



HAL
open science

Le maintien de l'état d'urgence : vers un nouveau droit des droits et libertés ?

Ariane Vidal Naquet

► **To cite this version:**

Ariane Vidal Naquet. Le maintien de l'état d'urgence : vers un nouveau droit des droits et libertés ?. La sortie de l'état d'urgence, Oct 2017, Bordeaux, France. halshs-02112647

HAL Id: halshs-02112647

<https://shs.hal.science/halshs-02112647>

Submitted on 26 Apr 2019

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.

Le maintien de l'état d'urgence : vers un nouveau droit des droits et libertés ?

Ariane Vidal Naquet

Le maintien de l'état d'urgence marque-t-il « défondamentalisation » du droit des droits et libertés ? Ce néologisme signifierait, si ce n'est le retour à l'ancien droit des libertés publiques, tout au moins l'atténuation de la protection qu'est censée offrir la fondamentalisation des droits et libertés. Il serait ainsi le signe, voire le rappel, de la fragilité de ce processus : loin d'être un mouvement inéluctable, l'accomplissement d'une vérité historique, la fondamentalisation des droits, du droit, est un mouvement contingent, incertain, et donc éminemment fragile.

Le maintien doit, ici, être entendu dans un double sens : il est à la fois prolongation et conservation. L'état d'urgence est, d'abord, maintenu dans la durée. Prolongé par 6 lois successives, celles du 20 novembre 2015, du 19 février 2016, du 20 mai 2016, du 21 juillet 2016, du 19 décembre 2016 et, enfin, du 11 juillet 2017, pour des durées d'ailleurs de plus en plus longues (3 mois, 3 mois, 2 mois, 5 mois, 7 mois), l'état d'urgence s'est installé dans le temps. Mesure d'exception, il s'est pourtant maintenu pendant près de 2 ans. L'état d'urgence s'est également installé dans l'ordre juridique. Il a été confirmé, tout au moins dans son principe, par les lois successives qui sont venues le modifier et, implicitement, le conforter¹. Surtout, l'état d'urgence est conservé voire normalisé par la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme n°2017-1510 du 30 octobre 2017, qui intègre les principales de ses dispositions dans le droit commun, de sorte que le droit de l'état d'urgence n'est plus un droit exceptionnel, mais un droit commun, à savoir le droit de l'ordinaire, le droit partagé, le droit du plus grand nombre, peut-être même le droit qui rassemble....

Ainsi appréhendé, le maintien de l'état d'urgence modifie profondément le droit des droits et libertés, entendu tant comme objet que comme discours. Plus particulièrement, il modifie la façon d'appréhender et, en conséquence, d'enseigner le droit des droits et libertés. Aussi, la question posée « vers un nouveau droit des droits et libertés ? » sera traitée sous l'angle du discours juridique et, plus particulièrement, de l'enseignement du droit. Le maintien de l'état d'urgence affecte d'une manière telle le droit des droits et libertés que l'enseignement de ce dernier en est bousculé². Le cours correspondant, dispensé en Licence (L3 voire L2), à l'intitulé variable (Droits et libertés fondamentaux, Théorie générale des libertés fondamentales, Droits de l'homme et libertés fondamentales, Droit des libertés fondamentales ...), permet de prendre la mesure des transformations qui affectent le droit des libertés. Il y a un avant et un après l'état d'urgence. Le maintien de ce dernier invite à repenser le cours en termes quantitatifs aussi bien que qualitatifs.

Quantitativement parlant, l'état d'urgence n'a représenté, pendant longtemps, qu'un paragraphe du cours, sagement rangé aux côtés de l'article 16 C sur les pleins pouvoirs et de l'article 36 C sur l'état de siège, voire de la théorie des circonstances exceptionnelles, dans la présentation des régimes d'exceptions, ces derniers étant envisagés comme des parenthèses pour la plupart datées, résiduelles voire anecdotiques et étant abordés en fin de cours, comme des exceptions à la règle générale, qu'ils ne semblaient que confirmer. Dès 2015, en revanche, et comme il l'avait été également mais de manière plus ponctuelle en 2005 au moment des émeutes dans les banlieues, le régime de l'état d'urgence est propulsé dans la séance introductive, censée permettre aux étudiants de mesurer immédiatement l'intérêt d'un cours de Libertés fondamentales, son actualité et les enjeux qui s'y rattachent. Aujourd'hui, en 2017, l'état d'urgence anime l'ensemble du cours, depuis la séance introductive, en passant par la question de la constitutionnalisation et de l'internationalisation des sources des libertés fondamentales, la place du juge administratif et du juge judiciaire dans la

¹ Retouchée, à la marge, en 1960 et en 2011, la loi du 3 avril 1955 a été modifiée par les lois du 20 novembre 2015, du 21 juillet 2016, du 19 décembre 2016 et du 11 juillet 2017, qui ont instauré notamment un contrôle parlementaire, élargi certaines prérogatives ou encore précisé le régime de certaines mesures telles les assignations à résidence

² Même s'il ne s'agit ici que d'une expérience personnelle, en tant que chargée d'un cours Théorie générale des libertés fondamentales L2 à Aix-Marseille Université

