

Professeur, Université de Toulouse, Institut Maurice Hauriou

M. le Président,

Je vous remercie de me donner la parole et de m'avoir invité à m'exprimer en cette rentrée solennelle de notre belle juridiction administrative, à la place prestigieuse occupée habituellement par le Rapporteur public,

M. le Président,

Mesdames et Messieurs les élus,
Mesdames et Messieurs les hautes autorités civiles et militaires,
Mesdames et Messieurs les magistrats,
Madame et messieurs les Bâtonniers,
Chers collègues,
Mesdames et Messieurs,

Lorsqu'au printemps M. le Président Laurent m'a invité à prendre ici la parole, nous avons discuté ensemble du thème de l'état d'urgence et des libertés. Je faisais remarquer alors que ce sujet serait en septembre périmé car on pensait alors qu'il s'achèverait certainement en juillet. Cruel optimisme de ma part, tragique intuition de son côté. Car le provisoire et l'exceptionnel durent et s'installent sous la forme de prorogations, de reconduites, de renforcement des mesures, de cycles renouvelés. Choix politiques toujours plus critiqués car à la fois ils constatent les échecs de leurs prédécesseurs, en exposant la nécessité de leur avènement, et entretiennent le mensonge de ce qui se dit temporaire et pourtant n'a de cesse que de durer.

Et pourtant, ce renouvellement ne se fait pas à l'identique : les lois changent les pouvoirs de l'administration et de son juge ; la jurisprudence s'accumule, encadre, limite mais aussi légalise les pratiques ; la doctrine s'en mêle, donne des lectures et des clefs de compréhension du fait devenu droit.

Le temps linéaire des textes de loi et des décrets mettant en œuvre l'état d'urgence dévie et se charge de nouvelles significations qui ne sont au fond que des reviviscences d'autres situations de crise. Cela évoque la description du « temps météore » de Michel Serres dans laquelle la ligne du temps opère des boucles et des spirales. Temps dans lequel la société française revit, sous des apparences renouvelées, les sensations inscrites dans son inconscient collectif.

Ressurgissent alors d'un passé refoulé les figures des menaces terroristes qui émaillent notre histoire et celles de l'Etat sécuritaire à la française : les prémisses de la guerre d'Algérie certes, mais avant elles les attentats qui ont suscité, au 19^{ème} siècle, l'Etat de police, et les guerres de l'état de siège, et après elles les attentats des groupuscules d'extrême gauche et ceux des islamistes des années quatre-vingt.

Si on porte le regard sur l'évolution du juge administratif, elle suscite la même lecture. Lui aussi était déjà là quand des régimes d'exception et des circonstances exceptionnelles ont affecté

l'ordonnancement juridique par lui mis en place. Lui aussi était déjà le conseiller du gouvernement et son juge, tout en retenue.

Mais lui aussi a changé : sa légitimité et ses pouvoirs, la perception qu'il a de lui-même et son ancrage territorial, ses procédures et ses méthodes, ... beaucoup a changé. Le rôle de contrôleur que le Parlement s'est donné joue aussi. Mais la confrontation avec l'idéal de l'Etat de droit demeure, de même que l'équation entre politique et droit, avec toujours plus d'inconnues cependant.

Relevons que le sujet ainsi proposé présente une part d'acrobatie intellectuelle en ce que le « juge administratif » comporte aussi bien le Conseil d'Etat que les juridictions en régions, lesquelles ne connaissent ni le même contentieux ni la même fonction consultative. Les remarques concernant l'un ne s'appliquent donc pas nécessairement aux autres. Il va sans dire que les flèches de la doctrine tombent depuis quelques mois bien d'avantage dans la Cour du Palais royal, où se préparent dans une aile les textes qui sont ensuite examinés au contentieux dans l'autre aile, que boulevard Matabiau. Nous dirons, ici, que c'est heureux.

