

UNIVERSITÉ DE LILLE
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET
SOCIALES

MASTER MENTION DROIT PUBLIC
MASTER 2 DROIT PUBLIC GÉNÉRAL ET CONTENTIEUX
PUBLIC

L'état d'urgence et le juge

Loïc LANCIAUX

Mémoire de recherche

Sous la direction de M. le Professeur Jean Philippe DEROSIER

Année universitaire 2017-2018



Les opinions émises dans le présent travail sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université de Lille.

UNIVERSITÉ DE LILLE
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET
SOCIALES

MASTER MENTION DROIT PUBLIC
MASTER 2 DROIT PUBLIC GÉNÉRAL ET CONTENTIEUX
PUBLIC

L'état d'urgence et le juge

Loïc LANCIAUX

Mémoire de recherche

Sous la direction de M. le Professeur Jean Philippe DEROSIER

Année universitaire 2017-2018

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier particulièrement le Professeur Jean-Philippe DEORISER sans qui la réalisation de ce travail n'aurait pas été possible. Je le remercie pour sa confiance et ses conseils avisés.

Je remercie également M. Charles-Edouard MINET, Premier-Conseiller du corps des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, de m'avoir permis de nourrir ma réflexion de son expérience du contentieux d'état d'urgence.

Je remercie de même M. Olivier YEZNIKIAN, Président du corps des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, premier Vice-président de la Cour administrative d'appel de DOUAI de m'avoir permis, avec bienveillance, de mieux comprendre les rouages de la juridiction administrative et l'office du juge administratif.

Je remercie enfin l'ensemble des personnes, membres de ma famille, amis et doctorants, pour leur soutien indéfectible.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

AJDA : Actualité juridique du droit administratif

AJ Pénal : Actualité juridique pénal

C.Cass : Cour de cassation

CE : Conseil d'État

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

Cons. const : Conseil constitutionnel

Convention EDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

D. : Recueil Dalloz

DDHC : Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen

Dr. Adm. : Revue de droit administratif

Gaz. Palais : Gazette du Palais

JCP G : La Semaine juridique édition générale

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

RDP : Revue du droit public

Rev. Adm : Revue administrative

RFDA : Revue française de droit administratif

RSC : Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé

Trib. Conflits : Tribunal des Conflits

| | |
|--|-----|
| TABLE DES MATIÈRES | |
| REMERCIEMENTS | 1 |
| TABLE DES ABRÉVIATIONS | 2 |
| TABLE DES MATIÈRES | 3 |
| INTRODUCTION | 4 |
| CHAPITRE 1 : Un contentieux peu novateur mais adapté au contexte d'état d'urgence | 18 |
| Section 1 : Un bornage des prérogatives de l'administration dans le contexte d'état d'urgence par le renforcement du recours aux juges constitutionnels et administratifs | 19 |
| Section 2 : Un contentieux adapté au contexte d'état d'urgence | 53 |
| CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE | 83 |
| CHAPITRE 2 : L'intervention du juge judiciaire dans le contexte d'état d'urgence, un rôle demeuré marginal manifestant les tensions entre les ordres juridictionnels. | 84 |
| Section 1 : L'état d'urgence, révélateur d'une tension entre les ordres juridictionnels dans le contentieux de la sécurité | 84 |
| Section 2 : L'intervention du juge pénal dans le contentieux de l'état d'urgence, le dépassement d'une apparente symétrie des contentieux | 110 |
| CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE | 133 |
| CONCLUSION GÉNÉRALE | 134 |
| BIBLIOGRAPHIE ET INDEX DES AVIS ET JURISPRUDENCES | 141 |
| INDEX | 152 |

INTRODUCTION

« *La liberté du juge en temps de crise est très limitée. En une époque tourmentée, le juge ne peut aller à contre-courant. Il ne peut défendre le droit à lui seul, alors que le Parlement, soit accorde les pouvoirs exceptionnels, soit se montre très conciliant envers les initiatives de l'exécutif.* »¹

L'office du juge s'entend comme étant composé de deux éléments².

D'une part, l'office du juge implique de juger, donc de dire le droit afin de trancher un litige. Dans ce cadre, le juge est dépendant des règles de droit édictées en vertu desquelles il statue. Ainsi, la première limite du juge découle de la teneur de la règle de droit elle-même, laquelle, comme l'exprime Paul Leroy, est plus favorable à l'exécutif en période de crise.

D'autre part, l'office du juge s'étend à « *une notion technique et fonctionnelle* »³. Il s'agit là d'examiner les mesures, généralement procédurales, que le juge possède afin d'exercer sa mission.

Il semble enfin que l'office du juge soit également dépendant du contexte dans lequel il s'inscrit. Le strict respect de la règle de droit en période d'application du droit commun doit pouvoir s'effacer dans un contexte de crise, notamment lorsque la sécurité des personnes ou l'intégrité du territoire est menacée. Au lendemain de la déclaration de l'état d'urgence en novembre 2015 s'est manifestée la crainte d'un contrôle effacé du juge, tant en raison du contexte, que des pouvoirs procéduraux qu'il possède.

Cette dernière période d'état d'urgence est particulièrement significative. Premièrement, elle a été par sa durée, du 14 novembre 2015 au 31 octobre 2017, la deuxième plus longue application de ce régime après celle opérée par le Général de Gaulle en 1961. Deuxièmement, elle s'inscrit dans un contexte meurtrier, puisqu'à la suite d'attaques terroristes commises à Paris la nuit du 13 au 14 novembre 2015, 130 personnes sont décédées et plus de 400 autres

¹ Paul LEROY, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris : LGDJ, Collection Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, 1966, p. 129.

² Caroline LECLERC, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Yan Laidié (dir.), thèse de doctorat en droit public, Paris : L'Harmattan, collection Logiques juridiques, 2014. Si l'auteure traite exclusivement du juge administratif, ces apports sont aisément transposables à l'ensemble des juges.

³ *Id.*, p25.

ont été blessées⁴. Troisièmement, elle marque la réactivation d'une loi héritée de la IV^{ème} République qui sera abondamment modifiée durant cette période.

Dans un environnement juridique nouveau, un contexte factuel marqué par des risques d'atteinte à l'ordre public et une réponse ferme des pouvoirs publics, il existe donc un risque que le balancier dans la conciliation entre ces facteurs et les libertés soit déplacé au profit de la sécurité.

Afin de déterminer la véracité de cette hypothèse, il convient à titre liminaire de rappeler quelques éléments généraux sur le régime d'état d'urgence pour en comprendre les caractéristiques avant d'identifier les juges intervenant durant l'application de l'état d'urgence ainsi que leur rôle.

Le régime d'état d'urgence

L'état d'urgence est un régime d'exception prévu pour remédier à une situation de crise et construit sur l'exclusion d'autres régimes dérogeant à la légalité ordinaire.

Premièrement, à la différence d'autres régimes d'exception, l'état d'urgence est un régime législatif entièrement régi par la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Il s'oppose par conséquent au régime des plein-pouvoirs de l'article 16 de la Constitution permettant au Président de la République de prendre les mesures visant à faire face à une menace grave et immédiate pesant sur les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux et à l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels. Il s'oppose également à la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles fondée par le juge administratif pour tempérer les obligations formelles, procédurales et matérielles pesant sur l'administration durant la Première Guerre mondiale⁵.

⁴ Clémence APETOGBOR, « Attentats du 13 novembre: Toujours 27 personnes hospitalisées », *in 20 Minutes*, 1^{er} mars 2016.

⁵ CE, 28 juin 1918, Heyriès, n°63412, recueil p. 651, CE 28 février 1919, Dames Dol et Laurent, n°61593, recueil p. 208.

Demeure le régime de l'état de siège trouvant son assise à l'article 36 de la Constitution et codifié aux articles L. 2121-1 à L. 2121-8 du Code de la défense. Son fondement est donc constitutionnel, mais son régime est législatif, régi historiquement au sein de la loi du 9 août 1849 puis codifié au sein du Code de la défense (article L. 2121-1 et suivants). Cependant, l'application sur un même territoire de l'état d'urgence est exclusive de celle de l'état de siège en vertu de l'article L. 2131-1 du code de la défense. La caractéristique purement législative de l'état d'urgence persiste, même si elle apparaît de plus en plus incertaine au regard du récent débat sur la constitutionnalisation de l'état d'urgence. La volonté portée par le Président de la République François Hollande était de permettre que soit inscrit dans la Constitution l'ensemble des situations dérogeant à la légalité ordinaire afin d'en assurer un contrôle plus strict, en particulier par le Conseil constitutionnel. Cette volonté de constitutionnalisation n'est pas nouvelle et était déjà préconisée par le Comité Balladur⁶. Cependant, les détracteurs de cette mesure ont argué qu'elle n'était pas nécessaire en raison de la posture jurisprudentielle du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel⁷.

Le Président de la République a finalement renoncé à la constitutionnalisation de l'état d'urgence en raison des dérives portées aux dispositions relatives à la déchéance de nationalité accompagnant la constitutionnalisation de l'état d'urgence. Le débat reste donc entier quant à la justification d'un régime constitutionnel de l'état d'urgence à l'instar de l'état de siège et il n'est donc pas à exclure qu'il puisse être prochainement constitutionnalisé.

⁶ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une Vème République plus démocratique* [en ligne], Paris : Le Documentation française, 2009, p. 21., disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000697.pdf> [consulté le 24 mars 2017]. « Force est en effet de constater que, même s'il y a lieu de mettre à jour les mécanismes de l'état de siège et de l'état d'urgence – ce que le Comité recommande de faire en modifiant les dispositions de l'article 36 de la Constitution de telle sorte que le régime de chacun de ces états de crise soit défini par la loi organique et la ratification de leur prorogation autorisée par le Parlement dans des conditions harmonisées (Proposition n° 10) – la diversité des menaces potentielles qui pèsent sur la sécurité nationale à l'ère du terrorisme mondialisé justifie le maintien de dispositions d'exception. »

⁷ Bertrand Mathieu, « La tentative de révision constitutionnelle relative à l'état d'urgence et à la déchéance de nationalité - Radiographie d'un échec », in *RFDA*, 2016. 417.

Deuxièmement, l'état d'urgence se présente comme un régime civil. A la différence de l'état de siège, prévoyant le dessaisissement des compétences des autorités civiles en matière de maintien de l'ordre et de police au profit des autorités militaires, l'état d'urgence demeure un régime fondé sur la police administrative dont les compétences restent dévolues aux autorités administratives. Pour cette raison, son existence est consacrée à l'article L. 213-1 du Code de la sécurité intérieure renvoyant à la loi du 3 avril 1955. Toutefois, à l'instar du régime d'état de siège, la loi du 3 avril 1955 prévoyait la possibilité de recourir par décret conjoint des ministres de la justice et de la défense à l'intervention de juridictions militaires pour les crimes et délits relevant de la cour d'assises. La loi du 21 novembre 2015 prorogeant l'état d'urgence supprime cette faculté tombée en désuétude. Depuis 2015, l'état d'urgence est donc un régime strictement civil.

L'état d'urgence semblerait donc se rapprocher des plein-pouvoirs de l'article 16 de la Constitution en ce qu'il augmente les pouvoirs du Président de la République. Tel n'est pourtant pas le cas dès lors que si l'état d'urgence augmente les prérogatives de l'administration en matière de police, il ne bouleverse aucunement l'équilibre institutionnel entre le législatif et l'exécutif, à la différence des plein-pouvoirs concentrant l'ensemble des pouvoirs nécessaires pour faire disparaître la menace grave ayant justifié leur mise en œuvre dans les mains du Président de la République.

Troisièmement, régime de crise, l'état d'urgence permet une réduction des libertés publiques. Il s'agit de la principale caractéristique retenue par la doctrine dans la définition de l'état d'urgence, le Professeur Gaudemet le définissant comme un « *régime spécial de restrictions des libertés* »⁸. Deux principales caractéristiques quant aux mesures peuvent être mises en avant. D'une part, il s'agit d'un régime spécial en ce sens que les mesures conférées par la loi du 3 avril 1955 sont dérogatoires du droit commun et plus favorables à l'administration. L'état d'urgence a la spécificité de combiner des mesures provisoires telles que le contrôle de la presse (abrogé en 2011), les assignations à résidence, les interdictions de séjour, les périmètres de protection et les perquisitions administratives avec des mesures de nature permanente telles que l'interdiction des réunions de nature à entretenir le désordre, des cortèges et rassemblements dont l'administration ne peut assurer la sécurité ainsi que la dissolution des associations ou groupements de fait qui participent à la commission d'actes

⁸ Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 19^e édition, Paris : LGDJ. Lextenso éditions, 2010, p. 345.

portant une atteinte grave à l'ordre public ou dont les activités facilitent cette commission ou y incitent. D'autre part, les mesures prises peuvent être graduées et s'adresser à différents types de personnes. La Direction de l'information légale et administrative présente l'état d'urgence comme prévoyant des mesures restrictives de liberté pour les personnes présentant un danger pour la sécurité⁹. Une telle définition ne doit pas masquer le fait que certaines mesures sont susceptibles de s'adresser à l'ensemble de la population. Si les assignations à résidence et les perquisitions administratives sont réservées aux personnes dont le comportement représente une menace pour la sécurité et l'ordre publics, les interdictions de réunion, fermetures provisoires de débit de boissons et lieux de réunions ainsi que les périmètres de protection concernent l'ensemble des personnes souhaitant se rendre dans ces lieux ou participer aux manifestations concernées. Une corrélation existe donc uniquement entre degré de restriction des libertés et dangerosité de la personne visée par la mesure.

La doctrine divise traditionnellement l'état d'urgence en deux catégories. Existe premièrement l'état d'urgence dit « simple » regroupant l'ensemble des mesures appliquées sans nécessité d'une démarche additionnelle. Il s'agit des interdictions de séjour, de la possibilité d'ordonner la remise des armes et des réquisitions. S'y oppose deuxièmement, l'état d'urgence dit « aggravé » se caractérisant par la nécessité d'une habilitation spéciale ou d'une démarche additionnelle. Tel est le cas des assignations à résidence, des perquisitions administratives, des blocages de sites Internet et des mesures relatives à la police des réunions et manifestations. Ces deux formes d'état d'urgence illustrent une gradation dans les mesures et peut justifier une application différenciée de l'état d'urgence selon l'intensité de la menace¹⁰. La matérialisation concrète de cette distinction ressort des décrets d'application de l'état d'urgence. La loi du 3 avril 1955 prévoyait initialement que l'état d'urgence était autorisé par le législateur. En 1960, une ordonnance signée par le Général de Gaulle modifie

⁹ « Prévu par la loi n°55-385 du 3 avril 1955, l'état d'urgence est une mesure exceptionnelle pouvant être décidée par le Conseil des ministres, soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas de calamité publique (catastrophe naturelle d'une ampleur exceptionnelle). Il permet de renforcer les pouvoirs des autorités civiles et de restreindre certaines libertés publiques ou individuelles pour des personnes soupçonnées d'être une menace pour la sécurité publique. », Direction Information Légale et Administrative, « État d'urgence et autres régimes d'exception », 24 mai 2017, disponible sur <http://www.vie-publique.fr/actualite/faq-citoyens/etat-urgence-regime-exception/#art12727> [consulté le 9/10/2017].

¹⁰ Olivier BEAUD, Cécile GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence étude constitutionnelle, historique et critique*, Issy-Les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2016, pp. 30 et suivantes et Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, « Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016 » [en ligne], 26 janvier 2017, p. 4., disponible sur www.cncdh.fr [consulté le 24 mars 2018].

cet équilibre en prévoyant que l'état d'urgence est déclaré par décret en Conseil des ministres pour une durée maximale de 12 jours. Par conséquent, alors qu'un premier décret déclenche l'application de l'état d'urgence sur un territoire donné, un second fixe les mesures pouvant être prises par les autorités administratives dans le cadre de l'état d'urgence aggravé¹¹. Cette deuxième catégorie de mesures se révèlent être bien plus attentatoires aux libertés que celles mobilisables dans le cadre de l'état d'urgence « simple ».

Au-delà de cette durée de 12 jours, le législateur doit voter une loi prorogeant l'application de l'état d'urgence, lequel cessera de s'appliquer s'il est levé par décret ou de plein droit si le législateur refuse la prorogation de l'état d'urgence et que le délai de 12 jours est écoulé. De même, il sera levé dans les 15 jours lorsque l'Assemblée nationale est dissoute ou si le Gouvernement démissionne. Il convient donc de distinguer la loi du 3 avril 1955, acte règle, des décrets ou des lois de prorogation, actes condition, seuls concernés par la caducité de l'état d'urgence¹². Cette distinction permet de justifier l'application de la loi du 3 avril 1955 alors que le régime d'état d'urgence est auparavant tombé en caducité.

Quatrièmement, l'état d'urgence peut être vu comme un régime de réponse circonstancielle. En effet, ce régime d'exception est né dans le contexte des événements d'Algérie dès 1954. L'état de siège ne pouvait valablement être mis en œuvre dans un contexte où les troubles ne trouvaient pas leur origine dans une insurrection armée étrangère mais dans des attentats émanant du Front de Libération Nationale algérien. Ces troubles revêtaient donc un aspect interne à l'État dont la teneur nécessitait une augmentation des capacités d'investigation et une plus grande rapidité d'action de l'exécutif. Les gouvernements de Pierre-Mendès France et d'Edgar Faure, en réaction à l'épisode de la Toussaint Sanglante de novembre 1954, ont porté un texte novateur reprenant les mesures permises dans le cadre de l'état de siège en les adaptant au contexte algérien. Ce nouveau régime est toutefois moins contraignant que celui de l'état de siège, car offrant plus de libertés dans le choix des mesures à mettre en œuvre et n'entraînant pas de transfert automatique des

¹¹ Voir décret n° 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi no 55-385 du 3 avril 1955 et décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 JORF n°0264 du 14 novembre 2015 page 21297.

¹² Olivier BEAUD, Cécile GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence étude constitutionnelle, historique et critique*, Issy-Les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2016, p. 35.

pouvoirs à l'autorité militaire, ce régime se veut donc être une réponse à de nouvelles formes de crises¹³.

Ainsi, la loi du 3 avril 1955 prévoit-elle en son article 1^{er} que l'état d'urgence peut être déclenché « *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* ». Assurément souples, ces deux notions permettent une application particulièrement large, même si les applications qui en ont été faites jusqu'à présent n'ont jamais été en réponse à des événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique. De tels motifs ont rapidement inspiré la crainte des députés. Le député Maton soutenait ainsi que le motif relatif au péril imminent était « *extrêmement vague et élastique [...] vraiment trop général et donnerait à l'état d'urgence un champ d'application indéfini [...]. Une telle disposition légale permettrait à une majorité parlementaire et à un gouvernement de se livrer aux pires aventures anticonstitutionnelles et antirépublicaines* »¹⁴. Quoiqu'il en soit, ce critère prévaut aujourd'hui.

L'état d'urgence a ainsi été mis en œuvre à trois reprises durant les événements d'Algérie¹⁵, puis à trois reprises face aux émeutes en Outre-mer¹⁶, en 2005 pendant presque deux mois pour faire face à la propagation des troubles à l'ordre public dans plusieurs grandes villes, enfin en 2015 en réaction aux attaques terroristes pendant vingt-trois mois. S'agissant de cette dernière période, seul l'état d'urgence pouvait être appliqué. En effet, les conditions du recours à l'article 16 n'étaient pas remplies, le fonctionnement régulier des services publics constitutionnels n'étant pas interrompu. *A contrario*, la théorie des circonstances exceptionnelles ne semblait pas suffisante pour faire face à cette situation¹⁷. L'état de siège paraissait également éloigné du contexte et les mesures prévues par cette législation inadaptées tant au nouveau contexte juridique et constitutionnel, qu'à la situation de fait, les

¹³ Ramu DE BELLESCIZE, *Droit administratif général*, Paris : Gualino, 2017, pp. 65-66.

¹⁴ Pascal MBONGO (dir), *L'état d'urgence, la prérogative et l'État de droit*, Paris : Institut universitaire de Varenne, LGDJ-Lextenso éditions, 2017, p. 177.

¹⁵ En 1955 pour moins de huit mois, lors de la survenance du Putsch d'Alger du 13 mai 1958, durant un mois et demi, en 1961 jusque 1963 lors du Putsch des Généraux, ayant entraîné l'application concomitante de l'article 16 de la Constitution. Le Conseil d'État a toutefois estimé que l'état d'urgence avait pris fin en octobre 1962.

¹⁶ En Nouvelle-Calédonie, le 12 janvier 1985 par le Haut-Commissaire de la République durant six mois, sur les îles de Wallis et Futuna en 1986 pour une journée, en Polynésie française en 1987.

¹⁷ Jacqueline MORAND DEVILLER, « Réflexions sur l'état d'urgence » [en ligne], in, *Le Courant Juridique*, Petru Major University, 2016, 65, 75, 2016, p. 76, disponible sur <https://ideas.repec.org/a/pmu/cjurid/v65y2016p75-85.html> [consulté le 24 mars 2018].

troubles à l'ordre public relevant non d'une agression extérieure mais d'une menace interne à l'État.

Chacune de ces mises en œuvre de l'état d'urgence a été l'occasion d'appliquer prioritairement des mesures en fonction des troubles à faire cesser. Ainsi, en 1954, faire face à une menace armée impliquait la nécessité de perquisitions administratives et de mesures de remise des armes, alors que les troubles dans les banlieues des grandes villes pouvaient être évitées par des mesures de couvre-feu. Enfin, les récents attentats ont nécessité d'une part des mesures individuelles de contrôle des personnes (interdiction de séjour, assignation à résidence), d'autre part des mesures de déstabilisation des réseaux djihadistes (perquisitions administratives) et enfin de contrôle de la sécurité des grandes manifestations (périmètres de protection). Par conséquent, la loi du 3 avril 1955 s'enrichit de dispositions en fonction des situations que l'état d'urgence tend à régir. Ses usages récents ont ouvert la possibilité de recourir à ce régime pour « *des motifs variés d'atteinte à l'ordre public* »¹⁸.

Les juges de l'état d'urgence

Juger l'état d'urgence peut avoir une signification plurielle. En premier lieu, l'état d'urgence peut être jugé par l'opinion publique. Les débats parlementaires de la loi de 1954 faisaient ressortir les craintes d'un jugement sévère de l'histoire¹⁹. En réalité, ce jugement peut être rattaché à une conception renvoyant à la possibilité de « *se former, avoir, énoncer un avis, une opinion* »²⁰. De telles appréciations relèvent exclusivement de facteurs sociologiques, psychologiques ou historiques et ne comportent aucune portée juridique.

Dans la continuité de cette définition se trouve l'association d'acteurs institutionnels qui peuvent également être amenés dans l'exercice de leurs missions à porter une opinion sur l'état d'urgence. Tel est le cas par exemple de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, assistant le Premier ministre sur les thématiques des Droits de l'Homme lorsque

¹⁸ Jean-Louis HALPERIN, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Eric MILLARD (dir.), *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation*, Nanterre : Presses universitaires de Paris Nanterre, 2017, p12.

¹⁹ « *Votre loi, si elle est votée, sera sévèrement jugée par l'histoire.* ». Extrait des débats parlementaires par Olivier BEAUD et Cécile GUERIN-BARGUES, *l'état d'urgence étude constitutionnelle, historique et critique*, Issy-Les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2016, p. 9.

²⁰ Académie française, *Dictionnaire* [en ligne], disponible sur <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?15;s=3843744795;;>) [consulté le 4 août 2018].

celui-ci la consulte, ou par interpellation publique du Parlement et du Gouvernement²¹. Il en va de même du Défenseur des Droits, chargé d'examiner les plaintes des citoyens dans les domaines de l'accès aux services publics, des droits de l'enfant et de la lutte contre les discriminations ainsi que du respect de la déontologie des acteurs de la sécurité. Quelques mois après le déclenchement de l'état d'urgence, le Défenseur des Droits annonçait avoir reçu 73 réclamations²². Face à ces saisines, il peut effectivement émettre un avis devant les juridictions sur la situation faisant l'objet de son examen et formuler des recommandations à destination des pouvoirs publics. Demeure enfin le contrôle parlementaire de l'état d'urgence institué par la loi du 20 novembre 2015 permettant à l'Assemblée nationale et au Sénat d'être informés et de solliciter toute information sur l'application de l'état d'urgence. Ces trois institutions exercent une forme de jugement sur l'état d'urgence. Il peut être politique, sur l'opportunité d'adopter une mesure, ou de renoncer à d'autres, mais également juridique, sur le sens à donner aux dispositions de l'état d'urgence. En ce sens elles émettent également une opinion sur l'état d'urgence.

Mais elles ne sont pas pour autant juges dans une acception juridique dès lors qu'elles ne « décide[nt pas] d'une affaire, d'un différend en qualité de juge »²³. La conception du juge retenu dans la présente analyse peut ainsi être définie au sens générique comme « toute juridiction quelque soit son degré dans la hiérarchie [...], son pouvoir [...], l'origine de son investiture [...], sa composition ou même l'ordre auquel elle appartient ; tout organe doté d'un pouvoir juridictionnel. »²⁴. L'existence d'un pouvoir juridictionnel est donc le critère retenu afin de qualifier l'existence d'un juge. Le pouvoir juridictionnel s'entend étymologiquement comme le pouvoir de « dire le droit ». A cet égard, l'ordre juridique français connaît l'influence de juridictions internes et européennes.

Ainsi, seront considérés comme juges au sens de ce développement, les magistrats de l'ordre judiciaire auxquels l'article 66 de la Constitution confère le pouvoir de préserver les libertés individuelles.

²¹ Loi n° 2007-292 du 5 mars 2007 relative à la Commission nationale consultative des droits de l'homme, JORF n°55 du 6 mars 2007 page 4215.

²² Chiffres au 26 février 2016 portant principalement sur le déroulement des perquisitions administratives et sur les assignations à résidences, Défenseur des Droits, avis n°16-06 [en ligne], 26 février 2016, disponible sur https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=14359 [consulté le 23 mars 2018].

²³ Académie française, op. cit.

²⁴ Association Henri CAPITANT, Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e édition, Paris : PUF. 2014, p. 580.

Seront également considérés comme juges les membres des juridictions administratives connaissant de « *l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle.* »²⁵.

Sera enfin considéré comme juge le Conseil constitutionnel dans l'exercice de son contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. En effet, le Conseil constitutionnel est amené dans ce cadre à trancher un différend opposant deux conceptions du droit et s'insérant, de manière accessoire, à un litige principal²⁶.

Cette étude ne s'étendra cependant pas aux juges européens dans leur jurisprudence de l'état d'urgence. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas connu d'affaires relevant du régime d'état d'urgence, ce dernier régime n'impliquant pas le droit de l'Union européenne. De même, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) sera écartée pour un triple motif. D'une part, elle n'a pas connu de litige noué autour de l'état d'urgence français. D'autre part, elle pourrait difficilement en connaître, dès lors que le Gouvernement a recouru à la clause de dérogation en cas d'état d'urgence de l'article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Convention EDH) dès le 14 novembre 2015. Il est vrai que l'opérance de cette clause de dérogation peut être débattue en ce que la loi du 3 avril 1955 pour laquelle la dérogation a été effectuée lors de la ratification de la Convention a été sensiblement amendée depuis lors²⁷. Enfin, et quand bien même la CEDH serait saisie de cette question et qu'elle déclarerait le recours recevable, force est de constater que sa jurisprudence n'engendrerait pas de grand bouleversement du régime d'état d'urgence, les juges de Strasbourg s'inscrivant en recul face aux dérogations permises par les circonstances exceptionnelles de l'article 15 de la Convention EDH. Le seul moyen que soit appliquée strictement la Convention serait que les conditions prévues à son article ne soient pas réunies. Sur cette appréciation, la Cour de Strasbourg laisse une grande marge de

²⁵ Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, Journal officiel du 25 janvier 1987, page 924 Recueil, p. 8, considérant 15.

²⁶ La Cour de justice de l'Union européenne ayant accepté de statuer sur renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel alors que l'article 267 TFUE impose que le renvoi émane d'une « juridiction », voir Cons., const., décision 2013-314 P QPC du 4 avril 2013, M. Jeremy F., Journal officiel du 7 avril 2013 page 5799, recueil, p. 523. et CJUE, 30 mai 2013, Jérémy F contre Premier Ministre, C-168/13 PPU.

²⁷ Jean-Louis HALPERIN, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Eric MILLARD (dir.), *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation*, Nanterre : Presses universitaires de Paris Nanterre, 2017, p. 119.

manœuvre aux États²⁸.

Ne pas retenir la CEDH comme juge de l'état d'urgence n'implique cependant pas de faire abstraction du droit de la Convention EDH dont les apports ont été déterminants pour les juges français durant l'état d'urgence.

Enfin, seront écartées les juridictions militaires abrogées depuis 2011.

Les juges dans l'état d'urgence

Les juges ont toujours été présents dans la loi du 3 avril 1955. Si le principe général du droit selon lequel tout acte administratif doit pouvoir être contesté trouve sa consécration dès 1950²⁹, sa valeur infra législative n'excluait pas que la loi du 3 avril 1955 puisse le remettre en cause. Le législateur de 1955 n'a pas retenu cette faculté, signe que le contrôle juridictionnel était perçu comme une nécessité.

L'article 7 de la loi du 3 avril 1955 permettait la possibilité de saisir une commission consultative afin de demander la levée de cette mesure. La décision prise par cette commission était susceptible de recours en excès de pouvoir devant le tribunal administratif, lequel devait statuer dans un délai d'un mois et le Conseil d'État saisi en appel devait, quant à lui, statuer dans un délai de trois mois. Cette voie de droit a perduré jusqu'au 21 novembre 2015 et la saisine de cette commission a été supprimée³⁰.

La Constitution du 4 octobre 1958 a reconfiguré la répartition des compétences en consacrant d'une part un champ de compétence exclusif du juge pénal à l'article 66 de la Constitution et en dotant le régime d'une véritable institution pouvant censurer les méconnaissances de la Constitution par le législateur. Le Conseil constitutionnel a ainsi été saisi de la constitutionnalité de la loi de 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle-

²⁸ La Cour définit ces circonstances comme « *une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la Communauté composant l'État* », CEDH, *Lawless c/Irlande*, 1^{er} juillet 1961, n°3, par. 28. Force est de constater que la menace terroriste présente sur le territoire durant le déclenchement de l'état d'urgence peut permettre de s'inscrire dans cette jurisprudence.

²⁹ CE, Ass., 17 février 1950, Dame Lamotte, n°86949, recueil p. 110.

³⁰ Cette disparition a été critiquée par Paul CASSIA qui y voyait de meilleures garanties que le référé-liberté. Cependant il doit être considéré que confier le contrôle à un juge peut permettre une plus grande impartialité des décisions rendues, Paul CASSIA, *Contre l'état d'urgence*, Paris : Dalloz, 2016, p. 170.

Calédonie et dépendances³¹.

S'agissant de la répartition du contentieux au sein des deux ordres de juridictions, la loi du 3 avril 1955 demeure muette. En ce sens, elle ne bouleverse théoriquement pas les compétences des juridictions ordinaires. En effet, celles-ci demeurent compétentes dans les mêmes matières que durant l'application du droit commun. Le législateur a donc tiré les conséquences de cette répartition actuelle dans sa loi du 21 novembre 2015 en prévoyant « [qu']à l'exception des peines prévues à l'article 13, les mesures prises sur le fondement de la présente loi sont soumises au contrôle du juge administratif dans les conditions fixées par le code de justice administrative, notamment son livre V »³².

Si l'intervention du juge dans l'état d'urgence n'est pas une nouveauté, son intervention durant la dernière application de l'état d'urgence s'est posée dans un cadre inédit. En effet, l'émergence de nouvelles voies procédurales a permis une accélération de l'intervention des juges. La consécration dans le titre V du code de justice administrative de procédures d'urgence au premier plan desquelles le référé-liberté permet de saisir le juge d'une demande à ce que soit mis fin une atteinte à une liberté fondamentale, le juge statuant sous 48 heures. Certes, ces procédures existaient déjà lors de l'application de l'état d'urgence en 2005. Pourtant, leur impact a demeuré contrasté. Comme l'expliquent Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, « *le contentieux auquel a donné lieu le recours à l'état d'urgence, fin 2005, pour faire face à de graves violences urbaines, enseigne que le contrôle du juge, désormais plus rapide grâce aux procédures d'urgence instituées en 2000 est sur le fond contrasté : limité quant à la décision de déclarer l'état d'urgence, assez étroit en ce qui concerne les modalités de mise en œuvre de celui-ci* »³³.

Pour autant, le référé-liberté utilisé en 2005 n'est plus celui de 2015. Il a dû se combiner avec quatre éléments rendant l'état d'urgence connu entre 2015 et 2017 inédit. Il apparaît donc nécessaire de se questionner sur l'étendue du contrôle du juge durant cette dernière période d'état d'urgence.

Premièrement, l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)

³¹ Cons. const., décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, Journal officiel du 26 janvier 1985, page 1137, recueil, p. 43.

³² Article 14-1 de la loi du 3 avril 1955 modifié.

³³ Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, 9^e édition, Issy-les-Moulineaux :LGDJ Lextenso éditions, 2014, p. 302.

en 2010 refonde l'articulation entre les juges et pouvait apparaître comme un moyen de bouleverser la jurisprudence construite jusqu'alors par le juge administratif. La possibilité pour le justiciable de soulever des moyens d'inconstitutionnalité à l'encontre de la loi du 3 avril 1955 représente un intérêt majeur dans l'évolution de la jurisprudence sur la protection des libertés. Au travers de ses dix décisions, toutes rendues par l'intermédiaire de questions prioritaires de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a contribué à poser un encadrement aux mesures de l'état d'urgence.

Deuxièmement, l'augmentation de l'importance du droit au recours effectif dans la jurisprudence constitutionnelle amène la réflexion quant à la portée du contrôle du juge dans le cadre de l'état d'urgence, en particulier quant au curseur de l'effectivité du contrôle du juge dans un régime de crise. Depuis sa décision « *loi relative à la maîtrise de l'immigration* » de 1993³⁴, le Conseil constitutionnel impose l'existence d'une voie de recours. L'introduction de la QPC semble avoir renforcé ses exigences en imposant non seulement l'existence d'une voie de recours mais également son effectivité tant dans son principe que dans la pratique³⁵. Cet approfondissement des exigences des Sages est le corollaire de la lecture faite par la CEDH de ce droit prévu à l'article 13 de la Convention. Il a revêtu durant l'état d'urgence une importance certaine comme en témoigne sa mise en avant auprès du Secrétaire général du Conseil de l'Europe dans 4 des 5 déclarations de recours à l'article 15 de la Convention. Dans ce cadre pourtant, l'intervention du juge administratif pose question. En effet, le privilège du préalable permet à l'administration d'édicter des mesures restrictives de liberté sans autorisation préalable du juge. Par conséquent, « *dans le cas de l'état d'urgence, le juge arrive toujours trop tard* »³⁶. Il est dès lors intéressant de se questionner quant à la mise en balance du droit au recours effectif avec cette intervention *a posteriori* du juge administratif.

Troisièmement, le nombre de recours et la durée de l'état d'urgence ont permis le développement d'un contentieux massif et la fixation d'une véritable jurisprudence dans l'application de la loi du 3 avril 1955. Comme le montrait Jacqueline Morand-Deville, « *à la différence des précédentes mises en œuvre de l'état d'urgence, le recours à ces deux dernières*

³⁴ Cons. const., décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, Journal officiel du 18 août 1993, page 11722, recueil, p. 224.

³⁵ Cons. const., décision n°2012-268 QPC du 27 juillet 2012, Mme Annie M., Journal officiel du 28 juillet 2012, page 12355, recueil, p. 441.

³⁶ Olivier BEAUD, Cécile GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence étude constitutionnelle, historique et critique*, Issy-Les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2016, p. 15.

mesures entre la mi novembre 2015 et la fin février 2016 a été de grande ampleur. Durant la première semaine on ne compte pas moins de 562 perquisitions administratives et 157 assignations à résidence. Le rythme se ralentit par la suite et le bilan le 26 février, à la fin des 3 premiers mois, assignations à résidence. »³⁷. Bernard Stirn, quant à lui, rappelait que « pour le juge administratif, de nombreuses questions, largement nouvelles, ont été soulevées. Peu de contentieux avaient en effet été engagés lors des précédentes périodes de mise en œuvre de l'état d'urgence »³⁸.

Enfin, les juges administratifs et constitutionnels ont dû composer avec les revendications des magistrats de l'ordre judiciaire voyant dans la tendance de la législation actuelle en matière de terrorisme, ou plus généralement de sécurité, l'éviction de leurs prétoires.

L'ensemble de ces bouleversements conduit à affirmer que l'état d'urgence connu entre 2015 et 2017 a été, pour les juges, inédit.

Ainsi, comment les juges ont-ils intégré dans leurs offices le contentieux relatif à la période d'état d'urgence de 2015 à 2017 ?

Les juges administratifs et constitutionnels ont pu puiser dans les outils traditionnels à leur disposition. Sur la forme, les jurisprudences rendues sont audacieuses mais peu novatrices. En ce sens elles ne rompent pas la culture tant du Conseil constitutionnel que du Conseil d'État. Sur le fond, *a contrario*, la jurisprudence de ces deux juges a été, certes, protectrice des libertés, mais a surtout, montré la prise en compte du contexte d'état d'urgence (chapitre 1). Cette dernière période d'état d'urgence a été également révélatrice de la tension entre les deux ordres juridictionnels notamment dans le rôle du juge pénal, lequel n'a pas été totalement évincé du contentieux d'état d'urgence (chapitre 2).

³⁷ Jacqueline MORAND DEVILLER, « Réflexions sur l'état d'urgence » [en ligne], in, Le Courant Juridique, Petru Major University, 2016, 65, 75, 2016, P.79, disponible sur <https://ideas.repec.org/a/pmu/cjurid/v65y2016p75-85.html> [consulté le 24 mars 2018].

³⁸ Bernard STIRN, « Lutte contre le terrorisme, état d'urgence et État de droit », Conférence de rentrée de l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence, 21 septembre 2016.

CHAPITRE 1 : Un contentieux peu novateur mais adapté au contexte d'état d'urgence

La dernière période d'état d'urgence a abouti à la mise en œuvre massive des mesures prévues par la loi du 3 avril 1955. Selon le ministère de l'Intérieur, 4469 perquisitions administratives ont été menées, 754 mesures d'assignation à résidence ont été prononcées, 75 zones de protection et de sécurité ont été instituées et 19 lieux de culte ont été fermés³⁹. Malgré l'importance de ces chiffres, le nombre de recours est demeuré faible. Il s'élevait en effet, en juillet 2016, soit après l'édition de la quasi-totalité des mesures, à moins de 500 requêtes devant les juridictions administratives⁴⁰ et à dix décisions rendues par le Conseil constitutionnel par la voie de la QPC.

Ces statistiques peuvent apparaître impressionnantes. Elles sont significatives dans le strict contentieux de l'état d'urgence, dont les applications antérieures n'avaient, ni connu de QPC, ni connu un recours aussi massif devant les juridictions administratives. Pour autant, elles ne doivent pas masquer leur insignifiance par rapport au nombre de requêtes jugé chaque année par les juridictions administratives⁴¹. En outre, le Conseil constitutionnel a été amené à statuer sur dix QPC portant exclusivement sur des dispositions de la loi du 3 avril 1955 en un délai restreint, ce qui illustre l'intérêt de ce dispositif. Cependant, il convient de garder à l'esprit que ces décisions ont donné lieu à des « séries de QPC » focalisant le débat autour de certaines dispositions.

L'intégration de l'état d'urgence dans l'office du juge doit donc être effectuée en prenant en compte deux paramètres que sont, d'une part, l'évolution de la jurisprudence rendue en matière d'état d'urgence durant ses applications antérieures et d'autre part, l'intégration des nouveaux apports jurisprudentiels avec la jurisprudence traditionnelle des juges en dehors des périodes d'état d'urgence. L'analyse de ces décisions montre un bornage des prérogatives de l'administration par le renforcement du recours aux juges constitutionnels et administratifs (section 1) dans un contentieux adapté au contexte d'état d'urgence (section 2).

³⁹ Ministère de l'Intérieur, « Sortir de l'état d'urgence-un bilan et des chiffres clés » [en ligne], Service de presse du ministère de l'Intérieur, 2 novembre 2017, disponible sur <https://www.interieur.gouv.fr/Espace-presse/Dossiers-de-presse/Sortie-de-l-etat-d-urgence-un-bilan-et-des-chiffres-cles> [consulté le 28 mars 2018].

⁴⁰ Conseil d'État, « Mesures prises au titre de l'état d'urgence-récapitulatif au 18 juillet 2016 » [en ligne], 19 juillet 2016, disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Mesures-prises-au-titre-de-l-etat-d-urgence3> [consulté le 28 mars 2018].

⁴¹ 232 000 en 2017 selon le rapport annuel du Conseil d'État.

Section 1 : Un bornage des prérogatives de l'administration dans le contexte d'état d'urgence par le renforcement du recours aux juges constitutionnels et administratifs

La spécificité du contentieux de l'état d'urgence entre 2015 et 2017 a été de renforcer le rôle des juges administratifs et constitutionnels dans la protection effective des droits des citoyens.

Ce renforcement a été matérialisé par deux aspects du droit au recours effectif. D'une part, l'effectivité du recours au juge a été garantie par l'existence de techniques contentieuses, peu novatrices mais habilement utilisées (§ 1). D'autre part, cette effectivité a été garantie par une jurisprudence plus attentive au respect du droit au juge (§ 2).

§ 1 : L'accès effectif aux juges, garanti par des techniques contentieuses classiques mais efficacement utilisées

L'évolution du rôle du juge dans le contexte d'état d'urgence est permise avant tout par l'existence de voies de droit permettant de saisir une juridiction.

L'application de l'état d'urgence entre 2015 et 2017, inédite par le contentieux qu'elle a engendré, s'est traduite par le recours quasi exclusif à deux procédures que sont le mécanisme de la QPC (I) et le recours massif au référé-liberté de l'article L. 521-1 du code de justice administrative (II).

I) Le recours inédit à la QPC

Si l'impossibilité de contester la constitutionnalité d'une disposition législative par voie d'exception a été vivement critiquée, son absence dans un contexte tel que celui de l'état d'urgence a pu cristalliser les tensions au regard des atteintes sur les libertés qu'est susceptible de faire porter ce régime d'exception.

Cette hypothèse s'est rencontrée en 2005 à l'occasion de l'application de l'état d'urgence afin de faire cesser les troubles à l'ordre public en périphérie des grandes villes. Dans un arrêt d'Assemblée du 24 mars 2006, le Conseil d'État a estimé que le vote de la loi de prorogation de ce régime avait pour effet de ratifier le décret déclarant l'état d'urgence. En outre, les moyens dirigés contre les dispositions de la loi du 3 avril 1955 mises en œuvre par le décret d'application doivent être rejetés, ces dispositions ayant pour fondement textuel une

loi⁴². Par conséquent, l'inconstitutionnalité des mesures prises sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 ou de la loi de prorogation de l'état d'urgence ne pouvaient être excipées face au juge administratif.

L'introduction de la QPC a permis une reconfiguration des rapports face à la constitutionnalité de la loi du 3 avril 1955 (A) et d'atténuer l'absence de saisine du Conseil constitutionnel *a priori* (B).

A) Une technique ayant permis une reconfiguration des rapports face à la constitutionnalité de la loi du 3 avril 1955

L'intervention des Sages dans le cadre d'une contestation de la constitutionnalité d'une disposition législative constitue un approfondissement de la jurisprudence « état d'urgence en Nouvelle-Calédonie » (1) en permettant une articulation efficace de l'intervention du juge administratif avec le Conseil constitutionnel (2).

1) Une articulation approfondissant la jurisprudence « état d'urgence en Nouvelle-Calédonie »

L'état d'urgence au sein du contentieux constitutionnel était jusqu'alors présenté pour son apport au contrôle de constitutionnalité *a priori*. En effet, dans sa décision « état d'urgence en Nouvelle-Calédonie »⁴³, le Conseil constitutionnel a admis pour la première fois la possibilité d'un contrôle de la constitutionnalité des lois déjà promulguées « *à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine* »⁴⁴. Principe novateur, son application est demeurée exclusivement théorique dans le cadre de l'état d'urgence, les Sages ayant estimé à l'époque qu'il ne s'agissait que d'une mise en application de la loi du 3 avril 1955⁴⁵.

⁴² CE, Ass., 24 mars 2006, Rolin et Boisvert, n° 286834, recueil p. 171.

⁴³ Cons. const., décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, Journal officiel du 26 janvier 1985, page 1137, recueil, p. 43.

⁴⁴ Cons. const., décision 85-187 DC précitée, considérant 10.

⁴⁵ Cette position a été contestée par une partie de la doctrine qui a considéré que la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie ne prorogait pas seulement l'état d'urgence mais avait pour effet de déclencher une nouvelle période d'état d'urgence législative. Olivier Beaud montre que la loi prorogant l'état d'urgence déclaré le 12 janvier aurait dû être promulguée par le Haut-commissaire de la République avant le 24 janvier, l'état d'urgence cessant de plein droit 12 jours après son déclenchement. La loi du 25 janvier 1985 a été promulguée tardivement, non seulement par le Président de la République, mais également par le Haut-commissaire de la République. Deux indices confirment ce vice. D'une part, il ne s'agit pas d'une loi de prorogation mais bien d'une loi relative à l'état d'urgence. D'autre part, et surtout, l'article 1^{er} de cette loi « rétablit » l'état d'urgence. L'usage de ce terme induit donc que l'état d'urgence avait précédemment cessé. Il aurait ainsi été possible de

Cette décision, rendue en un temps record, a toutefois permis de poser le cadre constitutionnel de l'état d'urgence, en confirmant l'absence d'abrogation implicite de la loi du 3 avril 1955 par l'entrée en vigueur de la Constitution de la Vème République. Les auteurs de la saisine reprochaient notamment au législateur de ne pouvoir créer le régime d'état d'urgence, faute d'habilitation expresse de l'article 34 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a toutefois estimé qu'aucune disposition n'interdisait au législateur de prévoir un tel régime pour concilier les libertés avec les exigences du maintien de l'ordre public. Cette position a été controversée sur plusieurs fondements⁴⁶. Le premier fondement est constitutionnel en ce que l'article 34 régit par principe l'ensemble des habilitations appartenant au législateur. Une telle habilitation n'est pas expressément prévue au sein de cet article et est discutable, en raison de l'existence expresse de l'état de siège à l'article 36. L'édiction d'un régime de privation des libertés semble contradictoire avec l'habilitation que possède le législateur dans la détermination des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Le second motif est logique. Si les Sages acceptent de contrôler l'existence constitutionnelle du régime d'état d'urgence, rien ne pouvait s'opposer à ce qu'ils en contrôlent la constitutionnalité au fond.

L'introduction de la QPC permet donc d'approfondir l'application de cette jurisprudence. Premièrement, l'objet même de ce mécanisme est de permettre le contrôle d'une loi déjà promulguée et dont la constitutionnalité n'a pas été prononcée par le Conseil constitutionnel dans le dispositif et les motifs de l'une de ses décisions. Deuxièmement, la prorogation de l'état d'urgence par voie législative ne confèrera plus d'immunité au texte de la loi du 3 avril 1955 car le requérant est désormais en mesure de poser une question prioritaire de constitutionnalité sur le texte nouvellement voté. Troisièmement, elle introduit un nouvel acteur au procès constitutionnel. En effet, tout justiciable peut mettre en œuvre cette disposition à l'occasion d'un litige. Enfin, une disposition législative peut ne pas répondre aux critères posés par la jurisprudence état d'urgence en Nouvelle-Calédonie mais peut être transmise par la voie de la QPC, en retenant le critère du changement de circonstances de fait et de droit, qui, bien qu'ayant été utilisé dans le cadre du contrôle *a*

qualifier cette loi comme modifiant la loi du 3 avril 1955 ou, en tout état de cause, affectant son domaine. Olivier BEAUD, Cécile GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence étude constitutionnelle, historique et critique*, Issy-Les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2016, p. 93.

