



HAL
open science

La loi de 1955 cernée par deux ans et neuf QPC sur l'état d'urgence

Serge Slama

► **To cite this version:**

Serge Slama. La loi de 1955 cernée par deux ans et neuf QPC sur l'état d'urgence. Lexbase Droit privé, 2017, 719. hal-01926562

HAL Id: hal-01926562

<https://hal.science/hal-01926562>

Submitted on 19 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Lexbase Hebdo édition privée n°719 du 16 novembre 2017

[Etat d'urgence] Panorama

La loi de 1955 cernée par deux ans et neuf QPC sur l'état d'urgence

N° Lexbase : N1161BxB



par *Serge Stama*, Professeur de droit public, Université Grenoble Alpes, CESICE

Le 1er novembre 2017, l'état d'urgence proclamé le 13 novembre 2015 prenait fin après avoir été renouvelé à six reprises par le législateur. A l'occasion des états d'urgence précédents, la loi du 3 avril 1955 (N° Lexbase : [L6821KQP](#)) n'avait jamais été soumise au contrôle de constitutionnalité -le Conseil constitutionnel ayant refusé en 1985 de pratiquer un contrôle à "double détente" de la loi de 1955 lors du contrôle d'une loi de prorogation qui ne modifiait pas celle-ci ni ne changeait son champ (Cons. const. décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie et dépendances N° Lexbase : [A8109ACC](#)). Grâce à l'avènement de la QPC qui n'existait pas encore lors de l'état d'urgence de 2005 (v. not. CE Contentieux, 24 mars 2006, n° 286 834 N° Lexbase : [A7834DNH](#)), plusieurs dispositions de la loi de 1955, dans sa version initiale ou modifiée durant l'état d'urgence, ont pu être contestées durant ces (presque) deux années d'état d'urgence. Au total ce sont neuf QPC qui ont été transmises au Conseil constitutionnel (deux sont encore en cours d'examen), donnant lieu à sept décisions sur les assignations à résidence, les perquisitions administratives, la police des réunions ou encore les interdictions de séjour. A défaut de constitutionnalisation formelle (en raison de l'abandon du projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation par le Président Hollande), ces décisions ont esquissé un statut constitutionnel prétorien de l'état d'urgence (1).

I — Base constitutionnelle et caractère nécessairement temporaire d'un état d'exception

En l'absence de base formelle de cet état d'exception, autre que l'article 34 de la Constitution (N° Lexbase : [L0860AHC](#)) (A), le juge constitutionnel a défini les caractéristiques de l'état d'urgence, souvent en reprenant à son compte la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière (B).

A — Un état d'exception sans réelle base constitutionnelle autre que l'article 34 de la Constitution

L'état d'urgence est un régime civil de crise datant de la IVème République. La loi du 3 avril 1955 a été appliquée à plusieurs reprises pendant la guerre d'Algérie (2). S'était néanmoins posée la question de savoir si l'entrée en vigueur de la Constitution de la Vème République en 1958, qui comprend deux régimes d'exception (les plein-pouvoirs du

Président à l'article 16 N° Lexbase : L7403HHN et l'état de siège à l'article 36) avait eu pour effet d'abroger cette loi. En 1985, le Conseil constitutionnel avait répondu par la négative en précisant que l'article 36 "n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier [...] les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public". Par suite, selon cette décision, la Constitution du 4 octobre 1958 "n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955" qui avait d'ailleurs été modifiée sous son empire (3).

En outre, le juge constitutionnel avait précisé à cette occasion que la compétence du législateur en la matière découle de l'article 34 de la Constitution en ce que cette disposition prévoit que "la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques" (Cons. const. décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 N° Lexbase : A8109ACC, cons. 3 et 4).

Il n'existe donc pas, à proprement parler de base constitutionnelle à ce régime d'exception.

Dans le cadre de l'état d'urgence de 2015-2017, aussi bien le Conseil d'Etat que le Conseil constitutionnel ont eu l'occasion de prolonger cette jurisprudence constitutionnelle de 1985.

— **Avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat du 11 décembre 2015 sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation (CE avis, 11 décembre 2015, n° 390 866 [LXB-A0226WZ])**

Saisi pour avis du projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, visant à constitutionnaliser la déchéance de nationalité et l'état d'urgence, le Conseil d'Etat a été favorable, sous certaines réserves, à ce texte. Dans cet avis, il a estimé que la modification envisagée avait un "effet utile" notamment en donnant "un fondement incontestable aux mesures de police administrative prises par les autorités civiles pendant l'état d'urgence" et en permettant une extension des mesures que le législateur aurait pu adopter dans ce cadre au détriment des libertés fondamentales ou de la compétence du juge judiciaire sur celles-ci. Néanmoins, adopté par le Sénat le 22 mars 2016 dans une version très différente de celle votée par la majorité socialiste de l'Assemblée nationale, le projet de réforme constitutionnelle sera abandonné par le Président Hollande.

