétation selon laquelle il faut « s'assurer que soit continuellement garantie l'effectivité du contrôle exercé sur ces personnes par les officiers de police judiciaire » (§ 27). De même, le juge soulève, sur le fondement de l'article 6 de la Déclaration de 1789, le principe d'égalité afin d'émettre une réserve d'interprétation assez tautologique : si la loi peut ne pas fixer de critères pour les contrôles, il faut, pour que ceux-ci ne soient pas discriminatoires, que les autorités agissent selon « des critères excluant toute discrimination » (§ 33) !

2. La fermeture administrative des lieux de cultes

2.1. Selon l'article 8 de la loi du 3 avril 1955, en période d'état d'urgence, le ministre de l'Intérieur sur l'ensemble du territoire et le préfet dans le département peuvent ordonner la fermeture provisoire de salles de spectacle, débits de boissons et lieux de réunion (cette atteinte à la liberté de réunion a été jugée proportionnée : Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2016-535 QPC, Ligue des droits de l'homme : JurisData n° 2016-002621 ; JCP A 2016, 2139, note M. Verpeaux), dont les lieux de culte (CE, 25 févr. 2016, n° 397153 : JurisData n° 2016-004793), ce qu'explique de manière superflète la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016. De même, l'article L. 227-1 du CSI ici contrôlé prévoit la fermeture d'un lieu de culte par le préfet, mais aux seules fins de prévenir les actes de terrorisme, si les propos tenus, idées ou théories diffusées provoquent à la violence ou à la commission d'actes de terrorisme ou en font l'apologie. L'arrêt est motivé et précédé d'une procédure contradictoire. Or une telle fermeture porte atteinte à la liberté de culte, issue de l'article 10 de la Déclaration de 1789 sur la liberté d'opinion et de l'article 1er de la

Constitution sur la laïcité (Cons. const., 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public : JurisData n° 2010-031813 ; Lebon 2010, p. 276 ; Cons. const., 19 nov. 2004, n° 2004-505 DC, sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe, consid. 18 : JCP A 2005, 1025, M. Gautier ; Europe 2005, Étude 2, par D. Simon ; Cons. const., 21 févr. 2013, n° 2012-297 QPC, Assoc. pour la promotion et l'expansion de la laïcité : JurisData n° 2013-002804 ; Rec. Cons. const. 2013, p. 293 ; Cons. const., 2 juin 2017, n° 2017-633 QPC Collectivité territoriale de la Guyane [Rémunération des ministres du culte en Guyane] : JurisData n° 2017-010605 ; JCP A 2017, act. 416 ; JCP A 2017, 2215. Le Conseil d'État évoque « un principe constitutionnel de liberté d'expression religieuse » : CE, 27 juin 2008, n° 286798 : JurisData n° 2008-073784 ; Lebon T. 2008, p. 737 et 743 ; JCP A 2008, 2205, comm. Ph. Malaurie ; JCP G 2008, II, 10151, note Malaurie), et qui implique la libre disposition des biens nécessaires à l'exercice d'un culte (CE, ord., 25 févr. 2016, n° 397153 : JurisData n° 2016-004793, pour l'état d'urgence et CE, 11 janv. 2018, n° 416398, Association Communauté musulmane de la cité des Indes : JurisData n° 2018-000251 ; JCP A 2018, act. 103, note M. Touzeil-Divina, pour l'article L. 227-1 du CSI).

L'arrêté de fermeture est exécutoire 48 heures après sa notification, délai nécessaire pour éventuellement introduire un référé-liberté devant le juge administratif. Sa durée est limitée à six mois et aucun renouvellement n'est prévu, ce qui impose de reprendre une nouvelle mesure de fermeture fondée sur des faits postérieurs à la première mesure. La décision est soumise au contrôle de proportionnalité du juge administratif qui doit notamment tenir compte de la possibilité pour les fidèles d'accéder à d'autres lieux de culte. Dans ces conditions, l'article L. 227-1 du CSI opère selon le Conseil constitutionnel une conciliation entre la préservation de l'ordre public et la liberté de culte qui n'est manifestement pas déséquilibrée (§ 43).