⁴⁶ *Idem*, p. 97.

priori constitue un changement de perspective plus favorable à l'administré que la jurisprudence état d'urgence en Nouvelle-Calédonie⁴⁷.

Ainsi, la QPC a été l'occasion de combler la principale lacune dans la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel d'une disposition législative contestée même si elle ne sonne pas le glas de cette jurisprudence. La création de la QPC a également permis une articulation plus efficace de l'intervention du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel.

2) Une articulation efficace de l'intervention du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel

Le contentieux de l'état d'urgence a montré avec force l'importance du dialogue entre le Conseil d'État et les Sages. La rapidité qu'appelle le traitement des mesures de l'état d'urgence le rend assimilable à un mécanisme de questions-réponses, entre les deux juges à l'occasion de la QPC. Cette efficacité s'est matérialisée en deux temps durant cette période d'état d'urgence.

La première articulation entre les deux juges intervient dans le renvoi des QPC. Dans son rôle de filtre, le Conseil d'État aurait pu porter une appréciation stricte du sérieux et de la nouveauté de la question posée. Il n'en est rien, le Conseil d'État n'ayant refusé de renvoyer les QPC posées que pour des motifs tenant à l'irrecevabilité de la question ou à la circonstance qu'elle était déjà posée au Conseil constitutionnel⁴⁸. Comme l'écrivait Julien Bonnet s'exprimant à propos de la Cour de cassation et du Conseil d'État, « [...] ils agissent et sont considérés par tous comme des juges de la Constitution, qu'ils soient des juges constitutionnels de droit commun, ordinaires, négatifs, ou des juges constitutionnels à part entière. »⁴⁹

⁴⁷ Cons. const., décision 2008-573 DC du 8 janvier 2009, Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés, Journal officiel du 14 janvier 2009, p. 724, recueil p. 36.

⁴⁸ CE, 22 septembre 2017, n°411770, s'agissant de l'inapplicabilité de la disposition contestée au litige, CE, Juge des référés, 7 août 2017, n°412697, s'agissant de l'absence de circonstances nouvelles, CE, 29 mars 2017, n°407230, s'agissant de l'inapplicabilité de la décision contestée au litige, CE, Juge des référés, 28 mars 2017, n°408742, s'agissant de l'absence de circonstances nouvelles, CE, Juge des référés, 23 septembre 2016, req. n°403675, s'agissant d'un non-lieu à statuer, la question posée étant pendante devant le Conseil constitutionnel, CE, 15 janvier 2016, n°395091, s'agissant de l'absence de circonstances nouvelles, CE, 15 décembre 2015, Juge des référés, n°395138, s'agissant d'une question pendante devant le Conseil constitutionnel, CE, Section, 11 décembre 2015, n°394991, 394990, 394992, 394993, 395002, 394989, une QPC portant sur les mêmes fondements ayant été renvoyée le jour même.

⁴⁹ Julien BONNET, « Les juges constitutionnels et l'état d'urgence », in *Revue de Droit administratif*, n°12, décembre 2016, étude n°15. La Cour de cassation sera toutefois évoquée ultérieurement car elle n'est intervenue qu'à une reprise dans le renvoi d'une QPC et que son rôle dans l'état d'urgence occupait une place particulière.

Le Conseil d'État a été amené à faire preuve d'une grande souplesse en acceptant de renvoyer une QPC posée par l'intermédiaire d'un référé-liberté⁵⁰. Le principe de cette faculté a précocement été posé par le Conseil d'État dans un arrêt du 16 juin 2010⁵¹. Le référé-liberté se caractérise cependant par démonstration de l'urgence, le juge devant, aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative (CJA), statuer dans un délai de 48 heures à compter de la saisine⁵². La question était donc de savoir quelle procédure primait l'une sur l'autre, la QPC, revêtant un caractère prioritaire. Le Conseil d'État estime ainsi, comme il l'avait fait en 2010, que « *même s'il décide de renvoyer la question, il peut, s'il estime que les conditions posées par l'article L. 521 2 du code de justice administrative sont remplies, prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires, compte tenu tant de l'urgence que du délai qui lui est imparti pour statuer, en faisant usage de l'ensemble des pouvoirs que cet article lui confère* ». En ce sens, le Conseil d'État rejette le référé au fond. Cette position a pu être critiquée par la doctrine estimant que le Conseil d'État avait pris une position empêchant le Conseil constitutionnel de censurer le dispositif des assignations à résidence même si cette position n'emporte pas une totale adhésion⁵³. Le Conseil d'État avait pourtant une alternative. Soit il ne renvoyait pas la QPC et il statuait directement dans le délai imparti, mais dans ce cas, comme le démontre Gweltaz Éveillard¹, il aurait privé les justiciables de tout accès au juge constitutionnel, dès lors que le contentieux d'état d'urgence s'est essentiellement noué autour de référés dépourvus de procédures au fond. Soit le Conseil d'État se bornait à renvoyer la QPC et attendait la réponse du Conseil constitutionnel, au risque de ne pouvoir suspendre une atteinte aux libertés.

La seconde articulation s'effectue en aval de la QPC dans la réception par le Conseil d'État des décisions des Sages. Jean-Marc Sauvé soutenait ainsi que « *[Les juridictions*

⁵⁰ CE, Section, 11 décembre 2015, n°395009, M. Domenjoud, recueil p. 437.

⁵¹ CE, Juge des référés, 16 juin 2010, Diakité, n°340250, recueil p. 206. La question n'avait pas, dans cette espèce été renvoyée, faute de démonstration d'un changement de circonstances

⁵² Même si Paul CASSIA fait remarquer que ce délai est indicatif et parfois dépassé, Paul CASSIA, *Contre l'état d'urgence, op. cit.*, p. 192.

⁵³ Il existe une différence de nature entre le contrôle opéré par le juge du référé-liberté sur les libertés invoqués et le contrôle de constitutionnalité. En effet, le juge administratif doit caractériser un critère de gravité et d'évidence dans la méconnaissance de la liberté invoquée par une décision ou action administrative, nécessité que ne connaît pas le Conseil constitutionnel lorsqu'il examine la loi, de sorte qu'une décision administrative peut être contraire à la liberté d'aller et venir sans que ne le soit la loi au fondement de laquelle elle est prise et, *a contrario*, il est parfaitement possible qu'une décision administrative n'atteigne pas les seuils de gravité et d'évidence dans la violation de la liberté fondamentale mais que la disposition législative qui en est le fondement soit contraire à la liberté en cause telle qu'elle est prévue au sein du bloc de constitutionnalité. Cette solution était également la meilleure pour garantir le respect du droit au recours effectif.

administratives et judiciaires] doivent aussi agir sous l'inspiration et en coopération avec le juge constitutionnel »⁵⁴. Les positions prises par le Conseil d'État ont effectivement révélé une parfaite coopération comme l'illustrent la position partagée entre ses deux juges quant à la nécessité d'un contrôle de proportionnalité, ce que les juridictions administratives reprendront sous la forme d'un considérant de principe⁵⁵ ou encore sur la construction d'une voie de recours indemnitaire pour les victimes de perquisitions administratives illégales⁵⁶. Il est donc possible d'affirmer l'existence durant l'état d'urgence d'un dialogue et d'une articulation entre les juges, permis par la QPC.

Ainsi, la QPC, et en filigrane le Conseil constitutionnel, a restructuré les rapports entre la loi du 3 avril 1955 et la Constitution en permettant que puisse être contrôlée la constitutionnalité de cette loi *a posteriori* et donc en remettant en cause les lacunes de la jurisprudence état d'urgence en Nouvelle-Calédonie tout en assurant un dialogue direct et rapide entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. Elle a également contribué à atténuer l'absence de saisine *a priori* des autorités traditionnelles de l'article 61 de la Constitution.

B) Un recours permettant d'atténuer l'absence de saisine *a priori*

La spécificité de la dernière période d'état d'urgence sur le plan du contentieux constitutionnel a été de ne connaître aucune saisine *a priori* sur les sept lois de prorogation de l'état d'urgence entre 2015 et 2017. L'absence de saisine du Conseil dans le contexte de l'état d'urgence n'est pas inédite, comme l'illustre l'application de l'état d'urgence en 2005 où le Conseil n'avait pas été saisi, mais elle revêt une acuité supplémentaire au regard de la durée de cette dernière période.

Il semble que cette absence de saisine résulte d'une volonté délibérée de faire primer l'urgence d'agir sur le respect des droits (1).

⁵⁴ Jean-Marc Sauvé, « Quel juge pour les libertés ? », in D.2016.1320.

⁵⁵ Par exemple, « *Considérant qu'il appartient au juge des référés de s'assurer, en l'état de l'instruction devant lui, que l'autorité administrative, opérant la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public, n'a pas porté d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, que ce soit dans son appréciation de la menace que constitue le comportement de l'intéressé, compte tenu de la situation ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, ou dans la détermination des modalités de l'assignation à résidence* », CE, Juge des référés, 22 janvier 2016, M. Abdelmalek, n°396116, aux tables du recueil p. 855. Le Conseil d'État a inauguré cette position dans ses ordonnances du 11 décembre 2015, position suivie par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2015-527 QPC du 22 décembre 2015.

⁵⁶ Le Conseil constitutionnel a ici inauguré cette jurisprudence dans sa décision 2016-536 QPC du 19 février 2016 puis étayé par un avis contentieux du Conseil d'État du 6 juillet 2016.

La QPC a donc permis dans une certaine mesure le contournement du consensus politique interdisant la saisine du Conseil constitutionnel (2).

1) Une volonté de faire primer l'urgence d'agir sur le respect des droits

De 2015 à 2017, un consensus politique visant à éviter toute saisine du Conseil constitutionnel s'est formé. Le Premier ministre Manuel Valls s'est déclaré « *extrêmement dubitatif quant à la saisine du Conseil constitutionnel* », souhaitant que les dispositifs adoptés « *soient mis en œuvre rapidement. Or il est toujours risqué de saisir le Conseil constitutionnel. [...] Si le Conseil déclarait qu'un certain nombre de points et de garanties prévues dans la loi révisée sont inconstitutionnels, les 786 perquisitions déjà faites et les 150 assignations à résidence prononcées pourraient être annulées. Certaines mesures, y compris parmi celles qui ont été votées hier à l'Assemblée nationale, et, disant cela, je pense en particulier au recours au bracelet électronique – je suis transparent –, présentent une fragilité constitutionnelle. Je n'ignore pas qu'elles pourraient faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité ; néanmoins je souhaite que nous allions vite, afin, conformément également à votre volonté, de donner aux forces de l'ordre, aux forces de 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.* »⁵⁷

A la lecture de ces propos, le rapport sécurité/ constitutionnalité a nettement penché, en faveur de la sécurité. Cette position du Premier ministre est particulièrement discutable en ce qu'elle permet la mise en œuvre d'une législation dont l'inconstitutionnalité est connue, de sorte qu'une telle initiative est contraire à l'essence même de l'État de droit. Cette position est au surplus discutable en ce qu'elle transforme les défenseurs du contrôle de constitutionnalité en « *ennemis de l'État de droit* »⁵⁸. Cette position est enfin hautement discutable dès lors qu'elle assimile le contrôle constitutionnel à un « *risque* » que l'on ne peut courir, alors que la garantie du respect des droits des citoyens ne peut être assimilée à un risque dans un État de droit.

En réalité, il n'est pas seulement question d'urgence dans une acception temporelle car, comme le relève Agnès Roblot-Troizier, le Conseil constitutionnel est capable de se

⁵⁷ Sénat, compte rendu intégral des débats parlementaires sur le projet de loi prorogeant l'état d'urgence, disponible sur <https://www.senat.fr/seances/s201511/s20151120/s20151120004.html#orat11> [consulté le 9 avril 2018].

⁵⁸ Agnès ROBLOT-TROIZIER, « État d'urgence et protection des libertés », in *RFDA*, 2016.424.

prononcer en un jour⁵⁹. L'urgence doit également être entendue à ce stade comme se rapprochant de la nécessité. En ce sens, le Conseil constitutionnel ne doit pas intervenir, non pas simplement car il différerait l'entrée en vigueur d'une loi, mais surtout car les mesures que cette loi prévoit seraient les seules à même de rétablir l'ordre public au regard de la situation. L'état d'urgence, tel qu'il est appréhendé, se traduit donc par un couple urgence-nécessité. Cette idée de nécessité se retrouve dans une prise de position analogue de 2005 par laquelle le Garde des Sceaux Pascal Clément avait tenté de faire obstacle à la saisine du Conseil en déclarant « [qu'il] y a un risque d'inconstitutionnalité. Les événements récents vont me pousser à prendre ce risque, et tous les parlementaires pourront le courir avec moi. Il suffira pour eux de ne pas saisir le Conseil constitutionnel. Ceux qui le saisiront prendront sans doute la responsabilité politique et humaine d'empêcher la nouvelle loi de s'appliquer au stock de détenus »⁶⁰. Face à cette attitude, le Président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud avait déclaré que « le respect de la Constitution n'est pas un risque mais un devoir », en ne manquant pas de rappeler que le Garde des Sceaux avait tort, les Sages n'ayant pas censuré la disposition législative en cause⁶¹.

Pour autant, lorsque le consensus est atteint, et qu'une saisine *a priori* est impossible, la QPC demeure une voie de droit permettant de pallier dans une certaine mesure à cette lacune.

2) Une voie de droit permettant le contournement mesuré du consensus politique interdisant la saisine du Conseil constitutionnel

L'entrée en vigueur de la QPC permet de trouver une voie de compensation face à l'absence de saisine *a priori* en transformant ce mécanisme en arme aux mains du citoyen. Karine Roudier relevait à ce titre qu'elle « permet de contourner tout consensus politique visant à évincer la saisine du Conseil constitutionnel dans le cadre d'un contrôle *a priori*, comme cela a été majoritairement le cas lorsqu'il s'est agi de loi relative à la sécurité. D'autre part, elle nous rappelle le rôle primordial des juges dans le fonctionnement des États devant arbitrer le dilemme sécurité/liberté [...] »⁶². Il est inéluctable que la QPC a apporté,

⁵⁹ Agnès ROBLLOT-TROIZIER, *ibid.*

⁶⁰ Pierre MAZEAUD, « L'erreur en droit constitutionnel » [en ligne], in *L'erreur, colloque de l'Institut de France, 25 et 26 octobre 2006*, disponible sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/erreur.pdf [consulté le 9 avril 2018], p. 5.

⁶¹ Pierre MAZEAUD, *ibid.*

⁶² Karine ROUDIER, « Dialogue entre le Conseil constitutionnel et le Parlement sur fond de législation antiterroriste et d'État de droit » [en ligne], in *Dalloz actu étudiant*, disponible sur <https://actu.dalloz->

dans l'état d'urgence, de nombreux apports au premier plan desquels les déclarations d'inconstitutionnalité⁶³. Cependant, l'éventualité du recours aux QPC était connue par Manuel Valls. La question devient alors de savoir quel est l'intérêt pour l'exécutif de ne pas briser la voie de la QPC. Il aurait été concevable de saisir *a priori* le Conseil constitutionnel avec des moyens soulevés sur les principales mesures de l'état d'urgence lui permettant, se prononçant très, voire trop, rapidement, de se prononcer sur ces articles dans les motifs et le dispositif de sa décision.

La QPC a l'avantage d'être subordonnée à la naissance d'un litige, qui peut être rapide comme l'illustre la possibilité de saisir le juge administratif en référé, mais également de devoir subir un double filtrage par le juge saisi à l'instance principale puis par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, avant d'aboutir au Conseil constitutionnel où un délai d'examen de trois mois lui est laissé. La première QPC a toutefois pu être tranchée un mois après l'entrée en vigueur de la loi du 21 novembre 2015, période durant laquelle la constitutionnalité des dispositions ne pouvait être certaine⁶⁴. Ensuite, la QPC est limitée au respect des droits et libertés que la Constitution garantit et exclut par conséquent d'autres moyens tirés de la contrariété à la Constitution tels que le non respect de la procédure législative. Enfin, il pouvait être raisonnablement présagé que les effets des décisions seraient annihilés, au moyen de la constitutionnalisation de l'état d'urgence. Comme l'exprimaient Isabelle Boucobza et Charlotte Girard, « *Le meilleur moyen d'éviter une déclaration d'inconstitutionnalité, c'est d'empêcher que le Conseil constitutionnel ne s'exprime. Cette*

etudiant.fr/le-billet/article/dialogue-entre-le-conseil-constitutionnel-et-le-parlement-sur-fond-de-legislation-antiterroriste-et/h/f751613b233277e3b243b17f742753a5.html [consulté le 13 août 2018].

⁶³ Les Sages ont notamment censuré les perquisitions administratives réalisées entre le 14 novembre et le 21 novembre 2015, la saisie des données dans le cadre des perquisitions administratives, l'interdiction de paraître dans certains lieux ou encore l'institution de périmètres de protection. Ils ont également posé des réserves d'interprétation ou encore présentés un effet dissuasif que cette saisine peut avoir sur le législateur.

⁶⁴ Pour autant, Florian Savonitto relève que la première décision QPC a été rendue en moins de onze jours, un record pour le Conseil constitutionnel, démontrant que les juridictions n'ont pas cherché à faire durer volontairement cette situation potentiellement contraire aux droits et libertés mais que cette lenteur est inhérente au mécanisme propre de la QPC, Florian SAVONITTO, « État d'urgence et risque d'inconstitutionnalité » [en ligne], in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, n°15, 17 mai 2016, disponible sur <http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/etat-durgence-et-risque-dinconstitutionnalite/> [consulté le 9 avril 2018].

stratégie a été gagnante pour le contrôle a priori s'agissant de la loi du 20 novembre 2015 pour laquelle on envisageait déjà une régularisation par voie de constitutionnalisation. »⁶⁵

D'autre part, la possibilité offerte au Conseil constitutionnel de moduler l'effet de ses décisions représentait un atout majeur pour le Gouvernement, qui était certain que, non seulement ses mesures entraient en vigueur immédiatement, mais de surcroît, ne seraient pas remises en cause. Face à cette lacune, Pascal Caille propose une saisine *a priori* obligatoire du Conseil⁶⁶. Cette solution ne semble plus appropriée au nouveau contexte de QPC mais il aurait été souhaitable que, dans cette hypothèse, le Président de la République, saisisse le Conseil, agissant comme il l'avait fait à l'occasion de la loi renseignement⁶⁷, en tant que garant de la Constitution.

II) La mobilisation quasi-exclusive des procédures de référé dans le contentieux d'état d'urgence

L'intervention efficace du juge administratif a été subordonnée à la possibilité pour le justiciable de contester les décisions prises par l'autorité administrative à bref délai. Cette possibilité a été permise par le recours aux procédures de référé. Si les procédures de référés existaient déjà lors de la précédente application de l'état d'urgence, elles ont été, entre 2015 et 2017, utilisées à grande échelle. En effet, au 4 janvier 2017, avaient été introduites 232 procédures d'urgences contre 151 recours au fond⁶⁸. Au premier plan de ces procédures d'urgence se trouve le référé-liberté prévu à l'article L. 521-1 du Code de justice administrative⁶⁹. L'importance de ce référé dans le contentieux d'état d'urgence a été rappelée par Xavier Domino dans ses conclusions sur l'arrêt Domendjoud qui affirmait que « *pour ces*

⁶⁵ Isabelle BOUCOBZA et Charlotte GIRARD, « « Constitutionnaliser » l'état d'urgence ou comment soigner l'obsession d'inconstitutionnalité » [en ligne], in *Revue des Droits de l'Homme*, février 2016, disponible sur <https://journals.openedition.org/revdh/1784> [consulté le 9 avril 2018].

⁶⁶ Pascal CAILLE, « L'état d'urgence », in *RDP*, n°2, 1^{er} mars 2007, pp 323- 353.

⁶⁷ « *En tant que Président de la République, il m'appartient de veiller au respect de la Constitution. Je suis le garant de l'indépendance nationale et j'assume la continuité de l'État. J'ai donc estimé que, s'agissant d'une loi aussi importante pour notre République, il est de ma responsabilité de saisir le Conseil constitutionnel.* » Saisine du Président de la République sur Cons. const., décision 2015-713 DC du 23 juillet 2015, Loi relative au renseignement, Journal officiel n°0171 du 26 juillet 2015 p. 1275.

⁶⁸ Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, « Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016 » [en ligne], 26 janvier 2017, p. 9, disponible sur www.cncdh.fr [consulté le 24 mars 2018].

⁶⁹ « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures.* »

libertés, le référé, et particulièrement le référé liberté, est une voie de droit qui est, pour tout dire, irremplaçable. Les assignations à résidence prononcées pour de courtes durées ne peuvent même pas être contrôlées autrement. »⁷⁰

Ce référé a d'incontestables atouts. Premièrement, il permet une intervention juridictionnelle sous un délai très court de 48 heures. Deuxièmement, il n'est pas obligatoirement assorti d'un recours au fond, à la différence du référé-suspension. Troisièmement, l'office du juge du référé-liberté est différent de celui des autres référés en ce qu'il doit « sauvegarder les libertés », il peut donc aller plus loin de la simple suspension d'un acte, en prévoyant par exemple la mise en œuvre d'actions positives propres à faire cesser les atteintes aux libertés fondamentales.

Le recours à ce référé demeure toutefois soumis à certains inconvénients, au premier plan desquels son objet restreint aux libertés fondamentales. Cet inconvénient justifie donc que coexistent avec les procédures d'urgence, les recours au fond. De même, ce référé est soumis à la caractérisation d'une condition d'urgence, parfois difficile à caractériser. Le référé-liberté durant l'état d'urgence, a, à cet égard, été plus loin que cette même procédure en période de légalité ordinaire. D'une part, le juge administratif a reconnu une présomption d'urgence facilitant sa saisine (A) et d'autre part, il a accepté de mener un contrôle de conventionnalité bienvenu (B).

A) Une facilité de saisine permise par la reconnaissance d'une présomption d'urgence en matière d'assignation à résidence

L'état d'urgence a montré un paradoxe. Bien que le contexte d'urgence dans lequel il s'inscrit soit évident au regard de la menace pour l'ordre public, les recours contre les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence ont une urgence à statuer difficile à caractériser (1), d'où la nécessité pour le juge de rééquilibrer la balance des urgences au profit de l'administré (2).

1) Une urgence de l'intervention du juge paradoxalement difficile à caractériser

Il appartient au justiciable d'établir l'urgence de laquelle il se prévaut. Dans l'office qui est le sien, le juge des référés doit opérer une balance entre l'urgence à suspendre et l'urgence

⁷⁰ Xavier DOMINO, « Assignation à résidence en état d'urgence », in *RFDA*, 2016.105.

à ne pas suspendre la mesure⁷¹. Cette balance s'opère objectivement par une méthode définie par le Conseil d'État dès 2001 dans une ordonnance au terme de laquelle « *l'urgence justifie que soit prononcée la suspension d'un acte administratif lorsque l'exécution de celui-ci porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; qu'il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte litigieux sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue ; qu'il lui appartient également, l'urgence s'appréciant objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque espèce, de faire apparaître dans sa décision tous les éléments qui, eu égard notamment à l'argumentation des parties, l'ont conduit à considérer que la suspension demandée revêtait un caractère d'urgence* »⁷². Les ordonnances rendues par les juges des référés durant les premières heures de l'état d'urgence ont pu faire apparaître, assez logiquement, un rejet pour défaut d'urgence⁷³. La priorité avait ainsi été donnée à l'urgence de ne pas suspendre la mesure afin de prévenir les troubles à l'ordre public par certains juges des référés de tribunaux administratifs⁷⁴. Cette solution n'était pas acceptable pour deux principales raisons⁷⁵. En premier lieu, une telle solution permet que l'administration puisse bénéficier d'une urgence à intervenir dans le cadre de cette législation d'exception, là où le justiciable se verrait écarté des référés d'urgence au motif que l'urgence ne vaut que pour l'administration. Cette position, très favorable à l'administration, devait nécessairement être écartée. En second lieu, l'enseignement de ces ordonnances était donc que le justiciable doit rapporter la preuve de ce qu'une assignation à résidence porte une atteinte grave à un intérêt public. Retenir cette solution aurait été absurde, au regard tant de l'importance de la liberté d'aller et venir que de la difficulté matérielle d'apporter une telle preuve.

⁷¹ Pour le référé-liberté, CE, Juge des référés, 14 mars 2003, Commune d'Evry, n°254827, aux tables du recueil p. 931. Cette solution est la reprise de la solution dégagée en matière de référé d'urgence et notamment pour le référé-suspension.

⁷² CE, Section, 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes, n° 229562, 229563, 229721, recueil p. 109.

⁷³ TA Cergy Pontoise, Juge des référés, 28 novembre 2015, M. Joël Domenjoud et TA Rennes, Juge des référés, 30 novembre 2015, M. Gauthier; M. Verrier; M. Boilleau; Mme Saiter; Mme Crochet. Il est à noter que l'une des affaires jugées ce jour là n'avait pas été rejetée pour défaut d'urgence, mais après audience collégiale, pour absence d'atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale. Il appartenait donc au Conseil d'État d'arbitrer la question de l'urgence, *a fortiori*, s'agissant toutes d'assignations à résidence afin d'éviter que la jurisprudence soit volatile.

⁷⁴ Sur ce point, Louis DUTHILLET DE LAMOTHE et Guillaume ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *in AJDA*, 2016.247.

⁷⁵ Louis DUTHILLET DE LAMOTTE et Guillaume ODINET, *Ibid.*

Il revenait donc au Conseil d'État de faire pencher la balance des urgences en faveur de l'administré.

2) Une balance des urgences favorable à l'administré

L'appel devant le Conseil d'État a changé cette analyse sous l'impulsion du rapporteur public Xavier Domino, qui, dans ses conclusions, a livré un jugement très sévère quant à l'appréciation menée par les juges des référés⁷⁶.

Le Conseil d'État a entendu faire pencher la balance des urgences en faveur du justiciable en permettant que soit présumée l'urgence, charge à l'administration de démontrer son absence. Par un arrêt de section du 11 décembre 2015⁷⁷, il a posé le principe « *qu'en regard 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 [...]* ». Pour Xavier Domino⁷⁸, rapporteur public sur cette affaire, « *au contraire, tout ce que nous avons dit nous paraît plaider pour la reconnaissance d'une telle présomption, d'autant qu'il ne faut pas dissimuler que cette reconnaissance sera facteur de clarification à destination tant de l'administration que, surtout, des juges de référé de première instance.* » Le Conseil d'État n'était pas obligé de dégager une telle présomption. En effet, même s'il a été amené à reconnaître l'existence de présomptions en référé-suspension par le passé⁷⁹ ainsi qu'en référé-liberté⁸⁰, il est aujourd'hui plus enclin à laisser une marge

⁷⁶ « *Tant par la méthode que par la solution à laquelle elles aboutissent, ces ordonnances nous paraissent entachées d'une grosse erreur de droit, et d'une erreur de droit qui a la fâcheuse conséquence de donner une image fautive de ce qu'est, de ce que doit être, l'intervention d'un juge des référés dans de pareilles affaires.* », Xavier DOMINO, « Assignation à résidence en état d'urgence », in *RFDA*, 2016.105.

⁷⁷ CE, Section, 11 décembre 2015, n°395009, M. Domenjoud, recueil p. 437.

⁷⁸ Xavier DOMINO, *op. cit.*

⁷⁹ Retrait de titre de séjour ou refus de son renouvellement : CE, Section, 14 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Ameer*, n°229773, recueil p. 124., arrêté d'expulsion : CE, 18 févr. 2008, *Ministre de l'Intérieur c/ Bourakkadi Idrissi*, n°306238, aux tables du recueil p. 859, dissolution d'une personne morale : CE, Juge des référés, 11 juillet 2001, *Chambre des métiers de la Haute-Corse*, n°235001, aux tables du recueil p. 1115, en matière urbanistique pour les permis de construire dès lors que les travaux sont sur le point de commencer ou ont commencé : CE, 29 janv. 2008, *Sté EDF Energies nouvelles France*, n° 307870, aux tables du recueil p. 859, ou encore pour un arrêté de cessibilité : CE, 5 décembre 2014, *Cts Le Breton*, n° 369522, aux tables du recueil p. 792. Les exemples pourraient être multipliés mais ces présomptions résultent, ces dernières années, de la difficulté, dans les matières urbanistiques, de la difficulté de prouver l'urgence dans ces hypothèses.

d'appréciation au juge des référés⁸¹. Il est indéniable que le Conseil d'État connaissait l'ampleur du contentieux qui s'annonçait et entendait prévenir toute divergence dans les jurisprudences à venir⁸². Pour autant, le juge administratif n'a pas été aussi altruiste pour les autres mesures de l'état d'urgence. Par exemple, il n'a pas dégagé de présomption d'urgence pour les mesures de fermeture des lieux de réunion et de culte⁸³.

Par conséquent, en matière d'assignation à résidence, le Conseil d'État a cherché à faciliter la tâche du requérant. Cet apport n'est certes pas révolutionnaire dans la jurisprudence administrative, les présomptions existantes étant nombreuses, il n'en reste pas moins non négligeable tant sur le plan pratique du contentieux pour les avocats mais également sur le plan symbolique, le message envoyé à l'administration étant qu'elle ne dispose pas d'un blanc-seing dans la mise en œuvre des mesures d'état d'urgence.

B) Une admission bienvenue du contrôle de conventionnalité

Lors de ses ordonnances rendues dans le cadre de référés-liberté, le Conseil d'État a opéré, sur le plan du droit conventionnel, un revirement de jurisprudence et une avancée. Un revirement de jurisprudence car il a admis que le juge du référé-liberté puisse statuer sur le moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi du 3 avril 1955 (1). Une avancée en ce qu'il s'est expressément prononcé sur ce moyen sans se détourner au profit de l'article 15 de la convention EDH (2).

⁸⁰ Pour une décision d'extradition : CE, Juge des référés, 29 juillet 2003, Peqini, n°258900, recueil p. 344, ou encore pour une décision de remise à un État étranger : CE, Juge des référés, 25 novembre 2003, Ministère de l'intérieur de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Nikoghosyan, n°261913, aux tables du recueil p. 927.

⁸¹ Le Conseil d'État a ainsi refusé de reconnaître une présomption d'urgence en matière d'assignation à résidence des étrangers : CE, Juge des référés, 7 juin 2011, Malonga, n° 349817, aux tables du recueil p. 1080, Xavier Domino faisait remarquer dans ses conclusions que le cas des assignations d'état d'urgence ne pouvait appeler un mimétisme dans les solutions à dégager en raison du « contexte » des assignations mais également de leurs « modalités ».

⁸² Le Conseil d'État a été clairvoyant puisque pas moins de 383 requêtes avaient été enregistrées devant les juridictions administratives de premier degré au 4 janvier 2017, d'après la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme, avis *op. cit.*

⁸³ Voir par exemple, CE, Juge des référés, 25 février 2016, n°397153, inédit. Cette absence de reconnaissance pourrait s'expliquer par différents facteurs. Le premier d'entre eux est que la question ne s'est pas posée, les juges des référés des tribunaux administratifs ayant certainement pris en compte la jurisprudence avantageuse du Conseil d'État en matière d'assignation à résidence. Le second est qu'une urgence à suspendre une mesure portant atteinte à la liberté de croyance peut être caractérisée par le seul fait que les croyants n'aient plus de lieux pour exercer leur culte.

1) Un revirement de jurisprudence dans l'admission du moyen d'inconventionnalité en référé

S'inscrivant dans une ligne jurisprudentielle stable en matière d'opérance du moyen d'inconventionnalité en référé⁸⁴, le Conseil d'État avait décidé, en 2006, lors de la précédente mise en œuvre de l'état d'urgence, qu'eu « *égard à l'office du juge des référés, un moyen tiré de la contrariété de la loi à des engagements internationaux n'est pas, en l'absence d'une décision juridictionnelle ayant statué en ce sens, rendue soit par le juge saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel, susceptible d'être pris en considération* »⁸⁵.

Opérant un revirement sur ce point, il estime désormais que ce contrôle est possible et l'a appliqué dès ses premières décisions le 11 décembre 2015⁸⁶. En l'occurrence, le requérant se prévalait d'une violation des stipulations de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de celles de l'article 2 du protocole n° 4 additionnel à cette convention.

Une telle possibilité s'inscrit dans une tendance, l'affaire Lambert⁸⁷ ayant permis au juge des référés du Conseil d'État d'admettre la possibilité d'un contrôle de la conventionnalité d'une décision « *conduisant à interrompre ou à ne pas entreprendre un traitement au motif que ce dernier traduirait une obstination déraisonnable et que l'exécution de cette décision porterait de manière irréversible une atteinte à la vie* ». La présente ordonnance vient donc en complément de l'affaire Lambert afin de généraliser un tel principe.

Mais admettre cette faculté ne va pas sans poser de question. L'une des premières est de savoir si cette admission vaut pour l'ensemble des référés-liberté ou si cette application restera cantonnée pour certaines circonstances que le juge administratif dégagera. La deuxième question est de savoir si cette généralisation vaut pour l'ensemble des procédures de référé ou ne vise que la procédure de référé-liberté. Comme le soulignait Gweltaz Éveillard⁸⁸, rien ne s'oppose par principe à cette extension au référé-suspension, même s'il est vrai que l'objet du référé-liberté se prête mieux à une telle reconnaissance. La dernière question,

⁸⁴ CE, Juge des référés, 9 décembre 2005, Mme Allouache, n°287777, recueil p. 562.

⁸⁵ CE, Juge des référés, 9 décembre 2005, précitée.

⁸⁶ CE, Section, 11 décembre 2015, n°395009, M. Domenjoud, recueil p. 437.

⁸⁷ CE, Ass., 24 juin 2014, Lambert et a, n° 375081, recueil, p. 175.

⁸⁸ Gweltaz EVEILLARD, « État d'urgence : les assignations à résidence devant le juge administratif et le Conseil constitutionnel », in *Dr. Adm.*, n° 4, avril 2016, commentaire 25.

également soulevée par cet auteur est de savoir si le droit de la Convention EDH ne constituerait simplement pas une nouvelle exception au principe d'inopérance aux côtés du droit de l'Union européenne. Le développement de la jurisprudence administrative devra répondre à l'ensemble de ces questionnements.

Si l'opérance des moyens d'inconventionnalité est indéniablement un avantage au profit des justiciables, encore fallait-il que l'examen de ce moyen soit effectif afin de lui donner son effet utile. C'est ce que le Conseil d'État a tenté de mener.

2) Une avancée dans le contrôle de conventionnalité des dispositions législatives d'exception

Le Conseil d'État aurait pu, après avoir admis l'opérance de ce moyen de se réfugier derrière les stipulations de l'article 15 de la Convention EDH, lequel stipule qu' « *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.*[...]»

Le choix opéré a été au contraire de se prononcer dans le cadre d'un office aménagé, en référé, sur l'absence de violation manifeste de la Convention. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il estimé dans sa décision du 11 décembre 2015 qu' « *en tout état de cause, qu'il n'apparaît pas, en l'état de la procédure de référé, que la possibilité de prendre une mesure d'assignation à résidence sur le fondement de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, alors que l'état d'urgence a été déclaré en raison d'un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public ou d'une calamité publique, serait manifestement incompatible avec les stipulations de l'article 2 du protocole n°4 additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, selon lesquelles l'exercice de la liberté de circulation « (...) ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui (...) constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »⁸⁹.*

⁸⁹ CE, Section, 11 décembre 2015, précité.

Le contrôle opéré par le juge administratif dans ce cadre de référé est un contrôle de « l'incompatibilité manifeste ». Quoique réduit, ce contrôle met tout de même en mesure le juge administratif de se prononcer sur l'inconventionnalité de la mesure. Comme le soulignent Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet, « *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* ». ⁹⁰

Cet apport permet de se prémunir contre une éventuelle invalidation du recours à l'article 15 par la CEDH et juger de la conventionnalité de ces mesures⁹¹. De même, la question de la conventionnalité de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 est une question de droit conventionnel sérieuse et qui méritait d'être posée comme le préconisait le rapporteur public Xavier Domino⁹².

Cette position est-elle en conformité avec celle de la Cour ? Si la CEDH a considéré qu'une assignation à résidence ne constituait pas une privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention, elle a néanmoins considéré qu'il s'agissait là d'une restriction de liberté au sens de l'article 2 du Protocole n°4. Elle a ainsi considéré que la législation italienne manquait

⁹⁰ Louis DUTHILLET DE LAMOTHE et Guillaume ODINET, « L'urgence dans tous ses états », in *AJDA* 2016.247.

⁹¹ C'est ce que pourrait faire la CEDH au regard du contrôle qu'elle effectue sur les mesures prises dans le cadre de l'application de l'article 15 de la Convention. En ce sens, CEDH, Grande Chambre, 19 février 2009, A. et autres, requête n°3455/05, point 184 : « *Lorsque la Cour est appelée à examiner une dérogation établie au titre de l'article 15, elle accorde aux États une ample marge d'appréciation dans la détermination de la nature et de la portée des mesures dérogatoires qui leur semblent nécessaires pour conjurer le danger invoqué. Cependant, il lui appartient en dernier ressort de statuer sur la question de savoir si les mesures prises sont « strictement exigées » par la situation. En particulier, lorsqu'une mesure dérogatoire porte atteinte à un droit conventionnel fondamental – tel que le droit à la liberté –, la Cour doit s'assurer qu'elle constitue une réponse véritable à l'état d'urgence, qu'elle se justifie pleinement au regard des circonstances spéciales de cette situation et qu'il existe des garanties contre les abus* ».

⁹² « *Nous ne vous proposerons pas non plus de vous en tenir au constat que les décisions litigieuses entreraient dans le champ de l'exception prévue à l'article 15 en vertu duquel « en cas de danger public menaçant la vie de la nation, toute haute partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige [...] ».* La France a certes informé le secrétaire général du Conseil de l'Europe que l'état d'urgence avait été déclaré, en en détaillant les motifs, et en précisant que les mesures prévues dans ce cas sont susceptibles d'impliquer une dérogation aux obligations résultant de la Convention. Certes encore, nous ne croyons pas qu'il serait possible, dans le cadre de votre office et dans les circonstances particulières à l'état d'urgence déclaré en 2015, de remettre en cause la validité de cette activation de l'article 15. Mais nous croyons plus pertinent de répondre sur le fond, en tout état de cause, afin d'examiner pleinement les mesures prises. », Xavier DOMINO, « Assignation à résidence en état d'urgence », in *RFDA*, 2016.105.

de prévisibilité tant dans les conditions faisant regarder un individu comme dangereux, que dans les obligations pesant sur lui⁹³. Certes, la CEDH a également pu trancher en faveur d'une position inverse et décider qu'une telle mesure relevait de l'article 5 de la Convention⁹⁴. Selon Laure Milano⁹⁵, cette position ambiguë s'explique au regard des spécificités du contrôle de conventionnalité, *in concreto*, et qui apprécie notamment la réalité de la situation du requérant afin de prendre position. La question qui pouvait se poser était donc sérieuse, mais la solution n'était pas évidente. Elle s'est d'ailleurs amplement posée pour les juridictions administratives parisiennes qui ont retenu que le moyen tiré de la violation de la Convention EDH devait être soulevé au regard de l'article 15⁹⁶.

§ 2 : Le droit d'accès au juge, renforcement du droit au recours effectif durant la période d'état d'urgence

Durant toute la période d'application de la loi du 3 avril 1955, tant le Conseil constitutionnel que le juge administratif se sont employés à garantir, voire à renforcer à certains égards le rôle du juge.

Il en résulte que les juges n'ont pas entendu baisser leurs standards de contrôle durant cette période de législation d'exception.

Ce droit d'accès repose sur deux grands aspects, d'une part, par l'intervention du Conseil constitutionnel censurant les initiatives législatives ne prenant pas suffisamment en compte le rôle du juge (I) et par la construction collaborative de voies nouvelles permettant un accès effectif au juge (II).

I) Un renforcement du droit au juge par le Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a agi sur le terrain du droit à un recours effectif au travers de sa jurisprudence de deux manières. D'une part, il a souhaité constitutionnaliser le contrôle de proportionnalité du juge administratif (A) et d'autre part, il a érigé la possibilité d'un contrôle du juge en condition de constitutionnalité des dispositions de l'état d'urgence (B).

⁹³ CEDH, Grande Chambre, 23 février 2017, Tommaso contre Italie, requête n°43395/09, pts 110 à 127.

⁹⁴ CEDH, Grande Chambre, 5 juillet 2016, Buzadji contre Moldavie, requête n°23755/07.

⁹⁵ Laure MILANO, « La conventionnalité de la législation anti-terroriste française », in *Revue des Droits et libertés fondamentaux*, 2017, chronique 28.

⁹⁶ Le rapporteur public François DORE avait d'ailleurs proposé l'annulation d'un périmètre de protection nonobstant la modulation des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur le fondement de l'article 15 de la Convention, François DORE, « État d'urgence et convention européenne des droits de l'homme : la dérogation n'exclut pas le contrôle », in *AJDA*, 2018.1343.

A) La constitutionnalisation du contrôle de proportionnalité du juge administratif

Si une tendance à l'approfondissement des contrôles de l'action administrative était perceptible chez le juge administratif, il n'en demeure pas moins qu'à défaut d'être des actes de gouvernement, les mesures prises sur le fondement de l'état d'urgence étaient soumises à un contrôle restreint. La tendance à la proportionnalisation du contrôle des actes dits de haute police administrative semble marquer l'évolution des techniques de contrôle dans le cadre de l'état d'urgence (1) tandis que le Conseil constitutionnel est venu parachever cette évolution en lui donnant force constitutionnelle, évitant ainsi tout cantonnement ou revirement de jurisprudence quant à cet office (2).

1) Une évolution des techniques de contrôle du juge administratif dans l'état d'urgence

Le juge administratif dans l'état d'urgence n'a pas toujours joué un rôle aussi actif que celui qu'il a joué de 2015 à 2017 en raison de son office auparavant plus restreint. En effet, les premières décisions rendues par le Conseil d'État sur l'état d'urgence révèlent un contrôle très restreint des mesures prises dans ce cadre. Une première décision du 16 décembre 1955⁹⁷ a écarté le régime des sanctions administratives au profit de la qualification de mesure de police. Il y avait donc déjà une volonté pour le juge administratif de marquer une dérogation entre les pouvoirs de police classique, régis par l'arrêt Benjamin⁹⁸, et les circonstances d'exception où les pouvoirs du juge sont beaucoup plus restreints⁹⁹. Il s'est ainsi contenté de veiller à ce que la mesure ne soit pas étrangère aux dispositions prévues par la loi du 3 avril 1955¹⁰⁰. Comme le résumait Roland DRAGO dans sa chronique à la revue de droit public, « *le juge ne pourra annuler ces mesures que pour vices de forme ou détournement de pouvoir, sans pouvoir porter d'autre appréciation sur la régularité matérielle de l'acte. En particulier, il ne pourra procéder à aucune des recherches qu'il effectue lorsqu'un recours est formé devant lui contre une mesure de police [...] à aucun moment il n'a recherché si l'attitude de la requérante était prouvée et si elle était de nature à entraver l'action des pouvoirs publics* »¹⁰¹. Ce contrôle particulièrement restreint n'a toutefois pas empêché les annulations. Sans

⁹⁷ CE, Ass, 16 décembre 1955, Dame Bourokba, recueil p. 590.

⁹⁸ CE, 19 mai 1933, Benjamin, n°17413, 17520, recueil p. 541.

⁹⁹ Nathalie JACQUINOT, « Le juge administratif et le juge constitutionnel face à l'état d'urgence », in *Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges Louis Favoreu, Paris : Dalloz, 2007, pp. 743-744.

¹⁰⁰ CE, Ass, 3 février 1956, Keddar, Recueil p. 46.

¹⁰¹ Roland DRAGO, « L'état d'urgence et les libertés publiques », in *RDP*, 1955, p. 671.

être fondées sur la disproportion des mesures prises, certaines annulations ont pu être prononcées, généralement pour des saisies effectuées en dehors de l'état d'urgence¹⁰².

Le juge administratif a fait évoluer ses techniques de contrôle en approfondissant légèrement sa jurisprudence en la faisant basculer vers l'erreur manifeste d'appréciation en 1985¹⁰³. Selon Bernard Pacteau, il s'agissait d'harmoniser le contrôle du juge, à l'invitation des parties, vis-à-vis du contrôle du juge qui se révélait être plus étendu dans d'autres pouvoirs de crise¹⁰⁴.

Il est donc possible de constater que l'office du juge est également fonction du contexte dans lequel il s'inscrit. Le contexte de ces dix dernières années a incité le juge administratif à approfondir son contrôle sur les actes administratifs en adoptant un contrôle de proportionnalité, à l'instar des autres actes de police, marquant selon certains commentateurs, la fin de la justiciabilité restreinte des actes de haute police¹⁰⁵. C'est ce que fit le Conseil d'État dès ses premières décisions en adoptant le contrôle de proportionnalité. Cependant, il est plus rare que le Conseil constitutionnel fasse de ce contrôle une exigence contribuant à la constitutionnalité de la disposition contestée.

2) L'exigence constitutionnelle d'un contrôle de proportionnalité du juge administratif

Le Conseil d'État a été à l'initiative de cette proportionnalisation du contrôle du juge administratif dès ses décisions du 11 décembre 2015¹⁰⁶. Il a ainsi considéré « *qu'il appartient au Conseil d'État statuant en référé de s'assurer, en l'état de l'instruction devant lui, que l'autorité administrative, opérant la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public, n'a pas porté d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale* »¹⁰⁷. Il y a dans cet apport un avantage indéniable au profit du justiciable, garantissant ainsi un examen au fond de la mesure contestée et la possibilité de faire valoir tant des éléments de droit que des éléments de fait afin de contrebalancer les mesures administratives. A ce titre, le rapporteur public Xavier Domino avait jugé

¹⁰² CE, 20 décembre 1967, *Ministre de l'Intérieur c. Fabre-Luce*, n°71383, recueil p. 511 et CE, 25 juin 1969, *Ministre de l'intérieur c. Editions parisiennes associées et Devay*, n°73935, recueil p. 334. Il y avait eu à l'époque, un contentieux relatif à la date de fin de l'état d'urgence.

¹⁰³ CE, 25 juillet 1985, *Mme Dagostini*, n°68151, recueil p. 226.

¹⁰⁴ Bernard PACTEAU, « Répertoire analytique », *in Rev. Adm.*, 1985, p. 584.

¹⁰⁵ Nathalie JACQUINOT, « Le juge administratif et le juge constitutionnel face à l'état d'urgence », *in Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges Louis Favoreu, Paris : Dalloz, 2007, p. 746.

¹⁰⁶ CE, Section, 11 décembre 2015, n°395009, précité.

¹⁰⁷ *Ibid.*

potentiellement «*délicat d'établir aujourd'hui, dans le cadre des référés qui vous sont soumis, un passage du contrôle restreint du juge de l'excès de pouvoir consacré par la jurisprudence à un contrôle de proportionnalité des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence [...]*», même s'il avait proposé une telle solution. L'originalité de ce contrôle est qu'il a été constitutionnalisé, de sorte que le juge administratif a perdu toute prise sur lui. En effet, par deux décisions, le Conseil constitutionnel a imposé que soit respecté le contrôle de proportionnalité¹⁰⁸, à l'instar de ce qu'il avait pu faire auparavant¹⁰⁹.