— **Cons. const., décision, n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence] (N° Lexbase : A9511NZB ; cf. l'Encyclopédie "Procédure pénale" N° Lexbase : E4466EUX)**

Saisi d'une QPC dans le cadre de la première affaire portée devant le Conseil d'Etat à propos de l'assignation à résidence de militants à l'occasion de la COP 21 (CE Contentieux, 11 décembre 2015, n° 395 009 N° Lexbase : A2118NZH ; cf. l'Encyclopédie "Procédure administrative" N° Lexbase : E4038EXT (4)), le Conseil constitutionnel confirme que la Constitution de 1958 "n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence" et que dans le cadre de l'article 34 de la Constitution, il lui appartient d'assurer "la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République" (n° 2015-527 QPC, cons. 8 à 10 ; v. aussi Cons. const., décision n° 2016-600 QPC, du 2 décembre 2016 N° Lexbase : A8023SLQ, cons. 5 à 7 ; Cons. const., décision n° 2016-567/568 QPC, du 23 septembre 2016 N° Lexbase : A0221R4X, cons. 7).

B — Caractère nécessairement temporaire de l'état d'urgence

— **Cons. const., décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016 [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence] (N° Lexbase : A9145PLB)**

A l'occasion d'une QPC portant sur le régime des perquisitions administratives de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015 (N° Lexbase : L2849KRX) (première loi de prolongation), le Conseil constitutionnel estime que ces dispositions ne sont pas entachées d'incompétence négative. Pour le juge constitutionnel, elles opèrent, "s'agissant d'un régime de pouvoirs exceptionnels dont les effets doivent être limités dans le temps et l'espace et qui contribue à prévenir le péril imminent ou les conséquences de la calamité publique auxquels le pays est exposé", une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre les exigences de l'article 2 de la Déclaration de 1789 et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public (cons. 12).

Par cette précision, l'état d'urgence est défini et encadré par le juge constitutionnel de la même manière que par le juge administratif. En 2005, le juge des référés du Conseil d'Etat avait en effet insisté sur le caractère nécessairement temporaire d'un état d'exception dans un état de droit (CE référé, 14 novembre 2005, n° 286 835 N° Lexbase : A6389DLg ; CE référé, 9 décembre 2005, n° 287 777 N° Lexbase : A1194DM8. V. aussi : CE référé, 27 janvier 2016, n° 396 220 N° Lexbase : A7046N4Q). Dans tous ses avis sur les lois de prolongation de l'état d'urgence (avis du 2 février, du 28 avril, et du 18 juillet, du 12 décembre 2016 et du 15 juin 2017) ainsi que dans celui sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, le Conseil d'Etat a constamment rappelé que les renouvellements de

l'état d'urgence ne sauraient se succéder indéfiniment dans le temps et que l'état d'urgence doit impérativement demeurer temporaire. Les menaces durables ou permanentes doivent être traitées, dans le cadre de l'Etat de droit, par les instruments permanents de la lutte contre le terrorisme – à l'image de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (N° Lexbase : L2052LHH ; v. à ce sujet, le commentaire de la loi par M. Touillier N° Lexbase : N1281BXQ) qui a inscrit dans le droit commun (Code de la sécurité intérieure) certains des instruments utilisés dans le cadre de l'état d'urgence comme cela était prévisible (5).

L'une des principales conséquences constitutionnelles de ce caractère temporaire est que les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sur le fondement de la loi de 1955 "*cessent au plus tard en même temps qu'il prend fin [...]*" (Cons. const., décision n° 2015-527 QPC, cons. 13 ; Cons. const., décision n° 2016-535 QPC, du 19 février 2016, cons. 9 N° Lexbase : A9138PLZ). Ainsi, pour les assignations à résidence, si le législateur le prolonge par une nouvelle loi, les mesures "*prises antérieurement ne peuvent être prolongées sans être renouvelées*" (Cons. const., décision n° 2015-527 QPC, cons. 13). Il en est de même pour les interdictions de séjour ou encore les fermetures de lieux de culte.

Le Conseil constitutionnel ne consacre pourtant aucun mécanisme juridictionnel qui permettrait d'obtenir la cessation de ce régime d'exception lorsqu'il s'éternise dans la durée par une succession de renouvellements législatifs pour des durées de plus en plus longues comme cela a été le cas entre 1960 et 1962 (par tous les vecteurs : ordonnances de l'article 16, de l'article 38, etc.) et pour l'état d'urgence de 2015. L'article 3 de la loi du 3 avril 1955 prescrit pourtant que la loi autorisant la prorogation au-delà de douze jours de l'état d'urgence fixe "sa durée définitive".

II – Sur les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence

Les QPC introduites ces deux dernières années à l'encontre de dispositions de la loi de 1955 ont été l'occasion pour le Conseil constitutionnel de préciser le régime juridique de l'état d'urgence valable pour l'ensemble des mesures de police administrative prises sur ce fondement (A). S'il a prononcé certaines censures, il a toutefois le plus souvent neutralisé la portée de ses propres décisions en reportant dans le temps l'effet de celles-ci (B).

A – Régime général des mesures d'état d'urgence

Comme avait déjà eu l'occasion de l'estimer le Conseil d'Etat (CE référé, 14 novembre 2005, n° 286 835 N° Lexbase : A6389DLg ; CE référé, 9 décembre 2005, n° 287 777 ; CE référé, 27 janvier 2016, n° 396 220 ; CE Contentieux, 11 décembre 2015, n° 395 009), le Conseil constitutionnel estime que l'ensemble des mesures adoptées dans le cadre de l'état d'urgence (6) sont des mesures de police administrative (1.), soumises par conséquent au contrôle du seul juge administratif à l'exclusion du juge judiciaire car elles ne sont pas privatives de liberté (2.). Toutefois compte tenu des restrictions apportées aux libertés (liberté personnelle, la liberté d'aller et venir, vie privée, liberté de réunion, etc.), ces mesures sont soumises au "triple test" (nécessité, adaptation à la situation, proportionnalité), constitutionnalisés à cette occasion (4.).