protection des libertés, les modalités du contrôle exercé par le juge constitutionnel, de sorte que l'état d'urgence se trouve, quantitativement parlant, placé au cœur du droit des droits et libertés. L'évolution est également qualitative. Qu'enseigne-t-on, en effet, classiquement³, dans ce cours de droit des libertés ? Passé le rappel des fondements philosophiques et historiques des droits et libertés se pose la question de la spécificité voire de la nature des droits et libertés fondamentaux. En effet, sous l'influence notamment de l'école aixoise, s'est développée l'idée que les droits et libertés fondamentaux sont des droits proclamés à un niveau supra-législatif, au niveau constitutionnel ou conventionnel, ce qui permet de les placer hors d'atteinte du législateur. Cette approche formelle peut d'ailleurs être combinée avec une approche matérielle : c'est en raison de leur importance que ces droits et libertés sont proclamés à un niveau supra législatif. Cette consécration supra législative, et la méfiance vis-à-vis du législateur qu'elle implique, justifie d'ailleurs le passage des traditionnelles « libertés publiques », terminologie traditionnellement privilégiée en France, aux « droits et libertés fondamentaux », expression qui a fini par s'imposer dans la dogmatique juridique alors qu'elle ne coïncide guère avec le droit positif, y compris dans la procédure QPC, qui se contente d'évoquer la méconnaissance des « droits et libertés que la Constitution garantit ». Qu'enseigne-t-on encore ? Que, justement parce qu'ils sont consacrés à un niveau constitutionnel ou conventionnel, ces droits et libertés fondamentaux doivent être mis en œuvre par le législateur, seul compétent pour déterminer les garanties accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés ; qu'ils ne peuvent être mise en cause que par le législateur, sous certaines conditions et sous le contrôle vigilant du Conseil constitutionnel. On dit également que les droits et libertés fondamentaux, présentés essentiellement comme des permissions d'agir, s'exercent selon des régimes différenciés, qui varient d'un régime répressif, considéré comme le plus libéral, le plus respectueux des libertés et le plus répandu, à un régime préventif, d'autorisation préalable, bien plus contraignant. On enseigne encore que la protection des droits et libertés fondamentaux est traditionnellement assurée par le juge judiciaire, l'autorité judiciaire étant gardienne de la liberté individuelle aux termes de l'article 66 C, ce qui n'empêche pas l'intervention, ponctuelle, du juge administratif et de sa fameuse arme du recours pour excès de pouvoir. Toutefois, le maintien de l'état d'urgence incite à relativiser fortement cette présentation. Il conduit à l'installation d'un nouveau droit des droits et libertés fondamentaux qui prend, précisément, le contrepied du régime classique⁴. Ce nouveau droit est caractérisé par la délégalisation de la protection des droits et libertés, la généralisation des atteintes qui y sont portées, la marginalisation du contrôle de constitutionnalité, la banalisation du régime préventif et, enfin, la maximisation de la place occupée par le juge administratif, conduisant à une sorte de « défondamentalisation » du droit des droits et libertés.

1- La délégalisation de la protection des droits et libertés

Si la constitutionnalisation des droits et libertés repose sur un mouvement général de défiance à l'égard du législateur, le mythe du « bon législateur » survit. Celui-ci dispose d'une compétence générale dans la protection des droits et libertés, déjà esquissée aux articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789 et consacrée à l'article 34 de la Constitution de 1958 : le législateur accorde aux citoyens les garanties fondamentales nécessaires à l'exercice des libertés publiques, dans le respect des dispositions constitutionnelles. Il ne s'agit pas seulement d'une règle de compétence mais aussi d'une exigence substantielle : le législateur doit accorder aux citoyens les garanties nécessaires à l'exercice des libertés fondamentales, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, conduisant

³ Le « classiquement » est ici fortement marqué par l'approche de l'école dite aixoise du droit constitutionnel, qui fait des droits et libertés un des domaines du droit constitutionnel

⁴ « Des mesures prévues dans le cadre du régime dérogatoire de l'état d'urgence, conçu comme une suspension temporaire des droits et libertés garantis par la Constitution, se voient aggravées et pérennisées par leur inscription dans le droit ordinaire, affectant gravement le régime français des libertés et droits fondamentaux », écrit ainsi la CNCDH dans son avis sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, JO n°0269 du 18 novembre 2017, texte n°76

notamment à ce qu'il ne puisse pas priver de garanties légales des droits et libertés constitutionnellement garantis. Pourtant, la loi du 3 avril 1955 repose sur la logique exactement inverse : la protection n'est pas assurée par la loi qui organise, au contraire, les atteintes aux droits et libertés.

La loi du 3 avril 1955 souligne, d'abord, que le pouvoir législatif est compétent pour établir un régime d'exception attentatoire aux droits et libertés. Cette compétence n'avait rien d'évident, notamment à la suite de l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958. D'une part, la Constitution de 1958 ne prévoit que deux régimes d'exception que sont l'état de siège de l'article 36C et les pleins pouvoirs de l'article 16 C. Le silence du constituant sur l'état d'urgence, pourtant appliquée peu de temps avant l'adoption de la Constitution du 4 octobre⁵, aurait pu être interprété comme le refus de constitutionnaliser un régime déjà considéré, à l'époque, comme profondément attentatoire aux libertés publiques. D'autre part, la compétence du législateur pour établir un tel régime pouvait être sujette à caution. En effet, alors que l'article 34 précise que le législateur fixe garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, la loi du 3 avril 1955 aménage, à l'inverse, un régime attentatoire aux droits et libertés.

Ces deux arguments ont été écartés tant par le Conseil constitutionnel que par le Conseil d'Etat. Saisi de la loi prorogeant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel a jugé que le silence du constituant ne faisait pas obstacle à la possibilité d'instaurer, par voie législative, un nouveau régime d'exception ; plus encore, inversant l'argumentation des saisissants, il a fondé la compétence du législateur sur l'article 34 C, considérant que, « dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré »⁶. Saisi en 2005 d'un recours visant à ce qu'il constate l'abrogation implicite de la loi du 3 avril 1955 au motif que seul l'état de siège est constitutionnellement consacré, le juge administratif a tenu le même raisonnement⁷. La consécration du régime de l'état de siège sur le plan constitutionnel ne fait pas obstacle à ce que le législateur institue, dans le cadre des compétences qui lui sont constitutionnellement dévolues, un régime d'état d'urgence ; il n'existe donc pas entre le régime de l'état d'urgence et la Constitution une incompatibilité de principe qui permettrait de la considérer comme ayant été abrogée par l'entrée en vigueur de la Constitution.