Deux grandes conséquences sont perceptibles. La première est attachée à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel qui s'impose à l'ensemble des autorités administratives. Ainsi, le Conseil constitutionnel pose un effet cliquet afin que cette garantie puisse être acquise sans que les juges, quelque soit leur ordre juridictionnel, ne puisse revenir sur cet apport. La deuxième conséquence réside dans l'effet attaché au contrôle de proportionnalité pour le juge. Si, dans le cadre de l'erreur manifeste d'appréciation, le juge se borne à vérifier le respect de la procédure globale, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, le juge vérifie que la décision prise est identique à celle qu'il aurait pu lui-même prendre, ce qui a pu effectivement faire penser à «*l'institutionnalisation du juge administratif en tant qu'administrateur* »¹¹⁰.

Le Conseil constitutionnel encadre donc l'office du juge. Cette préoccupation de l'effectivité du contrôle du juge se traduit par une prise en compte croissante du rôle du recours dans la constitutionnalité des mesures d'état d'urgence.

¹⁰⁸ Sur les assignations à résidence, Cons. const., décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric D, Journal officiel n°0299 du 26 décembre 2015 page 24084, considérant 12 et sur la police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence, Cons. const., décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, Ligue des Droits de l'Homme, Journal officiel n°0044 du 21 février 2016, considérant 8, sur les perquisitions administratives, décision n°2016-536 QPC du 19 février 2016, Ligue des Droits de l'Homme, Journal officiel n°0044 du 21 février 2016, considérant 10, ainsi que sur les nouvelles modalités de prolongation d'assignation à résidence, Cons. const., décision 2017-624 QPC, 17 mars 2017, M. Sofiyan I, Journal officiel n°0065 du 17 mars 2017, point 18.

¹⁰⁹ Par exemple, le commentaire officiel de la décision n° 2013-338 / 339 QPC prend en compte le contrôle normal du juge administratif sur l'urgence, Conseil constitutionnel, commentaire de la décision n° 2013-338 / 339 QPC du 13 septembre 2013, Société Invest Hôtels Saint-Dizier Rennes et autre [en ligne], disponible sur https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013338qpc/ccc_338qpc.pdf [consulté le 13 août 2018].

¹¹⁰ Stéphanie HENNETTE VAUCHEZ et Serge SLAMA « Harry Potter au Palais Royal ? La lutte contre le terrorisme comme cape d'invisibilité de l'état d'urgence et la transformation de l'office du juge administratif », in *Les cahiers de la justice*, 2017/2, juin 2017, pp. 281-295.

B) La présence d'un droit au juge placée au cœur de la constitutionnalité des dispositions relatives à l'état d'urgence

Les motifs ayant conduit à déclarer certaines dispositions de l'état d'urgence conformes à la Constitution peuvent être modélisés. Au sein de cette modélisation figure le rôle du juge, et en particulier, l'accès à une voie de droit (1). Cependant, si le Conseil constitutionnel exige la présence d'un juge, il en censure toutefois les excès dès lors qu'elle pourrait conduire à sa possible partialité (2).

1) Le droit au juge, composante de la constitutionnalité des mesures d'état d'urgence

Deux phases chronologiques dans le contrôle de constitutionnalité se sont succédées. La première phase a été celle des déclarations de conformité à la Constitution opérées durant les premiers mois de l'état d'urgence. A cette occasion, les Sages ont retenu une argumentation qu'ils ont déployée dans leurs décisions de conformité. Cette argumentation se divise en deux parties¹¹¹.

D'une part, le Conseil constitutionnel indique que les dispositions contestées s'inscrivent dans le cadre de l'état d'urgence, régime dont les dispositions conditionnent le recours aux mesures prises et sont donc assorties de garanties légales. De même, ce régime est présenté comme étant limité spatialement et temporellement.

D'autre part, il est insisté sur le rôle du juge et notamment sur sa position de garant du respect de la nécessité et de la proportionnalité des mesures¹¹². Plus généralement, l'existence d'un recours juridictionnel s'est avérée gage de la constitutionnalité de la mesure.

Les mesures d'état d'urgence sont par conséquent validées en raison de la présence de garanties textuelles dans leur mise en œuvre, de leur caractère limitées à la durée d'application de l'état d'urgence ainsi qu'à son application territoriale et en raison de la présence d'un recours juridictionnel. L'apport essentiel des décisions rendues par le Conseil constitutionnel dans ce cadre n'est pas tant sur l'exigence même du juge, le droit au recours effectif est intégré au droit positif français depuis plusieurs décennies et est envisagé sur le

¹¹¹ Selim DEGIRMENCI, « Une validation sinueuse de l'assignation à résidence en état d'urgence doublée d'un appel renforcé au contrôle du Juge administratif » [en ligne], in *Revue des Droits de l'Homme*, 31 décembre 2015, disponible sur <https://journals.openedition.org/revdh/1763> [consulté le 8 mai 2018].

¹¹² Cons. const., décision 2015-527 QPC précitée, considérants 11 à 13, Cons. const., décision 2016-535 QPC du 19 février 2016 précitée, considérants 7 à 9 et 14, Cons. const., décision 2016-536 QPC précitée, considérant 11 s'agissant de la mise en œuvre d'un recours en responsabilité.

fondement de l'article 16 de la DDHC, mais plutôt sur le contrôle du juge en tant que composante des garanties légales permettant d'opérer la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public et une liberté fondamentale.

A contrario, cela implique donc que là où le juge n'intervient pas, les garanties légales seront insuffisantes et donc les dispositions seront censurées. Il s'agit de la seconde phase chronologique de la jurisprudence des Sages. Ainsi, ils ont pu censurer une disposition en ce qu'elle ne prévoyait pas d'autorisation du juge *a priori*¹¹³.

Si l'intervention du juge participe de la constitutionnalité de la mesure, la mauvaise maîtrise de l'intervention du juge, en ce qu'il serait partial, contribue à déclarer la disposition en cause contraire à la Constitution.

2) La sanction d'une possible partialité du juge

L'idée d'une autorisation *a priori* du juge administratif des référés en matière de prolongation d'une assignation à résidence au-delà de 12 mois n'aura pas eu une grande postérité. Le Conseil constitutionnel a en effet censuré cette disposition en raison de la présence trop importante du juge, qui aurait conduit à priver le requérant d'un droit au recours effectif.

Dans sa décision du 16 mars 2017¹¹⁴, le Conseil constitutionnel a décidé que « *les dispositions contestées attribuent au Conseil d'État statuant au contentieux la compétence d'autoriser, par une décision définitive et se prononçant sur le fond, une mesure d'assignation à résidence sur la légalité de laquelle il pourrait ultérieurement avoir à se prononcer comme juge en dernier ressort. Dans ces conditions, ces dispositions méconnaissent le principe d'impartialité et le droit à exercer un recours juridictionnel effectif* ».

Cette décision peut apparaître de prime abord comme étant en contradiction avec la jurisprudence administrative qui considère que le juge administratif des référés peut également être juge du fond¹¹⁵. Cependant, ce principe n'est vrai que si le juge des référés est

¹¹³ Cons. const, décision 2016-536 QPC précitée, considérant 14. Les autres décisions n'ont pas pris position sur l'intervention du juge et se sont arrêtées à la méconnaissance des trois premières garanties : Cons. const., décision 2017-635 QPC du vendredi 9 juin 2017, M. Emile L, Journal officiel n°0136 du 11 juin 2017. et Cons. const., décision 2017-684 QPC du 11 janvier 2018, La cabane juridique / Legal Shelter et Le réveil voyageur, Journal officiel n°0009 du 12 janvier 2018. ainsi que les éclairages de leur commentaire respectif.

¹¹⁴ Décision 2017-624 QPC du 16 mars 2017 précitée.

¹¹⁵ CE, Section, avis, 12 mai 2004, Commune de Rogerville, n°265184, recueil p. 223.

juge du provisoire et non juge du fond¹¹⁶. Pour en arriver à ce résultat, les Sages ont dû caractériser l'office très particulier du juge administratif lorsqu'il statue sur la prolongation d'une assignation à résidence au-delà de douze mois.

Il a ainsi considéré que « *compte tenu des critères fixés par le législateur et du contrôle qu'il lui appartient d'exercer sur une mesure de police de cette nature, la décision du juge a une portée équivalente à celle susceptible d'être ultérieurement prise par le juge de l'excès de pouvoir saisi de la légalité de la mesure d'assignation à résidence. D'autre part, la décision d'autorisation ou de refus d'autorisation que prend le « juge des référés » du Conseil d'État lorsqu'il statue sur le fondement des dispositions contestées ne revêt pas un caractère provisoire. Il s'ensuit que, lorsqu'il se prononce sur le fondement de ces dispositions, le « juge des référés » du Conseil d'État statue par une décision qui excède l'office imparti au juge des référés par l'article L. 511-1 du code de justice administrative selon lequel ce juge ne peut décider que des mesures provisoires et n'est pas saisi du principal.* »¹¹⁷ S'il n'est pas en soi contraire à la Constitution qu'un juge des référés puisse être amené à statuer au-delà du provisoire¹¹⁸, c'est donc à la condition qu'un recours au fond ne puisse pas être intenté afin de statuer sur des points analogues. On ne se situe pas dans la même hypothèse en l'occurrence puisque l'administré pourra contester au fond son arrêté d'assignation à résidence, devant le même juge. Comme le note Gweltaz Éveillard, cette jurisprudence a été abordée de façon sévère par le Conseil constitutionnel qui aurait pu se borner à effectuer une réserve d'interprétation interdisant au juge des référés d'être simultanément juge du fond¹¹⁹. De même, une telle interprétation a été discutée dans la mesure où le juge *ex post* aurait statué tant sur le principe de l'assignation et que ses modalités. Quoiqu'il en soit, les modalités de déport permettaient de faire face à ces difficultés¹²⁰.

¹¹⁶ « *Eu égard à la nature de l'office ainsi attribué au juge des référés - et sous réserve du cas où il apparaîtrait, compte tenu notamment des termes mêmes de l'ordonnance, qu'allant au-delà de ce qu'implique nécessairement cet office, il aurait préjugé l'issue du litige -la seule circonstance qu'un magistrat a statué sur une demande tendant à la suspension de l'exécution d'une décision administrative n'est pas, par elle-même, de nature à faire obstacle à ce qu'il se prononce ultérieurement sur la requête en qualité de juge du principal.* » CE, Sect., avis, Commune de Rogerville précité.

¹¹⁷ Décision 2017-624 QPC, précitée, point 11.

¹¹⁸ Tel peut être le cas du référé-liberté, du référé-précontractuel ou du juge des 72 heures en matière de droit des étrangers.

¹¹⁹ Gweltaz EVEILLARD, « Prolongation des assignations à résidence - Juge des référés et prolongation des assignations à résidence en période d'état d'urgence », *in Droit Administratif*, n° 7, Juillet 2017, comm. 32.

¹²⁰ Olivier LE BOT, « Assignations à résidence de plus d'un an : le Conseil constitutionnel réécrit la loi », *in AJDA* 2017. 1464.

C'est ce motif qui a justifié une différence de traitement entre cette disposition et l'intervention du juge administratif afin d'autoriser l'exploitation des données issues de perquisitions administratives. Dans cette deuxième hypothèse, le requérant n'a pas, par suite, vocation à introduire spécifiquement un recours en excès de pouvoir contre cette autorisation.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a fait preuve d'une particulière vigilance d'une part dans l'accès au juge dans son aspect théorique et d'autre part, dans ses modalités. Au sein de la jurisprudence constitutionnelle, le rôle du juge a été central dans l'état d'urgence, en particulier, le juge administratif a été vu comme un garde-fou aux dérives potentielles de l'état d'urgence. Ce rôle du juge a été approfondi par le juge administratif qui a pu avoir à certains égards une jurisprudence très novatrice.

II) La construction de voies nouvelles permettant un accès au juge

Dans le cadre de l'état d'urgence, le juge administratif et le juge constitutionnel ont participé conjointement à la construction d'une œuvre jurisprudentielle cohérente. Il s'agissait pour les deux juges de recourir à des techniques auxquelles ils sont accoutumés. Cependant, ils ne se sont pas bornés à manier habilement leurs jurisprudences habituelles, ils ont également créé *ex nihilo* de nouvelles voies de droit pour accompagner ce mouvement protecteur de l'accès au juge durant l'état d'urgence.

Toutefois, dans cette hypothèse, la coopération a fonctionné en sens inverse. Si, pour le contrôle du juge administratif, il s'agissait d'une initiative du Conseil d'État, les voies nouvelles ont été à l'initiative du Conseil constitutionnel, à charge pour le Conseil d'État de les définir et d'en aménager la portée. Deux exemples permettent d'illustrer cette tendance. Il s'agit d'une part de la construction d'un recours indemnitaire du fait des perquisitions administratives illégales (A) et d'autre part de la création d'un référé autorisant l'exploitation des données issues de perquisitions administratives (B).

A) La construction d'un recours indemnitaire du fait des perquisitions administratives illégales

L'article 11 de la loi du 3 avril 1955 a prévu la possibilité pour l'autorité administrative d'ordonner des perquisitions administratives « *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* ».

Au regard des spécificités de ces perquisitions, normalement dévolues à l'autorité judiciaire, il fallait adapter le droit afin que celles-ci ne soient pas dépourvues de toute voie de recours afin de les contester (1). Prévoir une telle voie de droit n'était pas suffisant, il appartenait également au juge administratif, et particulièrement au Conseil d'État, de définir les conditions de réparation des personnes lésées (2).

1) Une nécessité en vue d'assurer l'effectivité des voies de recours

La difficulté du contentieux des perquisitions administratives est qu'il se passe exclusivement *a posteriori*. Lorsqu'un ordre de perquisition est émis, il est immédiatement exécutoire et est mis en œuvre immédiatement. Pour autant que se passe-t-il en cas d'illégalité de l'acte de perquisition ou d'exécution matérielle illégale?

L'existence d'une voie de recours est impérative. Certes, à n'en pas douter, le recours pour excès de pouvoir était admis en application du principe général du droit de l'existence d'un droit au recours contre un acte administratif¹²¹. Cette position a été confirmée par un avis contentieux du Conseil d'État¹²². Cependant, l'objet de ce recours n'aurait été que d'annuler, plusieurs années après, l'ordre de perquisition. Or, comme le souligne Olivier Le Bot, « *Comme le dit un avocat aux conseils, « le mal est fait et il est impossible de revenir en arrière »* »¹²³. Il fallait donc trouver un autre moyen d'action. Un moyen d'action rapide aurait été d'agir par la voie du référé. Toutefois, cette voie de droit n'était pas utilement mobilisable dès lors que le juge des référés ne peut statuer sur des actes ayant entièrement épuisé leurs effets¹²⁴.

Ne reste alors que la voie du recours indemnitaire. Cette hypothèse a été privilégiée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 février 2016¹²⁵. Comme le soulignent les

¹²¹ En application de la décision Dame Lamotte, CE, Ass., 17 février 1950, Dame Lamotte, n°86949, recueil p. 110.

¹²² « *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.* », CE, avis, 6 juillet 2016, n° 398234, 399135, recueil p. 320.

¹²³ Olivier LE BOT, « Perquisitions administratives en état d'urgence », in *RFDA*, 2016.943.

¹²⁴ CE, Juge des référés, 22 février 2001, M. Moret, n°230408, aux tables du recueil p. 1098: « *Considérant que la requête de M. MORET a été introduite postérieurement aux réunions de la commission d'avancement qui se sont tenues respectivement les 9 et 26 janvier 2001 ; qu'une demande tendant à la suspension de leur exécution présentée tardivement est à l'évidence dépourvue d'objet et par suite manifestement irrecevable* ».

¹²⁵ Conseil constitutionnel, décision 2016-536 QPC précitée, point 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*

Sages, le recours en responsabilité doit permettre de réparer de façon appropriée les dommages subis. Cette exigence est issue de la jurisprudence de la CEDH, laquelle impose que les recours soient effectifs en fait comme en droit, ou si la perquisition est déjà effectuée, qu'il puisse exister un moyen de redressement effectif¹²⁶. Cette exigence avait été rappelée quelques jours avant le déclenchement de l'état d'urgence¹²⁷.

Se pose alors la question de l'exception de recours parallèle interdisant qu'une voie de recours portant sur le même objet. Tel n'est cependant pas le cas en l'espèce dans la mesure où l'objet du recours pour excès de pouvoir et celui du recours indemnitaire est différent, le premier visant à la constatation de l'illégalité d'un acte alors que le deuxième vise à la réparation des dommages résultant tant de l'illégalité d'un acte que des conditions d'exécution irrégulières de ces perquisitions.

Ce recours indemnitaire n'était toutefois pas prévu par le législateur, il s'agit d'une création prétorienne qu'il appartenait au Conseil d'État de définir. C'est ce qu'il a fait dans son avis contentieux du 6 juillet 2016.

2) Une création ex nihilo des conditions du recours indemnitaire

Dans le cadre de ce recours indemnitaire, les juridictions administratives ont dû faire face à l'absence de régime juridique établi dans ce contentieux. En décembre 2016, le rapport Mercier faisait état de 207 demandes indemnitaires formées, pour un montant total de 767 728 euros. Trente-et-une ont été accordées et 134 rejetées¹²⁸. Ces chiffres doivent être relativisés car il faut les rapporter aux 4 200 perquisitions ordonnées. Il n'en demeure pas moins que le régime juridique des dommages causés par cet acte administratif illégal reste inconnu à cette époque.

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 »

¹²⁶ CEDH, 2 octobre 2014, requête 97/11, Delta Pekarny, point 87 : « *Encore faut-il que ce contrôle soit efficace dans les circonstances particulières de l'affaire en cause (Smirnov c. Russie, no 71362/01, § 45 in fine, 7 juin 2007). En pratique, cela implique que les personnes concernées puissent obtenir un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la mesure litigieuse et de son déroulement ; lorsqu'une opération jugée irrégulière a déjà eu lieu, le ou les recours disponibles doivent permettre de fournir à l'intéressé un redressement approprié ».*

¹²⁷ CEDH, 10 novembre 2015, Slavov contre Bulgarie, requête 58500 /10.

¹²⁸ Michel Mercier, Rapport sur le projet de loi prorogeant l'application de l'état d'urgence, Document parlementaire 220, Sénat, décembre 2016.

Dans ce cadre, les tribunaux administratifs de Cergy-Pontoise et Melun ont demandé l'avis du Conseil d'État sur la question de la motivation des ordres de perquisition administrative et sur le régime indemnitaire devant s'appliquer à l'illégalité de ces ordres. C'est par un avis contentieux rendu le 6 juillet 2016 que le Conseil d'État réuni en Assemblée a fixé un mode d'emploi, qu'Olivier Le Bot qualifie de « *guide de bonne conduite* »¹²⁹ sur ces questions¹³⁰.

En premier lieu, s'agissant de la légalité de l'opération de perquisition, le Conseil d'État exige le maintien de la motivation exigée par l'article L. 211-6 du code des relations entre le public et l'administration. Ce n'est donc qu'en cas d'urgence absolue, que doit caractériser l'administration, que la motivation ne sera pas exigée. En ce sens, l'urgence à agir ne se confond pas avec l'urgence contenue dans l'état d'urgence. Le Conseil d'État précise que cette motivation « *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* ». ¹³¹ Cette motivation peut se fonder sur n'importe quel élément se rattachant au comportement de la personne, sans qu'il ne soit obligatoirement d'ordre pénal, à l'exclusion d'éléments intervenus postérieurement, notamment lors de l'exécution de la perquisition elle-même. Pour autant, il n'est pas exclu que soient prises en compte les circonstances de la déclaration de l'état d'urgence et des circonstances propres à l'affaire justifiant une motivation plus ou moins large. L'avis impose à l'administration de mentionner le lieu faisant l'objet de la perquisition administrative ainsi que le moment à compter duquel l'ordre est applicable, sans toutefois devoir motiver spécialement le choix de cette date. S'agissant du déroulement de la perquisition, la Haute juridiction administrative impose le respect des principes de nécessité et de proportionnalité s'agissant de mesures de police administrative. Ainsi, les perquisitions de nuit sont restreintes aux hypothèses d'urgence et à l'impossibilité de les effectuer de jour, l'ouverture de force des portes doit être limitée aux cas de risque de destruction ou de dissimulation des éléments ou si le comportement des occupants risque d'être dangereux. Dans les autres hypothèses, l'ouverture de force des portes doit être restreinte à l'impossibilité

¹²⁹ Olivier LE BOT, « Perquisitions administratives en état d'urgence », *in RFDA*, 2016.943.

¹³⁰ CE, avis, 6 juillet 2016, précité.

¹³¹ *Id.*, point 3.

de recourir à une autre méthode. De même, les atteintes portées aux biens doivent être nécessaires et proportionnées.

Le Conseil d'État précise, en second lieu, que toute illégalité dans l'exécution d'une perquisition administrative ouvre droit à réparation et en fixe le régime. Il distingue deux catégories de personnes. Les premières sont celles visées par l'opération elle-même pour lesquelles une faute simple suffit à engager la responsabilité de l'État. Cet apport constitue un revirement de la jurisprudence Gompertz qui assignait le régime de la faute lourde aux opérations de police administrative¹³². Il marque également la fin de la distinction entre les activités juridiques et matérielles de police, seules ces dernières faisant l'objet de la nécessité de démontrer une faute lourde¹³³. Cet apport marque enfin une prise de distance avec la jurisprudence judiciaire qui exige toujours une faute lourde pour engager la responsabilité de l'État en application de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire¹³⁴. Les secondes sont les tiers par rapport à la perquisition pouvant engager la responsabilité sans faute de l'administration. Nouvelle cause d'engagement de la responsabilité sans faute de l'administration, elle permet aux tiers des perquisitions administratives (propriétaire des lieux occupés par la personne faisant l'objet de la perquisition administrative, personnes tierces perquisitionnées par erreur) de ne pas avoir à supporter le poids de la charge probatoire et ainsi de ne pas causer de rupture d'égalité devant les charges publiques.

Par conséquent, cette nouvelle voie de droit vise à garantir un meilleur accès des justiciables à la justice administrative tout en leur offrant de meilleures garanties. En ce sens, les juges ont ajouté au législateur en créant une voie de recours, inspirée de la pratique du contentieux indemnitaires mais facilitée au regard de l'administration de la preuve. Il s'agissait là encore de garantir l'effectivité des voies de recours et d'offrir des modalités de réparation satisfaisantes. Cette voie de droit n'est pas la seule innovation de l'état d'urgence puisqu'une seconde voie a été ouverte pour autoriser *a priori* l'exploitation des données issues de perquisitions administratives.

¹³² CE, 5 décembre 1941, Sieur Gompertz, recueil p. 209.

¹³³ CE, 4 décembre 1995, Delavallade, n°133880, aux tables du recueil p. 945.

¹³⁴ Même si Olivier Le Bot fait remarquer qu'il ne s'agit là que d'une différence « de façade », dans la mesure où depuis l'arrêt Consorts Bolle Laroche, la Cour de cassation retient une acception extensive de la faute lourde, la rapprochant de la faute simple, Olivier LE BOT, « Perquisitions administratives en état d'urgence », *in RFDA*, 2016.943.

B) La création d'un référé exploitation des données issues de perquisitions administratives

Ce référé dispose d'une genèse complexe en raison des censures répétées prononcées par le Conseil constitutionnel sur cette question. Cette voie de droit est indissociable des perquisitions administratives. La loi du 20 novembre 2015 a entendu entourer cette perquisition de garanties supplémentaires, notamment en imposant que le domicile perquisitionné soit en lien avec une personne dont le comportement constitue une menace pour l'ordre et la sécurité publics et en excluant certains locaux de cette disposition (les lieux affectés à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes). Cette perquisition administrative est décidée par le préfet de département, lequel prend un arrêté désignant le moment et le lieu de perquisition.

Ces dispositions ont été soumises au contrôle du Conseil constitutionnel par la voie d'une QPC sur renvoi du Conseil d'État. Dans sa décision du 19 février 2016¹³⁵, les Sages de ont décidé de la conformité sous réserve des perquisitions administratives¹³⁶.

Parallèlement à ces perquisitions, le législateur a entendu permettre aux officiers de police judiciaire de saisir les appareils électroniques ou d'en copier leurs données afin que les enquêteurs puissent les exploiter ultérieurement. Cette voie de droit pragmatique s'est révélée en réalité plus complexe à mettre en œuvre et a eu une destinée complexe (1). Le mécanisme ainsi créé constitue une innovation, toutefois cantonnée au contrôle de la régularité formelle de la saisie (2).

1) Une voie de droit à la destinée complexe

La première loi de prorogation de l'état d'urgence, votée le 20 novembre 2015, a introduit la possibilité que soient copiées les données auxquelles il n'est pas possible d'accéder durant le temps de la perquisition.

Dans sa décision 2016-536 QPC précitée, le Conseil neutralise les copies de données qu'il assimile à des saisies. L'absence d'autorisation préalable du juge, ainsi que la

¹³⁵ Cons. const., décision 2016-536 QPC précitée.

¹³⁶ Le Conseil constitutionnel a rejeté les moyens tirés de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution, de l'absence de garantie légale mais a cependant émis deux réserves d'interprétation tenant premièrement à ce que les perquisitions administratives de nuit soient justifiées par l'urgence ou par l'impossibilité de la mener de jour, les motifs étant placés sous le contrôle du juge administratif et secondement, à ce qu'un recours en responsabilité contre les victimes de perquisitions administratives illégales puissent avoir accès à un recours indemnitaire.

circonstance que les saisies puissent être opérées même sans lien avec une infraction et qu'elles puissent être opérées contre des personnes n'ayant aucun lien avec la personne mise en cause conduisent le Conseil constitutionnel à censurer cette disposition avec effet immédiat.

La loi du 21 juillet 2016 a réintroduit cette possibilité en remédiant aux griefs d'inconstitutionnalité. L'article 11 de la loi du 3 avril 1955 prévoit désormais que si la saisie des terminaux et la copie des données peuvent intervenir, l'administration doit toutefois demander au juge des référés du tribunal administratif l'autorisation de les exploiter.

Le Conseil constitutionnel a été de nouveau saisi par la voie d'une QPC. Dans sa décision 2016-600 QPC du 2 décembre 2016¹³⁷, il a validé le principe et les modalités de saisies et des perquisitions administratives. Il a toutefois censuré l'absence de délai de conservation après la fin de l'état d'urgence des données copiées présentant une menace pour la sécurité et l'ordre publics et dont l'autorisation a été délivrée. Il a cependant différé sa déclaration d'inconstitutionnalité au 1^{er} mars 2017. Dès lors, depuis le 2 mars 2017, il faut considérer que les données sont en tout état de cause détruites au bout d'un délai de trois mois, sauf à ce qu'une infraction ait été découverte, les données pouvant être conservées conformément aux dispositions du code de procédure pénale.

Cette voie de droit *a priori* revêt un caractère exceptionnel en contentieux administratif mais l'utilisation qui en a été faite a été restreinte par le contrôle dont a fait preuve le juge administratif.

2) Un contrôle innovant mais cantonné à la régularité formelle de la procédure de saisie

Ce mécanisme est une innovation dans son principe dont l'inspiration se retrouve dans d'autres branches du droit public.

Il s'agit d'une innovation dans son principe car jusqu'à présent, la force de l'état d'urgence et du recours préférentiel au droit administratif plutôt qu'au droit pénal consiste pour partie à tirer avantage du privilège du préalable afin de gagner en rapidité et d'agir sans entrave *a priori*. Le référé autorisant l'exploitation des saisies dans le cadre de l'état

¹³⁷ Cons. const., décision n°2016-600 QPC du 2 décembre 2016, M. Raïme A, Journal officiel n°0282 du 4 décembre 2016.

d'urgence est donc une innovation dans ce contentieux. Un tel mécanisme est présent en droit pénal et est du ressort du juge des libertés et de la détention.

Pour autant ce mécanisme n'est pas inconnu du droit public. En effet, en matière de contravention de grande voirie, il appartient au préfet de saisir le président du tribunal administratif dans les conditions prévues aux articles L. 774-2 et suivants du code de justice administrative afin que soit infligée une amende à la personne en contravention. Le préfet est donc l'autorité poursuivante dans cette configuration. Cependant, les deux situations ne sont pas identiques en droit car les contraventions de grande voirie constituent des sanctions ayant le caractère de punition¹³⁸, tandis que les saisies effectuées dans le cadre des perquisitions administratives en période d'état d'urgence constituent des mesures de police administrative, comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 février 2016.

De même, le juge des référés est tenu de répondre sous 48 heures, avec possibilité d'interjeter appel sous 48 heures, le juge d'appel se prononçant également sous 48 heures, délais renvoyant naturellement au référé-liberté de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, dont l'office du juge est plus large, ou encore, en matière de délai fixe, au « juge des 72 heures » en matière de contentieux des étrangers. Ces voies de droit ne constituent cependant pas une autorisation.

La réponse que le juge donne est binaire, soit il accorde l'autorisation, soit, *a contrario*, il la refuse. L'étendue de la réponse est donc, contrairement au référé-liberté, restreinte. Pour autant, à l'instar de ce dernier, les décisions prises dépassent le seul champ du provisoire, les données pouvant être exploitées une fois l'autorisation délivrée.

Il s'agit donc d'une innovation dans son principe qui, là encore, va dans le sens d'une meilleure protection du justiciable. Cependant, si les formes procédurales sont favorables à un meilleur accès du juge, encore faut-il que le contrôle du juge soit lui-même de nature à rendre effective cette protection. Sur ce point, cette voie de droit a pu être lacunaire sur deux points.

¹³⁸ «Si les contraventions de grande voirie ne sont pas, compte tenu de leur objet et des règles de procédure et de compétence qui leur sont applicables, des contraventions de police, le principe selon lequel la loi pénale nouvelle doit, lorsqu'elle abroge une incrimination, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée, s'étend aux peines d'amende dont ces contraventions sont assorties. En effet, dès lors qu'elles présentent le caractère d'une punition tendant à empêcher la réitération des agissements qu'elles visent [...]», CE, avis, 23 avril 1997, Préfet de l'Isère c/ Sté Routière du Midi, n° 183970, recueil p. 155.

Premièrement, se pose la question du contrôle du champ d'application de la procédure de saisie vis-à-vis de la régularité de l'opération de perquisition administrative.

Si une ordonnance rendue par le Conseil d'État a été dans ce sens le 12 août 2016¹³⁹, les ordonnances successives se sont ensuite bornées à relever que la procédure de saisie est régulière, en ne répondant pas au moyen tiré de l'illégalité de la perquisition administrative¹⁴⁰.

Ainsi, il semble falloir en déduire que seul le moyen d'irrégularité de la saisie peut être invoqué. Sur cette possibilité, il appartient donc au juge de vérifier que les éléments saisis ou que les données copiées ont un lien avec la menace que constitue la personne pour la sécurité et l'ordre publics. Une telle appréciation est complexe à mener en amont dans la mesure où l'objet de la saisie est de découvrir des éléments. Cette obligation permet d'imposer à l'administration un niveau minimum de sélection des fichiers à exploiter et ainsi d'éviter la survenance de saisies arbitraires. Il fallait donc caractériser ces éléments, le juge administratif tenant compte de la difficulté de la tâche.

En effet, le Conseil d'État a pu refuser l'autorisation d'exploitation de données lorsqu'il ne ressortait pas de la perquisition que des éléments en lien avec la menace pour l'ordre ou la sécurité publics aient été révélés.¹⁴¹ Cependant, le juge administratif a pu être libéral dans son

¹³⁹ CE, Juge des référés, 12 août 2016, n° 402348, inédit : « *il résulte de l'instruction qu'à la suite de l'ordre de perquisition pris sur le fondement de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence par le préfet de l'Allier le 3 août 2016, dont le procureur de la République a été avisé et qui était motivé par la menace que constitue l'intéressé pour la sécurité et l'ordre publics, une perquisition administrative a été menée au domicile de M.B... ; qu'il ressort du procès-verbal, signé par l'intéressé, que la perquisition administrative a été menée le jeudi 4 août 2016 de 7 h 45 à 10 h 35 en présence d'un officier de police judiciaire territorialement compétent et de M. B..., qui a reçu au préalable copie de l'ordre de perquisition ; que le procès-verbal mentionne la saisie et la copie, en présence de l'officier de police judiciaire, des données contenues dans son téléphone portable, de marque Samsung modèle GT I8190, et le motif de la saisie ; qu'une copie en a été remise à l'occupant ; que la copie de ces données, effectuée sur un DVD-R et représentant une taille totale de 1,52 giga-octets, est conservée sous la responsabilité du chef de service de gendarmerie ayant procédé à la perquisition ; qu'il résulte de ce qui précède que les opérations de perquisition et de saisie administratives se sont déroulées conformément aux règles de procédure définie par les dispositions précitées de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955* ».

¹⁴⁰ CE, Juge des référés, 05 septembre 2016, n° 403026, inédit.

¹⁴¹ *Id.*, « *la perquisition au domicile de Mme B... et de M. A...a été ordonnée par le préfet du Haut-Rhin en raison de leur appartenance à la mouvance radicale et des individus qu'ils fréquentaient ainsi que sur la nécessité de vérifier qu'ils ne possédaient pas des documents, du matériel de propagande ou des objets prouvant leur intention de se livrer à des activités en lien avec des structures ou des individus ayant des projets terroristes ; que, toutefois, ainsi que l'indique le procès-verbal de la perquisition, les recherches au domicile des intéressés, qui ont duré près de quatre heures, n'ont donné lieu à la découverte d'aucun élément susceptible de constituer une menace pour la sécurité et l'ordre publics, notamment dans les ordinateurs des intéressés, autres que ceux figurant dans les téléphones portables de ces derniers ; que les fichiers saisis dans ces téléphones sont des fichiers d'images, de sons et d'écrits sur lesquels aucune précision, y compris devant le juge des référés, n'a été apportée ; que la seule circonstance, invoquée par le ministre de l'intérieur, que ces fichiers comportent des éléments en langue arabe qui n'ont pas pu être exploités immédiatement ne suffit pas à les faire regarder comme*

appréciation et estimer que le préfet ou le ministre de l'intérieur peuvent fournir des éléments issus de notes blanches, de sources qualifiées de « certaines »¹⁴², des éléments issus des relations qu'entretient la personne concernée avec d'autres personnalités connus pour des faits de terrorisme, des signalements à la gendarmerie ou encore la volonté d'effectuer un séjour en Syrie.

Le contrôle opéré, outre qu'il ne s'opère que sur la régularité des opérations de saisie, est, au fond, souple avec l'administration.

Au terme de cette première section, il est donc possible de voir que les juges ne sont pas restés en retrait du contrôle des mesures prises au titre de l'état d'urgence. Bien au contraire, ils ont joué un rôle majeur. D'une part, dans leurs offices, ils ont fait preuve de largesse permettant la saisine du juge en recourant à des techniques existantes qu'ils ont habilement maniées et appliquées au contentieux de l'état d'urgence. Ils ont ainsi fait évoluer les modes de preuve (passage à la faute simple pour les personnes se faisant perquisitionner, responsabilité sans faute pour les tiers aux perquisitions administratives et présomption d'urgence pour les assignés à résidence) et usé largement des procédures de référé permettant un traitement rapide des dossiers (référé-liberté, référé-autorisation d'exploitation des données issues de perquisitions administratives). Ils ont également fait évoluer leur contrôle sur les actes en permettant un contrôle se disant plus approfondi (contrôle de la conventionnalité manifeste en référé et passage au contrôle normal). D'autre part, les interactions entre le juge administratif et le Conseil constitutionnel ont permis de véritables créations jurisprudentielles comme l'illustrent la création d'un régime indemnitaire pour les perquisitions administratives illégales et le référé exploitation des données issues de perquisitions administratives. Ces interactions ont été rendues possibles par l'imbrication des procédures de référé et de la QPC, cette dernière ayant permise le contrôle de la constitutionnalité des dispositions de la loi du 3 avril 1955 et faisant ainsi barrage à l'absence de saisine du Conseil constitutionnel *a priori*.

Si, sur le plan formel, les juges ont été au-delà des exigences habituelles d'une période d'état d'urgence, ils ont de même su faire mentir les critiques de l'absence de contrôle de l'état d'urgence. Pour autant, comme nous l'avons ébauché avec l'exploitation des données

relatifs à la menace que constituerait pour la sécurité et l'ordre publics le comportement des personnes concernées ».

¹⁴² CE, 12 août 2016, précité.

issues des perquisitions administratives, le contrôle des dispositions au fond peut laisser penser à une certaine tolérance en raison de la prise en compte du contexte d'état d'urgence.

Section 2 : Un contentieux adapté au contexte d'état d'urgence

Les juges, dans le contexte de l'état d'urgence, ont réussi à faire preuve de pragmatisme. En effet, les lois antiterroristes de ces vingt dernières années ont montré la conciliation devant s'opérer entre la sécurité publique et les libertés. Ce balancement s'est souvent montré favorable à l'ordre public. L'état d'urgence s'est inscrit dans cette tendance. Mais il est également possible de se demander si le contexte n'a pas été plus loin en accordant au fond une plus grande marge de manœuvre à l'administration (§ 1). Cette plus grande marge de manœuvre au profit de l'administration a montré les lacunes du contrôle de ce contentieux d'état d'urgence par les juges (§ 2).

§ 1 : Un contentieux alliant l'urgence et la sécurité des individus

L'état d'urgence, sur le plan de l'analyse des dispositions au fond, s'est inscrit dans la continuité du traitement jurisprudentiel des mesures antiterroristes habituelles. Ces contrôles tiennent compte de la nécessité particulière de sauvegarder l'ordre et la sécurité publics (I).

Pour autant, la spécificité d'un régime administratif tel que celui de l'état d'urgence est de justement permettre à l'administration de recourir à de plus larges prérogatives afin de faire cesser les troubles à l'ordre public (II).

I) Un contrôle adapté à l'impérieuse nécessité de sauvegarder l'ordre public

Les deux juges ayant eu à connaître principalement du contentieux d'état d'urgence ont fait face à un dilemme. D'une part, ils doivent répondre à une situation de crise meurtrière imprévisible. D'autre part, ils demeurent garants du respect du droit par l'administration et de la protection des libertés fondamentales. Une première manifestation a été visible dans le contrôle de constitutionnalité des lois. Fidèle à son contrôle habituel en la matière, le Conseil constitutionnel a opéré un contrôle restreint de ces mesures (A). Dans le même temps, la seconde manifestation a été l'adaptation du contrôle du juge administratif au contexte ayant présidé le déclenchement de l'état d'urgence (B).

A) Un contrôle classique du Conseil constitutionnel en matière de conciliation des libertés et de l'ordre public

Depuis ces quinze dernières années, le Conseil constitutionnel se contente d'un contrôle de la disproportion manifeste de l'atteinte portée aux libertés dans la conciliation avec l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des troubles à l'ordre public (1).

Le contrôle qu'a opéré le Conseil constitutionnel a également été marqué par une apparente volonté de ne pas gêner l'action administrative (2).

1) Un contrôle de la disproportion manifeste

Le contrôle qu'a opéré le Conseil constitutionnel est resté classique. Il n'a ni été plus approfondi, ni plus restreint. A cet égard, il a pu être soutenu que « *ce que l'on a vu sous l'état d'urgence est normal : le Conseil constitutionnel n'est qu'un contre-pouvoir à éclipse* »¹⁴³. La métaphore de l'éclipse est particulièrement éclairante. Le Conseil constitutionnel demeure présent en tant qu'institution, son contrôle demeure effectif mais masqué derrière l'étendu du contrôle qu'il lui confère, ce qui vaut à l'institution d'être critiquée.

Un contrôle cantonné à la disproportion manifeste implique une importante marge de manœuvre laissée au législateur. Les censures ont donc existé mais n'ont pas concerné les mesures « phares » de l'état d'urgence et ont été tardives. Ont ainsi été validées sans réserve les mesures d'assignation à résidence¹⁴⁴, les mesures de police des lieux de réunion¹⁴⁵ et les mesures de perquisitions administratives¹⁴⁶ au motif que les garanties légales instituées étaient suffisantes. Les premiers temps du contrôle de constitutionnalité ont donc été particulièrement favorables à l'administration. Puis, les prolongations successives de ce régime ont conduit le Conseil constitutionnel à accentuer son contrôle sur les mesures prises au titre de l'état d'urgence. Il aura fallu attendre la deuxième prolongation de l'état d'urgence pour que les Sages censurent les mesures de copies des données issues des perquisitions administratives¹⁴⁷.

¹⁴³ Jean-Louis HALPERIN, Stéphanie HENNETTE-VAUHCEZ et Eric MILLARD (dir.), *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation, actes du colloque du 24 et 25 novembre 2015 tenu à Nanterre*, Nanterre : Presses universitaires de Nanterre, 2017, p. 249.

¹⁴⁴ Cons. Const., décision 2015-527 QPC précité.

¹⁴⁵ Cons. Const., décision 2016-535 QPC précité.

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Id.*

Ont ensuite suivi une vague de censures systématiques et au moins partielles des mesures soumises au Conseil constitutionnel¹⁴⁸.

Les censures opérées dans le cadre de ce contrôle de la disproportion manifeste se concentrent autour de l'absence totale de garanties légales¹⁴⁹. Pour ne reprendre qu'un exemple, la dernière QPC relative aux contrôles d'identité, de bagages et fouilles de véhicules, des auteurs n'avaient pas manqué de souligner précocement que « *La question du motif du contrôle soulève la difficulté d'objectiver le choix de la personne contrôlée dans le cadre des contrôles requis et des contrôles administratifs, qui peuvent être pratiqués sur toute personne indépendamment de son comportement. La question se pose de savoir sur quels critères les agents se fondent pour choisir les personnes qu'ils contrôlent. [...] [La grille de lecture] peut se fonder sur des acteurs multiples tels que le profil de la personne, son origine ethnique supposée, sa tenue vestimentaire ou autres, et/ou selon des stéréotypes* »¹⁵⁰. Cette position a été confirmée par la décision du Conseil constitutionnel, qui a, par ailleurs, déclaré conforme de tels périmètres assortis de garanties légales dans sa décision du 29 mars 2018¹⁵¹.

Par conséquent, le Conseil constitutionnel n'a pas amoindri son contrôle et il apparaît erroné de considérer que jamais le Conseil Constitutionnel n'a refusé quelque chose aux pouvoirs publics dans la lutte contre le terrorisme¹⁵². Pour autant, il a pu parfois prendre des positions discutées par la doctrine en refusant de pousser au maximum l'étendue de son pouvoir. Il a ainsi refusé de qualifier les assignations à résidence de mesures privatives de

¹⁴⁸ Tel est le cas des perquisitions administratives menées du 14 novembre au 21 novembre 2015 : Cons., const., décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, M. Georges F. et autre, Journal officiel n°0224 du 25 septembre 2016, des données représentant une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics : Cons. const., décision n°2016-600 QPC du 2 décembre 2016, M. Raïme A, Journal officiel n°0282 du 4 décembre 2016, l'autorisation de renouvellement d'une assignation à résidence par un juge *a priori*, Cons., const., décision 2017-624 QPC précitée, des zones d'interdiction de séjour des personnes, Cons. const., décision 2017-635 QPC du vendredi 9 juin 2017, M. Emile L, Journal officiel n°0136 du 11 juin 2017, des contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence, Cons. const., décision 2017-677 QPC du 1er décembre 2017, Ligue des Droits de l'Homme, Journal officiel n°0281 du 2 décembre 2017 et des périmètres de protection, Cons. const., décision 2017-684 QPC précitée.

¹⁴⁹ La copie des données issues de perquisitions administratives, les perquisitions administratives menées antérieurement au 21 novembre 2015, les zones d'interdiction de séjour des personnes, les contrôles d'identité et fouilles de bagages ainsi que les périmètres de protection illustrent les exemples de ce que le Conseil constitutionnel considère comme une absence de garanties.

¹⁵⁰ Jean-Louis HALPERIN, Stéphanie HENNETTE-VAUHCEZ et Eric MILLARD (dir.), *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation, actes du colloque du 24 et 25 novembre 2015 tenu à Nanterre*, Nanterre : Presses universitaires de Nanterre, 2017, p. 174.

¹⁵¹ Cons. const., décision 2017-695 QPC du 29 mars 2018, M. Rouchdi B. et autre, Journal officiel n°0075 du 30 mars 2018.

¹⁵² Idée soutenue par Pascal MBONGO (dir.), *L'état d'urgence, la prérogative et l'État de droit*, Paris : Institut universitaire de Varenne LGDJ-Lextenso éditions, 2017, p. 345.

liberté mais s'est cantonné aux mesures restrictives, de sorte que le juge judiciaire est évincé. Il a également refusé de formuler « d'authentiques réserves d'interprétation »¹⁵³. Karine Roudier souligne que depuis les attentats du 11 septembre 2001, le contrôle de constitutionnalité est cantonné à la disproportion manifeste, dans un contrôle qu'elle qualifie de « proportionnalité globale »¹⁵⁴, affaiblissement qu'elle impute à l'impossibilité pour les Sages de contrôler la nécessité des mesures¹⁵⁵. En tout état de cause, et même si son contrôle a pu apparaître discutable sur certains points, le Conseil est resté dans une « *volonté [...] d'inscrire sa jurisprudence sur l'état d'urgence au sein d'une jurisprudence constante plus globale donnant alors le sentiment que ce régime d'exception n'emporte pas de jurisprudence exceptionnelle ni de contrôle spécial.* »¹⁵⁶

S'il ne peut être critiqué au regard de l'intensité du contrôle qu'il a effectué, il en va autrement des effets qu'il a attachés à ses déclarations d'inconstitutionnalité. Ces effets ont marqué la volonté de ne pas gêner l'action de l'administration.

2) Un contrôle marquant la volonté de ne pas gêner l'action de l'administration

L'action de l'administration a été préservée grâce au facteur temps à deux égards. D'une part, l'absence de saisine *a priori* a nécessairement différé l'intervention du Conseil constitutionnel et d'autre part, par le report des déclarations d'inconstitutionnalité dans le temps.

En premier lieu, comme il l'a été précédemment souligné, l'absence de saisine *a priori* a permis à l'administration de bénéficier d'un délai d'action supplémentaire. Les QPC, même si elles ont pu être traitées rapidement comme l'illustre la première décision QPC du 22 décembre 2015, ont tout de même laissé le temps à l'administration de mettre en vigueur des mesures dont la constitutionnalité était incertaine. L'importance du facteur temps s'est confirmée au fil de l'état d'urgence. Plus le temps passait, plus les censures partielles devenaient systématiques, jusqu'à devenir totales à l'issue de l'état d'urgence. Pour la plupart

¹⁵³ Florian SAVONITTO, « État d'urgence et risque d'inconstitutionnalité » [en ligne], in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 17 mai 2016, chronique n° 15, disponible sur <http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/etat-durgence-et-risque-dinconstitutionnalite/> [consulté le 25 juin 2018].

¹⁵⁴ Karine ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste*, Thierry DI MANO (dir.), thèse de doctorat en droit public, Paris : LGDJ, collection Thèses, 2012, p. 351.

¹⁵⁵ Karine ROUDIER, *Idem*, p. 338.