1. Des mesures de police administrative

- **Cons. const., décision n° 2015-527 QPC, du 22 décembre 2015 [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence] (N° Lexbase : A9511NZB ; cf. l'Encyclopédie "Procédure pénale" N° Lexbase : E4466EUX)**

Dès la première décision rendue en QPC le 22 décembre 2015, le Conseil constitutionnel souligne que les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, en particulier les assignations à résidence qui sont prononcées lorsqu'il existe des "*raisons sérieuses de penser*" que le "*comportement*" d'un individu constitue "*une menace pour la sécurité et l'ordre publics*", relèvent de "*la seule police administrative*". Elles ne peuvent "*donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions*" (n° 2015-527 QPC, cons. 5 ; sur la prévention des infractions, cf. notamment CE 9° et 10° s-s-r, 9 novembre 2015, n° 376 107 N° Lexbase : A3603NWD). Ce crédo va ensuite être repris pour toutes les autres mesures adoptées sur le fondement de la loi de 1955 : perquisitions administratives (Cons. const., décision n° 2016-536 QPC, du 19 février 2016, cons. 4), fermeture provisoire des salles de spectacle, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature (Cons. const., décision n° 2016-535 QPC, du 19 février 2016 N° Lexbase : A9138PLZ, cons. 6) ou encore les interdictions de séjour (Cons. const., décision n° 2017-635 QPC, du 9 juin 2017 [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence] N° Lexbase : A7249WGL, cons. 5).

- **Cons. const., décision n° 2017-635 QPC, du 9 juin 2017 [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence] (N° Lexbase : A7249WGL)**

Seul le régime des interdictions de séjour du 3° de l'article 5 de la loi de 1955 (7), est néanmoins déclaré contraire à la Constitution. En effet, elles pouvaient être prononcées de manière très large et imprécise à l'encontre de toute personne "*cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics*". Elles portaient donc une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et de venir et au droit de mener une vie familiale normale dans la mesure

où le législateur a permis le prononcé d'une telle mesure d'une part "*sans que celle-ci soit nécessairement justifiée par la prévention d'une atteinte à l'ordre public*" et d'autre part sans soumettre cette mesure, dont le périmètre peut notamment inclure le domicile ou le lieu de travail de la personne visée, "*à aucune autre condition et il n'a encadré sa mise en œuvre d'aucune garantie*" (cons. 6 et 7).

2. Soumission au seul contrôle du juge administratif à l'exclusion de celui du juge judiciaire

En raison de leur caractère de mesures de police administrative, le Conseil constitutionnel estime, dans la logique de sa jurisprudence Conseil de la concurrence de 1987, que ces mesures sont nécessairement soumises au "seul" contrôle du juge administratif (Cons. const., décision n° 2015-527 QPC, du 22 décembre 2015 N° Lexbase : A9511NZB, cons. 12). Ce contrôle se fait par conséquent à l'exclusion de tout contrôle de l'autorité judiciaire. Et cela même pour les assignations à résidence qui permettent sur la seule base d'un "comportement" jugé suspect par l'administration (sur la base le plus souvent de "notes blanches") d'astreindre à son domicile, durant toute la période d'état d'urgence une personne pendant douze heures par jour, avec jusqu'à trois pointages au commissariat par jour à heures fixes et sans pouvoir sortir du périmètre de la commune, sauf à y être expressément autorisé par le préfet. Pour le juge constitutionnel, ces mesures ne sont pas "privatives" de liberté individuelle mais simplement "restrictives" de la liberté personnelle. Toutefois, curieux hasard, si le législateur avait prévu que la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile dépassait les douze heures par jour, l'assignation aurait "*alors l'état regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution*" (cons. 6).

— Cons. const., décision n° 2017-624 QPC, du 16 mars 2017 [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II] (N° Lexbase : A3171T8X)

Pour le Conseil constitutionnel, même le fait que certaines assignations sont prolongées, dans certaines circonstances, au-delà de douze mois, pour une durée de trois mois (renouvelable tant que l'état d'urgence dure ou est prolongée) n'a "*pas pour effet de modifier sa nature et de la rendre assimilable à une mesure privative de liberté*" (cons. 7). Pourtant, le même juge constitutionnel avait jugé, s'agissant des étrangers en instance d'expulsion pour un motif de terrorisme, que la rétention administrative de six mois dont ils peuvent faire l'objet ne peut être prolongée de douze mois complémentaire sans violer l'article 66 de la Constitution (Cons. const., décision n° 2011-631 DC, du 9 juin 2011 N° Lexbase : A4307HTP, cons. 76).

La même référence au contrôle du juge administratif est également faite s'agissant des perquisitions administratives (Cons. const., décision n° 2016-536 QPC, du 19 février 2016, cons. 10) ou encore de la fermeture provisoire des salles de spectacle, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature (Cons. const., décision n° 2016-535 QPC, du 19 février 2016, cons. 8). Dans ce dernier cas, il est même précisé que la possibilité de contester ces mesures devant le juge administratif, "*y compris par la voie du référé*" est conforme aux exigences de l'article 16 de la DDHC (N° Lexbase : L1363A9D) dès lors qu'il lui appartient "*d'apprécier, au regard des éléments débattus contradictoirement devant lui, l'existence des motifs justifiant la fermeture ou l'interdiction contestée*" (*ibid.*, cons. 14).