Non seulement la loi n'assure plus la protection des libertés, mais encore, elle organise et aménage les conditions de son propre dessaisissement. La loi du 3 avril 1955 est un régime qui autorise l'exécutif à porter atteinte aux droits et libertés. Certes, la mise en œuvre de l'état d'urgence repose sur un acte législatif : l'état d'urgence ne peut être déclaré que par la loi et seule la loi détermine les circonscriptions territoriales dans lesquelles il entrera en vigueur (selon l'article 2 dans sa rédaction initiale) ; la loi fixe la durée de l'état d'urgence, qui ne peut être prolongée que par une loi nouvelle (art. 3) ; seule la loi peut établir l'état d'urgence dit renforcé (art. 11). Mais, une fois l'état d'urgence

⁵ L'état d'urgence a été appliqué du 3 avril au 1^{er} décembre 1955 puis du 17 mai au 15 juin 1958

⁶ Bien que l'article 36 de la Constitution vise expressément l'état de siège, la Constitution « *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* » ; « *considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré* », il en conclut que, la loi du 3 avril 1955 n'étant contraire ni à la Constitution ni à son Préambule, « *la Constitution du 4 octobre 1958 n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, qui, d'ailleurs, a été modifiée sous son empire* » (Décision 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, Rec. 43, cons. 3). Ce raisonnement est repris dans des décisions plus récentes, comme par exemple la décision 2017-684 QPC, 11 janvier 2018, Associations La cabane juridique / Legal Shelter et autre [Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence], cons. 3 : « *La Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'urgence. Il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* »

⁷ CE, ord., 21 novembre 2005, n°287217

déclaré, la loi du 3 avril 1955 transfère le pouvoir de décision aux autorités administratives. De ce point de vue, la loi du 3 avril 1955 peut être analysée comme une habilitation conférée par le législateur à l'autorité administrative de porter atteinte à des droits qui sont constitutionnellement consacrés et auxquels le législateur ne peut lui-même porter atteinte que sous des conditions restrictives, tenant à l'objectif poursuivi et aux conséquences de la mesure, et sous le contrôle du Conseil constitutionnel. Elle constitue, en conséquence, la délégation d'une compétence que le législateur, lui-même, ne détient que sous certaines conditions. On relèvera d'ailleurs que le régime de l'état d'urgence repose sur cette translation de compétences, du législateur aux autorités administratives, du juge constitutionnel au juge administratif.

2- L'insuffisance du contrôle de constitutionnalité

La loi du 3 avril 1955 n'a été qu'indirectement et imparfaitement soumise au contrôle de constitutionnalité, soulignant les limites tant du contrôle a priori que du contrôle a posteriori.

Cette loi a, en effet, largement échappé au contrôle de constitutionnalité, en 1955 évidemment mais également par la suite. Saisi en 1985 de la loi déclarant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel aurait pu s'estimer saisi, par ricochet, de la loi du 3 avril 1955. Telle était, en tous les cas, l'argumentation soutenue par les requérants. Tout en se reconnaissant, de manière purement prétorienne, compétent pour apprécier la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée, considérant que « *la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine* », le Conseil constitutionnel juge qu'en l'espèce, « *il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi* »⁸. Sous prétexte qu'il ne s'agit que d'une loi d'application, le Conseil constitutionnel déconnecte totalement les deux normes, quasi étrangères l'une à l'autre, alors même qu'il peut, dans d'autres circonstances, raisonner différemment : par exemple, saisi d'une loi autorisant la ratification d'un engagement international sur le fondement de l'article 61, il n'hésite pas à examiner la conformité à la Constitution de ce dernier alors même qu'un parallèle pourrait être dressé entre la loi autorisant la ratification et l'engagement international, d'un côté, et la loi de régime et la loi d'application de l'autre. Dans le prolongement de cette jurisprudence dite Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel aurait néanmoins pu être invité à vérifier la constitutionnalité de la loi du 3 avril 1955 à l'occasion de l'examen des dispositions législatives la modifiant, la complétant ou affectant son domaine par exemple en 2015 ou en 2016. Mais il n'a été saisi d'aucune des lois modifiant le régime de l'état d'urgence, ni même de la loi la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme du 30 octobre 2017, illustrant ainsi les limites de la saisine *a priori* du juge constitutionnel.

Si contrôle il y a eu, c'est un contrôle tardif et partiel. Tardif, puisqu'il a fallu attendre l'entrée en vigueur de la QPC pour que certaines de ses dispositions puissent être contestées par voie d'exception. Plusieurs QPC ont ainsi été déposées portant sur le régime des assignations à résidence⁹, sur la fermeture provisoire des salles de spectacles, débit de boissons et lieux de réunion de toute nature¹⁰, sur les perquisitions administratives¹¹, sur les contrôles d'identité, fouilles de

⁸ Décision 85-187 DC préc., cons. 10

⁹ Décision 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence] et n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]

¹⁰ Décision 2016-535 QPC, 19 février 2016 Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence]

¹¹ Décision 2016-536 QPC, 19 février 2016, Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence], prononçant d'ailleurs la première censure - Décision 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016, M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II] - qui juge

bagages et visites de véhicules¹², la réquisition de données de connexion¹³, sur les zones de protection ou de sécurité¹⁴, sur les assignations à résidence de droit commun¹⁵. Au final, une douzaine de QPC ont été renvoyées au Conseil constitutionnel, portant certes sur la constitutionnalité des dispositions phares de la loi du 3 avril 1955 mais soulignant l'usage finalement assez retenu du contrôle *a posteriori*¹⁶. Surtout, le contrôle ainsi exercé par le Conseil constitutionnel n'est qu'un contrôle partiel : la loi du 3 avril 1955 est examinée en pièces détachées à l'occasion de QPC qui ne portent que sur certaines des mesures de la loi et non sur le régime global de l'état d'urgence. Toutes les mesures qu'autorise l'état d'urgence, et qui sont ouvertes de plein droit par la déclaration, sont-elles adaptées, nécessaires, proportionnées à l'objectif poursuivi ? Comment apprécier la cohérence globale du dispositif ? La QPC illustre, en réalité, une forme de micro-constitutionnalité qui ne permet pas d'appréhender le régime de l'état d'urgence dans sa globalité¹⁷. A cela s'ajoutent les limites tenant à l'effet des décisions QPC. En effet, le Conseil constitutionnel dispose, aux termes de l'article 62-2 C, du pouvoir de prononcer une abrogation à effet différé et de reporter dans le temps les effets que la disposition législative litigieuse a pu produire. Invoquant les conséquences excessives que pourrait avoir une abrogation immédiate et le risque de méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, le Conseil constitutionnel a fait un usage généreux de cette faculté. Ainsi, s'il a prononcé plusieurs abrogations, seules 3 d'entre elles ont été à effet immédiat¹⁸, 1 à effet immédiat mais avec modulation dans le temps des effets produits, empêchant la remise en cause des actes de procédure pénale consécutifs à une mesure prise sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution¹⁹, les 6 autres étant à effet différé²⁰. Le contrôle *a posteriori* est, en effet, un contrôle bien plus déstabilisateur pour l'ordre juridique dans son ensemble, justifiant d'ailleurs le pouvoir accordé au Conseil constitutionnel par l'article 62 C. De la sorte, l'état d'urgence s'est avéré, finalement, un régime d'exception échappant assez largement à la protection qu'est censée offrir le contrôle juridictionnel de la loi.