¹⁵⁶ Coralie RICHAUD, « QPC relatives à l'état d'urgence : les limites d'une jurisprudence normale appliquée à un régime d'exception », in *Gaz. Pal.*, 29 mars 2016, n°13, p. 32.

des hypothèses, ces censures sont intervenues alors que les mesures avaient cessé d'être en vigueur¹⁵⁷, les autres mesures étant censurées partiellement et de manière générale, sans remettre en cause le principe même de la mesure.

En second lieu, le temps a été un atout pour l'administration qui a pu profiter de largesse des Sages dans le report des effets de ses déclarations d'inconstitutionnalité. Rares ont été les censures à effet immédiat défavorables à l'administration¹⁵⁸.

Ce rapport au temps illustre la flagrance de la marge de manœuvre importante donnée à l'administration. L'ensemble du contrôle opéré par les Sages dans ce contentieux, que ce soit s'agissant de son étendu, de son appréciation et de ses effets reflète la volonté de ne pas gêner l'action des pouvoirs publics. Comme l'exprimait Agnès Roblot-Troizier, « *l'état d'urgence affaiblit la protection des libertés. Il y a entre l'un et l'autre « un choc frontal » qui est « inhérent à l'idée même d'état d'exception » [...] Le juge constitutionnel lui-même paraît frappé par ce retournement de situation : il ne semble pas vouloir prendre la responsabilité de gêner les pouvoirs publics dans leur lutte contre le terrorisme.[...]En un mot, le Conseil constitutionnel n'est pas prêt à prendre le « risque » de faire prévaloir la protection des libertés sur la préservation de l'ordre public. C'est pourquoi, saisi de QPC présentées par les justiciables, il se contente d'un contrôle superficiel de constitutionnalité et choisit de s'en remettre au contrôle exercé a posteriori par le juge administratif.* »¹⁵⁹

Sans aller jusqu'à un contrôle superficiel comme il est soutenu, il est vrai que le Conseil constitutionnel a pu se montrer permissif envers l'administration. Cette permissivité peut s'expliquer par le fait que « *Les textes d'exception sont rarement votés, en France, dans le calme d'une période de stabilité politique, en prévision d'un temps de crise. C'est fréquemment sous la pression des circonstances que les législateurs délibèrent et leurs actes*

¹⁵⁷ C'est le cas notamment des perquisitions administratives du 14 au 21 novembre 2015, des zones de protection et des contrôles d'indenté, fouille de bagage et visites de véhicules jugées postérieurement à leur sortie de vigueur.

¹⁵⁸ Ont eu un effet immédiat les censures opérées sur les copies des données issues de perquisitions administratives, l'intervention du juge administratif dans le but d'autoriser les prolongations des assignations à résidence (qui était plus une contrainte pour l'administration qu'un avantage), les perquisitions administratives du 14 au 21 novembre 2015 (mais la déclaration d'inconstitutionnalité est inopposable aux procédures judiciaires en cours) et les zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence (visiblement en raison de l'absence de communication par l'administration du nombre de procédures pouvant être remises en cause comme le laisse présager l'audience devant le Conseil constitutionnel).

¹⁵⁹ Agnès Roblot-Troizier, « État d'urgence et protection des libertés », in *RFDA*, 2016. 424.

portent ainsi la marque de leur époque et des besoins auxquels ils ont voulu parer. »¹⁶⁰
Assurément le Conseil constitutionnel a pris en compte ce contexte dans les décisions qu'il a rendues. Ce contrôle est plus généralement celui qu'il mène en matière antiterroriste et son rôle en la matière est complexe, les Sages devant naviguer « *entre une volonté législative qui répond à une impérieuse nécessité de protéger la démocratie exigeant des règles toujours plus dures, et un seuil de tolérance de plus en plus limité de la norme constitutionnelle* »¹⁶¹.

Par conséquent, les Sages ont inscrit leur contrôle dans la continuité de leur jurisprudence traditionnelle en matière de conciliation entre les libertés et l'ordre public et notamment en matière de terrorisme. Le contexte d'urgence et de gravité des atteintes à l'ordre public a été de nature à permettre à l'exécutif de disposer d'une marge de manœuvre étendue. L'impact du contexte d'édition des mesures s'est également retrouvé chez le juge administratif qui a été amené à une prise en compte accrue du contexte d'urgence.

B) Un contrôle du juge administratif adapté au contexte de l'urgence

Le juge administratif, dans le contrôle qu'il a été amené à opérer, a pris en compte de façon plus ou moins flagrante le contexte d'urgence attaché à la déclaration d'état d'urgence.

Cette prise en compte du contexte s'est effectuée dans l'appréciation de la légalité des mesures prises par l'administration (1). Un exemple concret de prise en compte du contexte est la disjonction fonctionnelle entre les motifs d'assignation à résidence et les motifs ayant présidé au déclenchement de l'état d'urgence (2).

1) La nécessaire prise en compte du contexte dans l'appréciation de la légalité

Les conditions dans lesquelles le juge administratif a opéré son contrôle sous l'état d'urgence ont été particulièrement complexes. Il a d'une part été confronté à une demande de sécurité de la part des administrés et d'autre part au respect des libertés fondamentales des administrés, le tout dans un contentieux à bref délai. Jean-Marc Sauvé reconnaît lui-même cette posture parfois inconfortable pour le juge administratif qui est « *à la fois juge de l'urgence et juge dans l'urgence* »¹⁶².

¹⁶⁰ Roland DRAGO, « L'état d'urgence et les libertés publiques », in *RDP*, 1955, p. 671.

¹⁶¹ Karine ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste*, Paris : LGDJ, collection Thèses, 2012, p. 362.

¹⁶² Jean-Marc SAUVE, « L'urgence devant le juge administratif », intervention pour la 5^{ème} édition des États généraux du droit administratif, Maison de la Chimie, 26 juin 2015.

Le Conseil d'État n'est effectivement pas resté insensible au contexte ayant présidé le déclenchement de l'état d'urgence et donc à l'urgence qui en résultait. Cette jonction entre situation de fait, urgence et conséquence juridique est mis en avant par Jean-François de Montgolfier qui affirme qu'en « *tant qu'elle désigne une situation d'exception qui affranchit du respect de certaines règles, l'urgence absolue se distingue d'une urgence qui oblige seulement d'agir vite dans le respect des règles. En tant qu'elle opère sa fonction de justification même sans texte, elle se distingue de l'urgence prévue par les textes. En tant qu'elle est imposée par des circonstances de fait, elle se distingue de l'urgence qui résulte d'une volonté d'aller vite.* »¹⁶³

Le recours au contexte s'est matérialisé dans différentes décisions du Conseil d'État. Il a notamment consacré cette analyse dans son avis du 1^{er} juillet 2016 s'agissant de l'appréciation de la motivation des opérations de perquisitions administratives. Il a ainsi pu estimer que « *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* »¹⁶⁴. Sont donc pris en compte par le Conseil d'État tant le contexte ayant présidé à la déclaration de l'état d'urgence que celui dans lequel est prise la décision de perquisitionner un individu. De même, s'agissant des assignations à résidence, le Conseil d'État a pu préciser que l'appréciation du comportement devait être effectuée « *compte tenu du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, une menace pour la sécurité et l'ordre publics* »¹⁶⁵. Ce contexte s'est enfin retrouvé au-delà des mesures de l'état d'urgence pour se porter également sur les mesures de droit commun prises dans ce contexte¹⁶⁶.

Le juge administratif opère donc un contrôle de proportionnalité mais avec la prévention des troubles à l'ordre public s'adjoint le contexte d'état d'urgence. Il semble que le contexte d'incertitudes quant à la probabilité de survenance d'autres attaques ait joué un rôle

¹⁶³ Jean François DE MONTGOLFIER, « Le Conseil constitutionnel et l'urgence », in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Lextenso, n°51, 1^{er} janvier 2017, p. 31. Si cette étude portait sur le Conseil constitutionnel, cette définition semble s'appliquer *a fortiori* au juge administratif qui connaît des situations analogues.

¹⁶⁴ CE, avis, 6 juillet 2016, n° 398234, 399135, recueil p. 320.

¹⁶⁵ CE, Section, 11 décembre 2015, n°394989, inédit.

¹⁶⁶ Il en va ainsi des interdictions de déplacement de spectateurs à l'occasion de matches de football : CE, 22 janvier 2016, n°396307, inédit : « *il ne résulte pas davantage manifestement de l'instruction que, dans les circonstances de l'espèce et eu égard au contexte caractérisé par la forte mobilisation des forces de l'ordre pour lutter contre la menace terroriste et parer au péril imminent ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence* ».

déterminant. Le juge administratif est placé face au dilemme de la prévention des attentats face à la préservation des libertés. Dans un contexte d'émoi face à l'intensité des attaques terroristes et au bilan humain, les juges ont pu, dans un premier temps, être déstabilisés. On peut aisément transposer les conclusions de Maryse Baudrez et Thierry Di Manno lorsqu'ils affirment que le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste est « *sur-mesure, ni tout-à-fait différent, ni tout identique à celui ordinairement délivré* ». Ce contrôle du juge administratif est entier comme le prévoit le droit commun mais différent par le contexte antiterroriste dans lequel il s'inscrit¹⁶⁷.

Ainsi, le contrôle opéré par le juge administratif est éminemment influencé par son contexte et par la demande de la société. A ce titre, Agnès Roblot-Troizier note que « *L'état d'urgence est un régime d'exception qui fait provisoirement prévaloir l'urgence de rétablir la sécurité, gravement menacée, sur le régime du droit commun des libertés* »¹⁶⁸. Cette posture des juges est donc logique. Pourtant, une autre illustration de cette prise en compte du contexte a pu donner lieu à des critiques fournies, à savoir la disjonction fonctionnelle entre les motifs d'assignation à résidence et les motifs ayant présidé au déclenchement de l'état d'urgence.

2) Une disjonction fonctionnelle entre les motifs d'assignation à résidence et les motifs ayant présidé au déclenchement de l'état d'urgence

Avec les perquisitions administratives, les assignations à résidence ont été les mesures les plus utilisées. L'article 6 de la loi du 3 avril 1955 dans sa version issue de la loi du 20 novembre 2015 prévoit que « *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.* » Cette dernière période d'état d'urgence a été l'opportunité pour le gouvernement d'étendre cette faculté d'assignation à résidence. En effet, dans sa version antérieure, cette disposition ne permettait l'assignation que dès lors que l'activité d'une personne s'avérait dangereuse pour la sécurité et l'ordre

¹⁶⁷ Maryse BAUDREZ et Thierry DI MANO, préface, Karine ROUDIER, Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste, Thierry DI MANO (dir.), thèse de doctorat en droit public, Paris : LGDJ, collection Thèses, 2012, 524p.

¹⁶⁸ Agnès ROBLOT-TROIZIER, « état d'urgence et protection des libertés », in *RFDA*, 2016, p. 424.

publics, l'administration devant rapporter la preuve de cette dangerosité. Or, cette nouvelle rédaction s'intéresse d'une part au comportement d'une personne et non plus à l'activité avérée et d'autre part à des « *raisons sérieuses de penser* ». La dangerosité des personnes à assigner à résidence est donc plus simple à établir car un faisceau d'indices suffit.

Demeurait cependant une incertitude rapidement levée. L'administration pouvait-elle assigner à résidence une personne pour des considérations extérieures aux motifs ayant présidé au déclenchement de l'état d'urgence ? Cette question n'est pas tranchée par le texte de la loi du 3 avril 1955. Retenir une acception négative revient à cantonner les motifs d'assignation aux hypothèses de lutte antiterroriste. Retenir l'acception inverse permet de démultiplier les hypothèses d'assignation à résidence. Cette hypothèse, favorable à l'administration a été retenue par le Conseil d'État¹⁶⁹. A la veille de la Conférence pour le climat de décembre 2015, des militants écologistes ont été assignés à résidence sur le fondement de cette disposition. Le rapporteur public Xavier Domino soulignait ainsi qu'aucun « *lien ne peut être fait ni dans le texte de la loi ni par ses travaux parlementaires, entre le motif de déclenchement de l'état d'urgence et les mesures d'assignations susceptibles d'être prises. Et faire ce constat, ce n'est pas relever une aberration ou un oubli du législateur. Il y a au contraire une logique à ce que, dans un moment exceptionnel où un péril imminent nécessite une mobilisation considérable des services publics pour y parer, des mesures particulières puissent être prises afin d'éviter que d'éventuels troubles à l'ordre et à la sécurité publics qui, par leur ampleur, risqueraient de détourner les forces publiques de leur mission, se déclarent.[...] Il nous semble donc qu'en réalité, avec les motifs ayant justifié la déclaration de l'état d'urgence, il doit bien, en quelque sorte, exister un lien, mais un lien non pas idéologique ou politique qui tiendrait à l'origine des troubles auxquels il convient de parer, mais plutôt un lien opérationnel ou fonctionnel, qui tient à l'ampleur de la mobilisation des forces de l'ordre qu'ils pourraient entraîner et à la nécessité de ne pas avoir à mobiliser par trop ces forces dans un contexte déjà difficile, où, rappelons-le, le péril est imminent.*»¹⁷⁰ Comme le soulignaient Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet, il demeure un lien

¹⁶⁹ CE, Section, 11 décembre 2015, précitée.

¹⁷⁰ Xavier DOMINO, « Assignations à résidence en état d'urgence », in *RFDA*, 2016. 105

logique entre les motifs d'assignation à résidence et les conséquences de l'état d'urgence sur la mobilisation des forces de police¹⁷¹.

Cette position a été vivement critiquée par différents observateurs, dont les observateurs indépendants des Nations-Unies, lesquels ont mis en avant « *le manque de définition de l'expression « raisons sérieuses », ainsi que le manque de clarté et de précision des circonstances susceptibles de constituer une menace pour la « sécurité » et « l'ordre publics », ces notions étant très vagues et vastes, doivent être appliquées exclusivement aux fins pour lesquelles elles ont été prescrites et être en rapport direct avec l'objectif spécifique qui les inspire* »¹⁷². Cette possibilité est un véritable atout pour l'administration qui a pu profiter de cette logique fonctionnelle ou opérationnelle pour justifier d'assignations à résidence dénuées de tout cadre terroriste et notamment de personnes de tous horizons pouvant provoquer des débordements par leurs actions ou leur rassemblement (manifestation dite « Loi Travail », rassemblements sur la « ZAD » de Notre-Dame des Landes). Le législateur a toutefois tiré les conséquences de cette lacune dans sa loi du 30 octobre 2017 en subordonnant les assignations à résidence de droit commun à un motif de lutte antiterroriste¹⁷³.

Le juge administratif exerce donc durant l'état d'urgence un contrôle emprunt du contexte de l'état d'urgence qu'il prend en compte dans les motifs des mesures édictées. La prise en compte du contexte factuel est une arme redoutable pouvant faire balancer le curseur en faveur de l'ordre public ou des libertés. Cette prise en compte est un atout pour l'administration qui jouira d'une plus grande marge de manœuvre pour intervenir dans ce cadre. Sans aller jusqu'au caractère politique, il est raisonnable d'affirmer que cette appréciation est fortement variable. Ce contrôle n'est pas seulement plus favorable à l'administration, il est taillé sur mesure à la supériorité de l'exécutif dans la gestion des situations de crise.

II) Un contrôle adapté à la supériorité de l'exécutif dans la gestion des situations de crise

Dans un contexte de situations de crise, l'exécutif est le mieux armé pour pouvoir combattre une menace. D'une part, il dispose d'outils de surveillance qu'il est le seul à détenir

¹⁷¹ Louis DUTHEILLET DE LAMOTTE et Guillaume ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *in AJDA*, 2016.247.

¹⁷² Haut Commissariat des Droits de l'Homme pour les Nations-Unies, Déclaration publique sur la loi relative à l'état d'urgence et sur la loi relative à la surveillance des communications électroniques internationales, Genève, 19 janvier 2016.

¹⁷³ Article L. 228-1 et L. 228-2 du code de la sécurité intérieure

permettant alors d'avoir une vue précise sur la situation. D'autre part, il dispose des outils juridiques lui permettant de répondre à la situation de crise.

Durant l'état d'urgence, cette reconnaissance de la supériorité de l'exécutif a été effectuée à deux égards. Dans un premier temps, l'une des caractéristiques de cette supériorité de l'exécutif est un contrôle restreint sur les injonctions visant à ce qu'il soit mis fin à l'état d'urgence (A) alors que dans un second temps, un contrôle basé sur le faisceau d'indices suffit aux juges pour justifier une mesure (B).

A) Un contrôle restreint sur les injonctions visant à ce qu'il soit mis fin à l'état d'urgence

Le Conseil d'État a eu le délicat rôle de trancher l'injusticiabilité des décisions présidentielles de refus d'abrogation de l'état d'urgence. La réponse à cette question n'était pas aisée. Pourtant, et à la différence du régime des plein-pouvoirs de l'article 16 de la Constitution, le Conseil d'État a reconnu sa compétence pour contrôler de la nécessité du maintien en vigueur de l'état d'urgence (1).

Encore fallait-il pour la Haute juridiction administrative définir l'intensité du contrôle dont cette mesure fait l'objet. Sur ce point, elle a tranché en faveur d'un contrôle restreint et a donc opté pour un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (2).

1) La reconnaissance de la faculté de contrôler les refus d'injonction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'état d'urgence

Le régime de déclaration de l'état d'urgence par le Président de la République est un régime particulier. Si l'on en suivait la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État, on aurait pu penser qu'il était impossible pour le juge de contrôler le refus du Président de la République de mettre fin à l'état d'urgence.

Un parallèle avec le régime des plein-pouvoirs de l'article 16 de la Constitution permet de trouver le fondement de cette hésitation. Par un arrêt Rubin de Servens du 2 mars 1962, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a assimilé la mise en œuvre de cet article à un acte de gouvernement insusceptible de recours devant le Conseil d'État¹⁷⁴.

¹⁷⁴ CE, 2 mars 1962, Rubin de Servens, n°55049,55055, recueil p. 143.

Il fallait donc déterminer si la déclaration de l'état d'urgence suivait un régime identique. Une position inverse était soutenue par certaines associations de défense des droits telles que la Ligue des Droits de l'Homme. Une tentative identique avait été formulée lors de la précédente mise en œuvre de l'état d'urgence en 2005. Le juge des référés du Conseil d'État avait alors estimé qu'il ne pouvait se prononcer en référé sur cette question au motif que la réponse apportée excède l'office du juge des référés¹⁷⁵.

La question est désormais tranchée par une décision du 27 janvier 2016. Le juge des référés du Conseil d'État a adopté un raisonnement binaire. Il a d'une part rejeté les conclusions tendant à la suspension directe de l'état d'urgence car cette mesure aurait pour effet de suspendre l'application d'une loi, ce que seul le mécanisme de question prioritaire de constitutionnalité peut faire. Il a d'autre part accepté d'admettre la recevabilité de la question du refus par le Président de la République de mettre fin à l'état d'urgence. Il a considéré que *« si le Président de la République dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour faire ou non usage de la faculté qui lui est reconnue par la loi de mettre fin à l'état d'urgence avant l'expiration du délai de trois mois prévu par celle-ci, le silence de la loi sur les conditions de mise en œuvre de cette faculté ne saurait être interprété, eu égard à la circonstance qu'un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui, dans un État de droit, sont par nature limités dans le temps et dans l'espace, comme faisant échapper sa décision à tout contrôle de la part du juge de la légalité ; qu'il appartient, en conséquence, au juge des référés de se prononcer sur les conclusions subsidiaires des requérants qui tendent à ce qu'il soit enjoint au Président de la République de faire usage de la faculté de mettre fin, par décret en conseil des ministres, à l'état d'urgence avant l'expiration du délai de trois mois ou, à tout le moins, de réexaminer la situation »*¹⁷⁶. Par conséquent, le juge des référés peut contrôler le maintien des circonstances justifiant la déclaration d'état d'urgence.

Cette décision serait-elle désormais transposable aux plein-pouvoirs de l'article 16 ? Certains observateurs ont pu faire valoir que le régime prévu par l'état d'urgence est différent sur deux points. La déclaration d'état d'urgence ne répond pas à la définition des actes de gouvernement. En effet, elle ne touche ni aux relations internationales, ni aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels. Comme le souligne Renan Le Mestre, si l'article 16 de la Constitution vise le même objectif que la déclaration de l'état d'urgence, à savoir le retour à

¹⁷⁵ CE, Juge des référés, 9 décembre 2005, Mme Allouache, n°287777, recueil p. 562.

¹⁷⁶ CE, Juge des référés, 27 janvier 2016, Ligue des Droits de l'Homme, n°396220, recueil p. 8.

une situation de légalité ordinaire, « *les moyens employés sont totalement différents.* ». L'article 16 de la Constitution institue « *une négation de la séparation des pouvoirs alors que l'état d'urgence n'intervient pas dans les conditions d'exercice du pouvoir législatif ni dans l'équilibre des pouvoirs constitutionnels* »¹⁷⁷. Le régime n'est donc pas transposable.

Il s'agit d'un véritable essor de la protection des justiciables en ce que le juge pourra théoriquement se substituer au chef de l'État afin de mesurer la nécessité de l'état d'urgence. Le signal envoyé par le Conseil d'État est donc ferme et avertit le Président de la République qu'il ne dispose pas, en la matière, d'une compétence discrétionnaire. Cette affirmation doit immédiatement être nuancée par l'intensité du contrôle que lui confère le Conseil d'État, contrôle qu'il a restreint à l'erreur manifeste d'appréciation par nécessité.

2) Un contrôle nécessairement restreint

Le contrôle opéré par le Conseil d'État sur la question des injonctions visant à mettre fin à l'état d'urgence est nécessairement restreint en raison de la présidentialisation du régime de l'état d'urgence pour deux raisons.

Il s'agit d'une part de motifs purement factuels. En effet, les Présidents de la République jouissent d'une légitimité pour intervenir dans les situations de crise. La figure présidentielle, l'autorité dont ils jouissent et la légitimité que leur confère leur élection au suffrage universel direct sont autant de facteurs justifiant leur prépondérance au sein du régime d'état d'urgence. Ainsi, François Hollande avait-il fait devant le Congrès de cette lutte contre le terrorisme le centre de l'action de l'Exécutif¹⁷⁸. Le juriste Paul Leroy écrivait ainsi que « *la prééminence du pouvoir exécutif en temps de crise est naturelle [...]. L'exécutif se trouve, en temps de crise, en bien meilleure posture que les autres organes de l'État* »¹⁷⁹, notamment en raison de sa capacité d'analyse globale.

¹⁷⁷ Renan LE MESTRE, « Les évolutions récentes ayant affecté le régime juridique de l'état d'urgence en France », in *Etudes offertes au professeur René Hostiou*, Frédéric ALLAIRE, Grégoire BIGOT, Pierre BON (dir.), Litec, 2008, p. 333.

¹⁷⁸ Il avait notamment déclaré que « *La République, nous voulons l'investir de toute force nécessaire qu'appelle ce contexte nouveau de guerre, pour lui permettre d'éradiquer dans le respect de nos valeurs le terrorisme et sans rien perdre de ce que garantit l'État de droit. [...] Le terrorisme ne détruira pas la République car c'est la République qui le détruira.* », François HOLLANDE, discours au Congrès, 16 novembre 2015.

¹⁷⁹ Paul LEROY, *l'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris : LGDJ, Collection Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, 1966, p. 31.

Cette tendance a été confirmée par les Chefs de l'État successifs qui se sont tous appropriés l'état d'urgence comme émanant de leur propre initiative, faisant dire à certains commentateurs qu'il s'agissait là de « l'arbitraire » des Présidents de la République¹⁸⁰. Ainsi, comme le soulignent Olivier Beaud et Cécile Guerin-Bargues, durant la période d'état d'urgence déclenchée par le Général de Gaulle, les prolongations ne sont pas passées une seule fois par le Parlement, le mécanisme des plein-pouvoirs de l'article 16 jouant son plein effet. En 2005, le Premier ministre s'est substitué à Jacques Chirac, malade, afin d'annoncer l'entrée en vigueur de la mesure avant la réunion du Conseil des ministres. De même, en 2015, François Hollande a annoncé l'entrée en vigueur de l'état d'urgence le 13 novembre avant la réunion du Conseil des ministres¹⁸¹.

Cette volonté de présidentialisation du régime est imputable à la nécessité d'aller vite, de prendre des décisions rapides, mais également à une volonté de stabilité et de souplesse¹⁸².

En droit, d'autre part, le Conseil d'État a été amené également à adopter cette position. Il a donc précocement reconnu dès 2005 que « *le Président de la République dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu lorsqu'il décide de déclarer l'état d'urgence et d'en définir le champ d'application territorial* »¹⁸³. Cette formule se retrouve en 2016 avec une nuance, la consécration d'un contrôle juridictionnel limité à l'erreur manifeste d'appréciation¹⁸⁴. Le juge des référés a pris en compte un certain nombre d'éléments factuels sur lesquels nous reviendrons ultérieurement afin de fonder sa décision.

La critique est alors immédiate. Toute censure du Conseil d'État devient quasi illusoire, les commentateurs parlant d'un contrôle juridictionnel « *complètement effacé sans raison convaincante* », de « *raison d'État* »¹⁸⁵ ou encore de contrôle « *purement formel* »¹⁸⁶. En

¹⁸⁰ Olivier BEAUD, Cécile GUERIN-BARGUES, *l'état d'urgence étude constitutionnelle, historique et critique*, Issy-Les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2016, p. 86.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Selon Olivier Beaud et Cécile Guerin-Bargues, : « *Les ennemis de l'État évoluent mais l'état d'urgence demeure pour les combattre* », l'état d'urgence peut perdurer au régime suivant, il y a donc manifestation d'une certaine souplesse, *op cit*, p. 73.

¹⁸³ CE, Juge des référés, 14 novembre 2005, M. Rolin, n°286835, recueil p. 499.

¹⁸⁴ CE, Juge des référés, 27 janvier 2016 précitée.

¹⁸⁵ Reprenant les mots de Gille Lebreton, Agnès Roblot-Troizier affirme que « *Le constat dressé par Gilles Lebreton en 2007 pourrait, à peu de chose près, être repris aujourd'hui : « le contrôle juridictionnel s'est complètement effacé sans raison convaincante, comme si le juge considérait qu'une sorte de raison d'État, fondée sur une légitimité démocratique, prenait le relais de l'État de droit quand le salut public est en jeu* », Agnès ROBLOT-TROIZIER, « État d'urgence et protection des libertés », in *RFDA*, 2016.424.

¹⁸⁶ Denis BARANGER, « Quel « État de droit » ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », in *RFDA*, 2016.355.

réalité, il semble que le Conseil d'État ait agi avec pragmatisme. En effet, il n'est pas détenteur des informations dont dispose le Chef de l'État. A cet égard, ne peuvent être soumis aux juges administratifs que les éléments communicables, et donc non-couverts par le secret de la défense nationale, éléments que seul le Président de la République a en sa possession. Il est dès lors le mieux placé pour déterminer la justification du maintien de l'état d'urgence. Cependant, cela ne réduit pas à néant la porte ouverte par le Conseil d'État, lequel émet un avis avant chaque projet de prorogation de l'état d'urgence et qui peut en conséquence censurer le Chef d'État qui irait à l'encontre des considérations de cet avis dans le cadre du présent contrôle.

Si le Président de la République est l'acteur essentiel de l'état d'urgence, la supériorité donnée à l'exécutif donnée durant ce régime est intimement liée à la manière avec laquelle le juge statue et notamment face à la technique du faisceau d'indices.

B) Un contrôle basé sur un faisceau d'indices

Si le juge administratif effectue un contrôle au regard d'informations que l'administration est la seule à détenir, il se contente toutefois d'un simple faisceau d'indices. Le juge administratif n'a pas d'autres choix. En matière de lutte contre le terrorisme et plus qu'ailleurs, le cadre préventif de la police administrative suppose que le contrôle ne repose non pas sur des éléments tangibles et précis mais sur un faisceau d'indices dans la mesure où, par définition, les personnes concernées ne sont pas encore passés à l'acte (1).

Pour autant, ce recours au faisceau d'indices a, en raison de sa largesse ou de sa relative imprécision, pu conduire à une carence de la motivation des décisions juridictionnelles (2).

1) Le recours au faisceau d'indices comme instrument de conviction

Le juge administratif forge sa conviction sur un ensemble d'éléments, qui mis bout à bout, permettent de fonder la mesure. L'inconvénient du système de faisceau d'indices est qu'il repose sur une plus grande subjectivité dès lors qu'il consiste en une addition de faits dont l'ensemble constitue, pour le juge, la preuve de la menace grave que le comportement de la personne représente. L'appréciation portée par le juge administratif est donc susceptible de fluctuer sans que le requérant ne puisse avoir de prévisibilité quant aux éléments déterminants

l'opinion de la formation de jugement¹⁸⁷. En matière d'assignation à résidence, le juge administratif exige un « *faisceau d'indices propres à la situation actuelle [...] suffisamment sérieux et convergents* »¹⁸⁸. Il en va de même en matière d'autorisation d'exploitation des données issues de perquisitions administratives¹⁸⁹. Bien que critiquable, l'exigence d'un faisceau d'indices n'est pas propre à l'état d'urgence mais constitue l'exigence traditionnelle du juge administratif en matière de police administrative. Dans le cadre de l'état d'urgence, il a fondé des mesures permettant de trouver l'élément manquant à la judiciarisation des procédures¹⁹⁰.

Le Conseil constitutionnel renforce parfois lui-même cette exigence en imposant que parmi cet ensemble d'éléments figurent des éléments nouveaux ou complémentaires. Tel a notamment été le cas en matière de prolongation des assignations à résidence de plus de douze mois. Dans sa décision du 17 mars 2017¹⁹¹, il a ainsi émis une réserve en indiquant qu'« *au-delà de douze mois, une mesure d'assignation à résidence ne saurait, sans porter une atteinte excessive à la liberté d'aller et de venir, être renouvelée que sous réserve, d'une part, que le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics, d'autre part, que l'autorité administrative produise des éléments nouveaux ou complémentaires, et enfin que soient prises en compte dans l'examen de la situation de l'intéressé la durée totale de son placement sous assignation à résidence, les conditions de celle-ci et les obligations complémentaires dont cette mesure a été assortie.* »

En réalité, le Conseil constitutionnel a ici entendu imposer un faisceau d'indices renforcé en restreignant les éléments pris en compte aux seuls éléments postérieurs à l'assignation à résidence originelle et en précisant pour partie le contenu des éléments à prendre en compte (durée totale de l'assignation et obligations complémentaires le cas échéant posées). Le Conseil d'État a réceptionné ces réserves et a posé le principe de la prise en compte d'éléments nouveaux « *qui résultent de faits qui sont survenus ou qui ont été révélés postérieurement à la décision initiale d'assignation à résidence ou aux précédents*

¹⁸⁷ Si les découvertes des perquisitions administratives sont couramment utilisées pour justifier des mesures d'état d'urgence, et notamment sur l'autorisation d'exploiter des éléments issus de perquisitions administratives, des décisions ont pu estimer que les seules paroles prononcées par la personne visée par la perquisition étaient suffisantes pour donner cette autorisation, CE, Juge des référés, 23 août 2016, n°402571, inédit.

¹⁸⁸ CE, Juge des référés, 21 février 2017, n°407902, inédit.

¹⁸⁹ CE, Juge des référés, 9 février 2017, n°407650, inédit.

¹⁹⁰ François MOLINS, intervention dans le cadre de la table ronde organisée par la Commission des Lois, « L'efficacité opérationnelle de l'état d'urgence », 11 avril 2018.

¹⁹¹ Cons. const., décision 2017-624 QPC précitée, point 17.

renouvellements, au cours des douze mois précédents ; que de tels faits peuvent résulter d'agissements de la personne concernée, de procédures judiciaires et même, si elles sont fondées sur des éléments nouveaux par rapport à ceux qui ont justifié la première mesure d'assignation, de décisions administratives ; que le juge administratif contrôle enfin que l'administration a pris en compte la durée totale de l'assignation et l'ensemble des contraintes qui s'y attachent »¹⁹². Le contrôle qu'opère le juge administratif se fonde donc sur un ensemble d'éléments concordants. Là encore, l'administration se trouve confortée car il n'existe pas un élément décisif sur un autre. De même, le juge ne recherchera pas une preuve tangible absolue mais un « ensemble d'éléments ». Dans ce cadre, il est amené à retenir les occupations de loisirs des personnes, leurs fréquentations directes ou indirectes¹⁹³ et à prendre en compte les condamnations judiciaires prononcées à l'encontre des personnes visées¹⁹⁴.

Le recours au faisceau d'indices peut toutefois conduire à des carences dans la motivation des décisions juridictionnelles prises sur le fondement des dispositions de l'état d'urgence.

2) Le faisceau d'indices, vecteur d'une carence de motivation des décisions juridictionnelles

Comme l'exprime le Professeur Xavier Vandendriessche, la motivation des décisions juridictionnelles durant l'état d'urgence est « circulaire »¹⁹⁵, ce terme désignant la reconnaissance de la dangerosité pour l'ordre et la sécurité publics d'une personne par le juge avec pour motivation l'existence d'autres décisions administratives. Le recours au faisceau d'indices peut donc conduire à la mobilisation de décisions administratives en vue de justifier les mesures administratives prises sur le fondement de l'état d'urgence.

Les exemples en jurisprudence sont nombreux. Le Conseil d'État a ainsi pu se fonder sur les éléments issus de perquisitions administratives¹⁹⁶, de gel des avoirs et d'interdiction de

¹⁹² CE, Juge des référés, formation collégiale, 25 avril 2017, n°409677, inédit.

¹⁹³ Pour le président d'une association culturelle, CE, Juge des référés, 28 avril 2016, 398960, inédit.

¹⁹⁴ CE, Juge des référés, formation collégiale, 17 mars 2017, n°408899, inédit.

¹⁹⁵ Xavier VANDENDRIESSCHE, « Le contrôle juridictionnel des mesures prises au titre de l'état d'urgence », Intervention lors de la rentrée solennelle du tribunal administratif de Lille, 29 janvier 2018.

¹⁹⁶ Par exemple, CE, Juge des référés, 9 février 2016, 396570, inédit.

sortie du territoire français¹⁹⁷, voire sur les autorisations d'exploitation des copies et saisies issues des perquisitions administratives¹⁹⁸.

Cette utilisation des décisions administratives a été assumée par le Conseil d'État à l'occasion des renouvellements d'assignation à résidence à l'occasion desquelles ces décisions étaient susceptibles de constituer des éléments nouveaux ou complémentaires¹⁹⁹.

Cette situation est-elle pour autant problématique ? Rien n'interdit au juge administratif de se référer aux décisions administratives lors de l'étude du faisceau d'indices. Il apparaît même logique que la multiplication de décisions administratives différentes mais touchant aux questions terroristes puisse renforcer la conviction du juge. S'agissant plus spécifiquement des éléments issus des perquisitions administratives, leur utilisation apparaît comme opportune. En effet, l'une des finalités des perquisitions administratives est également le renseignement. Il n'en demeure pas moins vrai que l'impression laissée par le recours à de multiples décisions administratives est que c'est parce qu'a été prise une succession de décisions administratives que le danger que le comportement de la personne représente est justifié. Cette argumentation doit être nuancée sur trois points. Premièrement, dans le cadre du faisceau d'indices, le recours aux décisions n'est qu'un élément de conviction parmi d'autres. Deuxièmement, l'ensemble de ces décisions a pu être contesté par la voie d'un recours en excès de pouvoir. Enfin, le Conseil d'État exige généralement que ces décisions soient fondées sur des faits nouveaux ou complémentaires afin de les prendre en compte.

Le contrôle du juge a donc reflété la supériorité de l'exécutif dans les situations de crise. Là encore, l'administration a disposé de marges de manœuvres importantes pour fonder son action. Cette largesse dans les facultés offertes à l'administration se traduit dans le contrôle du juge administratif tant dans le retrait dont il fait preuve dans l'étendu de son contrôle lorsqu'il mène un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, que dans l'adhésion aux faits dont l'administration se prévaut. Il n'y a là cependant rien de particulier dans les techniques que met en œuvre le juge administratif, tant le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation que le

¹⁹⁷ CE, Juge des référés, 14 avril 2016, n°398459, inédit.

¹⁹⁸ CE, Juge des référés, 10 février 2017, n°407545, inédit.

¹⁹⁹ « Cette dernière mesure, même si elle a été prise par l'administration, est fondée sur des éléments en partie nouveaux ou complémentaires par rapport à ceux qui avaient justifié son assignation à résidence », CE, Juge des référés, formation collégiale, 25 avril 2017, n°409677, inédit.

recours au faisceau d'indices sont des techniques éprouvées par le juge administratif. Pour autant, ce contentieux demeure imparfait en plusieurs points.

§ 2 : Un contentieux imparfait en période d'état d'urgence

Deux principales difficultés ont été mises en évidence dans le contentieux d'état d'urgence. La première a été celle de faire respecter le contradictoire dans l'administration de la preuve, et notamment face à la banalisation du recours aux notes blanches (I).

La seconde difficulté relève plus d'aspects pratiques résidant dans les obstacles que connaissent les justiciables pour saisir le juge administratif (II).

I) La difficulté de faire respecter le contradictoire dans l'administration de la preuve

Cette dernière période d'état d'urgence a été l'occasion pour le ministre de l'intérieur d'éprouver le recours massif aux notes blanches. Les notes blanches sont des documents anonymes et non datés émis par les services de renseignement faisant état des faits et éléments recueillis lors d'investigations. Cette intervention des notes blanches a pu apparaître discutable tant dans son fondement (A), que dans ses conséquences, en terme de modulation de charge de la preuve (B).

A) Un discutable recours aux notes blanches

Le recours aux notes blanches dans le contentieux administratif n'est pas exceptionnel. Il préexiste à l'état d'urgence et a déjà été admis par le juge administratif. La particularité de son utilisation durant l'état d'urgence est celle de la banalisation du recours aux notes blanches (1) imposant au juge administratif de rééquilibrer l'égalité des armes par le contradictoire (2).

1) La banalisation du recours aux notes blanches

Le recours aux notes blanches a toujours été controversé. Il a tout d'abord été utilisé en matière de droit des étrangers afin de prouver la dangerosité pour l'ordre public que représente un étranger menacé d'expulsion. Dans une décision du 11 octobre 1991, le Conseil d'État a implicitement reconnu la possibilité pour l'administration de prouver par l'intermédiaire de notes blanches²⁰⁰, avant de la reconnaître explicitement²⁰¹. En 2004

²⁰⁰ CE, Ass., 11 octobre 1991, n°128128, aux tables du recueil p. 939.

²⁰¹ CE, 3 mars 2003, CE 3 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur c/ Rakhimov*, n°238662, recueil p. 75.

pourtant, la volonté politique était de supprimer leur recours par les services de renseignement²⁰². Dans sa continuité jurisprudentielle, le Conseil d'État a logiquement jugé en décembre 2015 la recevabilité des notes blanches²⁰³. Cette continuité dans la jurisprudence administrative obéit à une logique de nécessité. Le rapporteur public Xavier Domino justifie ainsi l'admission du recours aux notes blanches en précisant que « *La raison en est bien entendu que ce procédé est en réalité le seul à même de permettre de protéger le secret des sources et des méthodes des services* »²⁰⁴. Pour autant, les notes blanches peuvent être vues comme le seul vecteur de communication entre les services de renseignement et le juge, l'un et l'autre devant s'assurer de la fiabilité de l'information en même temps que la préservation des secrets du renseignement, des techniques de renseignement et de la sécurité des personnels du renseignement.

La difficulté éprouvée durant cette dernière période d'état d'urgence a été le nombre important de notes blanches soumis aux juges. En effet, chaque instance devant le juge administratif a mobilisé des notes blanches. Cette banalisation a été telle que certains auteurs ont pu parler de passage des notes blanches à « *l'ère industrielle* »²⁰⁵. Ce qui était auparavant vu comme exceptionnel s'est peu à peu imposé comme étant le mode de preuve le plus utilisé durant cette période. Or, ces notes blanches, dont seule l'administration a connaissance au jour de l'introduction du référé, pouvant être produites à l'envie par l'administration, dépourvues de toute possibilité d'authentification, de faits, parfois anciens, peu étayés mais toujours opposables ne sont pas sans poser de questions pour lesquelles le juge administratif a dû imposer le respect du contradictoire et intervenir avec une plus grande exigence sur ce point.

²⁰² Réponse du Ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales publiée dans le JO Sénat du 04/06/2004, page 3819.

²⁰³ « aucune disposition législative ni aucun principe ne s'oppose à ce que les faits relatés par les " notes blanches " produites par le ministre, qui ont été versées au débat contradictoire et ne sont pas sérieusement contestées par le requérant, soient susceptibles d'être pris en considération par le juge administratif », CE, Section, 11 décembre 2015, n°395009, M. Domenjoud, recueil p. 437.

²⁰⁴ Xavier DOMINO, « Assignations à résidence en état d'urgence », in *RFDA* 2016. 105.

²⁰⁵ Stéphanie HENNETTE VAUCHEZ et Serge SLAMA, « Harry Potter au Palais Royal ? La lutte contre le terrorisme comme cape d'invisibilité de l'état d'urgence et la transformation de l'office du juge administratif », in *Les cahiers de la justice*, 2017/2, juin 2017, p. 288.

2) Le rééquilibrage du contradictoire par le juge administratif

Dès l'admission des notes blanches en contentieux des étrangers, le juge administratif a imposé que celles-ci soient communiquées aux parties afin qu'elles puissent répondre²⁰⁶. Cette exigence a été réaffirmée dans la décision du 21 décembre 2015 par laquelle le Conseil d'État a rappelé que ces notes blanches avaient été versées au débat contradictoire²⁰⁷. Le juge est toutefois confronté au caractère oral des procédures de référé et à une instruction qui ne peut s'achever qu'au terme de l'audience. L'audience constitue donc un moyen pour les requérants de contredire l'administration, charge à elle de contredire de nouveau le requérant.

La première adaptation opérée par le juge administratif a été de demander quasi systématiquement un supplément d'instruction. Ce supplément permet, généralement à l'administration, de consulter ses services afin de produire des éléments nouveaux ou complémentaires en vue d'enrichir le débat et de répondre aux dénégations des requérants. Par une décision du 26 novembre 2012, le Conseil d'État a jugé *« qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir de former sa conviction sur les points en litige au vu des éléments versés au dossier par les parties ; que s'il peut écarter des allégations qu'il jugerait insuffisamment étayées, il ne saurait exiger de l'auteur du recours que ce dernier apporte la preuve des faits qu'il avance ; que, le cas échéant, il revient au juge, avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits par l'administration en défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur »*²⁰⁸. La sanction du défaut de production des éléments demandés ou des réponses à apporter conduit à l'annulation de l'acte²⁰⁹. Bernard Stirn voit dans cette instruction contradictoire la possibilité de mettre en évidence des contradictions et permet la remise en

²⁰⁶ Cette exigence était déjà présente dans la décision du 3 mars 2003 dans laquelle était imposée que cette pièce soit versée au débat et qu'elle soit débattue « durant l'instruction écrite contradictoire ».

²⁰⁷ CE, Section, 11 décembre 2015 précitée.

²⁰⁸ CE, 26 novembre 2012, Cordière, n°354108, recueil p. 394.

²⁰⁹ Pour un exemple, le refus sans motif de produire une clé USB citée dans une note blanche mais n'apparaissant dans aucun acte d'enquête, CE, Juge des référés, 9 février 2016, 396570, inédit.

cause de la matérialité des faits ainsi que l'occasion d'un véritable échange qui a mené au besoin à des abrogations avant la clôture.²¹⁰

La seconde adaptation a été le renforcement des exigences de précision des notes blanches fournies par l'administration. Face à la difficulté d'authentification des notes blanches, le tribunal administratif de Cergy-Pointoise a initié une nouvelle exigence en jugeant que la note blanche devait être « *suffisamment circonstanciée et précise* »²¹¹, position ensuite reprise par le Conseil d'État²¹². Dès le début de l'année 2016, les juges administratifs ont donc augmenté leurs exigences de précisions des notes blanches pour qu'elles puissent fonder une décision juridictionnelle.

Malgré ces adaptations tempérant les discussions autour de la possibilité de prouver par la voie des notes blanches, le recours massif aux notes blanches peut être contesté sur la difficulté de charge de la preuve qu'il induit.

B) Une discutable modulation de la charge de la preuve

En terme d'effets, le recours aux notes blanches a pu entraîner à certains moments une mise à la charge des requérants d'une preuve complexe à rapporter, et en particulier, les décisions ont pu refléter une tentation de la preuve négative (1). A l'aune de ces considérations, il faudrait réfléchir à une nouvelle voie de droit permettant de rééquilibrer la charge de la preuve (2).

1) La tentation de la preuve négative

En matière d'administration de la preuve dans le cadre des recours en excès de pouvoir, le Conseil d'État interdit que l'auteur d'un recours apporte l'ensemble des preuves des faits qu'il avance²¹³. S'instaure donc entre les parties un dialogue par lequel le juge administratif se forge son entière conviction.

La charge de la preuve n'appartient donc pas exclusivement au requérant, ni exclusivement à l'administration. La première difficulté avec les notes blanches est qu'elles

²¹⁰ Bernard STIRN, audition devant la commission des lois du Sénat, 20 janvier 2016, disponible sur http://videos.senat.fr/video.165497_57d2812589671.audition-dans-le-cadre-du-suivi-de-l-etat-d-urgence.

²¹¹ TA Cergy-Pontoise, Juge des Référé, 15 janvier 2016.

²¹² Pour un exemple d'exigence de précisions suffisantes : CE, Juge des référés, 22 janvier 2016, M. Abdelmalek, n°396116, aux tables du recueil p. 855.

²¹³ CE, 26 novembre 2012, précitée.

ne sont communiquées que durant l'instance, de sorte que le requérant ne sait pas par avance les éléments de faits dont l'administration dispose.

La seconde problématique des notes blanches est qu'il est parfois difficile pour le requérant de démentir les informations qui en sont issues, en raison de leur ancienneté et de leur potentielle imprécision²¹⁴. Il en va ainsi des requérants qui n'arrivent pas à prouver qu'ils n'ont pas entretenu de relations avec des personnes connues pour des faits de terrorisme alors que les notes blanches en font état²¹⁵, des requérants qui n'arrivent pas à prouver qu'ils n'avaient pas l'intention de se rendre en Syrie et qui produisent des attestations en vue d'attester de leur intégration dans la société française²¹⁶, des requérantes qui n'arrivent pas à démontrer l'absence d'influence de leur mari²¹⁷ ou encore des requérants n'arrivant pas à démentir une note blanche faisant état de relations avec des personnes radicalisées se trouvant dans un groupe auquel ils donnaient des cours²¹⁸. Comme l'affirme William Bourdon, « *la note blanche n'est plus simplement un élément de preuve quasi irréfragable, elle devient un instrument de pression. Elle rappelle au juge que l'ombre du ministre de l'Intérieur plane* »²¹⁹. Le juge peut effectivement être intimidé par ce type de documents, rares en droit commun, laissant le sentiment qu'au fond « *l'administration dit vrai jusqu'à preuve du contraire* »²²⁰.

Pour autant, cela ne revient pas à dire, comme il a pu être soutenu, que le juge ne contrôlait pas l'exactitude de ces notes blanches. Des suspensions remarquées ont pu avoir lieu durant cette période, résultant de l'impossibilité pour l'administration de contredire les dénégations du requérant, bien souvent à l'issue du supplément d'instruction, soit parce que le requérant a su apporter des éléments plus probants²²¹, soit parce que l'administration n'a pu

²¹⁴ Paul CASSIA note à cet égard que les notes blanches ont pu soit être erronées et qu'en tout état de cause les éléments avancés étaient difficiles à contredire en raison de leur caractère légal en temps ordinaire, de sorte qu'ils ne faisaient l'objet d'aucune attention particulière avant l'état d'urgence, Paul CASSIA, *Contre l'état d'urgence, op. cit.*, p. 70.