Les perquisitions administratives décidées par l'autorité préfectorale sur le fondement de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 sont aussi considérées comme n'affectant en aucune façon la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution. Le fait qu'elles permettent à l'autorité administrative, lorsque l'état d'urgence a été déclaré et si le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence l'a expressément prévu, "*d'ordonner des perquisitions en tout lieu, y compris un domicile, de jour et de nuit, sauf dans un lieu affecté à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics*" puis d'accéder, sur le lieu de la perquisition, à des données stockées dans un système informatique (Cons. const., décision n° 2016-536 QPC, du 19 février 2016, cons. 4).

Le Conseil constitutionnel estime même effectives les voies de recours prévues à l'encontre de l'ordre de perquisition alors même qu'aucun contrôle juridictionnel n'intervient avant que celle-ci ne soit effectuée (8). A ses yeux, l'intervention du juge administratif postérieurement à la mesure est suffisante pour respecter l'article 16 de la DDHC dès lors que la législation existante permet à l'intéressé d'engager la responsabilité de l'Etat (*ibid.*, cons. 11) (9).

— Cons. const., décision n° 2016-567/568 QPC, du 23 septembre 2016 [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II] (N° Lexbase : A0221R4X)

Ce n'est que s'agissant de la possibilité pour l'autorité administrative de copier toutes les données informatiques auxquelles il aura été possible d'accéder au cours de la perquisition que le Conseil constitutionnel exige un contrôle *a priori* d'un juge car cette mesure est "*assimilable à une saisie*". La saisie et l'exploitation des données ainsi collectées doivent en effet, au regard de sa jurisprudence, être autorisées par un juge, et ce d'autant plus que l'occupant du lieu perquisitionné ou le propriétaire des données est susceptible de s'y opposer et une infraction n'est pas nécessaire-

ment constatée. Surtout que peuvent aussi être copiées des données dépourvues de lien avec la personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ayant fréquenté le lieu où a été ordonnée la perquisition (*ibid.*, cons 14).

Dans la décision "Perquisition de l'état d'urgence II", le Conseil censure également le régime de perquisition de 1° de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 résultant de l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 (dans sa version antérieure à la première loi de prorogation du 20 novembre 2015) (N° Lexbase : L1559LAY) car ces dispositions ne soumettaient le recours aux perquisitions "à aucune condition" et en n'encadraient leur mise en œuvre "d'aucune garantie", en méconnaissance de l'article 2 de la Déclaration de 1789 (N° Lexbase : L1366A9H) (cons. 8).

— **Cons. const., décision n° 2017-624 QPC, du 16 mars 2017 [Assignations à résidence dans cadre le de l'état d'urgence II] (N° Lexbase : A3171T8X)**

S'agissant des assignations à résidence de plus d'un an, le Conseil constitutionnel censure, les dispositions en cause (10) comme contraires à l'article 16 de la DDHC car elles attribuaient au juge des référés du Conseil d'Etat la compétence d'autoriser, par une décision définitive et se prononçant sur le fond, le prononcé de la mesure d'assignation à résidence alors que le même Conseil d'Etat statuant au contentieux était amené, par la suite, à se prononcer sur la légalité de cette mesure comme juge en dernier ressort. A l'évidence, un tel mécanisme méconnaissait le principe d'impartialité et le droit à exercer un recours juridictionnel effectif.

A la suite, de cette décision, le Conseil d'Etat a annulé les audiences relatives aux demandes d'autorisation de prolonger des assignations à résidence au-delà de 12 mois qui avaient été prévues pour le 17 mars 2017. Toutefois, paradoxalement, avec cette censure, le juge constitutionnel a rendu moins contraignante pour l'administration la possibilité de prolonger ces assignations "longue durée". Le même 17 mars 2017, il rejette, en appel, le rejet d'un référé-liberté d'un couple de Maubeuge assigné depuis le 23 décembre 2015 au motif que des éléments nouveaux et complémentaires justifiaient le renouvellement de l'assignation en décembre 2016 (CE référé, 17 mars 2017, n° 408 899 N° Lexbase : A7660ULB). Ce n'est qu'en juin 2017 que le renouvellement de cette assignation sera suspendu (CE référé, 19 juin 2017, n° 411 587 N° Lexbase : A4252WIC).

Pourtant dans sa décision "Assignations à résidence de l'état d'urgence II", le juge constitutionnel avait apporté des garanties pour encadrer le renouvellement de ces assignations de plus de douze mois. Celles-ci ne devaient être renouvelées 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" et, 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" (cons. 17). Le Conseil d'Etat a développé une conception très lâche de ces notions en se contentant d'éléments "en partie nouveaux ou complémentaires par rapport à ceux qui avaient justifié son assignation à résidence" (CE Contentieux, 25 avril 2017, n° 409 677 N° Lexbase : A3441WAP).