2.2. Les motifs de fermeture sont larges. Le Sénat, soucieux d'une certaine matérialité des faits retenus, avait retiré le motif de la diffusion d'idées ou théories qui fut rétabli par l'Assemblée nationale qui ajouta, sur amendement du Gouvernement, la fermeture en raison de « propos tenus », « d'écrits diffusés » ou « d'activités se déroulant dans ce lieu ». La Ligue des droits de l'homme a invoqué dans sa question prioritaire de constitutionnalité l'imprécision de la notion d'« idées ou théories » (§ 18). On ne peut que constater que le Conseil constitutionnel oublie dans la présente décision de répondre à ce moyen.

La Ligue invoquait également l'absence de lien entre la provocation « à la haine ou à la discrimination » et le terrorisme. Dans son avis sur le projet de loi, le Conseil d'État avait proposé de supprimer les motifs de provocation à la discrimination ou à la haine, peu en relation avec les actes de terrorisme (CE, ass., avis, 15 juin 2017, n° 393348), ce qu'avait suivi le Gouvernement, mais non l'Assemblée qui restaura ce motif. Par une réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel impose donc au préfet de prouver le lien entre ces provocations et le risque de commission d'actes de terrorisme (§ 39).

3. La surveillance des personnes constituant une menace pour la sécurité et l'ordre publics

3.1. Selon l'article L. 228-5 du CSI, le ministre de l'Intérieur peut faire obligation à toute personne mentionnée à l'article L. 228-1 « de ne pas se trouver en relation directe ou indirecte avec certaines personnes, nommément désignées, dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité publique. » Cette interdiction doit donc satisfaire aux conditions posées par l'article L. 228-1 du CSI, c'est-à-dire être prononcées « aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme » à l'encontre de « toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ». Au ministre de prouver que ces conditions sont bien remplies. L'article L. 228-1 avait déjà été déclaré suffisamment précis (Cons. const., 16 févr. 2018, n° 2017-691 QPC, § 15 : JurisData n° 2018-002673 ; JCP A 2018, act. 175). Sans surprise, le Conseil juge donc que le législateur a déterminé avec suffisamment de précision lesdites conditions (§ 46).

Une telle interdiction porte à l'évidence atteinte au respect de la vie privée et familiale et à la liberté d'aller et venir (§ 48. V. Cons. const., 22 déc. 2015, n° 2015-527 QPC, Cédric D. : JurisData n° 2015-028419 ; JO 26 déc. 2015 ; JCP A 2016, 2039, note M. Verpeaux, pour les assignations à résidence de l'état d'urgence). Celle-ci, justifiée par la lutte contre le terrorisme et donc la prévention des atteintes à l'ordre public, doit être proportionnée. Le Sénat avait voulu restreindre cette interdiction aux personnes dont le comportement est lié à des activités à caractère terroriste, mais la commission des lois de l'Assemblée a, sur proposition du Gouvernement, élargi le champ de l'interdiction. Le Conseil constitutionnel énonce donc une réserve d'interprétation : la menace représentée par les personnes avec lesquelles il est interdit d'entrer en relation doit être en lien avec la lutte contre le terrorisme (§ 50). Il considère ensuite la durée de la mesure, qui ne peut excéder six mois et dont le renouvellement est subordonné à la production d'éléments nouveaux ou complémentaires et dont la durée totale cumulée ne peut excéder douze mois. Le Conseil ajoute enfin une réserve d'interprétation selon laquelle le ministre doit également tenir compte des liens familiaux de la personne (§ 51. V. Cons. const., 1er déc. 2017, n° 2017-674 QPC, M. Kamel D, § 11 : JCP A 2017, act. 806, sur l'assignation des ressortissants étrangers qui, au-delà d'une certaine durée, doit être justifiée par des circonstances particulières et tenir compte des liens familiaux). Dans ces conditions, la conciliation opérée par la loi ne serait pas manifestement déséquilibrée si les garanties juridictionnelles prévues n'étaient pas insuffisantes.