²¹⁵ CE, Juge des référés, 26 janvier 2016, n°396449, inédit.

²¹⁶ CE, Juge des référés, 1er février 2016, n°396348, inédit.

²¹⁷ CE, Juge des référés, 14 avril 2016, n°398459, inédit.

²¹⁸ CE, Juge des référés, 22 septembre 2016, n°403464, inédit.

²¹⁹ William BOURDON, *Les dérives de l'état d'urgence*, Paris : Plon, 2018, p. 66.

²²⁰ Olivier LECUCQ, « Quand l'étranger doit prouver qu'il n'est pas un danger pour l'ordre public », in *AJDA*, 2003.1343.

²²¹ Sur l'exemple significatif de la note blanche faisant état d'un individu ayant effectué un repérage à proximité d'une personnalité protégée alors qu'il était au téléphone en mode « haut-parleur » à vélo et qu'il se rendait chez sa mère habitant dans la même rue, CE, Juge des référés, 22 janvier 2016, précité..

produire des éléments probants afin de le contredire²²², ce contrôle étant croissant au fur et à mesure que l'exigence de notes blanches précises et circonstanciées grandit.

Le recours aux notes blanches a donc été redoutable durant l'état d'urgence. Nul doute qu'il l'est encore actuellement avec les dispositions issues de la loi du 30 octobre 2017 insérant certaines mesures de l'état d'urgence dans le code de la sécurité intérieure. Il conviendrait cependant de penser à de nouvelles mesures en vue de rééquilibrer l'égalité des armes.

2) Une nouvelle voie de droit permettant le rééquilibrage de l'égalité des armes

Si en droit, le recours aux notes blanches ne peut être discuté, celles-ci annihilent l'égalité des armes. Ce principe, composante du droit au procès équitable, impose qu'une partie ne soit pas placée dans une situation de net désavantage par rapport à une autre. En l'espèce, le requérant est effectivement placé dans une situation de net désavantage. Comment améliorer cette situation ?

Il est impossible d'attendre du ministère de l'intérieur qu'il fournisse des éléments compromettant les techniques de renseignement et les investigations en cours ou encore qu'il dévoile l'identité de ses agents. Il n'est pas non plus satisfaisant d'attendre du requérant qu'il justifie, à bref délai, du caractère erroné en tout point de la note blanche.

Une voie de droit intéressante a été créée par la loi 2015-912 du 24 juillet 2015 dite « loi renseignement ». Cette loi insère à l'article L. 841-1 du code de la sécurité intérieure une disposition permettant à toute personne de saisir le Conseil d'État aux fins de savoir si elle fait l'objet d'une surveillance illicite. Les articles L. 773-1 et suivants du code de justice administrative précisent la procédure applicable devant le Conseil d'État. Les juges habilités ont accès à l'ensemble des éléments détenus par l'administration, y compris les éléments classifiés secret-défense. Ils ne peuvent affirmer ou infirmer que la personne fait l'objet d'une surveillance mais indiquent simplement l'existence ou l'absence d'illégalité dans les mesures mises en œuvre.

Une telle voie de droit pourrait être conçue lors des instances mettant en jeu des notes blanches. Il serait concevable qu'un requérant saisissant le Conseil d'État en cassation puisse

²²² CE, Juge des référés, 9 février 2016, 396570, inédit.

demander, au titre de l'instruction, que la formation habilitée à connaître de ces contentieux ait un droit d'accès au dossier détenu par les services de renseignement afin de vérifier la teneur des éléments figurant dans les notes blanches. Cette solution a plusieurs avantages. Elle impose toujours aux requérants d'apporter des éléments contraires aux informations des notes blanches en première instance. Ces informations pourront être utilisées par les juges de cassation dans leur contrôle. Ensuite, l'administration n'aura pas à apporter d'éléments supplémentaires mais simplement à mettre à disposition des juges les dossiers dont ils disposent. Enfin, le requérant pourra compter sur le juge pour démêler les différentes versions des éléments versés au dossier. Le juge verra également son rôle grandir car il ne sera plus sous l'entière dépendance des informations fournies par l'administration.

II) Une difficulté partielle dans l'accès au juge administratif dans le contentieux de l'état d'urgence

Si comme il l'a pu être précisé précédemment, le droit au juge a été bien respecté durant l'état d'urgence, certaines difficultés ont pu freiner les requérants dans leur accès aux prétoires, justifiant un nombre de recours relativement faible, d'à peine 50% des actes émis²²³.

Ces difficultés sont de deux ordres et tiennent en l'absence d'intervention préalable du juge administratif (A) et en l'impossibilité pratique pour le justiciable d'actionner des voies de recours (B).

A) L'absence d'intervention préalable du juge administratif

L'intervention *a priori* du juge administratif n'est pas dans la tradition de l'ordre administratif. L'absence d'intervention du juge administratif a induit l'absence d'autorisation des perquisitions menées sur le fondement de l'état d'urgence (1) et a marqué les limites structurelles des juridictions administratives (2).

1) L'absence d'autorisation des perquisitions menées sur le fondement de l'état d'urgence

A l'exception de l'autorisation d'exploitation des données issues de perquisitions administratives, aucune des mesures prises au titre de la loi du 3 avril 1955 n'a été soumise au contrôle *a priori* du juge administratif.

²²³ William BOURDON, *Les dérives de l'état d'urgence*, Paris: Plon, 2017, p. 98.

En matière de perquisitions administratives, la seule voie de droit dont dispose le requérant est celle du contentieux indemnitaire. Cette mesure a été vivement critiquée tant par la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme que par certains auteurs qui ont vu, en raison de l'atteinte portée au droit de propriété, la nécessité de l'intervention d'un juge. Le premier argument avancé est celui de la possibilité pour l'administration de mener des opérations disproportionnées²²⁴. Le deuxième argument tient plus dans l'ordre affectif, le recours *a posteriori* ne pouvant réparer les dégâts là où « *le mal est fait et il est impossible de revenir en arrière* »²²⁵, alors au surplus que les perquisitions administratives peuvent s'effectuer de nuit. Le troisième argument tient à la complexité des procédures indemnitaires, sur lesquelles nous reviendrons, décourageant les requérants de contester ces opérations.

Pour autant, comment remédier efficacement à cette lacune ? La première solution aurait été d'introduire une voie de droit permettant d'obtenir l'autorisation du juge administratif avant de procéder à la perquisition. Cette solution n'aurait pas forcément connu le même destin que la prolongation des assignations à résidence de plus de douze mois dès lors que la contestation ultérieurement soumise au juge peut également porter sur les conditions d'exécution matérielle de la perquisition administrative. Il n'en demeure pas moins que cette autorisation aurait préjugé de la légalité formelle de cette autorisation, excédant donc l'office du juge des référés.

Cette problématique reflète donc la problématique structurelle de l'absence de dualité entre les juges administratifs.

2) L'absence de dualité entre les juges, limite du modèle de justice administrative

L'impossibilité d'accorder une autorisation *a priori* par le juge administratif révèle l'une des lacunes de notre contentieux administratif, celle de l'absence de distinction entre les magistrats instructeurs et les magistrats de jugement. En effet, ce n'est qu'à l'occasion d'un recours contentieux que le magistrat pourra engendrer des mesures d'instruction.

²²⁴ La CNCDH rapporte des perquisitions administratives menées dans une ferme biologique du Périgord ou dans une mosquée dans la nuit accompagnée d'une centaine de CRS.

²²⁵ Florence CREUX-THOMAS, « 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, in *JCP G*, n° 11, 14 Mars 2016, p. 280.

Il faudrait alors envisager de créer une formation spéciale, distincte de la procédure de référé, chargée de vérifier les demandes d'autorisation formées par l'administration²²⁶. Cette formation statuerait donc sur la régularité manifeste de la procédure suivie et sur les éléments détenus en l'état par l'administration. Un recours ultérieur permettrait d'en contester l'exécution matérielle et les vices de procédure ultérieurs à l'autorisation accordée. Cette solution permettrait donc d'attribuer à cette formation le contentieux des autorisations administratives.

Ce contrôle *a priori* existe en Grande-Bretagne où, selon Catherine Haguenu-Moizard, la législation antiterroriste exige que le ministre saisisse le juge afin qu'il obtienne l'autorisation d'assigner une personne à résidence. Cette autorisation ne peut être refusée que si elle est manifestement illégale. Selon cette auteure, « *le contrôle du juge est certes limité mais au moins est-il préalable à l'application de la mesure et impose-t-il au ministre d'apporter des preuves.* »²²⁷ Cette solution semble pouvoir être transposée en France mais aurait l'indéniable désavantage de retarder l'action administrative en la soumettant à une autorisation chronophage.

Cette première difficulté résolue, elle ne masque cependant pas une impossibilité pratique pour le justiciable d'actionner les voies de recours.

B) L'impossibilité pratique pour le justiciable d'actionner les voies de recours

En pratique, les justiciables ont pu connaître des difficultés justifiant le faible nombre de saisines des juridictions administratives, généralement en raison de l'absence de justiciabilité en référé des actes administratifs abrogés (1) et des complexités pratiques de la procédure de plein-contentieux (2).

1) L'absence de justiciabilité en référé des actes administratifs abrogés

L'arbitraire de certains actes administratifs a été révélé par l'abrogation d'arrêtés que l'administration a reconnu elle-même illégaux et qu'elle a donc décidé d'abroger avant même

²²⁶ Cette idée était notamment défendue par Patrick WACHSMANN, « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d'y remédier », *in D.*, 2016.473.

²²⁷ Catherine HAGUENAU-MOIZARD, « La législation sur l'état d'urgence - une perspective comparative », *in D.*, 2016, p. 665.

que l'audience ne soit tenue²²⁸. Cette pratique a inéluctablement conduit à ce que le juge déclare qu'il n'y ait plus lieu à statuer²²⁹.

Si Bernard Stirn a vu dans ces abrogations une manifestation de l'effet utile du droit au recours²³⁰, il n'est pas certain que l'abrogation d'un acte avant une audience soit profitable au requérant.

En effet, dans le cadre du référé-liberté, l'introduction d'un recours au fond est facultative. Ainsi, lorsqu'un non-lieu est déclaré, le justiciable n'obtient aucune annulation, de sorte que son honneur ne peut être rétabli. Certes, le requérant pourra toujours introduire un recours indemnitaire, mais il devra donc passer par une seconde procédure, longue, complexe, coûteuse et qui nécessiterait de nouveau de caractériser une faute commise par l'administration.

Il est vrai qu'il suffisait au requérant avisé d'assortir son recours en référé d'un recours en annulation au fond. Cependant, en dépit de cette faculté, William Bourdon note que l'impossibilité d'obtenir un jugement sur ces contentieux engendre deux difficultés²³¹. La première est que cette pratique révèle l'arbitraire de l'action administrative car il n'a pas été rare que l'administration abroge un acte quelques heures avant l'audience. Cette pratique est hautement discutable car elle donne un sentiment d'impunité à l'administration. Elle demeure libre d'édicter un acte qu'elle sait illégal et dont il n'y a qu'une chance sur deux qu'un recours soit introduit pour ensuite pouvoir discrétionnairement le retirer sans que le requérant ne puisse trouver à y redire. La seconde difficulté est que le requérant fera face à un sentiment de défiance de la part des tiers tant qu'il ne pourra justifier d'une décision juridictionnelle attestant de l'illégalité de l'acte. Ce sentiment pourra perdurer le temps qu'un éventuel recours au fond ne le sanctionne.

Cette problématique est accrue en raison des complexités pratiques de la procédure de plein contentieux.

²²⁸ Même s'ils n'ont pas été abrogés certains ont pu être édictés tellement tardivement que le requérant ne pouvait saisir le juge administratif, Paul CASSIA, *Contre l'état d'urgence, op. cit.*, p. 198.

²²⁹ Les actes contestés ayant été abrogés, les conclusions tendant à en suspendre l'application perdent *ipso facto* leur objet.

²³⁰ Bernard Stirn, audition devant la commission des lois du Sénat, 20 janvier 2016, disponible sur http://videos.senat.fr/video.165497_57d2812589671.audition-dans-le-cadre-du-suivi-de-l-etat-d-urgence.

²³¹ William BOURDON, *Les dérives de l'état d'urgence*, Paris : Plon, 2017, p. 103.

2) Les complexités pratiques de la procédure de plein contentieux

La procédure de plein contentieux est donc la seule permettant une réparation effective des troubles causées par une perquisition administrative illégale ou par une assignation à résidence illégale. Pourtant cette procédure n'a pas été la plus simple à mettre en œuvre pour les justiciables.

En premier lieu, l'une des premières difficultés a été d'accéder à la décision elle-même. Plusieurs auteurs ont pointé l'absence de connaissance de la possibilité pour le requérant d'introduire un tel recours. Cette ignorance peut résulter d'une part de l'absence récurrente de remise des ordres de perquisitions²³², de sorte qu'il appartenait au requérant d'en demander la production. A défaut d'accord de l'autorité administrative, le requérant devra engager une procédure contentieuse pour l'obtenir. Elle peut résulter d'autre part de l'absence de mention des voies et délais de recours sur les décisions administratives lorsqu'elles sont remises. Dans cette hypothèse, l'administration ne court pas grand risque car seule l'inopposabilité du délai de recours est encourue. Elle ne perdait donc rien dans cette manœuvre et pouvait librement parier qu'un requérant mal avisé n'introduirait pas de recours.

En second lieu, et si un requérant s'aventurait sur le terrain juridictionnel, il lui faudrait encore satisfaire aux exigences de l'article R. 431-2 du code de justice administrative soumettant les recours indemnitaires au ministère d'avocat. En outre, les requérants doivent non seulement démontrer l'existence d'une faute mais également la réalité d'un préjudice. Facilement constitué en cas de dommages matériels, la quantification du préjudice moral est plus complexe. Certains requérants ont donc pu être découragés face à ces exigences, notamment en l'absence de préjudice facilement quantifiable ou d'une valeur pécuniaire importante.

Ces difficultés demeurent toutefois structurelles et elles sont difficilement contournables. Quelque soit le juge saisi, les règles de procédure applicables peuvent comporter des restrictions destinées à dissuader les saisines dilatoires. Il n'était donc pas souhaitable de bouleverser les règles gouvernant la justice administrative, ni de créer un droit administratif de l'état d'urgence, entièrement dérogoratoire du droit commun. Ces difficultés mettent néanmoins en lumière des lacunes que la saisine *a priori* d'un juge aurait permis de

²³² Karine ROUDIER, Albane GESLIN, David-André CAMOUS, *L'état d'urgence*, Paris : Dalloz, 2016, p. 151.

combattre. Le gouvernement et le législateur, conscients de cet obstacle, ont intégré dans la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme l'intervention *a priori* du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris²³³. Olivier Le Bot voyait en cette technique une logique de bonne administration de la justice permettant au juge connaissant *in fine* du litige, d'en connaître l'ensemble des actes de procédure et de pouvoir statuer sur la régularité de ceux-ci²³⁴.

²³³ Articles L. 229-1 et L. 229-2 du code de la sécurité intérieure, le juge des libertés et de la détention autorise la visite, la saisie et les copies des données par une ordonnance motivée remise contre récépissé à l'occupant des lieux.

²³⁴ Olivier LE BOT, « État d'urgence et compétences juridictionnelles », *in RFDA*, 2016.436.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

Le rôle des juges administratif et constitutionnel a donc été majeur durant cette période d'état d'urgence. Ils ont intégré l'état d'urgence par un contrôle formellement classique. En effet, ils ont eu recours aux procédures de droit commun afin de juger, chacun dans leurs offices respectifs, des actes soumis à leurs contrôles, que ce soit par le mécanisme de QPC ou par les procédures de référé. Le juge administratif a également été plus loin. Il a étendu son contrôle de proportionnalité, approfondissement de sa jurisprudence traditionnelle et a contribué à la création *ex nihilo* de voies de droit nouvelles et peu courantes en droit administratif.

A la lecture de ces premiers éléments, les juges sous l'état d'urgence laissent le sentiment de s'être comportés conformément au droit commun. Cette réalité ne doit pas masquer qu'au fond, lorsque le législateur octroie des prérogatives supplémentaires à l'exécutif dans des périodes troubles, le contrôle du juge demeure plus tolérant envers l'action de l'administration, le juge s'effaçant tant derrière les impératifs de sécurité de la population, que devant les éléments dont l'administration est la seule à disposer. Ils sont donc amenés à prendre en compte les circonstances ayant présidé à la déclaration de l'état d'urgence, le contexte de mobilisation exceptionnelle des forces de l'ordre ainsi que les marges d'appréciation dont l'exécutif doit disposer.

Malgré le remarquable travail effectué par les juges pour concilier ce régime dérogatoire avec les libertés dont jouissent les citoyens dans le droit commun, certains aspects procéduraux doivent être mieux encadrés et l'intervention du juge administratif doit pouvoir être adaptée si le législateur entend conférer à l'administration de plus amples prérogatives dans la lutte contre le terrorisme à l'avenir.

Les distorsions ont particulièrement pris appui sur des dispositions analogues issues du droit pénal et sur l'intervention du juge judiciaire, ayant fait l'objet de vives controverses.

CHAPITRE 2 : L'intervention du juge judiciaire dans le contexte d'état d'urgence, un rôle demeuré marginal manifestant les tensions entre les ordres juridictionnels.

L'une des principales critiques adressées au régime d'état d'urgence a été qu'il est un régime de police administrative, dont la compétence ressort logiquement du juge administratif.

Cette exclusion de principe du juge judiciaire a animé de nombreux débats en raison de l'atteinte alléguée à l'article 66 de la Constitution. L'état d'urgence a été, sur ce point, révélateur des tensions entre les ordres administratifs et judiciaires (section 1).

Ce débat a été tellement vif qu'il en a presque été oublié que le juge pénal demeure un acteur majeur de la lutte antiterroriste grâce aux incriminations pénales et à la constitution d'un parquet antiterroriste. Durant l'état d'urgence, il demeure un acteur incontournable à l'occasion des infractions pénales découvertes à l'occasion des mesures de perquisitions administratives ou en cas de non-respect des obligations issues des perquisitions administratives, dont le contrôle n'a pas été symétrique avec celui des autres juges (section 2).

Section 1 : L'état d'urgence, révélateur d'une tension entre les ordres juridictionnels dans le contentieux de la sécurité

Le débat dans la répartition des contentieux est tant technique que récurrent. Cette problématique n'est pas propre à l'état d'urgence mais ce dernier régime d'exception a pu exacerber les tensions entre les deux ordres.

Cette distinction dans la répartition entre les ordres de juridiction a donné lieu à une joute entre le Premier Président de la Cour de cassation Bertrand Louvel et l'ancien Vice président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé par tribunes interposées²³⁵. Cette période d'état d'urgence a donc fait l'objet d'une répartition entre ordres de juridiction discutée (§ 1).

Malgré un rôle discuté, le juge administratif a pu être assisté par le contexte d'administrativisation du contentieux de la sécurité intérieure (§ 2).

²³⁵ Bertrand LOUVEL, « Pour l'unité de la juridiction administrative », tribune publiée sur le site internet de la Cour de cassation, 25 juillet 2017, disponible sur https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_tribunes_entretiens_2039/tribunes_8215/bertrand_louvel_37436.html et Jean-Marc SAUVE, « Le juge administratif, protecteur des libertés », Colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), 16 juin 2016, disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-juge-administratif-protecteur-des-libertes>.

§ 1 : Une répartition entre les ordres de juridiction discutée

Raisonnement en termes de répartition contentieuse entre les ordres de juridiction revient à s'interroger tant dans les finalités des opérations menées que dans les textes réservant la répartition des compétences.

Sur ce premier point, l'état d'urgence a conduit à la mise en œuvre de prérogatives fondées sur la prévention des atteintes à l'ordre public (I). Sur le second point, le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la conformité de cette répartition avec l'article 66 de la Constitution, ce qu'il a fait conformément à sa jurisprudence traditionnelle en la matière (II).

I) Des prérogatives fondées sur la nécessité de prévenir les atteintes à l'ordre public

Attribuer le contentieux de l'état d'urgence au juge administratif implique de qualifier la finalité de ces opérations dans la prévention des troubles à l'ordre public. Le Conseil constitutionnel a toutefois pu aider à cette qualification au moyen d'une acception extensive des finalités de la police administrative (A). Cette attribution a parfois pu être incertaine au regard du régime des perquisitions administratives (B).

A) L'adoption d'une acception extensive de la police administrative par le Conseil constitutionnel

L'état d'urgence renforce par essence les pouvoirs de l'administration. Tel en est justement l'objectif. Cette circonstance purement organique ne peut, à elle seule, préjuger de la qualification donnée aux opérations menées en son sein. La police judiciaire a une vocation exclusivement répressive alors que la police administrative, quant à elle, est préventive. Cette définition classique et constante s'est trouvée bouleversée à deux égards sous l'état d'urgence.

Premièrement, alors que la définition exposée repose sur une logique de détermination de la finalité de l'opération, le Conseil constitutionnel a apparemment adopté une posture plutôt organique de la police administrative (1). Secondement, les buts classiquement assignés à la police administrative tendent à évoluer extensivement (2).

1) Une apparente définition organique de la police administrative

Traditionnellement, le critère finaliste est retenu par les Sages afin de qualifier le régime juridique applicable. C'est ainsi qu'en matière de police judiciaire, sa finalité est de constater

des infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves ou en rechercher les auteurs²³⁶. A l'inverse, en matière de police administrative, la finalité est la prévention des troubles à l'ordre public, quelque soit leur nature.

Pourtant, à la question de la qualification administrative ou judiciaire des mesures prises sous l'état d'urgence, les Sages de la rue de Montpensier ont semblé préférer une définition organique. Dans leurs décisions du 22 décembre 2015 et du 19 février 2016²³⁷, les Sages partent du régime de police administrative pour en déduire que les mesures prises au titre de l'état d'urgence ne peuvent avoir que pour finalité de prévenir les troubles à l'ordre public²³⁸. Avant d'en déduire que ces mesures appartiennent au régime de police administrative, ces deux décisions se réfèrent à l'autorité compétence pour les prononcer, de sorte qu'il existerait une connexion logique entre l'autorité, le régime et la finalité²³⁹. Or, la logique serait censée être contraire, c'est parce que le législateur a entendu empêcher la survenance de troubles à l'ordre public que le régime est de police administrative, la circonstance qu'une autorité administrative intervienne ne pouvant, à elle-seule, suffire²⁴⁰.

Cette lecture apparente est contredite par les commentaires de ces décisions, faisant état d'une logique purement préventive, la loi de 1955 étant conçue comme un moyen de prévenir « *les troubles les plus graves à l'ordre public* »²⁴¹. Il semble plutôt que l'inversion du

²³⁶ « *Considérant que le recueil de renseignement au moyen des techniques définies au titre V du livre VIII du code de la sécurité intérieure par les services spécialisés de renseignement pour l'exercice de leurs missions respectives relève de la seule police administrative ; qu'il ne peut donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ; qu'il ne peut être mis en œuvre pour constater des infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves ou en rechercher les auteurs* », Cons. const., décision 2015-713 DC du 23 juillet 2015, Loi relative au renseignement, Journal officiel n°0171 du 26 juillet 2015 p. 1275., considérant 9.

²³⁷ Cons. const., décisions 2015-527 QPC et 2016-536 QPC précitées.

²³⁸ « *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* », Cons. const., décision 2015-527 QPC, précitée, considérant 5.

²³⁹ Ces décisions précisent que c'est au ministre qu'il revient d'assigner à résidence et à l'autorité administrative d'ordonner une perquisition administrative.

²⁴⁰ Agnès Roblot-Troizier résumait parfaitement cette situation : « Or, une telle démarche est contestable puisque c'est la nature qui doit commander le régime, et non l'inverse », Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Assignations à résidence en état d'urgence », in *RFDA*, 2016.123.

²⁴¹ « *Tout l'objet de la loi du 3 avril 1955 est, au demeurant, de nature préventive. L'ensemble du régime qu'elle fixe est conçu pour prévenir les troubles les plus graves à l'ordre public dans des circonstances exceptionnelles. La loi de 1955 est inspirée par la logique selon laquelle, en période de troubles graves, la police administrative ne doit pas être dépossédée de son devoir de prévenir : celui-ci doit au contraire être renforcé.* », Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision 2016-536 QPC [en ligne], disponible sur https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2016536qpc/2016536qpc_ccc.pdf [consulté le 13 août 2018].

raisonnement tiennent plus de l'erreur de plume, que de la volonté de faire primer une conception organique. Elle peut aussi délibérément être vue comme une mise en garde dirigée contre l'administration, celle-ci ayant décidé de se réfugier derrière l'état d'urgence, elle ne pourra mener que des actions préventives.

Il n'y avait donc sur ce point qu'une apparence, celle de la posture organique. La détermination finaliste de la nature des opérations est conservée par l'ensemble des juges. Pour autant, un autre débat quant à cette qualification a été soulevé, celui de la définition extensive des buts assignés à la police administrative.

2) Une définition extensive des buts de la police administrative

La doctrine s'accordait jusqu'à présent pour convenir que la police administrative visait la prévention des troubles à l'ordre public. Pourtant, les décisions rendues sous l'état d'urgence adjoignent à la prévention de la survenance de troubles à l'ordre public, la prévention de la commission d'infractions pénales.

L'adjonction des termes de police administrative avec celui d'infraction pénale a induit une zone de flottement, voire de « porosité »²⁴² entre les missions de police administrative et de police judiciaire, notamment lorsqu'elles revêtent un caractère hybride. Certains auteurs ont d'ailleurs pu y voir un déplacement de la frontière entre la police administrative et la police judiciaire. Olivier Le Bot indique ainsi que l'autorité administrative « se voit reconnaître le pouvoir d'empêcher la commission d'une infraction »²⁴³. Gweltaz Éveillard souligne également que cette position est « symptomatique de la tendance actuelle à l'élargissement des missions de la police administrative. »²⁴⁴.

Il est fondé d'affirmer que le champ de la police administrative a connu une extension. Cependant, cette extension n'est pas propre à l'état d'urgence et s'opère progressivement depuis plusieurs années. A ce titre, l'état d'urgence doit donc plutôt être regardé comme un révélateur d'une tendance que sa cause. En effet, le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel de la décision du 19 janvier 2006 faisait état de ce que la police administrative « se rattache non à la répression d'une infraction déterminée, mais à la protection de l'ordre

²⁴² Pour reprendre les termes de Christine LAZERGUES, in William BOURDON, *Les dérives de l'état d'urgence*, Plon, 2017, p. 128.

²⁴³ Olivier LE BOT, « État d'urgence et compétences juridictionnelles », in *RFDA*, 2016.436

²⁴⁴ Gweltaz EVEILLARD, « État d'urgence : les assignations à résidence devant les juges administratifs et le Conseil constitutionnel », in *Dr. Adm.*, avril 2016, n°4, commentaire 25.

public pour faire cesser un trouble déjà né, fût-il constitutif d'infraction, et à la prévention des infractions »²⁴⁵. Le juge administratif a statué dans un sens identique dans ses ordonnances dites « Dieudonné »²⁴⁶. Il s'agit incontestablement d'une extension car le Conseil constitutionnel continue de mentionner la prévention des infractions comme étant l'une des missions de la police administrative²⁴⁷. Une lecture formelle implique que l'administration puisse intervenir quelque soit la nature de l'infraction.

La jurisprudence du Conseil d'État a pourtant restreint ce spectre, peu de temps avant la déclaration d'état d'urgence. Par un arrêt AGRIF, le Conseil d'État a restreint les objectifs de la police administrative à la prévention des infractions susceptibles de constituer des troubles à l'ordre public²⁴⁸. Il y a donc eu, de la part du Conseil constitutionnel, une extension des objectifs de la police administrative.

Pour autant, cette extension est-elle problématique ? Outre le risque d'incohérence des jurisprudences, elle peut conduire à une extension corrélatrice des prérogatives de l'administration. Ce risque est à relativiser car en règle générale, et en tout état de cause sous l'état d'urgence, les infractions pénales en cause étaient susceptibles de constituer directement ou indirectement des troubles à l'ordre public. Il n'en demeure pas moins que cette définition extensive facilite l'accaparement par l'autorité administrative de prérogatives, qui auraient été auparavant, et dans le doute sur les compétences, dévolues à l'autorité judiciaire.

Par conséquent, l'état d'urgence a conservé la logique finaliste de la répartition des compétences juridictionnelles au prix d'une extension des missions de police administrative. Il est cependant possible de s'intéresser au respect de cette définition par les opérations de perquisitions administratives, opérations les plus critiquées en terme de répartition contentieuse.

²⁴⁵ Conseil constitutionnel, commentaire de la décision 2005-532 DC du 19 janvier 2006 [en ligne], disponible sur https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier20/ccc_532dc.pdf [consulté le 13 août 2018].

²⁴⁶ CE, Juge des référés, 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n°374508, recueil p. 1.

²⁴⁷ « *Considérant, en premier lieu, que les mesures de police administrative prises à l'encontre de personnes physiques ou morales sur le fondement des dispositions contestées n'ont pas d'autre finalité que la préservation de l'ordre public et la prévention des infractions* », Cons. const., décision 2015-524 QPC du 2 mars 2016, M. Abdel Manane M. K, Journal officiel n°0054 du 4 mars 2016, considérant 9.

²⁴⁸ CE, 9 novembre 2015, AGRIF, n°376107, recueil p. 377.

B) Une adoption incertaine du régime de police administrative des perquisitions administratives

Le terme de perquisitions est fréquemment assimilé au droit pénal²⁴⁹, entretenant une confusion dans l'opinion publique. Les perquisitions ne sont pas l'apanage du droit pénal, d'ailleurs, certaines administrations et autorités administratives peuvent perquisitionner les lieux privés. Tel est le cas par exemple de l'administration fiscale ou de l'Autorité des marchés financiers.

La spécificité des perquisitions sous l'état d'urgence est que sous la lecture formelle du texte leur assignant une finalité de prévention des troubles à l'ordre public, ces perquisitions administratives relevaient historiquement de la police judiciaire (1) et peuvent avoir une vocation répressive (2).

1) Une opération relevant historiquement de la police judiciaire

Dans sa décision du 19 février 2016, et à l'instar de ce qu'il avait considéré s'agissait des assignations à résidence en décembre 2015, le Conseil constitutionnel qualifie les perquisitions administratives comme relevant d'un régime de police administrative car ayant pour finalité exclusive la protection de l'ordre public et la prévention des infractions²⁵⁰.

Or, en 1955, le législateur n'avait pas entendu placer ces opérations de perquisitions sous la compétence du juge administratif mais s'était placé sous l'empire de l'article 10 du Code d'instruction criminelle d'alors lequel disposait que « *Les préfets des départements, et le préfet de police à Paris, pourront faire personnellement, ou requérir les officiers de police judiciaire, chacun en ce qui le concerne, de faire tous actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions, et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, conformément à l'article 8 ci-dessus.* ». Comme l'avait jugé le Conseil d'État, l'utilisation des pouvoirs de police judiciaire par le préfet relève de la compétence du juge judiciaire²⁵¹. Cette disposition pouvait donc laisser planer un doute sur cette qualification.

²⁴⁹ Thomas HERRAN donne une définition de l'opération de perquisition renvoyant par elle-même à la notion d'infraction, « Le contrôle des perquisitions administratives à l'occasion des procédures judiciaires incidentes à l'état d'urgence », *in Gaz. Pal.*, n°27, 19 juillet 2016, p. 75.

²⁵⁰ Cons. const, décision 2016-536 QPC précitée, considérant 4.

²⁵¹ CE, 20 avril 1956, Les Quatre Frères, recueil p. 160.

Ce doute avait été repris par l'étude d'impact du projet de loi prorogeant l'application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions qui y avait consacré des développements avant toutefois de conclure qu'il s'agissait là d'une mesure de police administrative²⁵². L'ambiguïté avait également été maintenue par une ordonnance du juge des référés du Conseil d'État du 14 novembre 2005 qui avait indiqué « *que les perquisitions autorisées par le 1° de l'article 11 de la loi devaient à l'origine être effectuées suivant les modalités définies par les dispositions alors en vigueur de l'article 10 du code d'instruction criminelle conférant au préfet des pouvoirs de police judiciaire, auquel a succédé l'article 30 du code de procédure pénale ; que l'abrogation de cet article par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 n'a pas eu pour conséquence de soustraire au contrôle de l'autorité judiciaire l'exercice par le ministre de l'intérieur ou le préfet de missions relevant de la police judiciaire* »²⁵³.

Les éléments de doute étaient pourtant nombreux. Le premier est l'association du procureur de la République, informé des perquisitions administratives menées. Le deuxième est la présence d'un officier de police judiciaire, condition requise par le code de procédure pénale. Enfin, la troisième est la destinée de ces perquisitions administratives. En théorie, leur suite aurait logiquement été pénale dans la mesure où la découverte d'éléments en lien direct ou indirect avec des actions terroristes ressortait parallèlement du droit pénal. La question de la nature de ces opérations de perquisitions est donc discutable et comme l'affirme Adrien Brunel, « *cela démontre que certaines mesures sont à la fois préventives et répressives ou bien ni totalement préventives ni totalement répressives : les actes pris en application des lois dites sécuritaires « revêtent une nature judiciaire sur le papier, mais se parent des attributs de la police administrative sur le terrain* »²⁵⁴.

En pratique, la finalité de ces opérations de perquisition administrative n'a pas été exclusive de sorte que la qualification de régime de police administrative s'imposait.

²⁵² Etude d'impact du projet de loi prorogeant l'application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions [en ligne], 17 novembre 2015, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000031493228&type=general>

²⁵³ JRCE, 14 novembre 2005, précitée.

²⁵⁴ Adrien Brunel, « État d'urgence et renseignement : retour sur la répartition des contentieux », in *AJ Pénal*, 2017.475.

2) Une opération n'ayant pas eu une vocation exclusivement répressive

Comme l'affirme Olivier Le Bot, « *l'état d'urgence est neutre sur la répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire. Il ne modifie pas les compétences juridictionnelles : les matières relevant du juge administratif hors état d'urgence continuent de relever du juge administratif lorsque ce régime est mis en place ; celles appartenant au juge judiciaire en période normale continuent de lui revenir sous ce régime d'exception. L'état d'urgence n'opère donc, par lui-même, aucun transfert de compétences d'un ordre juridictionnel vers un autre. Néanmoins, dans le cadre de l'état d'urgence comme en période normale, la compétence juridictionnelle suit le fond du litige.* »²⁵⁵. Ainsi, en dépit des indices qui ont été rappelés, seule la finalité de l'opération et l'intention qu'ont entendu y donner les auteurs permet de qualifier la compétence du juge.

La loi du 20 novembre 2015 réécrivant l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 donne un indice de cette qualification administrative en subordonnant le lieu de la perquisition à la fréquentation par une personne dont le comportement représente une menace pour la sécurité et l'ordre publics. La finalité de la perquisition est donc de prévenir la survenance de troubles à l'ordre public, le caractère pénal des incriminations ensuite poursuivies en cas de découverte d'éléments est incident. A ce titre, les statistiques des perquisitions administratives sont éloquents. Sur 3289 perquisitions administratives menées, 28 infractions à caractère terroriste ont été constatées²⁵⁶. Les perquisitions administratives ne poursuivaient assurément pas exclusivement une fonction antiterroriste répressive.

Les perquisitions administratives ont également été mobilisées afin de démanteler des réseaux de trafics de stupéfiants, accusés de participer au financement du terrorisme. Le point commun entre les perquisitions menées n'est donc pas une vocation répressive mais plutôt de prévention des infractions. Cette prévention s'est opérée de différentes façons. La première a été la saisie des armes illégalement détenues et pouvant donc conduire à la commission de graves troubles à la sécurité publique et à des infractions. La deuxième a été de déstructurer les réseaux, en les privant des ressources du trafic de stupéfiants, là encore dans l'objectif de prévenir la commission d'infractions et la survenance de troubles à l'ordre public. Enfin, la

²⁵⁵ Olivier LE BOT, « État d'urgence et compétences juridictionnelles », in *RFDA*, 2016.436.

²⁵⁶ Chiffre au 3 février 2016, Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, « Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016 » [en ligne], 26 janvier 2017, p. 5., disponible sur www.cncdh.fr [consulté le 24 mars 2018].

dernière technique a été la collecte de renseignement. En perquisitionnant les domiciles de personnes soupçonnées d'avoir un comportement pouvant porter atteinte à l'ordre public, les services de renseignement ont pu enrichir leurs bases de données, lever des doutes sur des individus ou au contraire les confirmer, créer des liens et ainsi améliorer le niveau global de connaissances des réseaux terroristes²⁵⁷. Les finalités de ces perquisitions administratives étaient donc, comme l'a jugé le Conseil constitutionnel, de prévenir la survenance des troubles à l'ordre public et d'infractions.

Les finalités des perquisitions administratives répondent bien aux critères fixés par l'extension de la jurisprudence relative aux missions de police administrative. Sur ce point, l'attribution de ce contentieux au juge administratif n'était donc pas discutable. Autre point discuté durant l'état d'urgence, l'exclusion du juge judiciaire de sa mission de gardien des libertés individuelles en application de l'article 66 de la Constitution a été vivement critiqué.

II) Une jurisprudence constitutionnelle confirmant la restriction de la portée de l'article 66 de la Constitution

Le deuxième alinéa de l'article 66 de la Constitution dispose que « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.* ». Cet article implique donc que toute privation de liberté soit de la compétence du juge judiciaire. Les Sages ont donc systématiquement été interrogés sur le caractère privatif de liberté de ces mesures.

Il a, sur ces questions, fait preuve d'une jurisprudence souple en matière de perquisitions administratives (A) en cantonnant l'article 66 de la Constitution aux strictes privations de liberté (B).

A) Une jurisprudence souple du Conseil constitutionnel dans l'application de l'article 66 de la Constitution durant l'état d'urgence en matière de perquisitions administratives.

La souplesse de l'appréciation portée par le Conseil constitutionnel sur les mesures prises au titre de l'état d'urgence a entraîné l'exclusion du juge judiciaire des perquisitions administratives (1) par la confirmation de l'absence de lien entre la liberté individuelle et l'inviolabilité du domicile (2).

²⁵⁷ Le Conseil constitutionnel avait affirmé en 2015 que le recueil de renseignement effectué conformément au code de la sécurité intérieure par les services de renseignement relève de la police administrative, Cons. const., décision 2015-713 DC précitée, considérant 9.

1) L'exclusion du juge judiciaire des perquisitions administratives

A l'instar des doutes ayant été perçus dans la qualification d'opérations de police administrative, les perquisitions administratives ont suscité de nombreuses interrogations s'agissant des libertés individuelles. Le doute est permis en raison de nombreux facteurs.

Le premier doute naît de la jurisprudence constitutionnelle elle-même qui a pu estimer nécessaire l'intervention du juge judiciaire en matière de perquisitions fiscales²⁵⁸. A en suivre cette jurisprudence, il aurait donc fallu l'autorisation du juge judiciaire.

Le deuxième doute est l'absence de perquisitions aussi poussées dans le droit administratif. Si des perquisitions menées par des autorités administratives existent, qu'elles soient menées par l'administration fiscale, l'Autorité des marchés financiers et la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, elles ne répondent pas à une intégration aussi forte. Dans ces hypothèses, soit la personne concernée doit consentir à l'opération de perquisition, soit les pouvoirs de ces autorités sont restreints.

Les perquisitions administratives menées sous l'état d'urgence ne répondent pas à cette logique. Elles peuvent être menées par l'ensemble des services de police ou de gendarmerie sur ordre de l'autorité administrative. Elles sont menées en vue de prévenir les troubles publics et les infractions et ont ainsi un objet encore plus large que les perquisitions menées par les autorités administratives agissant sur les infractions qu'elles sont chargées respectivement de réprimer. Cet objet est également plus large que celui des perquisitions judiciaires, cantonnées à la découverte d'infractions textuellement prévues et réprimables, à la différence de la police administrative. En outre, ces perquisitions sont menées sans l'accord des occupants des lieux visités, au besoin par le recours à la force. La question de l'inviolabilité du domicile méritait donc d'être posée.

Finalement, dans sa décision du 19 février 2016²⁵⁹, le Conseil constitutionnel a estimé que « *ces mesures n'affectent pas la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la*

²⁵⁸ « *Considérant cependant que, si les nécessités de l'action fiscale peuvent exiger que des agents du fisc soient autorisés à opérer des investigations dans des lieux privés, de telles investigations ne peuvent être conduites que dans le respect de l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects, et notamment celui de l'inviolabilité du domicile ; que l'intervention de l'autorité judiciaire doit être prévue pour conserver à celle-ci toute la responsabilité et tout le pouvoir de contrôle qui lui reviennent* », Cons. const., décision 83-164 DC du 29 décembre 1983, Loi de finances pour 1984, Journal officiel du 30 décembre 1983, page 3871, recueil, p. 67, considérant 28.

²⁵⁹ Cons. const., décision 2016-536 QPC, précitée, considérant 4

Constitution » confirmant ainsi l'absence de lien entre la liberté individuelle et l'inviolabilité du domicile, position adoptée depuis plusieurs années.

2) La confirmation de l'absence de lien entre la liberté individuelle et l'inviolabilité du domicile

Les Sages ont restreint depuis ces vingt dernières années la portée de l'article 66 de la Constitution. Depuis sa décision Loi de finances pour 1999, le Conseil constitutionnel a introduit une distinction entre la protection de la vie privée et la liberté individuelle²⁶⁰. Cette position constitue donc un point de rupture avec la décision Loi de finances pour 1984 exigeant l'intervention du juge judiciaire.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel a ensuite confirmé puis approfondi cette distinction au moyen d'un rattachement du droit au respect de la vie privée, dont l'inviolabilité du domicile est une composante, à l'article 2 de la DDHC²⁶¹. Par exemple, dans leur décision relative aux visites domiciliaires fiscales et douanières, les Sages ont censuré l'absence de garanties légales entourant les documents servant de fondement à ces visites. S'ils ont évoqué le rôle d'un juge, ils n'ont, en tout état de cause, pas pris position en faveur du juge judiciaire telle que la décision Loi de finances pour 1984 l'imposait.

C'est donc dans cette lignée jurisprudentielle que s'est inscrit le Conseil constitutionnel. Les critiques tendant à dénoncer une éviction du juge judiciaire dans le contentieux d'état d'urgence sont donc mal fondées dès lors que cette éviction, si elle a lieu, se fait depuis plusieurs années au moyen de l'extension du champ de la police administrative en matière d'infraction pénale et de la redéfinition du champ d'application de l'article 66 de la Constitution. La compétence du juge judiciaire aurait-elle toutefois pu être recouvrée en cas de voie de fait commise par l'administration ? Assurément, la réponse est positive mais là encore, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont modifié la définition de cette notion, désormais cantonnée à « *l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté*

²⁶⁰ Cons. const., décision 98-405 DC du 29 décembre 1998, Loi de finances pour 1999, Journal officiel du 31 décembre 1998, page 20138, recueil p. 326, considérant 62.

²⁶¹ « [...] la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile », Cons. const., décision 2013-357 QPC du 29 novembre 2013, Société Wesgate Charters Ltd, Journal officiel du 1 décembre 2013 page 19603, recueil p. 1053, considérant 6.

individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative »²⁶². Or, le pouvoir de perquisition administrative est effectivement, dans le cadre de l'état d'urgence, susceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration, seule l'extinction du droit de propriété en cas d'exécution irrégulière d'une décision aurait pu justifier cette qualification, hypothèse relevant plus du cas d'école que de la réalité de l'état d'urgence.

Cette redéfinition restrictive de l'article 66 de la Constitution s'est également retrouvée dans la qualification des assignations à résidence, évinçant de même le juge judiciaire.

B) Le cantonnement de l'article 66 aux privations de liberté

D'une façon certainement plus critiquable que s'agissant des perquisitions administratives, les Sages ont inscrit le régime d'assignation à résidence dans la continuité de leur jurisprudence séparant l'article 66 de la Constitution et la liberté d'aller et venir. En effet, la jurisprudence constitutionnelle considère que l'intervention du juge judiciaire n'est requise qu'en cas de mesures privatives de liberté, et non de mesures restrictives (1).

Si ce n'est pas cette qualification qu'il est possible de critiquer, tant elle est conforme avec la jurisprudence usuelle et avec celle de la CEDH, la distinction entre les mesures restrictives et privatives de liberté demeure fragile, laissant le sentiment d'une large latitude offerte au législateur en la matière (2).

1) Le cantonnement du rôle du juge judiciaire aux mesures privatives de liberté

Si la liberté d'aller et venir a pu par le passé être rattachée à la liberté individuelle²⁶³, les Sages ont disjoint ces deux libertés dès leur décision grand excès de vitesse du 16 juin 1999²⁶⁴. Cette position a été confirmée par le Conseil constitutionnel en 2006²⁶⁵. Cette éviction se fait par le prisme d'un rattachement de cette liberté aux articles 2 et 4 de la DDHC.

²⁶² Trib. Conflits, 17 juin 2013, Bergoend c. ERDF Annecy-Léman, n°3911, recueil p. 370.

²⁶³ « [...] figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir », Cons. const., décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, Journal officiel du 18 août 1993, page 11722, recueil, p. 224.

²⁶⁴ « Considérant, en premier lieu, que la procédure instaurée par l'article L. 11-1 du code de la route ne porte pas atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution ; qu'en égard à son objet, et sous réserve des garanties dont est assortie sa mise en oeuvre, elle ne porte pas davantage atteinte à la liberté d'aller et venir », Cons. const., décision 99-401 DC du 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité

Le Conseil constitutionnel a cependant très vite distingué les atteintes portées à la liberté d'aller et venir ayant pour effet de la restreindre et celles l'annihilant intégralement. Dans sa décision 92-307 DC du 25 février 1992, il a posé le principe selon lequel « *le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures touchant à la liberté individuelle qu'il entend édicter ; qu'il a la faculté de ne pas soumettre à des règles identiques une mesure qui prive un individu de toute liberté d'aller et venir et une décision qui a pour effet d'entraver sensiblement cette liberté* »²⁶⁶. Par cette jurisprudence point la distinction entre restriction et privation de liberté dont se prévalent les Sages dans leur décision relative aux assignations à résidence pendant l'état d'urgence. En effet, dans leur décision du 22 décembre 2015, ils ont considéré 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* », à condition que l'astreinte domiciliaire pouvant être prononcée ne dépasse pas douze heures²⁶⁷. Les Sages ont donc eu recours à la distinction entre la privation (extinction de la liberté d'aller et venir) de la restriction (atteinte substantielle à cette liberté).

Cette distinction reprend la distinction binaire effectuée par la Cour européenne des Droits de l'Homme reposant sur la différenciation opérée entre l'article 5 de la Convention EDH s'agissant des privations et de l'article 2 du protocole n°4 s'agissant des restrictions. La frontière entre la restriction et la privation est analysée comme une différence de seuil, « *de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence* »²⁶⁸. Il est donc possible qu'une même mesure revête l'une ou l'autre de ces qualifications en fonction des sujétions qu'elle impose et de la gravité de ces conséquences. C'est ainsi qu'une assignation à résidence peut être qualifiée de mesure restrictive de liberté lorsqu'elle est préventive²⁶⁹ ou privative de liberté

routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, Journal officiel du 19 juin 1999, page 9018, recueil, p. 75, considérant 20.