3. Constitutionnalisation du "triple test"

Les mesures de police administrative prises dans le cadre de l'état d'urgence relevaient initialement d'un contrôle restreint (CE Ass., 16 décembre 1955, "Dame Bourokba"), puis d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (CE 1° et 4° s-s-r., 25 juillet 1985, n° 68 151 [LXB= A3261AMQI]). Dès le début de l'état d'urgence de 2015, le Conseil d'Etat a estimé que compte tenu de leur incidence sur les libertés fondamentales, les mesures de l'état d'urgence relèvent de "l'entier contrôle du juge de l'excès de pouvoir" et qu'il appartient au juge administratif des référés de s'assurer 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 (CE Contentieux, 11 décembre 2015, n° 394 989 N° Lexbase : A2112NZA, cons. 27).

L'approfondissement du contrôle s'imposait également eu égard au fait que l'article 15 de la CESDH (N° Lexbase : L4748AQW) prévoit la possibilité pour les Etats d'adopter des mesures dérogatoires aux droits et libertés garantis par la Convention dans le cadre d'un état d'exception dans la "stricte mesure où la situation l'exige" (11).

Prolongeant cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel constitutionnalise ce qui est appelé le "triple test" (chron. M. Guyomar et X. Domino sous CE Contentieux, 26 octobre 2011, n° 317 827 N° Lexbase : A0171HZD, AJDA, 2012, 35). En effet pour admettre la constitutionnalité des différentes mesures de l'état d'urgence "le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit" (Cons. const., décision n° 2015-527 QPC, du 22 décembre 2015, cons. 12 pour les assignations ; Cons. const., décision n° 2016-536 QPC, du 19 février 2016, cons. 10 pour les perquisitions ; Cons. const., décision n° 2016-535 QPC, du 19 février 2016, cons. 8 pour la police des réunions et des lieux publics).

Incontestablement cette constitutionnalisation du contrôle exercé dans l'arrêt "Benjamin" constitue un progrès important de la protection juridictionnelle des libertés fondamentales dans le cadre d'un état d'exception. Ce progrès est d'ailleurs soumis mis en avant par le Conseil d'Etat pour souligner le caractère protecteur du contrôle exercé par le juge administratif (12). Pourtant à y regarder de plus près ce "triple test" n'a pas d'impact significatif sur l'issue du contentieux administratif des mesures de l'état d'urgence (13). En outre, et surtout l'arrêt du 11 décembre 2015 est en réalité un anti-arrêt "Benjamin" dans la mesure où l'Assemblée du contentieux en consacrant la "logique opérationnelle" (14) a admis que dès lors que les forces de l'ordre sont "particulièrement mobilisées pour lutter contre la menace terroriste et parer au péril imminent ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence", notamment dans le cadre de la COP 21, il est possible de restreindre la liberté d'aller et venir des requérants alors même que le trouble à l'ordre et à la sécurité publics qu'ils représentaient était sans lien avec le péril imminent qui a amené le déclenchement de l'état d'urgence et que ces individus n'étaient pas d'une particulière dangerosité (15).

4. Utilisation des notes blanches

— Cons. const., décision n° 2015-527 QPC, du 22 décembre 2015 [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence] (N° Lexbase : A9511NZB)

Le juge administratif admet de longue date l'utilisation des "notes blanches", notamment dans le contentieux de l'expulsion des étrangers. Dans le cadre de l'état d'urgence de 2015, ces rapports des services de renseignement qui ne sont pas signés ni sourcés ont été au cœur du contentieux administratif de l'état d'urgence en constituant le plus souvent le principal instrument de preuve avancé par l'administration (16). Dès l'affaire "Domenjoud", le Conseil d'Etat a confirmé sa jurisprudence selon laquelle "*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 Contentieux, 11 décembre 2015, n° 394 989, préc., cons. 28). Lui emboitant le pas, le Conseil constitutionnel estime qu'il appartient au juge administratif "*d'apprécier, au regard des éléments débattus contradictoirement devant lui, l'existence de raisons sérieuses permettant de penser que le comportement de la personne assignée à résidence constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics*" y compris sur la base des notes blanches sans porter atteinte à l'article 16 de la DDHC (cons. 15).

B — Neutralisation des inconstitutionnalités constatées par la modulation des effets dans le temps durant l'état d'urgence

C'est assurément l'aspect le moins satisfaisant des décisions rendues par le juge constitutionnel dans le cadre de l'état d'urgence. Probablement pour ne pas essuyer les foudres de l'exécutif et ne pas être craint par celui-ci (17), le Conseil constitutionnel a quasi systématiquement modulé les effets dans le temps de ses décisions de censure.

— Cons. const., décision n° 2016-567/568 QPC, du 23 septembre 2016 [Perquisitions de l'état d'urgence II] (LXB=A0221R4X) et Cons. const., décision n° 2016-600 QPC, du 2 décembre 2016 [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]

Ainsi, si dans "Perquisitions de l'état d'urgence II", le juge constitutionnel constate qu'en l'absence de garanties suffisantes pour protéger le droit au respect de la vie privée, les perquisitions réalisées sur le fondement de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 sont contraires à la Constitution, il a néanmoins validé les actes de procédure pénale consécutifs aux mesures prises sur le fondement des dispositions invalidées eu égard à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde... de l'ordre public (Cons. const., décision n° 2016-567/568 QPC, du 23 septembre 2016, cons. 11). Cela a eu pour effet de "couvrir" toutes les poursuites consécutives aux milliers de perquisitions réalisées dans les premiers jours de l'état d'urgence sur ce fondement avant la modification de cette disposition par la loi du 20 novembre 2015.