3.2. Sur ce dernier point, on retrouve exactement le même raisonnement tenu sur l'insuffisance des garanties juridictionnelles relatives aux assignations à résidence (Cons. const., 16 févr. 2018, n° 2017-691 QPC, préc.). L'article 16 de la Déclaration de 1789 implique le droit à exercer un recours juridictionnel effectif, c'est-à-dire accessible en temps utiles (Cons. const., 2 juin

2017, n° 2017-632 QPC, [Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté], § 17 : JurisData n° 2017-010601 ; JCP G 2017, 801, B. Mathieu ; Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, relative au statut d'autonomie de la Polynésie française). Il s'agit d'un principe constitutionnel (CE, 29 juill. 1998, n° 188715, Syndicat des avocats de France : JurisData n° 1998-051023 ; Lebon 1998, p. 313) qui implique également le droit à un procès équitable, le principe du contradictoire et le respect des droits de la défense (Cons. const., 20 janv. 2005, n° 2004-510 DC, Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance ; Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC, cons. 7 : JurisData n° 2011-015905 ; JCP G 2011 n° 717, note À.-M. Luciani ; Contrats, conc. consom. 2011, comm. 159, M. Malaurie-Vignal ; Cons. const., 27 janv. 2012, n° 2011-214 QPC, Sté COVED SA, cons. 5 : JurisData n° 2012-001572 ; Rec. Cons. const. 2012, p. 94). Du recours effectif devant le juge administratif a déjà dépendu la constitutionnalité de l'interdiction de sortie du territoire (Cons. const., 14 oct. 2015, n° 2015-490 QPC, Interdiction administrative de sortie du territoire, cons. 9), de l'assignation en période d'état d'urgence (Cons. const., 22 déc. 2015, n° 2015-527 QPC, Domenjoud, cons. 12 : JurisData n° 2015-028419 et Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC, Sofiyan I, § 18 : JurisData n° 2017-005429 ; JCP A 2017, act. 205) ou des saisies de données informatiques lors des perquisitions administratives de l'état d'urgence (Cons. const., 2 déc. 2016, n° 2016-600 QPC, § 8 : JurisData n° 2016-026247 ; Dr. adm. 2017, alerte 5). Le juge administratif, constitue ainsi l'une des garanties fondamentales des libertés, notamment en exerçant un contrôle de proportionnalité sur les mesures de police administrative, y compris lors de l'état d'urgence (CE, sect., 11 déc. 2015, n° 395009, Domenjoud : JurisData n° 2015-028248 ; Lebon 2015, p. 437, concl. X. Domino ; Dr. adm. 2016, comm. 25, G. Eveillard ; JCP A 2015, act. 1068, obs. L. Erstein ; CE, ass., 6 juill. 2016, n° 398234 et 399135, Napol et autres : JurisData n° 2016-012962).