²⁶⁵ « *la procédure de recueil automatisé de données relatives aux véhicules instituée par l'article 8 de la loi déferée ne saurait porter atteinte ni à la règle, posée par l'article 66 de la Constitution, selon laquelle nul ne peut être arbitrairement détenu, ni à la liberté d'aller et venir protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789* », Cons. const., décision 2005-532 DC du 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, Journal officiel du 24 janvier 2006, page 1138, recueil, p. 31, considérant 16.

²⁶⁶ Cons. const., décision 92-307 DC du 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, Journal officiel du 12 mars 1992, page 3003, recueil p. 48, considérant 13.

²⁶⁷ Cons. const., décision 2015-527 QPC précitée, considérant 6.

²⁶⁸ CEDH, 6 novembre 1980, affaire Guzzardi contre Italie, n°7367/76.

²⁶⁹ CEDH, 22 février 1994, Raimondo contre Italie, n°12954/87.

dans l'hypothèse du confinement de la personne à son domicile²⁷⁰. Face à l'appréciation laissée au juge en la matière, le Conseil constitutionnel a fait le choix d'une large latitude offerte au législateur dans les astreintes domiciliaires.

2) Une large latitude offerte au législateur dans les astreintes domiciliaires

L'article 6 de la loi du 3 avril 1955 permet au ministre d'assigner une personne à résidence, entendue comme l'interdiction pour une personne de sortir d'un périmètre défini, mais également d'astreindre les personnes à demeurer dans le lieu défini comme lieu d'assignation pour une durée de douze heures par tranche de vingt-quatre heures. Les Sages de la rue de Montpensier ont fait le choix de faire basculer les assignations à résidence en mesure privative de liberté au-delà d'une durée de douze heures d'assignation domiciliaire. Ils ont donc fait le choix de suivre le seuil défini par le législateur. La question de la justification du seuil choisi se pose. Sur ce point, la décision est silencieuse. En revanche, le commentaire de ladite décision se réfère expressément à l'argumentaire développé par Manuel Valls par lequel une durée de vingt-quatre heures est disproportionnée, alors qu'« *avec une durée de huit, dix ou douze heures* », les assignations à résidence se trouvent « *confortées* ».

Pour autant, aucun argument factuel ou juridique ne permet de justifier d'une part en quoi cette durée n'est pas disproportionnée et d'autre part en quoi une durée de huit ou dix heures ne serait pas autant adaptée, ce d'autant que les astreintes domiciliaires des étrangers prévues par l'article R. 561-2 du Code de l'entrée, du séjour des étrangers en France et du droit d'asile sont limitées à une plage horaire de dix heures par tranche de vingt-quatre heures. Comme l'exprimait Bertrand Mathieu, « *à une minute près, le législateur aurait donc commis une inconstitutionnalité en confiant à l'autorité administrative le soin de prononcer une telle assignation à résidence. Plus que l'extrême perspicacité du Parlement, il faut évidemment voir là un choix du Conseil constitutionnel de ne pas entraver les nécessités de l'action publique alors que l'état d'urgence est en vigueur depuis un mois au moment où il statue.* »²⁷¹

Une tentative d'explication résidant dans la durée de la période nocturne rendant l'astreinte domiciliaire peu contraignante peut être avancée. Cependant, être astreint à résider à son domicile la moitié d'une journée entière est une mesure forte, y compris en incluant la

²⁷⁰ CEDH, 28 novembre 2002, Lavents contre Lettonie, n°58442/00.

²⁷¹ Bertrand MATHIEU, « La tentative de révision constitutionnelle relative à l'état d'urgence et à la déchéance de nationalité - Radiographie d'un échec », in *RFDA*, 2016.417.

durée du sommeil de l'individu. En effet, les personnes assignées pourraient avoir besoin de décaler leur période de sommeil de telle façon qu'elles sortiraient en partie de l'astreinte domiciliaire, la rendant beaucoup plus contraignante. De surcroît, cette logique de contrainte permet une trop forte malléabilité de la jurisprudence et une certaine insécurité juridique. Un exemple a été fourni durant cette période d'état d'urgence. Des requérants ont tenté de faire valoir que la prolongation des assignations à résidence de plus de douze mois avait un degré de contrainte tellement important qu'il les faisait basculer en privation de liberté. Cet argument a été rejeté, les Sages ayant estimé que « *la seule prolongation dans le temps d'une mesure d'assignation à résidence ordonnée dans les conditions prévues par l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 n'a toutefois pas pour effet de modifier sa nature et de la rendre assimilable à une mesure privative de liberté* »²⁷². Il y a donc un certain flou sur le degré de contrainte entraînant une privation de liberté.

Le Conseil constitutionnel a donc logiquement écarté l'ensemble des griefs tirés de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution en vertu de sa jurisprudence désormais traditionnelle redéfinissant le cadre réservé d'intervention du juge judiciaire tant sur le plan de la définition de ce que recouvre la police judiciaire, que sur la définition de ce que recouvre aujourd'hui la liberté individuelle. Sur ce point, l'état d'urgence n'a été que le révélateur, par la soudaineté, la gravité et l'impact de ses mesures, de cette tendance inaugurée depuis les années 2000 et l'avènement de procédures de référés permettant au juge administratif d'assurer la préservation des libertés. L'attitude adoptée par le juge administratif reflète la tendance actuelle qu'il connaît en matière de droit administratif de la sécurité intérieure.

§ 2 : Un juge administratif influencé par l'administrativisation du contentieux de la sécurité intérieure

Il a pu être soutenu que le juge administratif se retrouvait dans un terrain qu'il lui était inconnu. Certes, il est coutumier de la police administrative mais le rôle qu'il a eu durant l'état d'urgence a été d'une part de grande ampleur, mais au surplus, du comportement des requérants. Or, une telle appréciation est habituellement opérée par le juge pénal lorsqu'il mène l'enquête de personnalité du prévenu qu'il juge.

Le juge administratif a donc été décrit comme étant étranger à l'ensemble de ce contentieux. Tel n'est pas le cas car le contentieux d'état d'urgence a été construit par

²⁷² Cons. const., décision 2017-624 précitée, point 7.

l'inspiration d'autres branches du droit administratif auxquelles le juge administratif est coutumier (I) et dans un contexte où le juge administratif intervient de manière croissante dans le contentieux de la sécurité intérieure (II).

I) Un contentieux construit par l'inspiration d'autres branches du droit administratif

Si l'état d'urgence est issu de la loi du 3 avril 1955, d'autres dispositions analogues en droit administratif ont facilité la construction de sa jurisprudence et l'ont rendu plus coutumier de ce contentieux. Il a ainsi pu être influencé par les apports du contentieux des étrangers en la matière (A) et par le développement du droit du renseignement (B).

A) Les apports du contentieux des étrangers

Le droit des étrangers a été déterminant pour le juge administratif, lequel a puisé son inspiration dans un régime d'assignation à résidence calqué sur le contentieux de l'éloignement (1) et sur une expérience qu'il a acquis d'un contentieux présentant de nombreux points communs (2).

1) Un régime d'assignation à résidence calqué sur le contentieux de l'éloignement

Les assignations à résidence ne sont pas inconnues de la police administrative. En matière de contentieux des étrangers, police administrative spéciale, cette mesure préexiste à l'application de l'état d'urgence. Définie à l'article L. 561-1 du Code de l'entrée, du séjour des étrangers en France et du droit d'asile, cette mesure est applicable « *Lorsque l'étranger justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français ou ne peut ni regagner son pays d'origine ni se rendre dans aucun autre pays, l'autorité administrative peut, jusqu'à ce qu'existe une perspective raisonnable d'exécution de son obligation, l'autoriser à se maintenir provisoirement sur le territoire français en l'assignant à résidence* ». Les articles L. 561-1 et L. 561-2 du même code prévoient ensuite ses hypothèses d'application et son régime.

Ces assignations à résidence ont inspiré le juge administratif. Guillaume Odinet développait ainsi l'idée que le juge administratif n'est pas en terre inconnue durant l'état d'urgence en ce qu'il est habitué à ce type de contentieux mettant en balance les libertés avec l'ordre public, notamment en matière de police des étrangers²⁷³. Il y reconnaissait tout d'abord un cadre global commun entre ces deux assignations à résidence, comprenant une obligation

²⁷³ Guillaume ODINET, « Le rôle du juge administratif dans le contrôle de l'état d'urgence », in *Les cahiers de la justice*, 2017/2, juin 2017, pp. 275-281.

de motivation de la décision²⁷⁴, des sanctions en cas de non-respect de l'assignation ainsi que la faculté d'imposer des pointages dans les services de police ou de gendarmerie (d'une à quatre fois par jour selon les hypothèses). Il y trouvait ensuite un indice de l'étendue de son contrôle. En la matière, le juge administratif exerce un entier contrôle, comme le lui impose la jurisprudence constitutionnelle²⁷⁵. Il connaissait enfin les subtilités de la distinction entre assignation à résidence et astreinte domiciliaire, cette dernière n'étant applicable, aux termes de l'article R. 561-2 du même code, qu'aux étrangers faisant l'objet d'une interdiction judiciaire de territoire français, aux étrangers faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion et aux étrangers faisant l'objet d'une interdiction administrative de territoire français pour une durée maximale de dix heures par tranche de vingt-quatre heures²⁷⁶.

Cependant, le juge administratif n'a pu calquer exactement sa jurisprudence en matière d'état d'urgence sur celle du contentieux des étrangers et il subsistait donc des incertitudes à lever. En effet, il existe une différence fondamentale de logique entre ces deux mesures d'assignation. Alors qu'en contentieux des étrangers la mesure d'assignation est une alternative à la rétention administrative, plus contraignante, elle apparaît, durant l'état d'urgence, comme une mesure plus contraignante au regard de la situation de liberté prévalant en temps normal. L'assignation à résidence en période d'état d'urgence interroge également en ce qu'elle est plus sévère que celle prévue par le contentieux des étrangers. Cette première mesure autorise une astreinte domiciliaire plus longue et vise un nombre plus élevé d'individus, qui plus est, nationaux, justifiant les débats posés tant devant le juge administratif que devant les Sages de la rue Montpensier.

Le juge administratif n'a donc pas basculé, au regard des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence, dans un contentieux qui lui était inconnu. Il a pu s'appuyer sur

²⁷⁴ Même si cette obligation de motivation est moins contraignante quant aux éléments factuels pris en compte pour apprécier la perspective raisonnable d'éloignement que la motivation à fournir pour attester de la dangerosité du comportement d'un individu pour l'ordre et la sécurité publics.

²⁷⁵ « [...] la mesure d'assignation à résidence prévue par la disposition contestée se substitue à une mesure de rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire ; qu'une telle mesure, placée sous le contrôle du juge administratif qui en apprécie la nécessité, ne porte pas d'atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et de venir », Cons. const., décision 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, Journal officiel du 10 juin 2011 page 9892, recueil p. 252, considérant 79.

²⁷⁶ Cette distinction est couramment maniée par le juge administratif statuant en matière de contentieux des étrangers. Le Conseil d'État a ainsi pu utiliser ce raisonnement pour justifier la possibilité pour l'autorité administrative d'assigner une personne à résidence sur une boîte postale, ce qu'il a évidemment jugé impossible si l'étranger est astreint à résider en ce lieu, CE, avis, 11 avril 2018, n°415174, à mentionner aux tables du recueil.

des distinctions déjà effectuées en droit qu'il a néanmoins dû aménager en raison de la spécificité de la loi du 3 avril 1955 modifiée. Ce raisonnement peut aisément outrepasser le cadre des assignations à résidence pour s'étendre à la connaissance de l'ensemble du contentieux des étrangers.

2) L'expérience par le juge administratif d'un contentieux similaire

Toutes deux mesures de police administrative, l'état d'urgence et le contentieux des étrangers possèdent d'autres similarités. En effet, bien que ce contentieux soit dirigé contre un acte, il n'en demeure pas moins qu'il peut s'apprécier sur des considérations factuelles. Il convient très fréquemment d'appliquer les articles du CESEDA à l'aune de maladies, faits rapportés dans des notes blanches, risques de traitement inhumains et dégradants. A l'instar de l'état d'urgence, ce contentieux a une dimension humaine particulièrement importante.

Le contentieux de l'éloignement est également un contentieux dans lequel le référé-liberté revêt une importance particulière. En effet, dans le cadre de ce référé, le juge se prononce pour sanctionner une atteinte à une liberté fondamentale. En ce sens, il sanctionne non seulement une éventuelle méconnaissance d'une liberté fondamentale au jour de la décision contestée mais également une méconnaissance d'une atteinte au jour où le juge statue²⁷⁷. Christophe Tukov voit dans cette voie de droit un élément « *structurant l'architecture juridictionnelle* »²⁷⁸. Effectivement, le recours à cette voie de droit est essentiel dans les deux contentieux et a permis cette réponse rapide du juge administratif

Enfin, ces deux contentieux ont pour point commun de mobiliser les mêmes questions et d'interroger les mêmes débats. En effet, tant le contentieux des étrangers que le contentieux de l'état d'urgence ont mobilisé la question de la conciliation de la prévention des troubles à l'ordre public avec la liberté d'aller et venir. Le contentieux des étrangers a également eu pour effet de structurer les notions de restriction et de privation de liberté autour des mesures de rétention administrative et d'assignation à résidence.

²⁷⁷ Par exemple, s'agissant du contentieux d'état d'urgence, CE, Juge des référés, 23 février 2016, n°396872, inédit et du contentieux des étrangers, CE, Juge des référés, 11 juin 2015, Ministre de l'intérieur c/ M.Khinzaneishvili n°390704, aux tables du recueil p. 710 lorsqu'il existe des circonstances nouvelles caractérisant que l'exécution de la décision porte atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

²⁷⁸ Christophe TUKOV, « Le référé-liberté administratif, élément structurant de la modification de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction », *in Procédures*, n° 10, Octobre 2016, étude 9.

Par conséquent, le juge administratif a trouvé, durant l'état d'urgence, un contentieux voisin duquel il a pu tirer les enseignements et exploiter les apports du contentieux de l'éloignement qu'il a pu rattacher aisément, sous des réserves qu'il a pu lever et qui constituent les principaux apports de cette période d'état d'urgence sur le plan du contentieux. Cependant, le contentieux des étrangers n'est pas le seul à avoir été utilisé et, dans une moindre mesure, le développement du droit du renseignement a permis d'apporter des réponses aux questions soulevées par le contentieux de l'état d'urgence.

B) Les réponses apportées par le développement du droit du renseignement

Droit émergent, le droit du renseignement a permis d'apporter un certain nombre d'éclairages à la qualification et à la légalité des mesures prises au titre de l'état d'urgence entre 2015 et 2017.

Ces éclairages se sont effectués, d'une part, sur des opérations également qualifiées de police administrative (1) et d'autre part, sur les garanties amoindries dans le cadre de « l'urgence absolue » (2).

1) Des opérations également qualifiées de police administrative

Le point commun entre les opérations de renseignement et l'état d'urgence est leur contexte. La loi du 24 juillet 2015, dite « loi renseignement » a été conçue en réaction aux attentats de janvier 2015. La finalité de l'état d'urgence et des opérations de renseignement est donc identique. Il s'agit de prévenir la survenance d'attentats terroristes, et donc de troubles à l'ordre public.

Initialement envisagé sous le terme d'écoutes, le contentieux du renseignement questionne également cette frontière entre le droit administratif et le droit pénal dès lors que les renseignements obtenus par les services de police ou de gendarmerie ont vocation à ouvrir la voie d'un contentieux pénal en cas de découverte d'infraction même si les éléments recueillis ne peuvent ni la constituer, ni participer à sa répression. A cette occasion, le Conseil constitutionnel a donc adjoint à la finalité d'ordre public l'objectif de prévention des infractions pénales²⁷⁹.

²⁷⁹ Cons. const., décision 2015-713 DC précitée, considérant 9.

Tant le Conseil d'État que le Conseil constitutionnel ont donc pu déduire logiquement la qualification de police administrative de l'état d'urgence en suivant cette logique. Corollairement, ce contentieux alimente également des critiques dans le brouillage de la frontière entre la police administrative et la police judiciaire. Immanquablement, les apports du contentieux du renseignement ont alimenté les débats s'agissant de l'émergence d'un droit administratif répressif et ont contribué à questionner l'aspect dérogatoire de l'état d'urgence au regard des logiques déjà présentes dans le droit commun.

Indice fondamental de la compétence du juge administratif et de l'extension de la police administrative, le droit du renseignement a également enseigné aux juges que l'urgence pouvait autoriser des garanties moindres.

2) Des garanties amoindries dans le cadre de « l'urgence absolue »

La loi renseignement a prévu différents dispositifs dérogatoires dans l'hypothèse d'une urgence absolue. Dans cette hypothèse, l'article L. 821-5 du code de la sécurité intérieure permet au Premier ministre de délivrer une autorisation d'usage de techniques de renseignement sans avis préalable de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement qui reçoit cependant les éléments de motivation dans les vingt-quatre heures suivant la délivrance de l'autorisation.

Le Conseil constitutionnel a validé cette mesure en raison du contexte d'urgence, de la finalité de prévention des troubles graves à l'ordre public et du contrôle juridictionnel du Conseil d'État²⁸⁰. Cette argumentation rappelle celle adoptée par le Conseil constitutionnel pour valider les mesures d'assignation à résidence et de perquisitions administratives.

Les situations d'urgence bénéficient donc d'une possibilité de dérogation à la légalité ordinaire pourvu que les mesures en cause soient assorties de garanties légales. Tant le Conseil d'État que le Conseil constitutionnel ont donc pu s'inspirer de cet apport dans le cadre de l'état d'urgence, même si cette dernière période a été, en terme temporel et quantitatif, plus importante que le contentieux des interceptions menées en situation d'urgence absolue.

²⁸⁰ Cons, const., décision 2015-713 DC précitée, considérant 25.

Ainsi, sous l'état d'urgence les Sages et les juges administratifs ont pu compter sur le support d'autres branches du droit public, notamment le contentieux des étrangers et le contentieux du renseignement. Ces apports ont indéniablement permis de constituer un filet de sécurité pour le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ayant pu légitimer leurs décisions par l'expérience qu'ils ont de ces contentieux ainsi que de la jurisprudence qu'ils ont pu construire corollairement. Ces apports donnent le sentiment qu'au fond les grands débats posés durant l'état d'urgence résultent d'un contexte plus large par lequel le juge administratif se voit confier un rôle croissant dans la lutte antiterroriste.

II) Un contentieux construit dans un contexte d'administrativisation de la lutte antiterroriste

Même si leur action a pu être imparfaite, le juge administratif et les Sages ont réussi à gérer le contentieux d'état d'urgence. Ils laissent le sentiment d'avoir fait preuve d'une maîtrise dans ce contentieux. Cette maîtrise est due à un accroissement de l'intervention du juge administratif dans la lutte contre le terrorisme (A) et à la confirmation du rôle du juge administratif dans ce contentieux (B).

A) Un accroissement de l'intervention du juge administratif dans la lutte contre le terrorisme

Depuis ces dernières années et sous l'influence de divers facteurs, les mesures administratives de lutte contre le terrorisme se sont multipliées et le rôle du juge administratif a été précisé. Son intervention a été consacrée dans les mesures administratives de gel des fonds (1).

La jurisprudence constitutionnelle en matière de mesures d'interdiction administrative de sortie du territoire a également joué un rôle déterminant pour le juge administratif (2).

1) L'intervention du juge administratif dans les mesures administratives de gel des fonds

Les articles L. 562-1 et suivants du code monétaire et financier autorisent le ministre chargé de l'économie et le ministre de l'intérieur sur décision conjointe à geler temporairement les fonds de personnes soupçonnées d'avoir commis ou tenté de commettre certain nombre de faits graves, au premier plan desquels les personnes soupçonnées d'avoir commis ou tenté de commettre des actes de terrorisme.

Dans une décision du 2 mars 2016²⁸¹, le Conseil constitutionnel a eu à connaître de cette disposition présente dans le droit commun mais à laquelle il a été statué durant l'état d'urgence. Cette décision est donc intéressante en ce qu'elle permet de comparer le rôle conféré au juge administratif durant l'état d'urgence avec celui que le droit commun lui confère.

Le premier apport de cette décision a été de confirmer logiquement l'extension de la police administrative à la prévention des infractions, à l'instar de ce qui avait été décidé en 2015 par le Conseil constitutionnel, y compris en dehors de l'état d'urgence.

Le second apport a été de confirmer le rôle du juge administratif en matière antiterroriste. Il ne pouvait pas en être autrement dès lors qu'était reconnu le caractère préventif de ces mesures et qu'elles ne portaient pas à l'évidence d'atteinte à la liberté individuelle. Cette vocation préventive n'allait pourtant, là encore, pas de soi car étaient visées des personnes qui commettent des actes de terrorisme, ces actes constituant une incrimination pénale.

Sur ce point, le commentaire officiel de la décision apporte un éclairage particulièrement intéressant sur le grief soulevé par les requérants. Ces derniers contestaient, sur le fondement de l'article 16 de la DDHC, l'atteinte aux fonctions juridictionnelles, écartées en raison de la finalité de police administrative de la mesure. Ils contestaient également l'atteinte aux droits de la défense portée par cette mesure en ce qu'elle confiait ce contentieux au juge administratif, soumis aux seuls éléments que l'administration accepte de lui communiquer par la voie de notes blanches²⁸². Se trouve donc reproduit un grief identique à celui traité durant l'état d'urgence dont l'application se fait dans le droit commun. Les Sages rejettent ce moyen au motif, comme l'avait jugé le Conseil d'État s'agissant de l'état d'urgence, que ces notes blanches devaient être débattues contradictoirement.

Par conséquent, cette intervention du juge administratif laisse encore une impression de continuité. Il est donc reconnu que le juge administratif est compétent pour juger des contentieux administratifs antiterroristes tant parce qu'il s'agit de mesures de police

²⁸¹ Cons. const., décision 20158-524 précitée, considérants 9 et 10.

²⁸² Conseil constitutionnel, commentaire de la décision 2015-524 QPC [en ligne], disponible sur https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2015524qpc/2015524qpc_ccc.pdf [consulté le 13 août 2018].

administrative mais également parce qu'il a réussi à démontrer qu'il pouvait matériellement faire face aux spécificités de ce contentieux au besoin en ajustant le contradictoire. Le juge administratif sous l'état d'urgence a également été influencé par la jurisprudence constitutionnelle en matière d'interdiction administrative de sortie du territoire.

2) Une inspiration de la jurisprudence constitutionnelle en matière d'interdiction administrative de sortie du territoire

Introduit en 2014, l'article L. 224-1 du code de la sécurité intérieure permet au ministre de l'intérieur d'interdire temporairement une personne de sortir du territoire « *lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser* » qu'elle projette des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français.

Le premier point commun entre cette disposition et l'état d'urgence est que le consensus politique a empêché la saisine du Conseil constitutionnel *a priori*. Son contrôle s'est donc effectué par voie de QPC, à laquelle il a été statué un mois jour pour jour avant la déclaration de l'état d'urgence. Outre ce point commun temporel, la décision rendue par le Conseil constitutionnel conforte le rôle et l'office du juge administratif.

En effet, dans cette décision, le Conseil constitutionnel a commencé par identifier ces mesures comme relevant de la police administrative en ce qu'elles poursuivent une finalité de prévention des troubles à l'ordre public. Il n'est pour autant pas fait mention ici de l'objectif de prévention des infractions. Les Sages affirment en conséquence que le législateur a entendu augmenter les pouvoirs de l'État en matière de lutte contre le terrorisme. Cette lutte ne passe donc plus exclusivement par la voie pénale mais également par la voie administrative.

S'en suit logiquement la reconnaissance de la compétence du juge administratif. Les Sages n'ont pas vu en cette mesure une privation de liberté d'aller et venir.

Ils ont ensuite plus longuement défini l'office du juge administratif. Aux termes du texte, le juge doit statuer en quatre mois. Les Sages précisent que le juge administratif doit mener un contrôle de proportionnalité, exigeant alors, à l'instar de ce qu'ils ont statué

s'agissant de l'état d'urgence, que la décision prise ne soit pas disproportionnée à l'atteinte portée à la liberté d'aller et venir. Ils constitutionnalisent donc le contrôle du juge administratif en matière de police administrative et de lutte contre le terrorisme.

S'agissant de la répartition entre les ordres juridictionnels, l'état d'urgence n'a rien bouleversé. Il n'a été que le prolongement de logiques entamées depuis plusieurs années en matière de contentieux antiterroriste, le juge administratif voyant son rôle en matière de police s'ouvrir vers la prévention du terrorisme. Nul ne peut remettre en cause le fait que la prévention du terrorisme vise la prévention de l'ordre public mais ce mouvement illustre une spécialisation croissante du juge administratif, spécialisation confirmée par la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

B) La confirmation du rôle antiterroriste du juge administratif

La loi du 30 octobre 2017 est présentée comme la loi insérant l'état d'urgence dans le droit commun²⁸³. Les dispositions qu'elle introduit ont donc eu vocation à s'intégrer en permanence dans le code de la sécurité intérieure. Cette introduction a permis la confirmation du rôle du juge administratif dans la lutte antiterroriste (1) malgré un rééquilibrage entre le juge administratif et le juge judiciaire (2).

1) La confirmation du rôle du juge administratif dans la lutte antiterroriste

La loi du 30 octobre 2017 a introduit à l'article L. 228-1 du code de la sécurité intérieure la possibilité, pour le ministre de l'intérieur de prendre, aux seules fins de prévention de la commission d'actes de terrorisme, des mesures dérivées de celles prévues dans le cadre de l'état d'urgence. Ces mesures visent « *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*

²⁸³ « Ce régime juridique dérogatoire ne peut cependant être reconduit indéfiniment. Dès lors, face à une menace qui revêt désormais un caractère durable, il est nécessaire, avant d'envisager une sortie de l'état d'urgence, de doter préalablement l'État de nouveaux moyens juridiques de droit commun permettant de mieux prévenir la menace terroriste hors période d'état d'urgence. Tel est l'objet du second projet de loi, qui vise à doter l'État, d'ici au 1er novembre, de nouveaux instruments permanents de prévention et de lutte contre le terrorisme, en réservant le régime de l'état d'urgence à des circonstances exceptionnelles. », Elysée, Communiqué de presse du Conseil des ministres du 22 juin 2017 [en ligne], 22 juin 2017, disponible sur <http://www.elysee.fr/conseils-des-ministres/article/compte-rendu-du-conseil-des-ministres-du-jeudi-22-juin-2017/>, [consulté le 13 août 2018].

manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes ». En réalité, cette loi n'introduit donc pas l'état d'urgence dans le droit commun mais les dispositions de l'état d'urgence telles qu'elles ont été façonnées entre 2015 et 2017 pour lutter contre le terrorisme, avec des exigences supplémentaires liées à la preuve de l'adhésion à des mouvements terroristes. Cette exigence supprime en droit commun la théorie du lien fonctionnel permettant d'assigner une personne à résidence pour des motifs distincts de ceux de la lutte antiterroriste. Elle rend donc caduque l'appréciation d'un contexte global, l'administration devra caractériser que les individus adhèrent aux mouvements terroristes. A ce titre, peuvent être envisagées les assignations à résidence pour une durée totale cumulée maximale de douze mois avec pointage, déclaration de changement de domicile, interdiction de paraître et interdiction de se trouver en contact avec certaines personnes.

Peuvent également être mis en œuvre par le représentant de l'État dans le département les dispositifs de fermeture des lieux de culte « *dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination, provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes* »²⁸⁴.

Est enfin établie la possibilité à l'article L. 226-1 du même code de réglementer l'accès des personnes et des véhicules à un périmètre défini par arrêté préfectoral afin d'assurer la sécurité « *d'un lieu ou d'un événement exposé à un risque d'actes de terrorisme à raison de sa nature et de l'ampleur de sa fréquentation* ».

Ces mesures sont soumises au contrôle du juge administratif qui voit son rôle confirmé dans le contentieux antiterroriste. En ce sens, l'état d'urgence lui a offert une formation en la matière. Introduite dans le droit commun, cette mesure fait toutefois l'objet d'un examen plus minutieux par le juge que durant l'état d'urgence²⁸⁵. Dans sa globalité, l'office du juge administratif se trouve donc confirmé en droit commun. Cependant, cette nouvelle législation a corrélativement procédé à un rééquilibrage entre le juge administratif et le juge judiciaire.

²⁸⁴ Article L. 227-1 et L. 227-2 du code de la sécurité intérieure.

²⁸⁵ Cons. const, décision 2017-691 QPC du 16 février 2018, M. Farouk B, Journal officiel n°0041 du 18 février 2018, et son commentaire. Les Sages ont posé des réserves d'interprétation et notamment la durée maximale cumulée des assignations à résidence ainsi que la nécessité pour le juge administratif de se prononcer « *à bref délai* ». Sur ce point, il a censuré le délai de recours restreint d'un mois ainsi que l'obligation faite au juge de se prononcer dans un délai de deux mois.

2) Un rééquilibrage entre le juge administratif et le juge judiciaire

Comme il l'a précédemment été souligné, les perquisitions administratives sous l'état d'urgence ont été les mesures les plus débattues de cette répartition juridictionnelle.

Cette question ne se pose plus dans le droit commun dès lors que la loi du 30 octobre 2017 a créé un régime mixte. En effet, il appartient au préfet de saisir le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris d'une demande motivée de mener une perquisition et la saisie des données situées dans un lieu « *aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme et lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'un lieu est fréquenté 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, 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 ou faisant l'apologie de tels actes* »²⁸⁶.

Cet apport permet de répondre aux critiques résultant de l'absence d'autorisation *a priori* des mesures de perquisitions administratives, évitant ainsi que les seuls recours dont disposent les justiciables soient indemnitaires et assurant que ces perquisitions soient décidées conformément à la lettre du texte. Cet apport répond également à l'impératif de maîtriser les suites des instances pénales consécutives aux découvertes opérées par ces perquisitions.

Cette disposition conduit néanmoins à bouleverser la répartition traditionnelle entre le juge administratif et le juge judiciaire. Ces opérations revêtent une forme hybride. Elles ont une initiative administrative mais poursuivent un régime judiciaire. Tant le contrôle de la perquisition que son contentieux indemnitaire s'effectuent par le juge judiciaire. Il existe donc une rupture entre la cohérence dégagée sous l'état d'urgence et cette nouvelle logique. Cette disposition brouille davantage la frontière entre le préventif et le répressif en appliquant une logique de prédiction de la dangerosité²⁸⁷. Olivier Le Bot soulignait à cet égard que « *la loi du*

²⁸⁶ Article L. 229-1 du code de la sécurité intérieure.

²⁸⁷ « *Certes, le droit public connaît déjà des mécanismes (notamment, l'expulsion d'étrangers) reposant sur la prise en compte de la dangerosité. Mais l'idée qu'il faut traiter la dangerosité en neutralisant les intéressés relevait jusqu'ici essentiellement du droit pénal (G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges [dir.], La dangerosité saisie par le droit pénal, PUF, 2011) ou plus largement des législations antiterroristes (O. Cahn, « Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre ». Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi, Arch. pol. crim. 2016/1, p. 89). Cette administrativisation interroge non seulement sur les frontières*

30 octobre 2017 s'inscrit, de façon incontestable, dans la démarche préventive ou prédictive qui l'anime. Il serait toutefois erroné de penser que cette démarche est le fruit de l'état d'urgence »²⁸⁸.

Par conséquent, la répartition des contentieux durant l'état d'urgence a été conforme aux logiques préexistantes. Ces logiques sont multiples. Elles obéissent d'une part à une redéfinition du spectre de ce que recouvre la police administrative depuis 2014. Malgré les hésitations possibles sur certaines mesures, l'état d'urgence a effectivement une vocation préventive. Elles obéissent d'autre part aux influences connues par d'autres contentieux de police administrative en développement ces dernières années. Ce développement a influencé la construction jurisprudentielle sous l'état d'urgence. Mais l'état d'urgence a également montré la tendance pour le juge administratif à une spécialisation vers le contentieux antiterroriste, ce que la postérité de l'état d'urgence a révélé. Corrélativement, le développement d'un régime hybride questionne les frontières entre le juge administratif et le juge judiciaire, lui-même ayant été amené à connaître du contentieux d'état d'urgence.

Section 2 : L'intervention du juge pénal dans le contentieux de l'état d'urgence, le dépassement d'une apparente symétrie des contentieux

Affirmer que le contentieux de l'état d'urgence revient nécessairement au juge administratif en raison de son caractère préventif revient à en oublier que les dispositions de l'état d'urgence n'ont pas toute une vocation préventive. Certaines dispositions ont une finalité répressive, notamment dans l'hypothèse d'une méconnaissance des mesures prises au titre de l'état d'urgence. Ainsi, l'article 13 de la loi du 3 avril 1955 prévoit que sont punies de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende les infractions aux interdictions de séjour, fermetures des lieux de culte et aux mesures de remise des armes. La méconnaissance d'une obligation d'assignation à résidence est sanctionnée de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, les obligations d'astreinte domiciliaire et de pointage aux services de police sont, quant à elles, punies d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros.

entre le préventif et le répressif, mais aussi sur celles des communautés politiques dont on tend à exclure de nouveaux « indésirables » plutôt que comprendre comment elles suscitent que tant de violence soit retournée contre elles », Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Serge SLAMA, « État d'urgence : l'émergence d'un droit administratif de l'ennemi », in AJDA, 2017.1801.

²⁸⁸ Olivier LE BOT, « Un état d'urgence permanent ? », in RFDA, 2017.1115.

Le caractère hybride de certaines mesures a donc pu faire naître deux instances différentes devant deux juges distincts. Par exemple, un arrêté d'assignation à résidence peut être contesté devant le juge administratif, puis par la voie de l'exception d'illégalité devant le juge judiciaire à l'occasion de poursuites pénales. Cette situation interroge donc plusieurs aspects de l'état d'urgence. Premièrement, elle questionne la réaction du juge judiciaire face à l'état d'urgence, réaction attendue au regard des critiques virulentes opérées par le Premier Président de la Cour de cassation. Elle questionne également la confrontation entre les principes du droit administratif et ceux du droit pénal.

Ces questionnements se sont traduits par une apparente symétrie du contrôle opéré par les deux ordres de juridiction (§ 1). Ce n'est toutefois qu'une apparence, les principes du droit pénal s'étant adaptés à l'état d'urgence (§ 2).

§ 1 : Une apparente symétrie du contrôle opéré par les deux ordres de juridiction

A l'instar des débats qui agitèrent les prétoires du Conseil d'État en matière de contrôle du maintien de l'état d'urgence, les réponses apportées par le juge pénal se sont donc effectuées en deux temps. En premier lieu, il convenait de s'accorder quant à la possibilité d'un contrôle par voie d'exception devant le juge pénal (I) avant d'en déterminer l'étendue du contrôle (II).

I) La possibilité d'un contrôle par voie d'exception devant le juge pénal

La possibilité d'un contrôle par voie d'exception n'était pas évidente (A) mais a été permise par l'absence d'autorité de chose jugée du juge pénal sur le juge administratif (B).

A) Une reconnaissance dépourvue d'évidence

En matière d'examen par le juge judiciaire des actes administratifs, la jurisprudence du Tribunal des conflits exige que l'examen de leur légalité soit subordonné à ce qu'il soit au fondement des poursuites. Il fallait donc caractériser que ces actes conditionnent l'issue du litige (1), ce qu'a nécessairement reconnu le juge judiciaire (2).

1) L'exigence d'un acte conditionnant l'issue du litige

Par sa jurisprudence Avranches et Desmarets du 5 juillet 1951, le Tribunal des Conflits a posé le principe « *qu'il résulte de la nature de la mission assignée au juge pénal que celui-ci a,*

en principe, plénitude de juridiction sur tous les points d'où dépend l'application ou la non application des peines ; qu'il lui appartient, à cet effet, non seulement d'interpréter, outre les lois, les règlements administratifs, mais encore d'apprécier la légalité de ceux-ci, qu'ils servent de fondement à la poursuite ou qu'ils soient invoqués comme moyen de défense »²⁸⁹. Confirmant cette solution jurisprudentielle, le législateur a introduit cet apport dans le code pénal de 1994 aux termes duquel « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis. ».

Il appartient donc au juge pénal de rechercher si les actes pris par l'autorité administrative conditionnent l'issue du litige. Sur ce point, des doutes pouvaient se poser. La solution d'un procès pour non-respect des obligations d'assignation à résidence dépend-elle de l'arrêté d'assignation ? La solution d'un procès pour trafic de stupéfiants dépend-elle de l'arrêté ordonnant une perquisition à l'issue de laquelle ont été trouvés des éléments compromettants ?

Jacques Henri Robert a distingué à cet égard les actes au fondement desquels est prise une mesure de ceux constituant des actes de poursuite²⁹⁰. S'agissant de l'arrêté d'assignation à résidence, il ne faisait que peu de doute que de celui-ci dépende l'issue du litige. De son existence dépend le fondement même de la mesure à laquelle il est contrevenu. Sans cette mesure, il n'existe aucune obligation méconnue et une éventuelle sanction serait dépourvue de base textuelle.

S'agissant cependant de l'arrêté autorisant les perquisitions administratives, il ne s'agit que d'un acte de procédure. Les infractions sont constituées indépendamment de l'acte en cause. Cependant, l'acte a permis le recueil d'éléments nécessaires à la constitution des infractions ou à la poursuite de leurs auteurs²⁹¹ et le juge judiciaire n'avait pas d'autre choix de les reconnaître comme conditionnant l'issue du litige.

²⁸⁹ Trib. Conflits, 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets, n°01187, recueil p. 638.

²⁹⁰ Jacques-Henri ROBERT, « État d'urgence : A chacun son fardeau », *in revue de droit pénal*, n°7-8, juillet 2017, commentaire 109.

2) Une reconnaissance nécessaire de la part du juge judiciaire

Le recours au juge judiciaire n'est pas une nouveauté de l'état d'urgence de 2015. Dès 1985, le juge judiciaire a été sollicité par la voie de l'exception d'illégalité²⁹². La situation s'est reproduite en 2015 aux premières heures de l'état d'urgence. Nathalie Roret, avocate, mentionne plusieurs décisions émanant de juridictions de premier degré²⁹³. Tel est le cas du tribunal correctionnel de Grenoble ayant écarté l'arrêté autorisant une perquisition administrative au motif qu'il était dépourvu de tout élément d'identification. Il en va de même de deux ordonnances rendues par les juges de la liberté et de la détention aux motifs, soit que l'état d'urgence ne permettait pas d'opérer des contrôles d'identité en dehors des hypothèses prévues par le droit commun, soit que le dossier fourni par l'administration ne permettait pas d'apprécier la régularité de la procédure et notamment qu'était absent un certain nombre de procès-verbaux permettant de s'assurer du respect des prescriptions du code de procédure pénale.

Le ministère public a fréquemment fait appel de ces décisions. La Cour de cassation a donc été amenée à se prononcer sur la possibilité pour le juge pénal de connaître de l'exception d'illégalité dirigée contre un acte administratif pris dans le cadre de l'état d'urgence.

Par un premier arrêt du 13 décembre 2016, la chambre criminelle de la Cour de cassation a admis, s'agissant des arrêtés autorisant les perquisitions administratives, que le juge pénal est compétent pour apprécier la légalité d'actes « *qui sans constituer le fondement des poursuites, détermine la régularité de la procédure* »²⁹⁴. La Cour de cassation confirme donc que ces arrêtés ont une incidence sur l'issue du litige et que leur illégalité remet en cause les actes d'enquête subséquents.

²⁹² François LUCHAIRE rapporte que le tribunal correctionnel de Nouméa a fait droit à une exception d'illégalité soulevée par un requérant. Cependant, cette exception a été écartée en cause d'appel, in *Note sur la décision du 25 janvier 1985*, in *D.*, 1985, p. 365.

²⁹³ Nathalie RORET, « État d'urgence, quel rôle pour le juge pénal ? », in *Gaz. Pal.*, 22 mars 2016, n°12 pp. 13-15.

²⁹⁴ Cass, Crim, 13 décembre 2016, n°16-82.176.

Par un deuxième arrêt du 3 mai 2017, la Chambre criminelle a également retenu la compétence du juge pénal pour connaître de la légalité des arrêtés d'assignation à résidence au motif que de cette légalité dépend la solution du procès²⁹⁵.

Enfin, par un troisième arrêt du 10 janvier 2018, la Cour de cassation a confirmé la compétence contestée du juge pénal. Sa chambre criminelle a considéré que de la légalité de l'arrêté ordonnant une perquisition administrative dépend la solution du litige au regard de l'incidence sur la régularité de la procédure pénale qu'a la régularité de cet arrêté²⁹⁶.

Suivant deux logiques différentes dans la justification du contrôle opéré par le juge judiciaire, la Cour de cassation valide la compétence de son ordre de juridiction dans le contrôle de certains actes administratifs pris dans le cadre de l'état d'urgence. Ces décisions, bien que conformes à l'article 111-5 du code pénal, revêtent une valeur symbolique importante dans un contexte où le juge judiciaire s'estime écarté de l'état d'urgence. Cette reconnaissance est permise par l'absence d'autorité de chose jugée des décisions du juge administratif sur celles du juge judiciaire.

B) Une reconnaissance permise par l'absence d'autorité de chose jugée des décisions du juge administratif sur celles du juge judiciaire

L'autonomie et la plénitude du juge pénal dans son office de répression des infractions conduit à ce que l'appréciation portée par le juge administratif puisse statuer de façon autonome sur le contentieux porté devant lui. Cette autonomie se matérialise par l'absence d'autorité de chose jugée des décisions du juge administratif sur celles du juge judiciaire (1). La Cour de cassation impose même au juge judiciaire d'examiner la décision administrative par lui-même lorsque le moyen est soulevé devant lui, renforçant ainsi le risque d'insécurité juridique (2).

1) L'absence d'autorité du juge administratif sur le juge judiciaire

Lorsque le juge administratif rejette un recours, le juge judiciaire peut être saisi d'une exception dirigée contre le même acte mais avec des moyens différents. Il appartient donc dans cette hypothèse au juge judiciaire de statuer sur lesdits moyens et, au besoin, d'écarter l'acte en cause si les moyens présentés devant lui apparaissent fondés.

²⁹⁵ Cass Crim, 3 mai 2017, n° 16-86.155, FS-P+B+R+I.

²⁹⁶ Cass., crim., 10 janvier 2018, n°16-85.074.

La chambre criminelle a logiquement jugé qu'une cour d'appel ne pouvait rejeter le moyen tiré de l'illégalité par voie d'exception d'un acte administratif au motif que les juridictions administratives avaient rejeté un recours présenté contre cet acte²⁹⁷. Le juge pénal ne peut pas non plus accorder un sursis à statuer le temps que le juge administratif examine la mesure litigieuse²⁹⁸.

Pour autant, cette autonomie n'implique pas que le juge pénal soit totalement hermétique à la position du juge administratif. Il est évident que l'expertise apportée par le juge administratif permet une meilleure maîtrise des moyens issus du droit public. Ainsi, le juge pénal est obligé de se conformer à l'annulation opérée par le juge administratif, y compris lorsqu'au moment des faits, la décision était exécutoire²⁹⁹. De surcroît, une annulation de l'acte administratif postérieure à la décision du juge pénale peut produire des effets à la condition que l'annulation de cet acte intervienne alors que la décision du juge pénal n'est pas encore devenue définitive³⁰⁰.

Par conséquent, le juge judiciaire intervient activement de l'état d'urgence. Il lui est reconnu un droit autonome d'examen de la légalité des actes administratifs pris durant l'état d'urgence et dont découlent l'issue du procès ou la régularité de la procédure. Ce droit va plus loin car le juge judiciaire a l'obligation d'examiner l'acte administratif par lui-même. Cette situation pouvait potentiellement faire craindre des divergences de jurisprudence entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire.

2) L'obligation pour le juge judiciaire d'examiner la mesure, vecteur d'insécurité juridique

Le juge pénal dispose non seulement de la faculté d'examiner la légalité d'un acte administratif par voie d'exception mais il en a également l'obligation de le faire par lui-même.

²⁹⁷ « [...] que pour les déclarer en revanche coupables de contravention à l'arrêté municipal précité, les juges ont écarté l'exception d'illégalité soulevée par les prévenus, au seul motif que le tribunal administratif avait reconnu la légalité de cet acte », Cass., crim., 4 mars 1986, n°85-93.836.

²⁹⁸ « [...] qu'en décidant ainsi, la cour d'appel, qui n'avait pas à surseoir à statuer dans l'attente de la décision de la juridiction administrative, a justifié sa décision », Cass., crim., 21 mars 1971, n°70-91.635.

²⁹⁹ Cass., crim., 3 septembre 2008, n°08-80.074.

³⁰⁰ Cour de révision, 13 octobre 2008, n° 08 REV 043.

A cet égard, la Cour de cassation sanctionne la cour d'appel qui se réfère expressément à l'arrêt rendu par le Conseil d'État pour écarter le moyen dirigé contre l'acte administratif en cause sans examiner lui-même les moyens développés à l'encontre de cet acte³⁰¹.

Par conséquent, un même acte administratif peut donc conduire à la saisine du juge administratif et du juge judiciaire. Ces deux juges vont simultanément connaître de la légalité de cet acte. Les positions prises par l'un ou l'autre de ces juges peuvent entrer en contradiction, au risque de créer des précédents et une instabilité juridique. La position adoptée par le juge pénal, et notamment, la position de la Cour de cassation dans son rôle d'unification du droit, est donc intéressante à exploiter.

Dès lors, le juge pénal connaît également du contentieux d'état d'urgence. Il est inexact de soutenir qu'il en a été évincé. Cependant, en raison de l'office du juge pénal, seuls les actes ayant eu une incidence pénale ont été déférés devant ce juge. La Cour de cassation a confirmé la possibilité de recourir à l'article 111-5 du code pénal, moyen pour le juge judiciaire d'affirmer son autorité et de maintenir un contrôle sur les actes pris par l'administration durant l'état d'urgence. Restait alors à la Cour de cassation à définir l'étendue du contrôle qu'opère le juge judiciaire sur ces actes. Ces techniques se sont révélées être de même nature que celles du juge administratif.

II) La possibilité de recourir à des techniques de contrôle similaires

Affirmer que le juge pénal peut mener un contrôle sur les actes administratifs ne résout pas l'ensemble des questions posées à son office. En effet, il fallait encore que la Cour de cassation affirme la nature du contrôle opéré par ce juge. Elle a sur ce point consacré un contrôle similaire que celui opéré par le juge administratif (A). Elle a également été au-delà de ce qu'elle juge en temps ordinaire en reconnaissant un contrôle de légalité externe par le juge pénal (B).

A) La consécration d'un contrôle du juge pénal similaire à celui du juge administratif

Il pouvait apparaître évident que l'autonomie et la plénitude de juridiction reconnues au juge pénal s'entendent comme permettant au juge pénal d'opérer un contrôle analogue à celui du juge administratif (1). En réalité, cette consécration a été établie par la doctrine avant de trouver une consécration textuelle par la jurisprudence de la Cour de cassation (2).

³⁰¹ Cass., crim., 17 décembre 2014, n°13-86.686.

1) Une consécration doctrinale

Aucun fondement textuel ne définit l'étendue du contrôle qu'effectue le juge pénal. L'article 111-5 du code pénal se borne à préciser que ce juge est compétent pour se prononcer sur la légalité d'un acte administratif.