Dans "Perquisitions de l'état d'urgence III", une seconde censure platonique, compte tenu de la modulation des effets dans le temps, est également intervenue s'agissant cette fois-ci de la durée de conservation des données prévue par l'article 11 de la loi de 1955 dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 (N° Lexbase : L4410K99) (Cons. const., décision n° 2016-600 QPC, du 2 décembre 2016 N° Lexbase : A8023SLQ) (18).

— Cons. const., décision n° 2017-635 QPC, du 9 juin 2017 [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence] (N° Lexbase : A7249WGL)

Non moins critiquable a été la validation des centaines d'interdictions de séjour inconstitutionnelles dans la décision "Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence". Alors que le juge constitutionnel constate que, par leur imprécision, les dispositions de l'article 5-3° de la loi de 1955 sont frontalement contraires à la liberté d'aller et venir et au droit de mener une vie familiale normale, il estime, au titre de la modulation, et sans aucune motivation de celle-

ci, que "l'abrogation immédiate du 3° de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 entraînerait des conséquences manifestement excessives" et reporte donc l'abrogation au 15 juillet 2017, c'est-à-dire à la date du renouvellement suivant de l'état d'urgence, "afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée" (cons. 9). Dans un Etat de droit, un tel déni de justice qui prive les centaines de personnes interdites de séjour durant l'état d'urgence de la possibilité de se prévaloir de l'inconstitutionnalité constatée est évidemment contraire au droit à un recours effectif garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

Cela est d'autant plus critiquable que, peu après cette décision, le législateur a réintroduit à l'article 5-3° de la loi de 1955 la possibilité pour le préfet d'interdire le séjour "dans tout ou partie du département à toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics". Il a juste précisé que "l'arrêté énonce la durée, limitée dans le temps, de la mesure, les circonstances précises de fait et de lieu qui la motivent, ainsi que le territoire sur lequel elle s'applique, qui ne peut inclure le domicile de la personne intéressée" et que "ces mesures tiennent compte de la vie familiale et professionnelle des personnes susceptibles d'être concernées" (loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017, art. 2 N° Lexbase : L1893LG9).

— **Cons. const., décision n° 2016-535 QPC, du 19 février 2016 [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence] (N° Lexbase : A9138PLZ)**

On relèvera aussi que lorsque le Conseil constitutionnel constate dans la décision "Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence" que les dispositions de la loi du 3 avril 1955 "n'ont ni pour objet ni pour effet de régir les conditions dans lesquelles sont interdites les manifestations sur la voie publique", cela n'entraîne aucune conséquence sur les centaines de manifestations qui avaient été jusque-là interdites par le préfet sur ce fondement. Du reste, là aussi, le législateur a ajouté, peu après la censure, à l'article 8 de la loi de 1955, que "les cortèges, défilés et rassemblements de personnes sur la voie publique peuvent être interdits dès lors que l'autorité administrative justifie ne pas être en mesure d'en assurer la sécurité compte tenu des moyens dont elle dispose" (loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016, art. 3 N° Lexbase : L4410K99) -consacrant ainsi non seulement la possibilité d'interdiction de manifestations durant l'état d'urgence mais aussi la logique opérationnelle de l'arrêt "Domenjoud"-.

— **Cons. const., décision n° 2016-611 QPC, du 10 février 2017 [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes] (N° Lexbase : A7723TBN ; cf. l'Encyclopédie "Droit pénal spécial" N° Lexbase : E5500EXY)**

Enfin, on peut relever aussi la censure de l'article 421-2-5-2 du Code pénal (N° Lexbase : L1221LDL), dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 (N° Lexbase : L4202K87), sur le délit de consultation habituelle de sites internet terroristes. Si la censure ne concerne pas la loi de 1955 sur l'état d'urgence, elle a néanmoins été déposée par un requérant ayant fait l'objet d'assignations à résidence et dont les poursuites pénales ont été enclenchées à la suite de perquisitions administratives et du non-respect des obligations liées à l'assignation. Du reste, après cette censure, ce délit a été réinstauré par le législateur et le même requérant a déposé, à l'occasion de nouvelles poursuites (pour s'être rendu à la... piscine d'une commune voisine et en raison de nouvelles consultations de site), une nouvelle QPC (19).

Le bilan du contentieux constitutionnel de l'état d'urgence est donc en demi-teinte. On peut mettre au crédit du Conseil constitutionnel qu'il a su s'approprier ce contentieux, apporter des garanties, rendre des décisions dans des délais assez rapides (en particulier la décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 qui s'inscrivait dans le cadre d'une procédure de référé-liberté). En revanche, hormis sur l'intervention du juge administratif des référés dans la procédure de saisie et de conservation de données électroniques dans le cadre de perquisitions administratives, il n'a pas su -ou voulu— donner d'effets concrets et réels à ses décisions de censure sur les mesures prises durant l'état d'urgence en cours. On pourrait penser que les Sages de la rue de Montpensier ont voulu encadrer le... prochain état d'urgence (20).

Pour autant le contentieux constitutionnel de l'état d'urgence n'est pas fini. D'une part, deux QPC sont en cours d'examen.