3- La banalisation des atteintes aux droits et libertés

Sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 sont admises toute une série d'atteinte aux droits et libertés qui, en temps normal, ne seraient autorisées que sous des conditions restrictives. De

inconstitutionnelle les perquisitions effectuées entre le 14 et le 20 novembre 2015, tout en neutralisant cette inconstitutionnalité dont nul ne peut se prévaloir - Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III],

¹² Décision 2017-677 QPC, 1er décembre 2017, Ligue des droits de l'Homme [Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence]

¹³ CC n° 2017-648 QPC du 4 août 2017, La Quadrature du Net et autres [Accès administratif en temps réel aux données de connexion]

¹⁴ Décision 2017-684 QPC, 11 janvier 2018, Associations La cabane juridique / Legal Shelter et autre [Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence]

¹⁵ Décision 2017-691 QPC, 16 février 2018, M. Farouk B., [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme), le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer pour la première fois sur les assignations à résidence introduites dans le droit commun par la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme

Décision 2017-695 QPC, 29 mars 2018, M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme] sur les périmètres de protection de l'article L. 226-1 du code de la sécurité intérieure, dans sa rédaction issue de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme

¹⁶ Une étude systématique mériterait d'être faite sur le nombre de QPC soulevées devant les juridictions de fond et sur le filtrage exercé par les cours suprêmes

¹⁷ Voir notamment les recherches de P. Giraud, *Recherches sur la microconstitutionnalité*, thèse en cours, Aix-Marseille Université

¹⁸ Décisions n°2015-536 QPC préc., 2017-624 QPC et 2017-684 préc. prononcées après la levée de l'état d'urgence

¹⁹ Décision n°2016-567/568 QPC préc.

²⁰ Décisions n°2016-600 QPC, 2017-635 QPC, 2017-577 QPC, 2017-648 QPC, 2017-691 QPC et 2017-695 QPC préc.

nombreux droits et libertés sont concernés : la liberté de circulation et la liberté d'aller et venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, avec notamment l'instauration de couvre-feux, la délimitation de zones de protection ou de sécurité ou encore les interdictions de séjour ou les assignations à résidence ; la liberté d'association, puisque le Gouvernement peut dissoudre les associations « qui participent à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public » ; la liberté individuelle avec la possibilité de procéder à des contrôles d'identité, le droit au respect de la vie privée ou encore le droit à une vie familiale normale avec notamment les assignations à résidence ; la liberté de réunion et de manifestation puisqu'en régime renforcé, les autorités administratives peuvent limiter la liberté de réunion et de manifestation ; la liberté de communication, avec la possibilité de prendre toutes mesures pour assurer le contrôle de la presse, de la radio, du ciné, du théâtre etc. Le régime de l'état d'urgence permet ainsi la généralisation des atteintes aux droits et libertés, par des mesures tantôt générales (couvre-feux), tantôt particulières (assignation à résidence, interdiction de séjour), autorisant des mesures tantôt communes (couvre-feux), tantôt inconnues du droit public tout au moins en 1955 (interdictions de séjour ou l'instauration de zones de protection et de sécurité²¹), visant aussi bien les libertés physiques que les libertés intellectuelles, les libertés individuelles que les libertés collectives, les droits de la première génération mais aussi les droits économiques et sociaux dits de la seconde génération. Le bilan de l'état d'urgence est éloquent : quelques 4500 perquisitions administratives, plus de 5300 arrêtés autorisant les contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules, plus de 750 mesures d'assignation à résidence, une vingtaine de fermetures de lieux de réunions, 75 zones de protection et de sécurité mises en place²² Autant de chiffres qui témoignent de la banalisation des atteintes aux droits et libertés. Ces dernières auraient d'ailleurs pu constituer un changement de circonstances permettant le réexamen en QPC de dispositions déjà déclarées conformes à la Constitution, comme dans la fameuse QPC Garde à vue de 2010.

Ces atteintes sont à la fois inconditionnelles et multidimensionnelles, invitant à s'interroger sur l'effectivité de la protection qu'est censée offrir la consécration constitutionnelle des droits et libertés. La déclaration d'état d'urgence suffit à ouvrir, de plein droit, la possibilité de restrictions aux droits et libertés consacrés par la Constitution. Pour l'essentiel, les dispositions de la loi du 3 avril 1955 ne sont subordonnées à aucune condition particulière si ce n'est la situation d'état d'urgence²³. Autrement dit, la seule déclaration d'état d'urgence peut être considérée comme un acte condition, déclenchant automatiquement l'application d'un régime particulier²⁴, qui permet de restreindre les droits et libertés constitutionnellement proclamés. Cette absence de conditionnalité a d'ailleurs été condamnée par le Conseil constitutionnel, puisque ce dernier a censuré les dispositions de la loi du 3 avril 1955 qui ne subordonnaient pas les mesures susceptibles d'être prises à des conditions particulières ou ne les entouraient pas de garanties suffisantes²⁵. Reste que

²¹ En ce sens, voir A. Heymann-Doat, « L'état d'urgence, un régime juridique d'exception pour lutter contre le terrorisme ? », *Arch. pol. crim.* 2016, p. 69, citant en ce sens R. Drago, « L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques », *RDP* 1955, p. 682

²² Bilan établi en recoupant les données fournies par la Commission des lois de l'Assemblée nationale et celles publiées par le Ministère de l'Intérieur entre le 14 novembre 2017 et le 31 octobre 2017.