Or, apprécier la légalité d'un acte administratif revient à juger cet acte à l'aune des règles prévues par le droit administratif. Le Conseil constitutionnel ayant imposé au juge administratif un contrôle entier tant sur les arrêtés d'assignation à résidence que sur les arrêtés ordonnant la perquisition administrative d'un lieu, le juge judiciaire se voit investi d'un contrôle analogue à celui que doit effectuer le juge administratif.

La doctrine proposait déjà de retenir que le juge pénal exerçait ce contrôle. Jean-Baptiste Perrier note que « *le contrôle du juge judiciaire prend un sens particulier, puisqu'il doit apprécier la proportionnalité et la nécessité de la mesure, sans pour autant substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative* »³⁰². Jacques-Henri Robert précise également que « *Le juge judiciaire, dans l'exercice de son contrôle de la légalité des arrêtés d'assignation à résidence se fonde sur les mêmes règles que celles qu'applique le juge administratif lorsqu'il statue sur un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un tel acte* »³⁰³.

Il existe donc selon la doctrine un parallélisme entre le contrôle du juge pénal et celui du juge administratif, ces deux juges exerçant un contrôle entier. La reconnaissance du contrôle entier a ensuite été suivie par la Cour de cassation.

2) Une consécration textuelle

En comparaison avec les statistiques des contentieux devant le juge administratif, le juge pénal a connu un nombre de contentieux beaucoup plus faible. En effet, au 10 janvier 2017, 37 poursuites ont été engagées pour non-respect des mesures d'assignation à résidence. De même, seules 239 poursuites ont été engagées à la suite de découvertes effectuées dans le

³⁰² Jean-Baptiste PERRIER, « Le juge judiciaire et l'état d'urgence », in *RFDA*, 2017.949.

³⁰³ Jacques-Henri ROBERT, « État d'urgence : A chacun son fardeau », in *revue de Droit pénal*, n° 7-8, Juillet 2017, comm. 109.

cadre de perquisitions administratives³⁰⁴. Le juge pénal disposait donc d'un nombre d'occasions moins élevées pour affirmer l'étendue de son contrôle.

Une circulaire du 5 novembre 2016 fixe le cadre du contrôle opéré par le juge judiciaire. Elle précise ainsi « *en pratique, quand le juge pénal statue sur la légalité d'un acte administratif, question qui, normalement, ne relève pas de sa compétence, il adopte les principes dont s'inspire habituellement le juge « naturel » de ce contentieux. Cette démarche le conduit à devoir examiner la légalité externe et la légalité interne de l'acte, en empruntant au juge administratif les mêmes notions et le même degré de contrôle, la Cour de cassation contrôlant strictement cette appréciation* »³⁰⁵.

Cette position a été finalement confirmée par la Cour de cassation. Par un arrêt du 3 mai 2017, la chambre criminelle a retenu que le juge pénal devait s'assurer que « *que l'obligation dont la violation est alléguée était nécessaire et proportionnée* »³⁰⁶. Elle justifie l'étendu de son contrôle au visa « *du droit à la sûreté garanti à l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* ». Tant le fondement constitutionnel donné à ce contrôle que la solennité de l'attendu de principe utilisé par la chambre criminelle étonnent. En effet, ce n'est pas par un simple parallélisme que le juge pénal se dote du contrôle du juge administratif mais plutôt par un fondement constitutionnel autonome supposant que toute mesure privative de liberté infligée en cas de non-respect d'un acte administratif ne soit prononcée qu'après un contrôle de proportionnalité de la mesure prétendument violée. Cet apport ne distingue alors pas que le juge statue ou non dans le cadre de l'état d'urgence.

Par conséquent, le juge judiciaire est doté d'un contrôle identique de celui opéré par le juge administratif. Ce n'est cependant pas par simple construction intellectuelle symétrique qu'existe ce mimétisme. Le raisonnement construit par la Cour de cassation est révélateur de sa volonté de « reconquérir »³⁰⁷ le contentieux d'état d'urgence. Cet apport reflète ainsi le dépassement de la pratique habituelle du juge pénal. L'une des conséquences du contrôle

³⁰⁴ Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, « Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016 » [en ligne], 26 janvier 2017, p. 9, disponible sur www.cncdh.fr [consulté le 24 mars 2018].

³⁰⁵ Circulaire du 5 novembre 2016 relative à l'articulation des mesures administratives et des mesures judiciaires en matière de lutte contre le terrorisme et la prévention de la radicalisation, NOR: JUSD1633563C.

³⁰⁶ Cass Crim, 3 mai 2017, n° 16-86.155, FS-P+B+R+I.

³⁰⁷ Pour reprendre les termes de Guillaume BEAUSSONIE, « La poursuite de la reconquête du contrôle de l'état d'urgence par la chambre criminelle », in *D.2017.1175*.

opéré par le juge administratif a été de confirmer la possibilité d'un contrôle de légalité externe de l'acte en cause.

B) La consécration d'un contrôle de la légalité externe par le juge pénal

Bien qu'intimement liée à la proportionnalité et à la nécessité de la mesure en ce qu'elle permet leur évaluation, la question de la motivation de l'acte administratif demeure un grief rattaché à la légalité externe de cet acte. Or, au regard des éléments développés dans la première partie, les débats autour de la motivation de l'acte administratif durant l'état d'urgence a été récurrente. Le juge pénal a accueilli largement ce moyen au fond (1), ce que la Cour de cassation a partiellement validé (2).

1) Des exceptions d'illégalité accueillies largement par les juges du fond

Le juge administratif n'intervenant qu'*a posteriori* en matière de perquisitions administratives, les premiers juges ayant eu à connaître de la question de la motivation des arrêtés de perquisitions administratives sont les juges judiciaires des tribunaux correctionnels. En effet, la réponse apportée par le Conseil d'État dans son avis de juillet 2016 est intervenue plus tardivement que les premiers jugements des tribunaux correctionnels.

Dès janvier 2016, le tribunal correctionnel de Grenoble a écarté quatre ordres de perquisitions au motif qu'ils ne comportaient pas l'identité des personnes visées par ces perquisitions³⁰⁸.

En février 2016, le tribunal correctionnel de Clermont-Ferrand a accueilli quatre exceptions d'illégalité sur le fondement du défaut de motivation des arrêtés ordonnant des perquisitions administratives³⁰⁹.

Enfin, les Cours d'appel ne sont pas restées en marge de cette question. Les Cours de Riom et Grenoble ont également accueilli un tel moyen au motif que la motivation des ordres de perquisition était stéréotypée, qualifiée de « clauses de style »³¹⁰.

³⁰⁸ Karine ROUDIER, Albane GESLIN, David-André CAMOUS, *L'état d'urgence*, Paris : Dalloz, 2016, p. 169.

³⁰⁹ Thomas HERRAN, « Le contrôle des perquisitions administratives à l'occasion des procédures judiciaires incidentes à l'état d'urgence », *in Gaz. Pal.*, 19 juillet 2016, n°27, p. 75.

³¹⁰ Dominique RAIMBOURG et Jean-Frédéric POISSON, *Rapport d'information n° 4281 sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence*, Assemblée Nationale, 6 décembre 2016, p. 55.

Les députés Dominique Raimbourg et Jean-Frédéric Poisson concluent que « *ces décisions du juge judiciaire montrent la nécessité de la parfaite légalité des ordres de perquisition pour ne pas fragiliser les procédures judiciaires susceptibles d'être ouvertes à la suite de la découverte d'une infraction.* »³¹¹

Par conséquent, les exceptions d'illégalité soulevées devant le juge pénal ont été largement accueillies sur le plan du défaut de motivation alors même que parallèlement, le juge administratif continuait à s'interroger quant à la nécessité d'une motivation de ces actes. Cependant, les conséquences attachées à la reconnaissance d'une illégalité dans ces actes entraînent de sévères conséquences, ce qui a amené la Cour de cassation à consacrer partiellement la solution adoptée par les juridictions du fond.

2) Une consécration partielle par la Cour de cassation

Conditionnant la régularité de la procédure suivie, accueillir un moyen tiré de l'illégalité de l'acte administratif en cause revient à annuler l'ensemble de cette procédure, et donc à prononcer la relaxe des individus poursuivis.

Les décisions des juges du fond ont fait l'objet de recours tant par les parties que par le ministère public. Les prévenus, lorsqu'ils n'obtenaient pas gain de cause auprès des juges du fond, reprochaient notamment une violation du droit au procès équitable et de l'égalité des armes sur le fondement de l'article 6 de la Convention EDH. Cependant, la Cour de cassation ne va pas se ranger derrière cette position, en ne donnant raison ni intégralement au ministère public, ni aux prévenus.

Après avoir relevé d'office le moyen tiré de la violation de l'article 111-5 du code pénal, les magistrats de la Cour de cassation ont validé la nécessité d'examiner la motivation d'un acte administratif lorsque le grief est soulevé devant lui. Cependant, ils ont parallèlement imposé au juge estimant l'arrêté insuffisamment motivé de consulter le ministère public « *afin d'obtenir de l'autorité préfectorale les éléments factuels sur lesquels celle-ci s'était fondée pour prendre sa décision* »³¹².

Enfin, par un arrêt du 28 novembre 2017, la Cour de cassation a confirmé l'appréciation portée par la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris sur la motivation d'un

³¹¹ Dominique RAIMBOURG et Jean-Frédéric POISSON, *Ibid.*

³¹² Cass., crim., 28 mars 2017, n° 16-85.072, FS-P+B+R+I.

arrêté ordonnant une perquisition administrative menée avant le 21 novembre 2015. Elle a précisé au terme de son argumentation qu'il « *résulte que les juges avaient pour seule obligation de veiller au respect de la motivation de l'ordre de perquisition, en application des exigences énoncées à l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration, ainsi qu'au caractère nécessaire et proportionné de cet acte, la chambre de l'instruction a fait l'exacte application des textes* »³¹³.

Ainsi, le juge pénal s'est reconnu compétent pour contrôler la légalité des actes administratifs édictés durant l'état d'urgence et dans le cadre de ce régime dès lors que ceux-ci conditionnent l'issue du litige. Il existe un apparent parallélisme dans le contrôle opéré par les juges des deux ordres de juridiction que ce soit tant dans la possibilité de ce contrôle, que de son étendue et des moyens invocables. Pour autant, ce parallélisme ne résiste pas à un examen plus poussé de la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, à l'instar de ce qu'a connu le juge administratif, le juge judiciaire a dû dépasser cette symétrie par l'adaptation de l'état d'urgence aux principes de procédure pénale

§ 2 : Le dépassement de la symétrie des contentieux par l'adaptation de l'état d'urgence aux principes de procédure pénale

Si le contrôle du juge pénal a pu apparaître comme symétrique avec celui du juge administratif, la Cour de cassation en a décidé autrement. En effet, en recourant à un fondement constitutionnel symbolique et en inventant une nouvelle voie de droit totalement inédite, les juges du Quai de l'horloge ont adapté leurs principes traditionnels à l'état d'urgence. Cette adaptation contribue tant à l'appropriation par le juge judiciaire d'une partie du contentieux de l'état d'urgence qu'à son autonomisation et sa volonté d'indépendance.

Cette adaptation résulte de principes pénaux plus protecteurs que ceux du contentieux administratif (I) mais qu'il a fallu adapter à l'état d'urgence (II).

I) Des principes pénaux plus protecteurs que ceux du contentieux administratif

Problématique récurrente sous l'état d'urgence, la question de la charge probatoire est un enjeu déterminant. Alors qu'elle résulte d'un faisceau d'indices en contentieux administratif, son administration est plus favorable au mis en cause en matière pénale (A).

³¹³ Cass., crim., 28 novembre 2017, n°17-83.369.

Bien plus que l'administration de la preuve, c'est également l'application de l'ensemble des principes s'appliquant aux sanctions qui justifie cette adaptation (B).

A) Une administration de la preuve plus favorable au mis en cause en procédure pénale

A l'instar de ce que furent les notes blanches devant le juge administratif, la preuve devant le juge judiciaire a posé des questions analogues. Toutefois, au-delà de la question des notes blanches, les modes de preuve entre les deux juges sont différents (1), la charge probatoire pesant sur le ministère public en matière pénale (2).

1) Deux procédures inquisitoriales aux modalités probatoires différentes

En contentieux administratif, il appartient à celui qui entend prouver un fait d'apporter les éléments de preuve au soutien de leurs prétentions. Comme l'exprime Hervé de Gaudemar, « *On retrouve, même si les formules ne sont pas identiques, l'esprit de l'article 9 du Code de procédure civile* »³¹⁴. L'auteur nuance immédiatement en précisant deux différences majeures entre ces deux procédures en raison d'une part de l'absence de texte régissant le régime de la preuve en contentieux administratif et d'autre part de l'importance de l'instruction dans ce contentieux.

Dans le cadre des mesures de police, si le requérant conteste les faits avancés par l'administration, il appartient à cette dernière d'apporter les éléments permettant d'en apprécier le bien-fondé³¹⁵. Le principe est donc que la manifestation de la vérité ressort normalement du débat contradictoire.

La philosophie de la procédure pénale est cependant différente. S'il est possible de retrouver une dialectique de la preuve entre l'accusation et la défense, cette dialectique est inversée. Il n'appartient pas au prévenu d'établir la matérialité des faits qui lui sont reprochés mais ce rôle incombe au ministère public.

La charge de la preuve du prévenu est donc amoindrie, aucune poursuite ne pouvant être engagée sans la démonstration que l'infraction est constituée, c'est-à-dire à titre liminaire qu'il existe bien une infraction prévue par un texte et que les faits établissant la matérialité et l'intention de l'auteur soient prouvés.

³¹⁴ Hervé DE GAUDEMAR, « La preuve devant le juge administratif », *in Dr. Adm.*, n° 6, Juin 2009, étude 12.

³¹⁵ CE, 13 juillet 1965, *Magne de la Croix*, recueil, p. 461.

Par ailleurs, si la preuve est libre par principe en matière pénale, le droit pénal connaît certains modes de preuve auxquels il est habituellement recouru. Michèle-Laure Rassat énumère cinq types de preuve que sont « *le renseignement, premier élément susceptible d'être recueilli par la police [entendus donc au sens judiciaire]; les pièces à conviction, les éléments de nature matérielle, rassemblés sur les lieux de l'infraction ou chez les personnes qui y sont plus ou moins liées ; les déclarations de la personne soupçonnée puis poursuivie ; les témoignages des tiers ; les indices matériels ou de comportements qui ne portent aucune preuve directe mais sont susceptibles de produire des éléments de conviction par le raisonnement et l'expertise* »³¹⁶. Le faisceau d'indices devant le juge pénal ne saurait être suffisant lorsqu'il ne fait que rapporter des éléments indirects avec l'infraction en cause, alors qu'il est suffisant devant le juge administratif.

Dès lors, lorsque le prévenu est convoqué devant le juge pénal, il sait par avance quelles sont les infractions qui lui sont reprochées et sur quels faits se basent ces accusations. Or, tel n'est pas le cas lorsque qu'un requérant conteste un acte administratif en référé. Ce dernier peut donc découvrir les faits sur lesquels s'est fondée l'autorité administrative pour prendre sa mesure durant l'instance. De fait, la charge probatoire n'appartient pas, dans le cadre d'une instance pénale, au prévenu mais au ministère public.

2) Une charge probatoire incombant au ministère public

Au fond, le principe est identique, il revient à celui qui engage l'action de prouver le succès de sa prétention. Le ministère public engageant l'action publique, il est cohérent qu'il lui revienne d'apporter la preuve. Sur ce point, son rôle est semblable à celui de l'autorité administrative demandant l'autorisation au juge administratif d'exploiter les données issues de perquisitions administratives. Il doit non seulement amorcer l'action mais également établir que les éléments dont la perquisition est issue représentent une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics.

Mais il ne peut se borner à mettre en mouvement l'action, il doit également collaborer avec les magistrats à la recherche de la vérité. Comme le résume Michèle-Laure RASSAT, « *[La formule] est excellente parce qu'elle paraît mettre à la charge du ministère public l'intégralité de la preuve : ses éléments positifs (existence de l'infraction, de la culpabilité et*

³¹⁶ Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, 3^{ème} édition, Paris : Ellipses, 2017, p. 260.

de la responsabilité de la personne poursuivie), d'une part, et ses éléments négatifs (absence de tout élément de nature à faire disparaître l'une ou l'autre des conditions de la poursuite ou de la condamnation), d'autre part. »³¹⁷

La difficulté pour le juge pénal d'appliquer ces principes durant l'état d'urgence est que le ministère public n'est pas en mesure de fournir ces éléments. En effet, dans le cadre d'une procédure entièrement placée sous l'égide de l'autorité administrative, le Procureur de la République dispose seulement d'une information quant aux procédures administratives. Il est ainsi informé des personnes assignées à résidence ainsi que des perquisitions administratives menées dans son ressort et des incidents, compléments et suites apportés à cette perquisition.

Cette difficulté est d'autant plus grande que le ministère public est tenu, lorsque les poursuites s'exercent conformément à un règlement d'en apprécier la légalité³¹⁸. Son rôle, durant l'état d'urgence, devait donc impérativement être rétabli dans le cadre des instances pénales. Or, comment le ministère public pouvait-il apporter des éléments qu'il n'avait pas lui-même en sa possession et qui ne ressortaient pas des arrêtés ? De même, à la différence de l'instance devant le juge administratif, l'autorité administrative n'est pas représentée devant le juge pénal.

De fait, la Cour de cassation s'est retrouvée face à un dilemme. Soit elle accepte que le ministère public n'ait pas à prouver les éléments contenus dans les actes administratifs, au risque d'affaiblir son contrôle dans un contexte où le juge judiciaire s'estime écarté par l'état d'urgence. Soit, elle invente une troisième voie pour allier le travail du ministère public dans la charge de la preuve avec celui des magistrats dans le contrôle de la légalité des actes administratifs. Cette solution a été privilégiée, permettant au ministère public d'aller rechercher les informations nécessaires pour établir la matérialité des faits pris en compte par l'administration.

Le juge pénal s'est donc retrouvé en difficulté face à l'état d'urgence. La différence dans la configuration des procès administratifs et pénaux ainsi que le rôle du ministère public dans les instances pénales ont rendu son travail plus compliqué. De surcroît, son travail a été rendu plus compliqué encore par l'application des principes de la procédure pénale.

³¹⁷ Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.* p. 245.

³¹⁸ Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.* p. 246.

B) L'application des principes de la procédure pénale

Toute instance pénale obéit nécessairement aux grands principes régissant la procédure pénale (1). Cependant, en raison de la nature préventive de la police administrative, ces garanties sont écartées (2).

1) Une application nécessaire dans le contentieux pénal

Le droit pénal est soumis aux grands principes le régissant. Doivent ainsi être respectés le principe de non-rétroactivité des délits et des peines, le principe de légalité des délits et des peines ainsi que la présomption d'innocence. De surcroît, doit être observée en droit français une interprétation stricte de la loi pénale.

Le principe de légalité des délits et des peines suppose que tout crime, délit et peine soit prévu par la loi. En l'occurrence, la loi du 3 avril 1955 prévoit que tout manquement aux obligations d'assignation à résidence est pénalement sanctionné. Cependant, les personnes assignées à résidence le sont au fondement d'un arrêté préfectoral, lequel s'il s'avère illégal prive de base légale les poursuites, obligeant ainsi le juge à un contrôle de légalité de l'acte. L'application stricte de la loi pénale en est son corollaire et interdit que le sens des incriminations tels qu'il a été prévu par le législateur soit dévoyé de sa vocation.

La présomption d'innocence implique que le mis en cause dans une instance pénale demeure innocent jusqu'à ce qu'un procès le déclare coupable. En raison de ce principe, il appartient donc au ministère public d'établir la preuve de la culpabilité du mis en cause.

Faisant application de ces principes, la Cour de cassation a confirmé que les principes de légalité des délits et des peines et d'application stricte de la loi s'opposent à ce qu'un contrôle d'identité soit justifié par l'état d'urgence. En effet, aucune disposition de la loi du 3 avril 1955 n'autorise les forces de l'ordre à opérer des contrôles d'identité sur ce fondement. Seuls peuvent donc être menés des contrôles d'identité conformes au droit commun. Le Premier Président de la Cour d'appel d'Amiens avait confirmé un contrôle d'identité au motif que *« le contrôle d'identité a été régulièrement effectué par les fonctionnaires de police agissant dans les conditions du plan Vigipirate et de l'état d'urgence, dès lors que ce plan, élevé au niveau attentat, justifie qu'il soit procédé à des contrôles d'identité pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens »*. Cette

ordonnance a été cassée par la Cour de cassation au motif que « *la référence abstraite au plan Vigipirate et à l'état d'urgence ne permettait pas, à elle seule, de justifier le contrôle d'identité, en l'absence de circonstances particulières constitutives d'un risque d'atteinte à l'ordre public* »³¹⁹.

Contrairement aux mesures de police administrative pour lesquelles l'administration est libre de prendre des mesures qui ne sont pas prévues par la loi pourvu qu'elles répondent à un objectif de prévention des troubles à l'ordre public, le droit pénal s'y oppose cependant. L'application de ces principes pénaux est donc écartée dans cette matière.

2) Une application écartée en matière de police administrative

L'application de ces principes constitutionnels n'est pas forcément étrangère à l'action de l'État. En effet, dès 1982, le Conseil constitutionnel a étendu les garanties pénales aux « sanctions ayant le caractère de punition »³²⁰. Les Sages ont ensuite précisé que la sanction ne peut inclure de mesures privatives de liberté et qu'elle devait être garantie des garanties légales de nature à permettre le respect des droits constitutionnellement garantis³²¹. Ce n'est que dans cette hypothèse que s'appliquent ces garanties.

Les mesures prises au titre de l'état d'urgence ne répondent pas à une telle définition en ce qu'elles sont des mesures de police administrative. Or, ces sanctions ont une finalité répressive³²².

S'il est constant que nul ne peut définir ce qu'est cette notion, le Conseil constitutionnel a décidé que les mesures de police administrative ne revêtent pas cette qualification³²³. Cette position est justifiée par l'absence de notion de culpabilité. S'il n'existe ni répression, ni

³¹⁹ Cass., civ. 1ère, 13 septembre 2017, n° 16-22.967.

³²⁰ « *Considérant que le principe de non-rétroactivité ainsi formulé ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire* », Cons., const., décision 82-155 DC du 30 décembre 1982, Loi de finances pour 1983, Journal officiel du 31 décembre 1982, page 4034, recueil, p. 88, considérant 33.

³²¹ Cons., const., décision 89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la transparence des marchés financiers, Journal officiel du 1er août 1989, page 9676, recueil, p. 71, considérant 6.

³²² Il s'agit par exemple de sanctionner le comportement d'une personne méconnaissant ses obligations fiscales, Cons. const., décision 2012-239 QPC du 4 mai 2012, Mme Illeana A, Journal officiel du 5 mai 2012 page 8014, recueil p. 230.

³²³ « [...] *l'interdiction de retour dont l'obligation de quitter le territoire peut être assortie constitue une mesure de police et non une sanction ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789* », Cons. const., décision 2011-631 DC du 9 juin 2011, précitée, considérant 52.

notion de culpabilité, il n'y a pas lieu d'appliquer les garanties que prévoient tant l'article 8 de la DDHC et de la Convention EDH.

En conséquence, le juge pénal se retrouve en difficulté. Alors qu'il doit être le juge d'une incrimination pénale à laquelle s'appliquent des garanties pénales et une charge probatoire différente, il est également le juge du support administratif constituant le fondement des poursuites ou duquel découle la régularité de la procédure. Cependant, dans le cadre de cette procédure, les garanties applicables devant le juge sont différentes. Il y a donc confrontation entre ces deux procédures devant un même juge. Il fallait donc que le juge pénal crée une voie tierce permettant de concilier cet ensemble. Il a donc accepté d'adapter ses principes pénaux au contexte d'état d'urgence.

II) Des principes pénaux adaptés au contexte d'état d'urgence

En décidant d'imposer au juge pénal de consulter le ministère public lorsqu'il estime un acte insuffisamment motivé, la Cour de cassation a créé une nouvelle voie de droit au fondement constitutionnel symbolique (A). Cette voie de droit s'est révélée être un atout pour l'administration (B).

A) Une nouvelle voie de droit au fondement constitutionnel symbolique

La voie de droit nouvellement créée est assimilable au supplément d'instruction du juge administratif (1) fondé sur le droit à la sûreté de l'article 2 de la DDHC de 1789 (2).

1) La création d'une voie assimilable au supplément d'instruction du juge administratif

Le mécanisme instauré par la Cour de cassation est unique. Traditionnellement, le juge pénal censure toute procédure qu'il juge incomplète. Cependant, dans son rôle de juge de la légalité de l'acte administratif, il lui appartient de combiner les principes applicables dans les deux procédures. Il devait donc trouver un moyen de ne pas faire porter excessivement la charge de la preuve sur le mis en cause. Il devait également s'assurer que les faits sur lesquels repose la poursuite puissent être fondés.

Cette voie de droit inédite ressemble pourtant à un mécanisme qui n'est pas inédit dans l'ordre administratif. En effet, l'article R. 611-10 du code de justice administrative permet au rapporteur de demander communication de toute pièce ou document utile à la solution du

litige. De même, l'article R. 613-4 du même code permet au président de la formation de jugement de rouvrir l'instruction lorsqu'est décidé un supplément d'instruction.

Cette procédure a été utilisée quasi systématiquement par le juge administratif dans le cadre du débat contradictoire en référé des contentieux d'état d'urgence.

La procédure initiée devant le juge judiciaire est donc le pendant du supplément d'instruction devant le juge administratif. Dans cette configuration le ministère public est une interface substituant l'administration devant le juge. Ce dispositif est une garantie pour le prévenu qui n'aura pas à supporter le poids d'une preuve négative devant le juge pénal ainsi que d'offrir au prévenu la possibilité de se défendre quant aux faits présentés par le juge. Il s'agit également de permettre à l'administration de présenter une défense de l'acte mis en cause. Il permet enfin au ministère public d'amener la preuve de la légalité de l'acte et *in fine* d'établir les éléments constitutifs de l'infraction. Bien qu'inspiré de ce qui est pratiqué en contentieux administratif, cette procédure demeure inédite. Elle est inédite notamment au regard de l'impossibilité pour le juge pénal de solliciter une intervention extérieure dans l'appréciation de l'acte administratif³²⁴.

Elle est parallèlement symbolique dans un contexte où le juge judiciaire tente de conserver la maîtrise d'un contentieux qui n'est pas le sien mais qu'il revendique. Symbolique dans le caractère inédit, cette symbolique est également présente dans la conciliation opérée entre les garanties des procédures administratives et pénales. Enfin, cette symbolique se retrouve dans le fondement sur lequel s'est reposée la Cour de cassation afin d'ériger cette voie de droit.

2) Une création fondée sur le droit à la sûreté

S'il n'est pas dans la tradition du juge judiciaire de créer des mécanismes procéduraux *ex nihilo*, cette présente création a pourtant un fondement constitutionnel, celui de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, et plus précisément du droit à la sûreté.

³²⁴ Notamment dans l'impossibilité pour le juge pénal de surseoir à statuer, même si la situation n'est pas comparable dans la mesure où le sursis à statuer le prive de sa plénitude de jugement.

« *Suffisamment inhabituel* »³²⁵, « *substantiel et inattendu* »³²⁶, les qualificatifs ne manquent pas quant au caractère surprenant de ce visa. Comme l'a souligné François Cordier, « *la chambre criminelle, en visant expressément cet article 2 a souligné l'importance qu'elle attachait à l'exercice de ses prérogatives par le juge pénal amené à interpréter un acte ou une mesure administrative dans le cadre exceptionnel de l'état d'urgence. Le juge pénal doit pleinement exercer son office.* »³²⁷

Le droit à la sûreté est entendu comme le droit pour tout citoyen de ne pas subir de privation de liberté de façon arbitraire. S'il est rare que le Conseil constitutionnel vise ce principe, le choix de la Cour de cassation s'est pourtant porté sur lui. Ce choix de visa est à la fois logique et symbolique. Il est logique d'une part car en l'absence de validité de l'acte administratif au fondement duquel une personne est assignée à résidence ou si la procédure suivie est irrégulière, la détention prononcée par le juge pénal sera arbitraire. Si certains auteurs diront que ce choix est curieux³²⁸, il semble en réalité plutôt symbolique. Ce symbolisme résulte tant de la rareté du recours au droit à la sûreté que du message envoyé par la Cour de cassation. Interdire au juge pénal de contrôler un acte administratif duquel dépend l'issue du procès n'est pas seulement une méconnaissance de la répartition posée par l'article 66 de la Constitution mais permettrait des privations de liberté arbitraires. Ce dernier argument relève une portée beaucoup plus haute car ce n'est plus à la Constitution qu'il est porté atteinte mais aux droits fondamentaux de l'Homme.

Ainsi, cette nouvelle procédure est dotée d'un fondement symbolique censé permettre une meilleure garantie des droits du mis en cause. Pour autant, il peut également être perçu comme un atout pour l'administration.

³²⁵ François Cordier, « L'exception d'illégalité d'un arrêté d'assignation à résidence pris par le ministre de l'Intérieur dans le cadre de l'État d'urgence », *in RSC*, 2017.337.

³²⁶ Guillaume BEAUSSONIE, « La poursuite de la reconquête du contrôle de l'état d'urgence par la chambre criminelle », *in D.* 2017.1175.

³²⁷ François Cordier, « L'exception d'illégalité d'un arrêté d'assignation à résidence pris par le ministre de l'Intérieur dans le cadre de l'État d'urgence », *op. cit.*

³²⁸ « *Curieusement, la chambre criminelle vise l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen plutôt que sur l'article 66 de la Constitution sur lequel s'était fondé le Conseil constitutionnel pour exiger un tel contrôle de la part du juge administratif.* », Sébastien FUCINI, « État d'urgence : contrôle par le juge pénal d'un arrêté d'assignation à résidence » [en ligne], *in Dalloz actualité*, 30 mai 2017, disponible sur www.dalloz.fr ;[consulté le 6 août 2017].

B) Un atout pour l'administration

En permettant à l'autorité administrative de donner des explications postérieures à l'édition de l'acte, cette procédure offre une faculté pour l'administration de motiver *a posteriori* ses actes administratifs (1) en érigeant le ministère public en tant qu'interface entre l'administration et le juge l'érigeant de fait comme un allié de l'administration (2).

1) Une faculté pour l'administration de motiver *a posteriori* ses actes administratifs

Comme le souligne la Cour de cassation dans ses arrêts, elle se place sous l'égide de l'article 2 de la DDHC en imposant de « *[de ne pas faire] peser la charge de la preuve sur le seul intéressé* »³²⁹ au prévenu. Il existe donc une volonté claire de faciliter l'administration de la preuve au mis en cause afin d'éviter qu'il n'ait à rapporter la preuve de faits dont il n'aurait pas connaissance. Toutefois, en la matière, le doute ne lui bénéficiera pas. En effet, la Cour de cassation a pu censurer des arrêts qui ont estimé insuffisamment motivés des actes administratifs pris sous l'état d'urgence³³⁰.

En réalité, tant le principe de l'égalité des armes que celui du contradictoire imposent au ministère public d'être en mesure de répondre aux éléments invoqués. Or, étant simplement informé des actes, il ne peut le faire. Il fallait donc associer l'autorité administrative afin qu'un débat puisse s'ouvrir devant les juridictions répressives.

Ce débat a toutefois pour effet de permettre une motivation *a posteriori* des actes administratifs. Dans ce cadre, Carole Girault se demande « *pour quelle raison la possibilité offerte à l'administration de se justifier a posteriori serait-elle une solution plus protectrice que celle consistant à sanctionner ab initio le vice de forme constaté ? N'oublions pas que la forme, sœur jumelle de la liberté, est aussi le plus sûr rempart contre l'arbitraire* »³³¹. Jean-Baptiste Perrier répond à cette interrogation en concluant que « *le souci de protection avait pu guider la chambre criminelle, lorsqu'elle a précisé la compétence du juge judiciaire s'agissant du contrôle des actes administratifs, il semblerait qu'un certain pragmatisme la guide lorsqu'elle permet a posteriori à l'autorité administrative de justifier une mesure d'assignation à résidence ou de perquisition administrative, sans doute afin de tenir compte*

³²⁹ Cass., crim., 3 mai 2017, précité.

³³⁰ Cass., crim., 28 mars 2017, précité.

³³¹ Carole GIRAULT, « Le contrôle de la légalité des perquisitions administratives par le juge pénal : mission impossible ? », in *AJ Pénal*, 2017.289.

du contexte de l'état d'urgence. »³³² Certains auteurs ont alors regretté qu'il n'y ait pas d'inversion totale de la charge de la preuve³³³.

Il y a donc dans cette nouvelle procédure une forme d'inachèvement. Si l'administration peut motiver *a posteriori* ses actes, il est possible de douter de l'issue favorable qu'aura le justiciable soulevant ce moyen. Si le supplément d'instruction a été utilisé par les juridictions administratives dans le cadre de l'état d'urgence, ce supplément a eu pour finalité de préciser la matérialité des faits dont elle entend se prévaloir. L'acte est donc motivé mais les faits par eux-mêmes sont contestés. Il y a alors un vice de légalité interne et le juge tentera donc de vérifier la matérialité des faits invoqués. Peut-être la Cour de cassation a-t-elle entendu viser cette hypothèse qu'elle a assimilée à un défaut de motivation. Dans cette hypothèse, il n'y a donc pas de motivation *a posteriori* mais plutôt un vrai débat de fond.

Il n'en demeure pas moins qu'avec cette nouvelle procédure, l'autorité administrative a trouvé au sein des juridictions pénales un véritable allié que constitue le ministère public.

2) Le ministère public, interface entre l'administration et le juge pénal

Qualifié par Carole Girault « *d'intermédiaire obligé* », le ministère public est une interface entre le procès devant le juge pénal et l'auteur de l'acte administratif en cause. Ce rôle confié au ministère public a été controversé, Carole Girault ayant vu un moyen pour l'administration de filtrer les informations par l'intermédiaire du ministère public. Elle s'interroge donc sur les finalités de cette voie³³⁴.

Certes, le procédé est inhabituel. Pour autant, il poursuit une certaine logique. Sous l'état d'urgence, le ministère public a été associé aux mesures prises. A ce titre, il a pu accumuler les informations sur des personnes. Il était donc amené à suivre ces dossiers, à la seule différence de taille qu'il n'était toutefois pas décisionnaire dans ceux-ci tant que le volet demeurait administratif. Cette voie constitue donc la prolongation de cette association. Elle se

³³² Jean-Baptiste PERRIER, « Le juge judiciaire et l'état d'urgence », in *RFDA*, 2017.949.

³³³ Adrien BRUNEL soutient qu'Il « *aurait peut-être pourtant été préférable que la Chambre criminelle inverse totalement la charge de la preuve pour obliger l'administration à démontrer la proportionnalité de la mesure* », « *État d'urgence et renseignement : retour sur la répartition des contentieux* », in *AJ Pénal*, 2017.475.

³³⁴ « *[...]l'on peut s'interroger sur le rôle du ministère public qui devient ainsi un intermédiaire obligé entre le préfet et le juge pénal ; pour quelle raison ce dernier ne peut-il s'informer directement auprès de l'autorité compétente ? La solution paraît imposer un filtrage des informations disponibles, sous-entendant que les éléments de fait à l'origine de la perquisition n'ont, dans leurs détails, ni à figurer dans l'arrêté préfectoral, ni à être connus des principaux intéressés. L'on cherche en vain la justification et la finalité de cette prise de position.* », Carole GIRAULT, *op. cit.*

justifie également en ce que le ministère public représente les intérêts de la société, là où l'administration représente l'intérêt général. Elle est justifiée enfin par l'absence de l'administration en tant que partie à l'instance pénale.

Une telle voie de droit a pu faire ressurgir les soupçons de dépendance du parquet vis-à-vis de l'exécutif, les liens entre le parquet et l'administration se rapprochant. Cette dernière a trouvé dans le ministère public un allié lui permettant indirectement d'intégrer les tribunaux répressifs. Il est également possible de se demander si le juge pénal sera tenu de se conformer à cette nouvelle voie à l'issue de l'état d'urgence.

Cette création a néanmoins ravivé les théories du droit pénal prédictif. En ce sens, Jacqueline Morand-Deviller fait observer que « *S'agissant des querelles juridiques elles se fixèrent autour des principes traditionnels du droit pénal. Il fut soutenu qu'une procédure pénale « bis » s'installait s'écartant du droit commun et de ses garanties au prétexte qu'elle concernait des délinquants particulièrement dangereux, qu'on assistait à un glissement vers de nouvelles incriminations dont la preuve était rapportée en amont de la commission de l'acte, à un abandon de la présomption d'innocence en criminalisant une intention sans qu'il y ait eu commencement d'exécution, à une nouvelle conception du droit pénal fondée sur la dangerosité supposée d'un individu et non sur la matérialité d'un acte délictueux.* »³³⁵. Sans entrer dans ce débat dépassant le cadre de l'étude du juge face à l'état d'urgence, il est toutefois évident que la solution augurée par la Cour de cassation n'est pas satisfaisante. Elle opère une conciliation malaisée entre deux procédures aux garanties différentes voire antagonistes. Ce constat a certainement également un facteur ayant conduit le législateur à prévoir désormais qu'en matière de lutte antiterroriste, les perquisitions administratives sont placées sous le contrôle du juge judiciaire.

³³⁵ Jacqueline MORAND DEVILLER, « Réflexions sur l'état d'urgence » [en ligne], in, Le Courant Juridique, Petru Major University, 2016, 65, 75, 2016, p. 79, disponible sur <https://ideas.repec.org/a/pmu/cjurid/v65y2016p75-85.html> [consulté le 24 mars 2018].

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

L'état d'urgence a cristallisé les débats et focalisé l'attention sur l'éviction du juge judiciaire.

Cette éviction n'en est cependant pas une. En tout état de cause, l'éviction décriée ne résulte pas de l'état d'urgence. Malgré les doutes possibles quant aux finalités de certaines mesures, la lecture faite par les juges administratifs et constitutionnels de l'état d'urgence obéit à une redéfinition corrélative du champ d'application de l'article 66 de la Constitution depuis 1998 et de la notion de police administrative affirmée solennellement depuis 2014. Sur le plan de la répartition contentieuse, le Conseil constitutionnel et le juge administratif ont agi en adéquation avec leur jurisprudence désormais traditionnelle renforçant un sentiment d'exclusion du juge judiciaire ayant atteint son paroxysme durant cette période.

Parallèlement, l'état d'urgence tel qu'il a été envisagé en 2015 s'est construit par référence à d'autres matières du droit public. Ce régime d'exception tant décrié n'est finalement qu'une continuité presque logique. Cependant, par la gravité des mesures sur les libertés et par leur application généralisée, celles-ci revêtent un caractère fortement dérogatoire au droit commun. En dépit des craintes avancées quant à la capacité du juge administratif à gérer ce contentieux, il a été aidé par un contexte favorable à l'accroissement de son rôle dans la lutte antiterroriste.

Enfin, le juge judiciaire, en marge du contentieux d'état d'urgence, a constamment souhaité rétablir son office. Grâce au droit à la sûreté, fondement constitutionnel symbolique, il a affirmé son refus du fatalisme. Il a d'une part, confirmé sa compétence en vue de l'examen de la légalité des actes administratifs et a d'autre part précisé comment le juge pénal devait procéder pour apprécier la motivation de cet acte. Dans son effort de conciliation de son office avec les spécificités de l'état d'urgence, il a procédé à des adaptations malaisées justifiant l'intervention du législateur.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Dès la déclaration de l'état d'urgence, les juges ont dû intégrer les spécificités inhérentes à l'état d'urgence. Régime administratif issu d'une loi antérieure à la Vème République aux mesures exceptionnelles, les occasions de contentieux n'ont pas manqué et les juges se sont adaptés. Il leur a fallu nécessairement s'adapter en raison de plusieurs facteurs.

Premièrement, une absence de jurisprudence préexistante a nécessité des juges qu'ils construisent des garanties propres à assurer le respect des droits fondamentaux, le texte de la loi du 3 avril 1955 n'en prévoyant aucune.

Deuxièmement, la durée d'application de cette dernière période d'état d'urgence a été déterminante. Déclenchée face à une vague d'attentats meurtrière, le trouble contre lequel l'état d'urgence devait lutter a été persistant. La nécessité de son maintien a été accrue à chaque nouvelle attaque terroriste. De l'attaque à la voiture bélier contre des militaires de l'opération Sentinelle devant une mosquée à la fusillade éclatée sur les Champs-Élysées en passant par les attentats de Nice et de Saint-Étienne du Rouvray, l'état d'urgence a duré quasiment deux ans, durée pendant laquelle il a fallu adapter les procédures prévues (volontairement ou à l'impulsion du Conseil constitutionnel) et statuer de nouveau sur ces procédures.

Troisièmement, l'importance quantitative des mesures prononcées dans le cadre de l'état d'urgence a généré un lourd contentieux. Selon le ministère de l'intérieur, « 4 469 *perquisitions administratives ont été menées, 754 assignations à résidence prononcées et 19 lieux de cultes fermés* »³³⁶. Les juges ont donc dû faire face à ce contentieux.

Quatrièmement, un facteur essentiel expliquant ce caractère inédit est celui du contexte procédural dans lequel s'est nouée cette dernière période. L'alliance entre le référé-liberté et la QPC, contournant l'absence de saisine a priori du Conseil constitutionnel a assuré un traitement rapide et massif de ce contentieux.

³³⁶ Ministère de l'Intérieur, Bilan de l'état d'urgence [en ligne], disponible sur <https://www.interieur.gouv.fr/Actualites/L-actu-du-Ministere/Bilan-de-l-etat-d-urgence> [consulté le 13 août 2018].

Enfin, le contexte de tension entre les deux ordres de juridiction a joué un rôle majeur. En effet, dans un contexte où le juge administratif prend un poids accru dans le contentieux de la sécurité intérieure, l'état d'urgence a exacerbé ces tensions.

Les juges ont donc dû faire preuve de souplesse.

Le recours aux procédés préexistants

Durant l'état d'urgence, les juges ont eu recours à des procédés préexistants.

Sur le plan des procédures, les référés-libertés ont permis un examen rapide des mesures attentatoires prises par les autorités administratives. Ils ont ainsi pu rapidement écarter les mesures portant une atteinte manifestement illégale aux libertés fondamentales. De même, la procédure de QPC a permis un examen de la constitutionnalité des mesures de la loi du 3 avril 1955 et des nouvelles mesures ajoutées, contournant ainsi l'absence de saisine *a priori* du Conseil.

Sur la forme de leurs contrôles, tant les Sages que le Conseil d'État ont agi conformément à leurs techniques habituelles. Le Conseil d'État a consacré son entier contrôle sur ces actes. Bien que constituant une avancée majeure dans le contrôle de ces actes normalement astreints à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, ce contrôle est pourtant celui habituellement pratiqué par le juge administratif en matière de police administrative, démontrant la fin de l'injusticiabilité des actes de haute police. Son contrôle a été avalisé par le Conseil constitutionnel comme étant une garantie de la constitutionnalité des mesures prévues par la loi du 3 avril 1955. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, poursuit son contrôle de la disproportion manifeste, contrôle qu'il effectue habituellement dans le cadre des législations antiterroristes.

Enfin, sur la possibilité même d'effectuer un contrôle, les trois juges ont érigé le droit au recours comme une garantie. Au premier plan, le Conseil constitutionnel pose le recours au juge comme une garantie de l'ensemble des mesures qu'il valide. Conformément à ce qu'il avait auguré, le Conseil d'État accepte de contrôler si les conditions du maintien de l'état d'urgence sont réunies. De même, la Cour de cassation a-t-elle reconnu sa compétence pour connaître de la légalité des actes administratifs pris en application de l'état d'urgence selon le

modèle traditionnel de l'exception d'illégalité. Dans ce cadre, la Cour de cassation a eu recours au même contrôle que celui auquel procède le juge administratif.

Il n'est donc pas fondé d'affirmer que l'état d'urgence a bouleversé le juge ou amoindri ses possibilités de contrôle car sur la forme, le contrôle a été identique aux techniques habituellement employées par les juges ayant eu à statuer sur ce contentieux. A certains égards, les juges ont même utilisé des techniques éprouvées qu'ils ont adaptées à l'état d'urgence.

Des techniques éprouvées au service de l'état d'urgence

A l'impulsion du Conseil constitutionnel, le juge administratif a dû s'adapter à des innovations en utilisant des techniques classiques.

Il a eu recours à cette technique, d'une part, s'agissant des perquisitions administratives. Les Sages ont imposé l'existence d'un recours en responsabilité en cas de perquisitions administratives illégales. Or, le régime contentieux d'une telle perquisition n'a jamais été précisé. C'est ce qu'a fait le Conseil d'État en recourant à la faute simple, marquant ainsi la continuité de l'abandon de la faute lourde en matière de police administrative, et à la faute présumée, deux notions qu'il n'a pas inventées durant l'état d'urgence mais qu'il lui a appliquées.

Il a dû, d'autre part, s'adapter à une innovation législative qui l'a conduit à devenir juge de l'autorisation de l'exploitation des éléments saisis et données copiées lors de perquisitions administratives. Cette technique rare se retrouve néanmoins dans le contentieux des contraventions de grande voirie et des occupations sans titre du domaine public.

En puisant dans des procédures existantes, le juge administratif a démontré sa capacité à dialoguer avec le Conseil constitutionnel et à répondre à ses exigences. Les juges ont également pu montrer un volontarisme à améliorer la condition du justiciable.

Des techniques visant à faciliter les recours à l'encontre de l'état d'urgence

La difficulté de tout requérant est d'apporter la preuve de ses prétentions. L'administration de la preuve a été volontairement facilitée par les juges durant l'état d'urgence.

En premier lieu, le juge administratif a cherché à faciliter la preuve de l'urgence dans le référé-liberté. Paradoxalement, cette preuve est difficile à établir tellement l'évidence de la restriction de la liberté d'aller et venir entraîne une situation d'urgence. Pour pallier à cette difficulté, le juge administratif a érigé une présomption d'urgence permettant au requérant de focaliser les moyens de son recours sur le fond du litige et la contestation des faits.

Un mécanisme visant à faciliter l'administration de la preuve a également été érigé devant le juge judiciaire. La conciliation qu'il doit opérer dans les garanties pénales qu'il met en œuvre ainsi que du principe du contradictoire et de la procédure mise en œuvre devant le juge administratif a conduit le juge pénal à imposer au ministère public de solliciter de l'autorité administrative qu'elle apporte les éléments sur lesquels elle s'est fondée lorsque le juge estime l'arrêté insuffisamment motivé.

Dès lors, durant l'état d'urgence, les juges ont su faire preuve de bienveillance en allégeant la charge probatoire du requérant. Cette bienveillance ne doit toutefois pas masquer un contrôle au fond plus distant laissant poindre une forte marge de manœuvre réservée à l'administration.

Une mise en œuvre pragmatique de l'état d'urgence matérialisant la volonté de laisser une forte marge de manœuvre à l'administration

Les juges ont intégré les circonstances ayant déclaré l'état d'urgence dans leur contrôle. Cette prise en compte s'est traduite par un contrôle plus tolérant de l'action de l'administration afin qu'elle puisse mettre en œuvre les mesures visant à mettre fin à l'état d'urgence.

Dans ce cadre, le Conseil constitutionnel a utilisé largement de son pouvoir de modulation de l'entrée en vigueur de ses déclarations d'inconstitutionnalité en laissant le temps au législateur de corriger l'inconstitutionnalité de la disposition en cause et en évitant que ne soient remises en cause les procédures judiciaires.