La première (n° 2017-677 QPC ; décision de renvoi : CE 9° 10° ch. — r., 22 septembre 2017, n° 411 771 N° Lexbase : A7450WSQ) porte sur l'article 8-1 de la loi du 3 avril 1955, dans sa version issue de l'article 4 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016, qui permet aux préfets d'autoriser pour une durée de 24 heures les forces de l'ordre à procéder dans des périmètres donnés "à l'inspection visuelle et à la fouille des bagages ainsi qu'à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public". Sur ce fondement ont été adoptés depuis juillet 2016 plus de 2 000 arrêtés préfectoraux ayant donné lieu à un nombre incalculable de contrôles d'identité, particulièrement depuis qu'à Paris, à la suite de l'attentat de Saint-Pétersbourg, le préfet de police a pris des arrêtés quasi quotidiens portant sur une large partie de Paris (d'avril à juin 2017). Le premier de ces arrêtés a été contesté par la LDH devant le Tribunal administratif de Paris, ce qui a permis le dépôt de cette QPC transmise par le Conseil d'Etat au regard du droit à la vie privée et de la liberté d'aller et venir. On sait aussi que ces contrôles sont à haut potentiel

discriminatoire et ont souvent pour conséquence d'augmenter le nombre de sans-papiers interpellés.

La seconde (n° 2017-684 QPC ; décision de renvoi : CE 2° et 7° ch. — r., 06-10-2017, n° 412 407 N° Lexbase : A2754WUK) concerne la possibilité prévue par le 2° de l'article 5 de la loi de 1955 pour les préfets de créer des zones de protection durant l'état d'urgence. Cette possibilité a particulièrement été utilisée par la préfète du Pas-de-Calais notamment au moment du démantèlement de la "jungle" de Calais par un arrêté qui interdisait aux avocats des migrants et à des associations non habilitées d'accéder à celle-ci durant cette évacuation. Déposée à l'occasion du recours au fond contre cet arrêté du 23 octobre 2016 par lequel le préfet du Pas-de-Calais a créé, entre le 24 octobre et le 6 novembre 2016, une zone de protection à Calais (21), elle a été renvoyée par le Conseil d'Etat au regard notamment de la liberté d'aller et venir. Si le juge constitutionnel censure ces dispositions, il n'aura pas besoin, cette fois-ci, de moduler les effets dans le temps puisque l'état d'urgence s'est achevé, faute de renouvellement, le 1er novembre 2017.

Mais c'est surtout l'inscription dans le droit commun par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme qui va donner lieu dans les mois à venir à des QPC, dans la mesure où, malgré les appels dans l'ancien Premier ministre Bernard Cazeneuve (22), le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi de cette loi par une saisine blanche ou par soixante parlementaires. Mais sitôt la loi entrée en vigueur, vingt-deux mesures ont été adoptées (23) : 21 mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (MICAS) de l'article L. 228-1 du Code de la sécurité intérieure (N° Lexbase : L2133LHH) et la création d'un périmètre de protection par le préfet du Nord dans la gare de Lille-Europe dans la demi-heure de chaque départ de Thalys (24). Et comme on pouvait s'y attendre, une QPC a été immédiatement déposée contre une MICAS et transmise par le tribunal administratif de Grenoble au Conseil d'Etat (25). Le juge constitutionnel élèvera-t-il son niveau d'exigence en matière d'atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, lorsque des mesures inspirées de l'état d'urgence, censées être exceptionnelles et temporaires, sont inscrites dans le droit commun ? Rien n'est moins sûr.

(1) La plupart de ces QPC sont dues à l'action de la Ligue des droits de l'Homme, et de leurs avocats, en particulier MMe François Sureau, Spinosi et à Nicolas Hervieu dans la mesure où elles ont été déposées par cette association ou ont fait l'objet d'intervention volontaire devant le Conseil constitutionnel de la LDH. V. les plaidoiries de Me Sureau : *Pour la liberté. Répondre au terrorisme sans perdre raison*, Tallandier, 2017.

(2) Pour le détail cf. Olivier Beaud, Cécile Guérin-Bargues, *L'état d'urgence. Etude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, 2016.

(3) Par le Général de Gaulle avec l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960.

(4) L'un des requérants de cette affaire, après avoir épuisé les voies de recours internes contre l'assignation à résidence dont il a fait l'objet s'apprête à saisir la Cour européenne des droits de l'Homme de son dossier.

(5) V. pour un rappel un peu moqueur : Véronique Champeil-Desplats, Stéphanie Hennette-Vauchez et Serge Slama, *Le vrai-faux avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi portant (énième) prorogation de l'état d'urgence*, La Revue des droits de l'Homme [en ligne], Actualités Droits-Libertés, 2 juin 2017.

(6) Sous la seule réserve des sanctions pénales prononcées sur le fondement de l'article 13 de la loi de 1955. Malgré certaines tentatives aucune QPC n'a été transmise sur cette disposition problématique.

(7) Dans la pratique, ces interdictions de séjour ont surtout été utilisées pour interdire individuellement à des personnes de se rendre à des manifestations (en lien avec Notre Dame des Landes, la mobilisation contre la loi "El-Khomri" ou encore en lien avec la "jungle" de Calais) ou à des événements (comme l'arrivée du Tour de France). Cf. *Amnesty International, Un droit, pas une menace, Restrictions disproportionnées à la réunion pacifique sous couvert de l'état d'urgence en France*, Rapport, 2017.