²³ Il en va tout particulièrement ainsi des dispositions relatives aux interdictions de circulation, aux zones de protection ou encore à la fermeture des lieux de réunion ; d'autres sont rédigées en des termes flous, par exemple les interdictions de séjour pour les personnes « cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics » ou les assignations à résidence pour ceux « dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics »

²⁴ Pour l'état d'urgence dit normal, sur mention express pour l'état d'urgence aggravé

²⁵ Voir les décisions 2016-536 QPC pour les copies de données informatiques (14. *Considérant (...) que le législateur n'a pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée*), n° 2016-567/568 QPC, préc., cons. 8 pour les perquisitions administratives (« 8. *en ne soumettant le recours aux perquisitions à aucune condition et en n'encadrant leur mise en œuvre d'aucune garantie, le législateur n'a [avait] pas assuré une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée* », 2017-635 QPC pour les interdictions de séjour (6. *En second lieu, le législateur n'a*

la jurisprudence est, sur cette question, loin d'être tout à fait stabilisée. Le Conseil constitutionnel s'abrite derrière le considérant classique selon lequel il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre la prévention des atteintes à l'ordre public et le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République mais le contrôle exercé ne permet pas de cerner selon quels critères est appréciée la conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits et libertés garantis, donnant le sentiment d'une jurisprudence un peu impressionniste. En particulier, le fameux triple test de proportionnalité, selon lequel l'atteinte doit être adaptée, nécessaire, proportionnée, n'est guère utilisé, invitant à s'interroger sur l'opportunité d'inscrire, dans la Constitution, une clause générale de limitation des droits et libertés, à l'instar de ce qui existe dans le droit de la CEDH, qui permettrait au Conseil constitutionnel d'affermir et de systématiser une jurisprudence encore hésitante.

En second lieu, la déclaration d'état d'urgence autorise des atteintes à l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement protégés. Certes, certains droits et libertés semblent plus particulièrement concernés par l'état d'urgence, par exemple la liberté d'aller et venir et le droit au respect de la vie privée. Mais l'état d'urgence se dissémine sur l'ensemble des droits fondamentaux : le droit de mener une vie familiale normale, le droit du travail, la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle, le principe d'égalité²⁶ ... Il a, ainsi, de manière directe ou indirecte, un impact sur l'ensemble des droits et libertés. Toutefois, le contrôle de constitutionnalité tend à masquer cette généralisation des atteintes. En effet, le Conseil constitutionnel concentre le plus souvent son contrôle sur les droits et libertés qui sont atteints, au premier chef, par ces restrictions, balayant souvent dans un considérant succinct les atteintes dans les décisions de conformité à la Constitution, voire ne les examinant pas, comme le lui permet la technique dite de l'économie de moyens, lorsqu'il prononce une déclaration de non-conformité. Or, en limitant son examen à tel ou tel grief et en éludant les autres, le juge masque le caractère multidimensionnel des atteintes aux

*soumis cette mesure d'interdiction de séjour, 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***, n° 2017-677 QPC précitée pour les contrôles d'identité, l'inspection visuelle et la fouille des bagages ainsi que la visite des véhicules (6 Or, en prévoyant que ces opérations peuvent être autorisées en tout lieu dans les zones où s'applique l'état d'urgence, le législateur a permis leur mise en œuvre sans que celles-ci soient nécessairement justifiées par des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public dans les lieux en cause), 2017-684 QPC préc. pour les zones de protection et de sécurité (5. Toutefois, d'une part, le législateur n'a soumis la création d'une zone de protection ou de sécurité à aucune autre condition. D'autre part, il n'a pas défini la nature des mesures susceptibles d'être prises par le préfet pour réglementer le séjour des personnes à l'intérieur d'une telle zone et n'a encadré leur mise en œuvre d'aucune **garantie**),

Voir au contraire n°2016-600 pour la saisie de données informatiques (13. Ainsi, les dispositions contestées définissent les motifs pouvant justifier la saisie de données informatiques, déterminent les conditions de sa mise en œuvre et imposent l'autorisation préalable, par un juge, de l'exploitation des données collectées, laquelle ne peut porter sur celles dépourvues de lien avec la menace. En prévoyant ces différentes **garanties** légales, le législateur a, en ce qui concerne la saisie et l'exploitation de données informatiques, assuré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le droit au respect de la vie privée et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. Il n'a pas non plus méconnu le droit à un recours juridictionnel effectif), n°2017 648 QPC s'agissant de la procédure de réquisition des données de connexion (10. Il résulte de ce qui précède que le législateur a assorti la procédure de réquisition des données de connexion, lorsqu'elle s'applique à une personne préalablement identifiée susceptible d'être en lien avec une menace, de **garanties** propres à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et celle des infractions et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée), 2017-695 QPC sur les périmètres de protection tels qu'intégrés dans le CSI (35. Le CC a considéré que le législateur, qui a à la fois strictement borné le champ d'application de la mesure qu'il a instaurée et apporté les **garanties** nécessaires, a assuré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée), 2017-691 QPC pour les assignations à résidence (20. Il résulte de ce qui précède que, sous les réserves énoncées aux paragraphes 17 et 18, en adoptant le reste des dispositions contestées, le législateur, qui a à la fois strictement borné le champ d'application de la mesure qu'il a instaurée et apporté les **garanties** nécessaires, a assuré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir, le droit au respect de la vie privée, le droit de mener une vie familiale normale et le droit à un recours juridictionnel effectif)

²⁶ Le risque est pointé notamment par la CNCDH, qui a tenu à rappeler la portée du principe de non discrimination en fonction de la race, couleur, religion, sexe, langue, origine sociale. Ce risque d'atteinte au principe d'égalité est clairement pointé par le Conseil constitutionnel dans la décision CC n°2017-684 QPC, préc., cons. 35

droits et libertés²⁷. Plus encore, le juge se contente d'un contrôle dissocié, déclinant successivement la question de la constitutionnalité des atteintes portées à tel droit puis à tel autre, par exemple l'atteinte que représente l'établissement de zones de protection pour la liberté d'aller et venir, puis pour le droit au respect de la vie privée, puis pour le droit de mener une vie familiale normale, puis pour le droit de propriété, puis pour la liberté d'entreprendre. Cette technique contentieuse ignore, in fine, la somme des atteintes portées aux droits et libertés et minore, considérablement, la portée du contrôle effectué par le juge constitutionnel.