La décision d'interdiction d'entrer en relation avec certaines personnes peut, selon la loi, faire l'objet, dans un délai de 48 heures, d'un référé-suspension ou d'un référé-liberté et, dans un délai de deux mois, d'un recours en annulation qui sera jugé dans un délai de quatre mois. En premier lieu, le Conseil estime que le juge ne doit pas se prononcer dans un délai de deux mois, mais dans de « brefs délais » (§ 53), ce qui semble impliquer un délai compté non en mois, mais en jours, voire en heures. Le Conseil constitutionnel avait déjà fait le même raisonnement concernant le recours au juge judiciaire contre une hospitalisation sans consentement (Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC : JurisData n° 2010-030695). En second lieu, le Conseil note que si le référé-liberté contre le renouvellement de l'interdiction a un effet suspensif, le contrôle du juge est toutefois limité aux « atteintes graves et manifestement illégales » à une liberté fondamentale (par exemple, Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, préc.). C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel estime que le référé-liberté constitue une garantie juridictionnelle insuffisante (§ 54). Toutefois, l'abrogation immédiate de la référence à l'article L. 521-2 du CJA empêcherait l'exécution des décisions de renouvellement en temps utile (§ 72) alors que l'ordre et la sécurité publics sont en jeu. En conséquence, le Conseil constitutionnel décide le report de l'abrogation au 1er octobre 2018 afin que le législateur ait le temps de préciser la nature du nouveau recours devant le juge administratif, recours devant donc allier un contrôle de proportionnalité et de brefs délais de jugement.

4. Les visites domiciliaires et saisies

4.1. La loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 a inventé les perquisitions administratives en période d'état d'urgence, décidées par arrêté préfectoral « lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ». Elles s'effectuent de jour comme de nuit, mais dans ce dernier cas avec une « motivation spéciale fondée sur l'urgence ou les nécessités de l'opération », en présence d'un officier de police judiciaire et de l'occupant qui peut être retenu jusqu'à quatre heures. La saisie de données informatiques est rendue possible par la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016, mais une autorisation d'exploitation des données doit être obtenue devant le juge des référés du tribunal administratif qui statue dans les 48 heures. S'inspirant de ce dispositif, l'article L. 229-1 du CSI confie au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris le pouvoir d'autoriser, sur demande motivée du préfet et après avis du procureur de la République, une visite domiciliaire et la saisie de données informatiques « aux fins de prévenir des actes de terrorisme » dans des lieux dont il existe « des raisons sérieuses de penser » qu'ils sont fréquentés « par une personne dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse (...) ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ». À nouveau, le juge constitutionnel considère que la loi définit avec suffisamment de précision les conditions des visites domiciliaires (§ 59).

De telles visites sont de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile. Rattaché à l'origine à la liberté individuelle (Cons. const., 18 janv. 1995, n° 95-352 DC et n° 97-389 DC), le droit au respect de la vie privée se fonde aujourd'hui sur l'article 2 de la Déclaration de 1789 (Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, Loi relative au pacte civil de solidarité, consid. 3 : Rec. Cons. const. 1999, p. 116 ; JCP G 2000, I, 210, chron. N. Molfessis). Des garanties administratives et juridictionnelles sont donc nécessaires (Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC ; Cons. const., 23 sept. 2016, n° 2016-657/568 QPC et Cons. const., 2 déc. 2016, n° 2016-600 QPC, pour les perquisitions administratives de l'état d'urgence ; Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-19/27 QPC, pour les perquisitions fiscales ; Cons. const., 4 avr. 2014, n° 2014-387 QPC, pour les visites domiciliaires contre le travail dissimulé ; Cons. const., 18 mai 2016, n° 2016-541 QPC, pour les visites douanières des navires). Selon l'article L. 229-2, la perquisition s'effectue en présence de l'occupant des lieux et sous le contrôle du juge, entre 6h et 21h, sauf autorisation du juge fondée sur l'urgence ou les nécessités de l'opération, nécessités qui avaient déjà justifié les visites de nuit dans le cadre des enquêtes de flagrance (Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC : JurisData n° 2004-269979 ; Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire : JurisData n° 1996-765137 ; Rec. Cons. const., p. 87 : l'interdiction des visites de nuit est un principe fondamental reconnu par les lois de la République, cons. 15. Une visite de nuit ne peut être à la discrétion du procureur pour une enquête préliminaire ou une instruction préparatoire, cons. 18) ou du contrôle douanier de navires en