De même, le juge administratif a su développer une jurisprudence souple au profit des autorités administratives. Il a notamment exigé que soit pris en compte le contexte de déclaration de l'état d'urgence dans la motivation des perquisitions administratives. De façon moins explicite, d'autres prises de position tendent à démontrer la marge de manœuvre laissée

à l'administration. D'une part, dans son contrôle du maintien des conditions de déclenchement de l'état d'urgence, le Conseil d'État se borne à effectuer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, laissant ainsi au Président de la République, seul à posséder les éléments de connaissance sur la situation du pays. D'autre part, en matière d'assignation à résidence, le juge administratif a admis une disjonction entre les motifs d'assignation à résidence et les motifs ayant conduit au déclenchement de l'état d'urgence. Par cette disjonction, l'administration a pu profiter de plus grandes facilités pour assigner des personnes à résidence.

Le juge judiciaire a également pris en compte ce contexte d'état d'urgence. La voie de droit qu'il a créée permet en effet à l'administration de motiver *a posteriori* ses décisions administratives.

Dans leurs offices respectifs, les juges de l'état d'urgence ont intégré le contexte particulier dans lequel s'est inscrite cette période. Si dans la forme du contrôle, ils se sont comportés conformément à la continuité de leurs pratiques et de leurs jurisprudences, l'examen au fond de l'état d'urgence a mis en balance les libertés avec l'ordre public tel qu'il est présent sous l'état d'urgence.

Des carences non-compensées sous l'état d'urgence

Certaines difficultés n'ont pas été compensées malgré les efforts des juges.

Premièrement, le défaut d'information sur les voies et délais de recours et de remise des arrêtés ont pu conduire à une absence de possibilité pratique de saisine des juridictions.

Deuxièmement, malgré la volonté de rétablir le contradictoire, le recours aux notes blanches comme mode de preuve, bien que compréhensible sur le plan de la nécessité, n'est pas satisfaisant sur le plan de l'égalité des armes entre les parties. L'absence de communicabilité préalable et la découverte de ces éléments au cours de l'audience de référé ne laissent que peu de temps au requérant pour contrer une argumentation basée sur des faits parfois difficiles à contredire.

Les juges n'ont donc pas réussi à instaurer une égalité des armes satisfaisante, ni à garantir un accès facilité à leurs prétoires.

Une répartition juridictionnelle discutée mais finalement classique dans le contentieux de la sécurité intérieure

La répartition du contentieux durant l'état d'urgence a été discutée. La finalité administrative des mesures n'était pas purement évidente, laissant craindre une éviction du juge judiciaire au profit d'un contentieux de la lutte antiterroriste dont la compétence serait attribuée au juge administratif sur un fond d'amoindrissement des garanties offertes aux justiciables.

L'argument de l'éviction du juge judiciaire, lequel a cristallisé l'attention, ne résiste pas à l'analyse. Si chacun des juges a revendiqué son rôle sous l'état d'urgence, le droit positif tel qu'il s'inscrit dans son contexte fait prévaloir la compétence du juge administratif au regard de la finalité de prévention des infractions et de la redéfinition restrictive du champ d'application de l'article 66 de la Constitution. Cette répartition a été confirmée par le Conseil constitutionnel appliquant les critères traditionnels de répartition entre les deux ordres.

Il n'est pas démontré que le juge administratif ait failli à sa mission de protection des libertés. Une protection équivalente se retrouve dans un contexte conférant au juge administratif le contentieux de la lutte antiterroriste dans son aspect de prévention de la commission des actes terroristes. Cette connaissance de son contentieux lui a permis de ne pas arriver dans un milieu totalement neutre en la matière et a pu lui inspirer des apports essentiels.

Dans le même temps, le juge judiciaire a essayé d'imposer une autorité dont il s'est estimé dépossédé durant l'état d'urgence. Il a multiplié les symboles en recourant notamment au visa constitutionnel du droit à la sûreté. Il a également consacré un contrôle équivalent à celui que mènerait le juge administratif sur les actes pris durant l'état d'urgence. Enfin, il a martelé avec force que la charge de la preuve ne devait pas porter sur le seul mis en cause.

Par conséquent, durant l'état d'urgence, le juge a dû intégrer l'état d'urgence. Il a réagi à la fois avec continuité, adaptation et originalité. Il a agi avec continuité en recourant aux techniques habituelles de contrôle et aux jurisprudences classiques en vigueur avant l'état d'urgence. Même si le juge administratif a reviré certaines de ses jurisprudences, ces revirements sont apparus dans la continuité du contexte précédant le déclenchement de l'état d'urgence. Il a agi avec adaptation en conciliant leurs contrôles avec les impératifs du

contexte de l'état d'urgence et en adaptant des procédures préexistantes à l'état d'urgence, généralement vers une plus grande bienveillance pour le justiciable. Il a enfin agi avec originalité en créant *ex nihilo* de nouvelles procédures.

Cette bonne capacité d'adaptation ne doit pas masquer certaines difficultés inhérentes au contentieux de la sécurité intérieure. Ces lacunes structurelles mériteraient une reconfiguration de certains contentieux. La loi du 30 octobre 2017 a corrigé l'absence d'intervention *a priori* du juge dans l'autorisation à apporter aux perquisitions administratives. Cependant, en l'absence d'une voie de droit permettant un contrôle asymétrique par le juge des éléments secrets détenus par l'administration et corroborant les notes blanches, la question de la preuve du comportement de l'individu demeurera.

La loi du 30 octobre 2017 n'a toutefois pas été une recette miracle. En intégrant les mesures principales de l'état d'urgence dans le droit commun dans le strict objectif de lutte antiterroriste, elle a confié aux juges judiciaires le contrôle des perquisitions administratives, brouillant la frontière traditionnelle de répartition entre les ordres juridictionnels.

Cette loi questionne également l'intérêt du maintien de la loi du 3 avril 1955, les mesures que prévoit cette dernière revêtant une utilité circonscrite aux perquisitions administratives ou dans l'hypothèse de troubles graves à l'ordre public ou de calamité publique étranger à la lutte contre le terrorisme. L'utilité de la loi du 3 avril 1955 pourrait être recouvrée à l'avenir si son éventuelle constitutionnalisation faisait naître un régime mettant en œuvre une répartition contentieuse exorbitante du droit commun.

BIBLIOGRAPHIE ET INDEX DES AVIS ET JURISPRUDENCES

TRAVAUX UNIVERSITAIRES

Caroline LECLERC, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Yan Laidié (dir.), thèse de doctorat en droit public, Paris : L'Harmattan, collection Logiques juridiques, 2014, 938p.

Karine ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste*, Thierry DI MANO (dir.), thèse de doctorat en droit public, Paris : LGDJ, collection Thèses, 2012, 524p.

DICTIONNAIRES

Académie française, *Dictionnaire* [en ligne], disponible sur <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?15;s=3843744795;;>) [consulté le 4 août 2018].

Association Henri CAPITANT, Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e édition, Paris : PUF. 2014, 1360 p.

MONOGRAPHIES

Association Henri CAPITANT, Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e édition, Paris : PUF. 2014, 1100p.

Olivier BEAUD, Cécile GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence étude constitutionnelle, historique et critique*, Issy-Les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2016, 186 p.

William BOURDON, *Les dérives de l'état d'urgence*, Paris : Plon, 2018, 350 p.

Paul CASSIA, *Contre l'état d'urgence*, Paris : Dalloz, 2016, 250 p.

Ramu DE BELLESCIZE, *Droit administratif général*, Paris : Gualino, 2017, 256 p.

Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, 9^e édition, Issy-les-Moulineaux : LGDJ Lextenso éditions, 2014, 634 p.

Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 19^e édition, Paris : LGDJ. Lextenso éditions, 2010, 550 p.

Jean-Louis HALPERIN, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Éric MILLARD (dir.), *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation*, Nanterre : Presses universitaires de Paris Nanterre, 2017, 267 p.

Paul LEROY, *l'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris : LGDJ, Collection Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, 1966, 328 p.

Pascal MBONGO (dir.), *L'état d'urgence, la prérogative et l'État de droit*, Paris : Institut universitaire de Varenne, LGDJ-Lextenso éditions, 2017, 416 p.

Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, Paris : Ellipses, 3^{ème} édition, 2017, 808 p.

Karine ROUDIER, Albane GESLIN, David-André CAMOUS, *L'état d'urgence*, Paris : Dalloz, 2016, 262 p.

EXTRAITS DE MÉLANGES

Nathalie JACQUINOT, « Le juge administratif et le juge constitutionnel face à l'état d'urgence », in *Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges Louis Favoreu, Paris : Dalloz, 2007, pp. 729-746, 1783 p.

Renan LE MESTRE, « Les évolutions récentes ayant affecté le régime juridique de l'état d'urgence en France », in *Études offertes au professeur René Hostiou*, Frédéric ALLAIRE, Grégoire BIGOT, Pierre BON (dir.), Litec, 2008, pp. 329 à 337, 571 p.

ARTICLES DE REVUE

Denis BARANGER, « Quel « État de droit » ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », in *RFDA*, 2016.355.

Guillaume BEAUSSONIE, « La poursuite de la reconquête du contrôle de l'état d'urgence par la chambre criminelle », in *D.2017.1175*.

Julien BONNET, « Les juges constitutionnels et l'état d'urgence », in *Revue de Droit administratif*, n°12, décembre 2016, étude n°15.

Isabelle BOUCOBZA et Charlotte GIRARD, « « Constitutionnaliser » l'état d'urgence ou comment soigner l'obsession d'inconstitutionnalité » [en ligne], in *Revue des Droits de l'Homme*, février 2016, disponible sur <https://journals.openedition.org/revdh/1784> [consulté le 9 avril 2018].

Adrien BRUNEL, « État d'urgence et renseignement : retour sur la répartition des contentieux », in *AJ Pénal*, 2017.475.

Pascal CAILLE, « L'état d'urgence », in *RDP*, n°2, 1^{er} mars 2007, pp. 323- 353.

François CORDIER, « L'exception d'illégalité d'un arrêté d'assignation à résidence pris par le ministre de l'Intérieur dans le cadre de l'État d'urgence », in *RSC*, 2017.337.

Florence CREUX-THOMAS, « 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, in *JCP G*, n° 11, 14 Mars 2016, p. 280.

Hervé DE GAUDEMAR, « La preuve devant le juge administratif », in *Dr. Adm.*, n° 6, Juin 2009, étude 12.

Jean François DE MONTGOLFIER, « Le Conseil constitutionnel et l'urgence », in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Lextenso, n°51, 1^{er} janvier 2017, p. 31.

Xavier DOMINO, « Assignation à résidence en état d'urgence », in *RFDA*, 2016.105.

François DORÉ, « État d'urgence et convention européenne des droits de l'homme : la dérogation n'exclut pas le contrôle », *in AJDA*, 2018.1343.

Roland DRAGO, « L'état d'urgence et les libertés publiques », *in RDP*, n°3, 1955, pp. 670-705.

Louis DUTHILLET DE LAMOTHE et Guillaume ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *in AJDA*, 2016.247.

Gweltaz ÉVEILLARD, « État d'urgence : les assignations à résidence devant le juge administratif et le Conseil constitutionnel », *in Dr. Adm.*, n° 4, avril 2016, commentaire 25.

Sébastien FUCINI, « État d'urgence : contrôle par le juge pénal d'un arrêté d'assignation à résidence » [en ligne], *in Dalloz actualité*, 30 mai 2017, disponible sur www.dalloz.fr [consulté le 6 août 2017].

Carole GIRAULT, « Le contrôle de la légalité des perquisitions administratives par le juge pénal : mission impossible ? », *in AJ Pénal*, 2017.289.

Catherine HAGUENAU-MOIZARD, « La législation sur l'état d'urgence - une perspective comparative », *in D.*, 2016.665.

Stéphanie HENNETTE VAUCHEZ et Serge SLAMA « Harry Potter au Palais Royal ? La lutte contre le terrorisme comme cape d'invisibilité de l'état d'urgence et la transformation de l'office du juge administratif », *in Les cahiers de la justice*, 2017/2, juin 2017, pp. 281-295.

Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Serge SLAMA, « État d'urgence : l'émergence d'un droit administratif de l'ennemi », *in AJDA*, 2017.1801.

Thomas HERRAN, « Le contrôle des perquisitions administratives à l'occasion des procédures judiciaires incidentes à l'état d'urgence », *in Gaz. Pal.*, n°27, 19 juillet 2016, p. 75

Olivier LE BOT, « État d'urgence et compétences juridictionnelles », *in RFDA*, 2016.436.

Olivier LE BOT, « Perquisitions administratives en état d'urgence », *in RFDA*, 2016.943.

Olivier LE BOT, « Un état d'urgence permanent ? », *in RFDA*, 2017.1115.

Olivier LECUCQ, « Quand l'étranger doit prouver qu'il n'est pas un danger pour l'ordre public », *in AJDA*, 2003.1343.

François LUCHAIRE, Note sur la décision du 25 janvier 1985, *in D.*, 1985.365.

Bertrand MATHIEU, « La tentative de révision constitutionnelle relative à l'état d'urgence et à la déchéance de nationalité - Radiographie d'un échec », *in RFDA*, 2016. 417.

Pierre MAZEAUD, « L'erreur en droit constitutionnel » [en ligne], *in L'erreur*, colloque de l'Institut de France, 25 et 26 octobre 2006, disponible sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/erreur.pdf [consulté le 9 avril 2018], pp. 1 à 26.

Laure MILANO, « La conventionnalité de la législation anti-terroriste française », in *Revue des Droits et libertés fondamentaux*, 2017, chronique 28.

Jacqueline MORAND DEVILLER, « Réflexions sur l'état d'urgence » [en ligne], in *Le Courant Juridique*, Petru Major University, 2016, 65, 75, 2016, pp. 75 à 86, disponible sur <https://ideas.repec.org/a/pmu/cjurid/v65y2016p75-85.html> [consulté le 24 mars 2018].

Guillaume ODINET, « Le rôle du juge administratif dans le contrôle de l'état d'urgence », in *Les cahiers de la justice*, 2017/2, juin 2017, pp. 275-281.

Bernard PACTEAU, « Répertoire analytique », in *Rev. Adm.*, 1985, pp. 581-584.

Jean-Baptiste PERRIER, « Le juge judiciaire et l'état d'urgence », in *RFDA*, 2017.949.

Coralie RICHAUD, « QPC relatives à l'état d'urgence : les limites d'une jurisprudence normale appliquée à un régime d'exception », in *Gaz. Pal.*, 29 mars 2016, n°13, p. 32.

Jacques-Henri ROBERT, « État d'urgence : A chacun son fardeau », in *revue de droit pénal*, n°7-8, juillet 2017. Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Assignations à résidence en état d'urgence », in *RFDA*, 2016.123.

Agnès ROBLOT-TROIZIER, « État d'urgence et protection des libertés », in *RFDA*, 2016.424.

Nathalie RORET, « État d'urgence, quel rôle pour le juge pénal ? », in *Gaz. Pal.*, 22 mars 2016, n°12, pp. 13-15.

Karine ROUDIER, « Dialogue entre le Conseil constitutionnel et le Parlement sur fond de législation antiterroriste et d'État de droit » [en ligne], in *Dalloz actu étudiant*, disponible sur <https://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/dialogue-entre-le-conseil-constitutionnel-et-le-parlement-sur-fond-de-legislation-antiterroriste-et/h/f751613b233277e3b243b17f742753a5.html> [consulté le 13 août 2018].

Jean-Marc SAUVÉ, « Quel juge pour les libertés ? », in *D.*, 2016.1320.

Florian SAVONITTO, « État d'urgence et risque d'inconstitutionnalité » [en ligne], in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, n°15, 17 mai 2016, disponible sur <http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/etat-durgence-et-risque-dinconstitutionnalite/> [consulté le 9 avril 2018].

Christophe TUKOV, « Le référé-liberté administratif, élément structurant de la modification de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction », in *Procédures*, n° 10, Octobre 2016, étude 9.

Patrick WACHSMANN, « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d'y remédier », in *D.*, 2016.473.

SOURCES INSTITUTIONNELLES

Conseil constitutionnel, commentaire de la décision 2005-532 DC du 19 janvier 2006 [en ligne], disponible sur <https://www.conseil->

constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier20/ccc_532dc.pdf [consulté le 13 août 2018].

Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision 2015-524 QPC [en ligne], disponible sur https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2015524qpc/2015524qpc_ccc.pdf [consulté le 13 août 2018].

Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision 2016-536 QPC [en ligne], disponible sur https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2016536qpc/2016536qpc_ccc.pdf [consulté le 13 août 2018].

Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, « Une Vème République plus démocratique » [en ligne], Paris : Le Documentation française, 2009, 181 p. , disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000697.pdf> [consulté le 24 mars 2017].

Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, « Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016 » [en ligne], 26 janvier 2017, 41 p. , disponible sur www.cncdh.fr [consulté le 24 mars 2018].

Conseil d'État, « Mesures prises au titre de l'état d'urgence-récapitulatif au 18 juillet 2016 » [en ligne], 19 juillet 2016, disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Mesures-prises-au-titre-de-l-etat-d-urgence3> [consulté le 28 mars 2018].

Défenseur des Droits, avis n°16-06 [en ligne], 26 février 2016, disponible sur https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=14359 [consulté le 23 mars 2018]

Direction Information Légale et Administrative, « État d'urgence et autres régimes d'exception », 24 mai 2017, disponible sur <http://www.vie-publique.fr/actualite/faq-citoyens/etat-urgence-regime-exception/#art12727> [consulté le 9 octobre 2017].

Dominique RAIMBOURG et Jean-Frédéric POISSON, *Rapport d'information n° 4281 sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence*, Assemblée Nationale, 6 décembre 2016, p. 55.

Élysée, *Communiqué de presse du Conseil des ministres du 22 juin 2017* [en ligne], 22 juin 2017, disponible sur <http://www.elysee.fr/conseils-des-ministres/article/compte-rendu-du-conseil-des-ministres-du-jeudi-22-juin-2017/> [consulté le 13 août 2018].

Étude d'impact du projet de loi prorogeant l'application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions [en ligne], 17 novembre 2015, disponible sur

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000031493228&type=general>

Haut Commissariat des Droits de l'Homme pour les Nations-Unies, Déclaration publique sur la loi relative à l'état d'urgence et sur la loi relative à la surveillance des communications électroniques internationales, Genève, 19 janvier 2016.

Michel Mercier, *Rapport sur le projet de loi prorogeant l'application de l'état d'urgence*, Document parlementaire 220, Sénat, décembre 2016.

Ministère de l'intérieur, « Sortir de l'état d'urgence-un bilan et des chiffres clés » [en ligne], Service de presse du ministère de l'Intérieur, 2 novembre 2017, disponible sur <https://www.interieur.gouv.fr/Espace-presse/Dossiers-de-presse/Sortie-de-l-etat-d-urgence-un-bilan-et-des-chiffres-cles> [consulté le 28 mars 2018].

Ministère de l'intérieur, Bilan de l'état d'urgence [en ligne], disponible sur <https://www.interieur.gouv.fr/Actualites/L-actu-du-Ministere/Bilan-de-l-etat-d-urgence> [consulté le 13 août 2018].

Réponse du ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales publiée dans le JO Sénat du 04/06/2004, page 3819.

Sénat, compte rendu intégral des débats parlementaires sur le projet de loi prorogeant l'état d'urgence, disponible sur <https://www.senat.fr/seances/s201511/s20151120/s20151120004.html#orat11> [consulté le 9 avril 2018].

DISCOURS, INTERVENTIONS ET TRIBUNES

François HOLLANDE, discours au Congrès, 16 novembre 2015.

Bertrand LOUVEL, « Pour l'unité de la juridiction administrative », tribune publiée sur le site internet de la Cour de cassation, 25 juillet 2017, disponible sur https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_tribunes_entretiens_2039/tribunes_8215/bertrand_louvel_37436.html

François MOLINS, intervention dans le cadre de la table ronde organisée par la Commission des Lois, « L'efficacité opérationnelle de l'état d'urgence », 11 avril 2018.

Jean-Marc SAUVÉ, « L'urgence devant le juge administratif », intervention pour la 5^{ème} édition des États généraux du droit administratif, Maison de la Chimie, 26 juin 2015

Jean-Marc SAUVÉ, « Le juge administratif, protecteur des libertés », Colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), 16 juin 2016, disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-juge-administratif-protecteur-des-libertes>.

Bernard STIRN, audition devant la commission des lois du Sénat, 20 janvier 2016, disponible sur http://videos.senat.fr/video.165497_57d2812589671.audition-dans-le-cadre-du-suivi-de-l-etat-d-urgence.

Bernard STIRN, « Lutte contre le terrorisme, état d'urgence et État de droit », Conférence de rentrée de l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence, 21 septembre 2016.

Xavier VANDENDRIESSCHE, « Le contrôle juridictionnel des mesures prises au titre de l'état d'urgence », Intervention lors de la rentrée solennelle du tribunal administratif de Lille, 29 janvier 2018.

ARTICLE DE PRESSE

Clémence APETOGBOR, « Attentats du 13 novembre: Toujours 27 personnes hospitalisées », *in 20 Minutes*, 1er mars 2016.

INDEX DES AVIS ET DES JURISPRUDENCES

Conseil constitutionnel

- Cons., const., décision 82-155 DC du 30 décembre 1982, Loi de finances pour 1983, Journal officiel du 31 décembre 1982, page 4034, recueil, p. 88.
- Cons. const., décision 83-164 DC du 29 décembre 1983, Loi de finances pour 1984, Journal officiel du 30 décembre 1983, page 3871, recueil, p. 67.
- Cons. const., décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, Journal officiel du 26 janvier 1985, page 1137, recueil, p. 43.
- Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, Journal officiel du 25 janvier 1987, page 924, recueil p. 8.
- Cons., const., décision 89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la transparence des marchés financiers, Journal officiel du 1er août 1989, page 9676, recueil, p. 71.
- Cons. const., décision 92-307 DC du 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, Journal officiel du 12 mars 1992, page 3003, recueil p. 48.
- Cons. const., décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, Journal officiel du 18 août 1993, page 11722, recueil, p. 224.
- Cons. const., décision 98-405 DC du 29 décembre 1998, Loi de finances pour 1999, Journal officiel du 31 décembre 1998, page 20138, recueil p. 326.
- Cons. const., décision 99-401 DC du 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, Journal officiel du 19 juin 1999, page 9018, recueil, p. 75.
- Cons. const., décision 2005-532 DC du 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, Journal officiel du 24 janvier 2006, page 1138, recueil, p. 31.
- Cons. const., décision 2008-573 DC du 8 janvier 2009, Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés, Journal officiel du 14 janvier 2009, p. 724, recueil p. 36.

- Cons. const., décision 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, Journal officiel du 10 juin 2011 page 9892, recueil p. 252.
- Cons. const., décision 2012-239 QPC du 4 mai 2012, Mme Illeana A, Journal officiel du 5 mai 2012 page 8014, recueil p. 230.
- Cons. const., décision n°2012-268 QPC du 27 juillet 2012, Mme Annie M., Journal officiel du 28 juillet 2012, page 12355, recueil, p. 441.
- Cons., const., décision 2013-314 P QPC du 4 avril 2013, M. Jeremy F., Journal officiel du 7 avril 2013 page 5799, recueil p. 523.
- Cons. const., décision 2013-357 QPC du 29 novembre 2013, Société Wesgate Charters Ltd, Journal officiel du 1 décembre 2013 page 19603, recueil p. 1053.
- Cons. const., décision 2015-713 DC du 23 juillet 2015, Loi relative au renseignement, Journal officiel n°0171 du 26 juillet 2015 p. 1275.
- Cons. const., décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric D, Journal officiel n°0299 du 26 décembre 2015.
- Cons. const., décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, Ligue des Droits de l'Homme, Journal officiel n°0044 du 21 février 2016.
- Cons. const., décision n°2016-536 QPC du 19 février 2016, Ligue des Droits de l'Homme, Journal officiel n°0044 du 21 février 2016.
- Cons. const., décision 2015-524 QPC du 2 mars 2016, M. Abdel Manane M. K, Journal officiel n°0054 du 4 mars 2016.
- Cons., const., décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, M. Georges F. et autre, Journal officiel n°0224 du 25 septembre 2016.
- Cons. const., décision n°2016-600 QPC du 2 décembre 2016, M. Raïme A, Journal officiel n°0282 du 4 décembre 2016.
- Cons. const., décision 2017-624 QPC, 17 mars 2017, M. Sofiyan I, Journal officiel n°0065 du 17 mars 2017.
- Cons. const., décision 2017-635 QPC du vendredi 9 juin 2017, M. Émile L, Journal officiel n°0136 du 11 juin 2017.
- Cons. const., décision 2017-677 QPC du 1^{er} décembre 2017, Ligue des Droits de l'Homme, Journal officiel n°0281 du 2 décembre 2017.
- Cons. const., décision 2017-684 QPC du 11 janvier 2018, La cabane juridique / Legal Shelter et Le réveil voyageur, Journal officiel n°0009 du 12 janvier 2018.
- Cons. const., décision 2017-691 QPC du 16 février 2018, M. Farouk B, Journal officiel n°0041 du 18 février 2018.
- Cons. const., décision 2017-695 QPC du 29 mars 2018, M. Rouchdi B. et autre, Journal officiel n°0075 du 30 mars 2018.

Cour de justice de l'Union européenne

- CJUE, 30 mai 2013, Jérémy F contre Premier Ministre, C-168/13 PPU.

Cour européenne des droits de l'Homme

- CEDH, Lawless c/Irlande, 1^{er} juillet 1961, n°3.
- CEDH, 6 novembre 1980, Guzzardi contre Italie, requête n°7367/76.
- CEDH, 22 février 1994, affaire Raimondo contre Italie, requête n°12954/87.
- CEDH, 28 novembre 2002, Lavents contre Lettonie, requête n°58442/00.
- CEDH, Grande Chambre, 19 février 2009, A. et autres, requête n°3455/05.
- CEDH, 2 octobre 2014, Delta Pekarny, requête n°97/11.
- CEDH, 10 novembre 2015, Slavov contre Bulgarie, requête n°58500 /10.
- CEDH, Grande Chambre, 5 juillet 2016, Buzadji contre Moldavie, requête n°23755/07.
- CEDH, Grande Chambre, 23 février 2017, Tommaso contre Italie, requête n°43395/09.

Juridictions administratives

- TA Cergy Pontoise, Juge des Référéés, 28 novembre 2015, M. Joël Domenjoud.
- TA Rennes, Juge des Référéés, 30 novembre 2015, M. Gauthier; M. Verrier; M. Boilleau; Mme Saiter; Mme Crochet.
- TA Cergy-Pontoise, Juge des Référéés, 15 janvier 2016.

Tribunal des Conflits

- Trib. Conflits, 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets, n°01187, recueil p. 638.
- Trib. Conflits, 17 juin 2013, Bergoend c. ERDF Annecy-Léman, n°3911, recueil p. 370.

Conseil d'État

- CE, 28 juin 1918, Heyriès, n°63412, recueil p. 651.
- CE 28 février 1919, Dames Dol et Laurent, n°61593, recueil p. 208.
- CE, 19 mai 1933, Benjamin, n°17413, 17520, recueil p. 541.
- CE, 5 décembre 1941, Sieur Gompertz, recueil p. 209.
- CE, Ass., 17 février 1950, Dame Lamotte, n°86949, recueil p. 110.
- CE, Ass, 16 décembre 1955, Dame Bourokba, recueil p. 590.
- CE, Ass, 3 février 1956, Keddar, recueil p. 46.
- CE, 20 avril 1956, Les Quatre Frères, recueil p. 160.
- CE, 2 mars 1962, Rubin de Servens, n°55049,55055, recueil p. 143.
- CE, 13 juillet 1965, Magne de la Croix, recueil p. 461.
- CE, 20 décembre 1967, Ministre de l'Intérieur c. Fabre-Luce, n°71383, recueil p. 511.
- CE, 25 juin 1969, Ministre de l'intérieur c. Éditions parisiennes associées et Devay, n°73935, recueil p. 334.
- CE, 25 juillet 1985, Mme Dagostini, n°68151, recueil p. 226.
- CE, Ass., 11 octobre 1991, n°128128, aux tables du recueil p. 939.
- CE, 4 décembre 1995, Delavallade, n°133880, aux tables du recueil p. 945.

- CE, avis, 23 avril 1997, Préfet de l'Isère c/ Sté Routière du Midi, n° 183970, recueil p. 155.
- CE, Juge des référés, 22 février 2001, M. Moret, n°230408, aux tables du recueil p. 1098.
- CE, Section, 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes, n° 229562, 229563, 229721, recueil p. 109.
- CE, Section, 14 mars 2001, Ministre de l'Intérieur c/ Aneur, n°229773, recueil p. 124.
- CE, Juge des référés, 11 juillet 2001, Chambre des métiers de la Haute-Corse, n°235001, aux tables du recueil p. 1115.
- CE, 3 mars 2003, Ministre de l'Intérieur c/ Rakhimov, n°238662, recueil p. 75.
- CE, Juge des référés, 14 mars 2003, Commune d'Évry, n°254827, aux tables du recueil p. 931.
- CE, Juge des référés, 29 juillet 2003, Peqini, n°258900, recueil p. 344.
- CE, Juge des référés, 25 novembre 2003, Ministère de l'intérieur de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Nikoghosyan, n°261913, aux tables du recueil p. 927.
- CE, Section, avis, 12 mai 2004, Commune de Rogerville, n°265184, recueil p. 223.
- CE, Juge des référés, 14 novembre 2005, M.Rolin, n°286835, recueil p. 499.
- CE, Juge des référés, 9 décembre 2005, Mme Allouache, n°287777, recueil p. 562.
- CE, Ass., 24 mars 2006, Rolin et Boisvert, n° 286834, recueil p. 171.
- CE, 29 janv. 2008, Sté EDF Énergies nouvelles France, n° 307870, aux tables du recueil p. 859.
- CE, 18 févr. 2008, Ministre de l'Intérieur c/ Bourakkadi Idrissi, n°306238, aux tables du recueil p. 859.
- CE, Juge des référés, 16 juin 2010, Diakité, n°340250, recueil p. 206.
- CE, Juge des référés, 7 juin 2011, Malonga, n° 349817, aux tables du recueil p. 1080.
- CE, 26 novembre 2012, Cordière, n°354108, recueil p. 394.
- CE, Juge des référés, 9 janvier 2014, Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala, n°374508, recueil p. 1.
- CE, Ass., 24 juin 2014, Lambert et a, n° 375081, recueil, p. 175.
- CE, 5 décembre 2014, Cts Le Breton, n° 369522, aux tables du recueil p. 792.
- CE, Juge des référés, 11 juin 2015, Ministre de l'intérieur c/ M.Khinzaneishvili n°390704, aux tables du recueil p. 710.
- CE, 9 novembre 2015, AGRIF, n°376107, recueil p. 377.
- CE, Section, 11 décembre 2015, n°394991, 394989, 394992, 394993, 395002.
- CE, Section, 11 décembre 2015, M. Luc G, n°394990, recueil p. 457.
- CE, Section, 11 décembre 2015, n°395009, M. Domenjoud, recueil p. 437.
- CE, Juge des référés, 15 décembre 2015, n°395138, inédit.
- CE, 15 janvier 2016, n°395091, inédit.
- CE, Juge des référés, 22 janvier 2016, M. Abdelmalek, n°396116, aux tables du recueil p. 855.
- CE, 22 janvier 2016, n°396307, inédit.
- CE, Juge des référés, 26 janvier 2016, n°396449, inédit.

- CE, Juge des référés, 27 janvier 2016, Ligue des Droits de l'Homme, n°396220, recueil p. 8.
- CE, Juge des référés, 1^{er} février 2016, n°396348, inédit.
- CE, Juge des référés, 9 février 2016, n°396570, inédit.
- CE, Juge des référés, 23 février 2016, n°396872, inédit.
- CE, Juge des référés, 25 février 2016, n°397153, inédit.
- CE, Juge des référés, 14 avril 2016, n° 398459, inédit.
- CE, Juge des référés, 28 avril 2016, n° 398960, inédit.
- CE, avis, 6 juillet 2016, n° 398234, 399135, recueil p. 320.
- CE, Juge des référés, 12 août 2016, n° 402348, inédit.
- CE, Juge des référés, 23 août 2016, n°402571, inédit.
- CE, Juge des référés, 05 septembre 2016, n° 403026, inédit.
- CE, Juge des référés, 22 septembre 2016, n°403464, inédit.
- CE, Juge des référés, 23 septembre 2016, n°403675, inédit.
- CE, Juge des référés, 9 février 2017, n°407650, inédit.
- CE, Juge des référés, 10 février 2017, n°407545, inédit.
- CE, Juge des référés, 21 février 2017, n°407902, inédit.
- CE, Juge des référés, formation collégiale, 17 mars 2017, n°408899, inédit.
- CE, Juge des référés, 28 mars 2017, n°408742, inédit.
- CE, 29 mars 2017, n°407230, inédit.
- CE, Juge des référés, formation collégiale, 25 avril 2017, n°409677, inédit.
- CE, Juge des référés, 7 août 2017, n°412697, inédit.
- CE, 22 septembre 2017, n°411770, inédit.
- CE, avis, 11 avril 2018, n°415174, à mentionner aux tables du recueil.

Cour de cassation

- Cass., crim, 21 mars 1971, n°70-91.635
- Cass., crim, 4 mars 1986, n°85-93.836.
- Cass., crim., 3 septembre 2008, n°08-80.074.
- Cour de révision, 13 octobre 2008, n° 08 REV 043.
- Cass., crim., 17 décembre 2014, n°13-86.686.
- Cass, Crim, 13 décembre 2016, n°16-82.176.
- Cass., crim., 28 mars 2017, n°16-85.072, FS-P+B+R+I.
- Cass Crim, 3 mai 2017, n° 16-86.155, FS-P+B+R+I.
- Cass., civ. 1^{ère}, 13 septembre 2017, n° 16-22.967.
- Cass., crim., 28 novembre 2017, n°17-83.369.
- Cass., crim., 10 janvier 2018, n°16-85.074.

INDEX

article 66 de la Constitution, 92

- intervention du juge judiciaire, 109, 110
- inviolabilité du domicile, 94
- mesures privatives de liberté, 95
- liberté d'aller et venir, 95

assignation à résidence

- contentieux des étrangers, 99
- disjonction des motifs, 60

contrôle

- contrôle de proportionnalité, 38
- disproportion manifeste, 54
- erreur manifeste d'appréciation, 38, 65
- juge pénal, 116
- lacunes, 77

état d'urgence, 5

- déclenchement, 10
- injonctions d'y mettre fin, 63
- prise en compte des motifs, 58
- régime, 5

perquisitions administratives, 43

- absence de contrôle *a priori*, 77
- recours indemnitaire, 45
- référé exploitation des données, 48

police administrative

- doute sur la qualification, 89
- extension, 87, 102
- finalités, 85, 104

preuve

- contradictoire, 73, 76
- faisceau d'indices, 67
- négative, 74
- note blanche, 71
- procédure inquisitoriale, 122
- rôle du ministère public, 123, 127

question prioritaire de constitutionnalité

- intérêt, 24
- modulation des effets, 57

recours effectif, 36

- droit au juge, 40
- exception d'illégalité, 111
- renforcement, 36, 44

référé-liberté, 23

- abrogation de l'acte, 79
- articulation, 22
- contrôle de conventionnalité, 32
- présomption d'urgence, 29

SOMMAIRE DÉTAILLÉ

| | |
|--|----|
| REMERCIEMENTS..... | 1 |
| TABLE DES ABRÉVIATIONS..... | 2 |
| TABLE DES MATIÈRES | 3 |
| INTRODUCTION..... | 4 |
| CHAPITRE 1 : Un contentieux peu novateur mais adapté au contexte d'état d'urgence | 18 |
| Section 1 : Un bornage des prérogatives de l'administration dans le contexte d'état d'urgence par le renforcement du recours aux juges constitutionnels et administratifs..... | 19 |
| § 1 : L'accès effectif aux juges, garanti par des techniques contentieuses classiques mais efficacement utilisées..... | 19 |
| I) Le recours inédit à la QPC | 19 |
| A) Une technique ayant permis une reconfiguration des rapports face à la constitutionnalité de la loi du 3 avril 1955 | 20 |
| 1) Une articulation approfondissant la jurisprudence « état d'urgence en Nouvelle-Calédonie »..... | 20 |
| 2) Une articulation efficace de l'intervention du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel..... | 22 |
| B) Un recours permettant d'atténuer l'absence de saisine <i>a priori</i> | 24 |
| 1) Une volonté de faire primer l'urgence d'agir sur le respect des droits..... | 25 |
| 2) Une voie de droit permettant le contournement mesuré du consensus politique interdisant la saisine du Conseil constitutionnel | 26 |
| II) La mobilisation quasi-exclusive des procédures de référé dans le contentieux d'état d'urgence..... | 28 |
| A) Une facilité de saisine permise par la reconnaissance d'une présomption d'urgence en matière d'assignation à résidence | 29 |
| 1) Une urgence de l'intervention du juge paradoxalement difficile à caractériser ... | 29 |
| 2) Une balance des urgences favorable à l'administré..... | 31 |
| B) Une admission bienvenue du contrôle de conventionnalité | 32 |
| 1) Un revirement de jurisprudence dans l'admission du moyen d'inconventionnalité en référé..... | 33 |
| 2) Une avancée dans le contrôle de conventionnalité des dispositions législatives d'exception | 34 |
| § 2 : Le droit d'accès au juge, renforcement du droit au recours effectif durant la période d'état d'urgence..... | 36 |
| I) Un renforcement du droit au juge par le Conseil constitutionnel..... | 36 |
| A) La constitutionnalisation du contrôle de proportionnalité du juge administratif.... | 37 |

| | |
|--|----|
| 1) Une évolution des techniques de contrôle du juge administratif dans l'état d'urgence..... | 37 |
| 2) L'exigence constitutionnelle d'un contrôle de proportionnalité du juge administratif | 38 |
| B) La présence d'un droit au juge placée au cœur de la constitutionnalité des dispositions relatives à l'état d'urgence..... | 40 |
| 1) Le droit au juge, composante de la constitutionnalité des mesures d'état d'urgence | 40 |
| 2) La sanction d'une possible partialité du juge | 41 |
| II) La construction de voies nouvelles permettant un accès au juge | 43 |
| A) La construction d'un recours indemnitaire du fait des perquisitions administratives illégales | 43 |
| 1) Une nécessité en vue d'assurer l'effectivité des voies de recours..... | 44 |
| 2) Une création ex nihilo des conditions du recours indemnitaire | 45 |
| B) La création d'un référé exploitation des données issues de perquisitions administratives | 48 |
| 1) Une voie de droit à la destinée complexe..... | 48 |
| 2) Un contrôle innovant mais cantonné à la régularité formelle de la procédure de saisie..... | 49 |
| Section 2 : Un contentieux adapté au contexte d'état d'urgence | 53 |
| § 1 : Un contentieux alliant l'urgence et la sécurité des individus | 53 |
| I) Un contrôle adapté à l'impérieuse nécessité de sauvegarder l'ordre public..... | 53 |
| A) Un contrôle classique du Conseil constitutionnel en matière de conciliation des libertés et de l'ordre public | 54 |
| 1) Un contrôle de la disproportion manifeste | 54 |
| 2) Un contrôle marquant la volonté de ne pas gêner l'action de l'administration | 56 |
| B) Un contrôle du juge administratif adapté au contexte de l'urgence..... | 58 |
| 1) La nécessaire prise en compte du contexte dans l'appréciation de la légalité | 58 |
| 2) Une disjonction fonctionnelle entre les motifs d'assignation à résidence et les motifs ayant présidé au déclenchement de l'état d'urgence | 60 |
| II) Un contrôle adapté à la supériorité de l'exécutif dans la gestion des situations de crise | 62 |
| A) Un contrôle restreint sur les injonctions visant à ce qu'il soit mis fin à l'état d'urgence..... | 63 |
| 1) La reconnaissance de la faculté de contrôler les refus d'injonction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'état d'urgence | 63 |

| | |
|---|-----------|
| 2) Un contrôle nécessairement restreint | 65 |
| B) Un contrôle basé sur un faisceau d'indices | 67 |
| 1) Le recours au faisceau d'indices comme instrument de conviction..... | 67 |
| 2) Le faisceau d'indices, vecteur d'une carence de motivation des décisions juridictionnelles | 69 |
| § 2 : Un contentieux imparfait en période d'état d'urgence..... | 71 |
| I) La difficulté de faire respecter le contradictoire dans l'administration de la preuve... | 71 |
| A) Un discutable recours aux notes blanches | 71 |
| 1) La banalisation du recours aux notes blanches..... | 71 |
| 2) Le rééquilibrage du contradictoire par le juge administratif..... | 73 |
| B) Une discutable modulation de la charge de la preuve..... | 74 |
| 1) La tentation de la preuve négative..... | 74 |
| 2) Une nouvelle voie de droit permettant le rééquilibrage de l'égalité des armes | 76 |
| II) Une difficulté partielle dans l'accès au juge administratif dans le contentieux de l'état d'urgence..... | 77 |
| A) L'absence d'intervention préalable du juge administratif..... | 77 |
| 1) L'absence d'autorisation des perquisitions menées sur le fondement de l'état d'urgence..... | 77 |
| 2) L'absence de dualité entre les juges, limite du modèle de justice administrative . | 78 |
| B) L'impossibilité pratique pour le justiciable d'actionner les voies de recours..... | 79 |
| 1) L'absence de justiciabilité en référé des actes administratifs abrogés | 79 |
| 2) Les complexités pratiques de la procédure de plein contentieux..... | 81 |
| CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE | 83 |
| CHAPITRE 2 : L'intervention du juge judiciaire dans le contexte d'état d'urgence, un rôle demeuré marginal manifestant les tensions entre les ordres juridictionnels. | 84 |
| Section 1 : L'état d'urgence, révélateur d'une tension entre les ordres juridictionnels dans le contentieux de la sécurité..... | 84 |
| § 1 : Une répartition entre les ordres de juridiction discutée | 85 |
| I) Des prérogatives fondées sur la nécessité de prévenir les atteintes à l'ordre public | 85 |
| A) L'adoption d'une acception extensive de la police administrative par le Conseil constitutionnel | 85 |
| 1) Une apparente définition organique de la police administrative..... | 85 |
| 2) Une définition extensive des buts de la police administrative | 87 |
| B) Une adoption incertaine du régime de police administrative des perquisitions administratives | 89 |

| | |
|---|------------|
| 1) Une opération relevant historiquement de la police judiciaire | 89 |
| 2) Une opération n'ayant pas eu une vocation exclusivement répressive..... | 91 |
| II) Une jurisprudence constitutionnelle confirmant la restriction de la portée de l'article 66 de la Constitution | 92 |
| A) Une jurisprudence souple du Conseil constitutionnel dans l'application de l'article 66 de la Constitution durant l'état d'urgence en matière de perquisitions administratives. | 92 |
| 1) L'exclusion du juge judiciaire des perquisitions administratives..... | 93 |
| 2) La confirmation de l'absence de lien entre la liberté individuelle et l'inviolabilité du domicile | 94 |
| B) Le cantonnement de l'article 66 aux privations de liberté | 95 |
| 1) Le cantonnement du rôle du juge judiciaire aux mesures privatives de liberté.... | 95 |
| 2) Une large latitude offerte au législateur dans les astreintes domiciliaires | 97 |
| § 2 : Un juge administratif influencé par l'administrativisation du contentieux de la sécurité intérieure | 98 |
| I) Un contentieux construit par l'inspiration d'autres branches du droit administratif.. | 99 |
| A) Les apports du contentieux des étrangers..... | 99 |
| 1) Un régime d'assignation à résidence calqué sur le contentieux de l'éloignement . | 99 |
| 2) L'expérience par le juge administratif d'un contentieux similaire | 101 |
| B) Les réponses apportées par le développement du droit du renseignement..... | 102 |
| 1) Des opérations également qualifiées de police administrative | 102 |
| 2) Des garanties amoindries dans le cadre de « l'urgence absolue » | 103 |
| II) Un contentieux construit dans un contexte d'administrativisation de la lutte antiterroriste..... | 104 |
| A) Un accroissement de l'intervention du juge administratif dans la lutte contre le terrorisme..... | 104 |
| 1) L'intervention du juge administratif dans les mesures administratives de gel des fonds | 104 |
| 2) Une inspiration de la jurisprudence constitutionnelle en matière d'interdiction administrative de sortie du territoire | 106 |
| B) La confirmation du rôle antiterroriste du juge administratif | 107 |
| 1) La confirmation du rôle du juge administratif dans la lutte antiterroriste..... | 107 |
| 2) Un rééquilibrage entre le juge administratif et le juge judiciaire..... | 109 |
| Section 2 : L'intervention du juge pénal dans le contentieux de l'état d'urgence, le dépassement d'une apparente symétrie des contentieux | 110 |
| § 1 : Une apparente symétrie du contrôle opéré par les deux ordres de juridiction | 111 |

| | |
|--|------------|
| I) La possibilité d'un contrôle par voie d'exception devant le juge pénal..... | 111 |
| A) Une reconnaissance dépourvue d'évidence..... | 111 |
| 1) L'exigence d'un acte conditionnant l'issue du litige | 111 |
| 2) Une reconnaissance nécessaire de la part du juge judiciaire | 113 |
| B) Une reconnaissance permise par l'absence d'autorité de chose jugée des décisions du juge administratif sur celles du juge judiciaire | 114 |
| 1) L'absence d'autorité du juge administratif sur le juge judiciaire | 114 |
| 2) L'obligation pour le juge judiciaire d'examiner la mesure, vecteur d'insécurité juridique..... | 115 |
| II) La possibilité de recourir à des techniques de contrôle similaires | 116 |
| A) La consécration d'un contrôle du juge pénal similaire à celui du juge administratif | 116 |
| 1) Une consécration doctrinale..... | 117 |
| 2) Une consécration textuelle..... | 117 |
| B) La consécration d'un contrôle de la légalité externe par le juge pénal | 119 |
| 1) Des exceptions d'illégalité accueillies largement par les juges du fond..... | 119 |
| 2) Une consécration partielle par la Cour de cassation..... | 120 |
| § 2 : Le dépassement de la symétrie des contentieux par l'adaptation de l'état d'urgence aux principes de procédure pénale | 121 |
| I) Des principes pénaux plus protecteurs que ceux du contentieux administratif..... | 121 |
| A) Une administration de la preuve plus favorable au mis en cause en procédure pénale | 122 |
| 1) Deux procédures inquisitoriales aux modalités probatoires différentes | 122 |
| 2) Une charge probatoire incombant au ministère public | 123 |
| B) L'application des principes de la procédure pénale..... | 125 |
| 1) Une application nécessaire dans le contentieux pénal | 125 |
| 2) Une application écartée en matière de police administrative..... | 126 |
| II) Des principes pénaux adaptés au contexte d'état d'urgence..... | 127 |
| A) Une nouvelle voie de droit au fondement constitutionnel symbolique | 127 |
| 1) La création d'une voie assimilable au supplément d'instruction du juge administratif | 127 |
| 2) Une création fondée sur le droit à la sûreté | 128 |
| B) Un atout pour l'administration | 130 |
| 1) Une faculté pour l'administration de motiver a posteriori ses actes administratifs | 130 |

| | |
|---|------------|
| 2) Le ministère public, interface entre l'administration et le juge pénal | 131 |
| CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE | 133 |
| CONCLUSION GÉNÉRALE | 134 |
| BIBLIOGRAPHIE ET INDEX DES AVIS ET JURISPRUDENCES | 141 |
| INDEX | 152 |