4- La généralisation d'une logique préventive

L'ensemble de ces atteintes est conduit au nom de la sauvegarde de l'ordre public, qui tend à s'ériger, tout au moins dans le discours politique, en un droit à la sécurité, justifiant ainsi la généralisation d'une logique préventive, qui modifie profondément les conditions d'exercice des droits et libertés. Il conduit, en pratique, à subordonner l'exercice de ces derniers à une autorisation tacite, celle de l'autorité de police, dérivant ainsi vers un régime préventif, classiquement présenté comme le moins libéral des modes d'exercice des droits et libertés.

La logique de prévention des atteintes à l'ordre public est au cœur du régime de l'état d'urgence. Il faut néanmoins souligner, en premier lieu, le flou de cette notion d'ordre public qui ne dispose d'aucun ancrage textuel, en dehors de l'article 10 de la Déclaration de 1789 qui le pose comme une limite possible à la liberté d'opinion. L'ordre public a, en effet, été constitutionnalisé sous la forme d'un objectif de valeur constitutionnelle, forgé de toute pièces par le Conseil constitutionnel dans les années 1980, qui juge que la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, sont nécessaires à la mise en œuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle²⁸. Le flou de la notion semble savamment entretenu par le Conseil constitutionnel²⁹, qui inclut dans l'ordre public la sécurité des personnes et des biens ou, parfois, la protection des personnes³⁰, la lutte contre la fraude³¹ ou encore, parfois, la recherche des auteurs d'infraction, plus récemment la « prévention des infractions »³² voire un ordre public immatériel, recouvrant « *les exigences minimales de la vie en société* »³³. La notion d'ordre public justifie non seulement

²⁷ Ainsi, dans la décision 2016-535 QPC préc., les requérants soutiennent que la fermeture des lieux de réunion méconnaît la liberté d'expression et de communication, le droit d'expression collective des idées et des opinions, la liberté de manifestation, la liberté d'association, la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté d'entreprendre ainsi que le droit au recours effectif ; le Conseil constitutionnel se positionne essentiellement sur le terrain de la liberté d'expression et de la liberté d'entreprendre pour balayer ensuite dans un considérant synthétique les autres griefs

²⁸ Dans la décision n°80-127 DC des 19-20 janvier 1981, Sécurité et liberté, le Conseil constitutionnel mentionne l'ordre public au titre des « *fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle* » (cons. 58) pour le qualifier explicitement d'objectif de valeur constitutionnelle dans la décision n°82-141 DC, préc. (cons. 5 « *les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels* »)

²⁹ Selon le service juridique, « Le Conseil constitutionnel n'a jamais défini ce qu'il entendait par ordre public... mais, à la lecture de ces décisions, il est facile de comprendre ce à quoi il fait référence. Il s'agit en fait d'une notion que tout le monde comprend sans qu'il soit besoin de lui donner une définition précise ! » in *Libertés et ordre public* , « Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle » 8e séminaire des cours constitutionnelles, Erevan, 2-5 octobre 2003

³⁰ Décision 91-294 DC, 25 juillet 1991, Accord de Schengen, cons. 17 : l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, qui implique notamment que soit assurée la protection des personnes

³¹ Décision 2007-557 DC, 15 novembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, cons. 11 : la sauvegarde de l'ordre public inclut la lutte contre la fraude ; en revanche, dans d'autres décisions, la prévention des atteintes à l'ordre public et la lutte contre la fraude fiscale constituent, par eux-mêmes, des objectifs de valeur constitutionnelle (par exemple 2013-679 DC, 4 décembre 2013, Rec. p. 1060, cons. 32)

³² Décision 2016-611 QPC, 10 février 2017, M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes], cons. 5

³³ Décision 2010-613 DC, 7 octobre 2010, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, cons. 4

le déclenchement de l'état d'urgence, ce dernier ne pouvant être déclaré, en vertu de l'article 1er de la loi du 3 avril 1955, qu'« en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou « en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique », tout comme il justifie également les mesures susceptibles d'être prononcées par les autorités administratives, qui agissent au nom du maintien de l'ordre public. Mais la généralité et la transversalité de la notion d'ordre public conduisent à ce que les motifs qui ont justifié l'état d'urgence soient déconnectés des motifs d'ordre public qui justifient les mesures prises par les autorités administratives. Autrement dit, une fois l'état d'urgence déclaré, l'appréciation des exigences d'ordre public est intégralement transférée aux autorités administratives. Ce transfert confirme le dessaisissement du législateur, qui se borne à prolonger l'état d'urgence et confie ensuite aux autorités administratives le soin d'assurer l'ordre public au besoin en limitant les droits et libertés constitutionnellement garantis³⁴.