mer (Cons. const., 29 nov. 2013, n° 2013-357 DC. À l'inverse, la visite de nuit des navires à quai ou sur les rivières et canaux porte une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée). L'article L. 229-4 permet également à l'officier de police judiciaire de retenir pendant quatre heures la personne « à l'égard de laquelle a été autorisée la visite », après information du juge des libertés et de la détention « lorsqu'elle est susceptible de fournir des renseignements sur les objets, documents et données présents sur le lieu de la visite ». L'accord express du juge n'est exigé que pour la rétention de mineurs. Le Conseil constitutionnel complète ces garanties par une réserve d'interprétation : si la visite permet la découverte d'éléments révélant l'existence d'autres lieux répondant aux conditions de l'article L. 229-1, leur visite doit être autorisée par le juge, respecter les garanties de l'article L. 229-2 et être soumise aux voies de recours prévues par l'article L. 229-3 (§ 62). Ainsi, ces visites ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, à l'inviolabilité du domicile, à la liberté d'aller et venir ou au droit à un recours juridictionnel effectif (§ 66).

4.2. Comme pour les perquisitions administratives de l'état d'urgence, la loi prévoit la saisie de tout document, objet ou données. Les données pourront être copiées ou leur support saisi si la copie ne peut être réalisée pendant la visite. Dès la fin de celle-ci, l'autorité administrative saisira d'une demande d'exploitation le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris qui statuera dans les 48 heures. Les données et les supports saisis seront conservés pendant un temps strictement nécessaire à leur exploitation puis seront restitués à leur propriétaire, le cas échéant après copie des données qu'ils contiennent et à l'issue d'un délai maximal de quinze jours. Ces délais pourront être prorogés, pour la même durée, par le juge des libertés et de la détention saisi par l'autorité administrative au moins 48 heures avant leur expiration. Au final, les données copiées seront détruites au bout de trois mois. Toutes ces garanties s'inspirent de celles prévues pour la saisie, la conservation et l'exploitation des données dans le cadre de l'état d'urgence (Cons. const., 2 déc. 2016, n° 2016-600 QPC, préc., § 8, le Conseil constitutionnel ayant censuré l'absence d'autorisation par un juge : Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC, Ligue des droits de l'homme : JurisData n° 2016-002623 ; JO 21 févr., texte n° 27 ; JCP 2016, n° 477, note C. Ribeyre ; JCP A 2016, n° 2139, note M. Verpeaux ; ou la conservation sans durée maximale : Cons. const., 2 déc. 2016, n° 2016-600 QPC, § 16 : JurisData n° 2016-026247).

Mais le juge relève d'office une violation du droit de propriété (§ 68). D'abord consacré comme principe constitutionnel (Cons. const., 5 janv. 1982, n° 81-134 DC, cons. 6), il est aujourd'hui déduit des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 (Cons. const., 16 janv. 1982, n° 82-132 DC : Rec. Cons. const. 1982, p. 18, n° 84-189 DC, Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-256 DC, Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles : Rec. Cons. const., p. 53 ; Cons. const., 8 janv. 1991, n° 90-283 DC : JurisData n° 1991-607017 ; Cons. const., 15 janv. 1992, n° 91-303 DC : Rec. Cons. const. 1992, p. 15 ; Cons. const., 29 juill. 1998, n° 98-403 DC : JurisData n° 1998-933489 et Cons. const., 29 janv. 2015, n° 2014-444 QPC : JurisData n° 2015-002159). En l'espèce, si la saisie de données est entourée de garanties suffisantes, la saisie de « documents » et « objets » n'en comporte pas : aucune règle n'encadre leur exploitation, conservation et restitution. Le Conseil constitutionnel censure donc la possibilité de saisir ces documents et objets. Hormis cette dernière disposition et les garanties juridictionnelles insuffisantes des mesures de surveillance des personnes constituant une menace pour la sécurité et l'ordre publics, et sous quelques réserves d'interprétation d'une utilité assez modeste, les mesures ici contrôlées et inspirées de l'état de l'urgence, sont jugées compatibles avec le respect des droits et libertés fondamentaux.