(8) V. la position de la Cour de Strasbourg : CEDH, 21 février 2008, Req. 18 497/03 (N° Lexbase : Agg79D4D), § 28-35 ; CEDH, 20 novembre 2008, Req. 2058/04 (N° Lexbase : A3084EBT), § 23 ; CEDH, 16 octobre 2008, Req. 10 447/03 (N° Lexbase : A7387EAT) § 22 ; CEDH, 18 septembre 2008, Req. 18 659/05 (N° Lexbase : A3889EAB), § 26 ; CEDH, 21 décembre 2010, Req. 29 408/08 (N° Lexbase : A6826GN7), § 36.

(9) V. pour le détail des exigences du juge administratif sur les perquisitions administratives et le régime de responsabilité : CE Contentieux, 6 juillet 2016, n° 398 234 (N° Lexbase : A7662RWP). A noter que les nouvelles "visites et saisies" de l'article L. 229-1 du Code de la sécurité intérieure (N° Lexbase : L2123LH4) issu de la loi du 30 octobre 2017 qui sont autorisées par le JLD. L'article L. 229-6 du Code de la sécurité intérieure (N° Lexbase : L2128LHB) prévoit que ce sont les juridictions de l'ordre judiciaire qui sont compétentes "pour connaître du contentieux indemnitaire résultant des mesures prises en application du présent chapitre, dans les conditions prévues à l'article L. 141-1 du Code de

l'organisation judiciaire", c'est-à-dire une responsabilité pour faute lourde.

(10) Issus des onzième à quatorzième alinéas de l'article 6 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 (N° [Lexbase : L8588LBP](#)).

(11) V. Couronne, *La Convention européenne des droits de l'Homme devant le juge administratif en période d'état d'urgence*, RDP, 1er mars 2017, p. 355 ; P. Wachsmann, *Contrôle des mesures prises au titre de l'état d'urgence et convention européenne des droits de l'Homme*, AJDA, 2016 p. 2425.

(12) V. not. Jean-Marc Sauvé, *Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés*, Institut Portalis, Aix-en-Provence, 17 mars 2017 ; Bernard Stirn, *Ordre public et libertés publiques*, Colloque sur l'ordre public, organisé par l'Association française de philosophie du droit les 17 et 18 septembre 2015.

(13) Cela a été démontré par l'analyse de 750 décisions de TA et CAA dans une étude en cours *L'état d'urgence au prisme contentieux : analyse de corpus* (S. Henneville Vauchez, M. Kalogirou, N. Klausser, C. Roulhac, S. Slama, V. Souty), in CREDOF, *Ce qui restera toujours de l'urgence*, Rapport intermédiaire de recherche Convention n° 2016 DDD/CREDOF, septembre 2017. V. S. Faure, P. Alonso, *Etat d'urgence : des travers dans l'Etat de droit*, Libération, 27 juin 2017 ; A. Chemin, *Conseil d'Etat : quand les recours n'aboutissent pas ou peu*, Le Monde, 11 octobre 2017.

(14) Xavier Domino, *Assignations à résidence en état d'urgence* (conclusions sur CE Contentieux, 11 décembre 2015, n° 394 989 N° [Lexbase : A2112NZA](#)), RFDA, 2016 p.105

(15) V. sur ces questions : Stéphanie Henneville Vauchez, Serge Slama, *Le droit administratif de l'Etat d'urgence dans la durée*, AJDA, 2017, edito, p. 137. 364 ; *Etat d'urgence : l'émergence d'un droit administratif de l'ennemi*, AJDA, 2017, edito, p. 1801 ; *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*, Cahiers de la justice, 2017/2, pp. 281-298.

(16) V. pour un point récent : Jean-Philippe Fœgler, Nicolas Klausser, *La zone grise des notes blanches*, Délibérée (revue du SM), 2017/2 (N° 2), p. 41-45.

(17) Au cours de la discussion parlementaire devant le Sénat le 20 novembre 2016, le premier ministre Manuel Valls avait dit être "dubitatif sur l'idée de saisir le Conseil constitutionnel. Car il y a toujours un risque. Si le Conseil répondait que la loi révisée est inconstitutionnelle sur un certain nombre de points, cela peut faire tomber 786 perquisitions et 150 assignations à résidence déjà faites".

(18) Paul Cassia, *La neutralisation des inconstitutionnalités de la loi sur l'état d'urgence*, Le blog Médiapart de Paul Cassia, 20 décembre 2016.

(19) *L'islamiste repart en prison à cause de son goût pour la balnéo*, [en ligne], Courrier de l'Ouest, 13 juillet 2017.

(20) Le 1er novembre le ministre de l'Intérieur Gérard Collomb a annoncé que l'état d'urgence serait remis en vigueur s'il y avait de nouveaux "meurtres de masse".

(21) Le référé a abouti à un non-lieu à statuer car la préfète de Calais a abrogé l'arrêté juste avant l'audience alors que le bidonville de la Lande avait été entièrement évacué v. [en ligne], sur le site du GISTI.

(22) Jean-Baptiste Jacquin, *Loi antiterroriste ? : Bernard Cazeneuve sort du silence*, Le Monde du 5 octobre 2017.

(23) Assemblée nationale, *Mesures de police administrative prises dans le cadre des articles 1er à 4 de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, 3 novembre 2017

(24) Recueil des actes administratifs, n° 246, du 2 novembre 2017.

(25) M-Rees, *Le cœur de la loi antiterroriste déjà visé par une question prioritaire de constitutionnalité* [en ligne], Nextinact, 8 novembre 2017. Voir aussi le compte Twitter de Me Bruno Vinay.