Cette logique de sauvegarde de l'ordre public conduit, mécaniquement, à la généralisation d'un régime de police administrative. Le traditionnel lien entre police administrative et sauvegarde de l'ordre public est clairement établi par le Conseil constitutionnel, qui relève que « *les mesures de police administrative susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties doivent être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public*³⁵ ». La prévention des atteintes à l'ordre public est non seulement la finalité de la police administrative mais également son critère³⁶ : partant, la quasi-totalité des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence (assignation à résidence et de perquisition, fermetures provisoires des salles de spectacle, débits de boissons et lieux de réunion et les interdictions de réunions) deviennent des mesures de police administrative. Le raisonnement devient parfois largement circulaire, lorsque l'action préventive devient non plus le critère mais l'attribut de la notion de police administrative³⁷, confirmant la diffusion de cette logique préventive. Cette dernière conduit à la mise en place d'un régime préventif déguisé. Classiquement, on enseigne que le régime le plus respectueux des droits et libertés est, contrairement à ce que son nom laisse entendre, le régime répressif : fondé sur la confiance, respectueux de l'autonomie des individus, il accorde la liberté de faire et se contente d'en sanctionner les abus. La logique du régime répressif - tout ce qui n'est pas interdit est permis - s'oppose à celle du régime déclaratif - seul ce qui est déclaré est permis - et à celle du régime préventif - seul ce qui est autorisé est permis. Or, la généralisation des mesures de police administrative conduit à modifier profondément le régime d'exercice des droits et libertés fondamentaux. En permettant de fermer préventivement des lieux de culte, d'instaurer préventivement des périmètres de sécurité, de prononcer préventivement des assignations à résidence ou des interdictions de séjour, l'état d'urgence conduit à brouiller profondément la distinction entre régime répressif et régime préventif. Certes, *stricto sensu*, il n'y a ni autorisation, ni licence, ni visa, ni permission à obtenir mais la généralisation de la logique préventive revient à subordonner, en réalité, l'exercice des droits et libertés fondamentaux, la liberté

³⁴ Ainsi, l'étude réalisée par le CREDOF relève que « dans un nombre significatif de cas, l'état d'urgence a été utilisé à des fins qui sont tout à fait étrangères à la lutte contre le terrorisme : contrôle des manifestations et de la contestation politique, gestion de la "crise migratoire", finalités locales ponctuelles »...

³⁵ Décision 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 7 à 9.

³⁶ Dès lors que les mesures sont justifiées par la préservation de l'ordre public ou visent à empêcher les troubles à l'ordre public, elles deviennent des mesures de police administrative (pour une qualification explicite, voir les décisions 2015-527 QPC, cons. 5 pour les assignations à résidence et 2015-536 QPC, cons. 4 pour les perquisitions ; pour une qualification implicite, voir la décision 2015-535 QPC pour les fermetures provisoires des salles de spectacle, débits de boissons et lieux de réunion et les interdictions de réunions,

³⁷ En ce sens, voir J. Bonnet, « Les juges constitutionnels et l'état d'urgence », *Droit Administratif* n° 12, Décembre 2016, étude 15, citant à l'appui de ce raisonnement la décision du 22 décembre 2015, dans laquelle le Conseil constitutionnel se fonde sur un critère organique, en l'espèce la compétence du ministre de l'Intérieur de prononcer des assignations à résidence, pour en déduire que la mesure « relève de la seule police administrative » et « donc » qu'elle ne peut « avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions »

d'aller et venir, la liberté de manifester ou de se réunir, à une permission tacite, celle de l'autorité de police.

5- La maximisation de la compétence du juge administratif

Conséquence de la généralisation de la logique préventive qui anime tout l'état d'urgence, le juge administratif se trouve placé au cœur de la protection des droits et libertés fondamentaux, au détriment du juge judiciaire, pourtant traditionnellement présenté comme le gardien de la liberté individuelle.

Deux mouvements, qui jouent en sens inverse, expliquent la nouvelle répartition de compétences qui s'est instaurée entre juge judiciaire et juge administratif. La première est l'extension du rôle du juge administratif, extension mécanique qui n'est que le reflet du lien entre le fond et la compétence juridictionnelle³⁸ : l'état d'urgence organise un transfert de compétence vers les autorités administratives, qui agissent dans le cadre de la police administrative et dont le contentieux est traditionnellement assuré par le juge administratif. C'est donc lui qu'il faut saisir pour contester toute mesure de police administrative prise sur le fondement de l'état d'urgence : assignations à résidence, perquisitions administratives, réglementation de la circulation des personnes et des véhicules, fermeture provisoire de lieux publics etc. Cette compétence a d'ailleurs été entérinée par le législateur, puisque la loi de 2015 a expressément prévu 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 », disposition validée par le Conseil constitutionnel. Le second mouvement est l'éviction du juge judiciaire, reposant sur une interprétation restrictive de l'article 66 C, qui fait de « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ». Lu en relation avec la première phrase de l'article 66C, « nul ne peut être arbitrairement détenu », ce principe a été réduit à sa portion congrue, avec la conjonction de plusieurs mouvements convergents : une approche restrictive de la notion de liberté individuelle, soigneusement distinguée de la liberté personnelle, seule la première requérant l'intervention du juge judiciaire ; une distinction entre privation de liberté et simple restriction de libertés³⁹, permettant au Conseil constitutionnel de considérer, par exemple, que les assignations à résidence décidées dans le cadre de l'état d'urgence ne constituent pas une privation mais une simple limitation de la liberté individuelle, qui n'a donc nullement besoin d'être autorisée par le juge judiciaire⁴⁰ ; une conception compréhensive de la notion d'autorité judiciaire, qui inclut, selon le Conseil constitutionnel, les magistrats du siège et ceux du Parquet⁴¹ et emporte un subtil dosage de leurs interventions respectives (plus la privation de liberté est importante, plus le rôle des magistrats du siège va être important⁴²) ; une conception byzantine des modalités de l'intervention de l'autorité

³⁸ En ce sens, voir O. Le Bot, « État d'urgence et compétences juridictionnelles », *RFD.A*, 2016, p. 436 et s.

³⁹ Posant cette distinction entre mesures privatives de liberté qui emportent l'intervention préalable du juge judiciaire et les mesures simplement restrictives de liberté, voir la décision n° 99-411 DC, le Conseil constitutionnel limitant la compétence exclusive de l'autorité judiciaire aux privations de liberté

⁴⁰ Là encore, la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut paraître subtile : ainsi, quelle que soit sa durée dans le temps, une assignation à résidence reste une restriction de liberté, soumise au seul contrôle a posteriori du juge administratif et non au contrôle préalable du juge judiciaire ; en revanche, au-delà d'un plafond de 12H par jour, elle doit être regardée comme une privation de liberté soumise aux exigences de l'article 66 C (CC, 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, cons. 5- 6).

⁴¹ Selon une jurisprudence solidement établie et à l'inverse de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel considère que la notion d'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet (CC, 93-326 DC, 11 août 1993, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, cons. 5)

⁴² Ainsi, pour le Conseil constitutionnel, « le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter » (CC, 2010-71 QPC, préc., cons. 14).

judiciaire, le Conseil constitutionnel jugeant que « l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire »⁴³, ce qui n'implique pas nécessairement son autorisation préalable expresse. Ces interprétations constitutionnelles ont conduit à l'éviction progressive du juge judiciaire, dont se sont émus les plus hauts magistrats judiciaires⁴⁴.

Le contrôle de l'état d'urgence est ainsi presque exclusivement placé entre les mains du juge administratif. Toutefois, le contrôle exercé par ce dernier demeure insuffisant, malgré des évolutions encouragées précisément par l'état d'urgence. En effet, le Conseil constitutionnel, tirant les conséquences de la délégalisation de la protection des droits et libertés, du transfert des compétences vers les autorités administratives et partant, de la maximisation de la place occupée par le juge administratif a renforcé les exigences constitutionnelles pesant sur ce dernier, insistant sur la nécessité du contrôle administratif et sur l'intensité de ce dernier. Il a ainsi souligné, à plusieurs reprises, que le contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif était une garantie essentielle, subordonnant la constitutionnalité de plusieurs dispositions de la loi du 3 avril 1955 à l'exercice effectif de ce contrôle. Plus encore, le Conseil constitutionnel a exigé que ce contrôle soit un contrôle entier, un contrôle de proportionnalité, et non pas seulement un contrôle restreint. Ce contrôle de proportionnalité implique que le juge administratif s'assure que les mesures administratives soient adaptées, nécessaires et proportionnées⁴⁵, évolution suivie par le juge administratif, comme il l'a jugé en matière d'assignations à résidence et de fermeture des lieux de réunion. Ce contrôle est notablement renforcé par l'exigence que le Conseil constitutionnel a imposé au législateur de préciser les motifs précis justifiant les mesures prononcées par les autorités administratives. Reste que ce contrôle ne peut fonctionner qu'à plusieurs conditions et qu'il présente plusieurs limites. L'effectivité du contrôle de proportionnalité implique, en effet, que le juge administratif soit à même d'apprécier la réalité de la menace, alors que cette dernière repose bien souvent sur des notes blanches⁴⁶, la possibilité de mesures alternatives et l'appréciation des effets concrets des mesures prononcées sur les droits et libertés. Surtout, le contrôle exercé par le juge administratif demeure un contrôle a posteriori et non a priori, contrairement à celui exercé par le juge judiciaire. Il n'a donc, au mieux, qu'un effet curatif et non pas préventif, étant ainsi impuissant à empêcher la mesure. Saisi de ce grief, le Conseil constitutionnel a néanmoins considéré que les droits de la défense n'étaient pas méconnus, dans la mesure où demeurerait la possibilité d'une action en responsabilité⁴⁷.

Reposant sur le renoncement du législateur à assurer la protection des droits et libertés, relativisant la protection offerte par le contrôle de constitutionnalité, autorisant la multiplication et la généralisation des atteintes aux droits et libertés, disséminant une logique préventive à disposition du pouvoir de police, renforçant la place du juge administratif au détriment de celle du juge judiciaire, l'état d'urgence est profondément déstabilisateur pour le droit des droits et libertés, qu'il met à l'épreuve et dont il teste la résistance. Soulignant la fragilité du processus de fondamentalisation des droits voire du droit, il peut néanmoins s'avérer salutaire. Le maintien de

⁴³ Même décision, CC, 2010- 71 QPC, 26 novembre 2010, cons. 20 : ainsi, l'autorité administrative peut prononcer elle-même des mesures privatives de liberté mais à condition que cela s'effectue sous le contrôle du juge judiciaire

⁴⁴ Voir notamment les propos tenus par le Premier Président de la Cour de cassation Bertrand Louvel le 2 février 2016

⁴⁵ Soulignant que le Conseil constitutionnel incite le juge administratif à opérer un triple test de proportionnalité des mesures d'assignation à résidence, des perquisitions administratives et de la fermeture des lieux de réunion (décisions 527 QPC, consid. 12 et 15 ; 536 QPC, consid. 10 et 14 et 2016-535, cons. 8), tout en relevant qu'il ne s'agit que de souhaits, voir J Bonnet, préc.

⁴⁶ Voir notamment J.-P. Foegle, N. Klausser, « La zone grise des notes blanches », Délibérée, 2017, n°2.

⁴⁷ Pour le Conseil constitutionnel, l'absence de voie de recours préalable à la perquisition administrative est compensée par la possibilité d'engager la responsabilité de l'État et ne méconnaît donc pas le droit au recours (CC, 2016-536 QPC, 19 février 2016, cons. 11 ; pour une application en matière fiscale, voir CC, 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, cons. 9

l'état d'urgence invite à revenir à des questions essentielles : quels sont les droits et libertés consacrés (droit à l'ordre public, droit à la sécurité ?), quels sont les contours de ces droits (par exemple de la liberté individuelle dont le juge judiciaire est le gardien), quels sont les types d'atteintes possibles et à quelles conditions, quels sont les critères de pondération ou de conciliation entre les droits, quels sont les éventuels droits indérogeables ... Autant de questions qui méritent d'être résolues par l'intervention du constituant et qui ne peuvent être laissées indéfiniment entre les mains du juge. Le maintien de l'état d'urgence prend d'ailleurs la mesure de la place et du poids de la jurisprudence, constitutionnelle mais aussi administrative et judiciaire, dans la détermination des droits et libertés, l'aménagement des régimes, la répartition des compétences, les modalités de contrôle Mais le droit des droits et libertés fondamentaux peut-il rester éternellement jurisprudentiel ? Sur l'ensemble de ces questions, le maintien de l'état d'urgence a encore le mérite d'inviter à repenser sérieusement les rapports entre le juge et le pouvoir constituant.