Le juge administratif, largement entendu donc, se trouve en première ligne dans la mesure où l'état d'urgence est principalement un régime législatif (dans le cadre de la loi de 1955 plusieurs fois révisée) qui fonde une déclaration présidentielle et appelle une autre loi de prolongation qui refonde les motifs et la durée de l'exception. Pas ou peu de sources constitutionnelles ou conventionnelles. Le défaut de base constitutionnelle, l'autohabilitation législative et la faiblesse du rempart conventionnel donnent au juge administratif la loi comme seul horizon. Comme un retour à la Quatrième République. Tout au plus le juge administratif peut-il transmettre une Question Prioritaire de Constitutionnalité pour ne pas être seul face à la loi qui, comme avant la Cinquième République, demeure son horizon. Etat d'exception ou de nécessité, l'état d'urgence réveille le souverain, sollicite ses conseillers, inquiète ses gardiens.

Le monopôle du contrôle de l'état d'urgence confié au juge administratif a suscité de vives critiques s'alarmant des atteintes à l'Etat de droit. Cette dernière notion peut cependant se comprendre de plusieurs manières. D'un point de vue matériel, comme régime des libertés ; affirmer qu'il réduit les libertés est alors un truisme puisque l'état d'urgence se définit par la suspension des libertés. Mais d'un point de vue formel, l'Etat de droit est respecté puisque des juridictions (constitutionnelle et administrative, autant qu'européenne) peuvent contrôler l'action des pouvoirs publics. La critique ne porte que si l'état d'urgence est maintenu au-delà de sa nécessité. Seul le Parlement en décide même si le juge administratif pourrait, théoriquement, annuler un refus du Président d'abrogation du dispositif et enjoindre sa cessation, ce qui conduirait ce dernier à ressaisir le Parlement. Comme le Conseil d'Etat l'a rappelé dans ses avis consultatifs, en particulier ceux du 2 février et du 28 avril 2016 : « l'état d'urgence reste un "état de crise" qui est par nature temporaire. Ses renouvellements ne sauraient par conséquent se succéder indéfiniment »¹.

Les lois relatives à l'état d'urgence ont ainsi pour principe ambigu de donner un statut, d'instituer, donc de faire durer du provisoire et de l'exceptionnel, de suspendre tout en pérennisant et stabilisant. Le régime de l'état d'urgence aurait sans aucun doute passionné Hauriou : comment fonctionne une telle institution qui s'inscrit dans une durée courte et incertaine mais dont l'objet est de réduire les droits et libertés, constitution sociale et pérenne de la France ? Expression atypique du pouvoir dans le temps et dans l'espace : il ne s'agit pas d'un conflit de compétence

¹ Avis n°391.124 du 2 février 2016 sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

comme pour l'état de siège, puisque les autorités civiles gardent leur compétence, mais d'une suspicion généralisée pour rechercher les ennemis de la République en son sein.

Rappelons que l'état d'urgence n'apparaît pas comme une rupture avec la légalité dite « de droit commun », celle de l'Etat de droit. Elle n'est qu'un changement d'équilibre temporaire. Telle est la lecture qu'en fait le juge administratif. En 2005, dans sa décision *Allouache et autres*², le Conseil d'État avait pu dire que « le silence de la loi sur les conditions de mise en œuvre de la faculté ainsi reconnue au président de la République ne saurait être interprété, eu égard à la circonstance qu'un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui, dans un État de droit, sont par nature limités dans le temps et dans l'espace, comme faisant échapper ses modalités de mise en œuvre à tout contrôle de la part du juge de la légalité ».

La loi opère donc l'essentiel de cette institutionnalisation, mais il lui fallait un juge, un juge de l'institution de l'exception : le juge administratif. Ce choix a été discuté et continue de l'être. Mais le juge administratif exerce pleinement son rôle de juge des choix de l'administration selon ses traditions et avec ses innovations.

Suivons la logique de la langue française en comprenant d'abord le choix du juge administratif pour mieux ensuite examiner le juge des choix administratifs.

I. Le choix du juge administratif

Ecartant la possibilité ouverte en 1955 d'un transfert ponctuel vers les juridictions militaires, les lois de 2015 ont fait le choix d'un régime administratif et d'un contrôle confié au juge administratif.

Il s'agit d'un choix indirect en réalité puisque l'état d'urgence ne modifie pas la répartition des compétences juridictionnelles, il ne fait qu'augmenter le nombre des mesures de police administrative qui peuvent être prises. Il augmente d'ailleurs d'autant la compétence judiciaire en créant les infractions qui punissent le non-respect des mesures administratives. Il n'écarte pas la compétence judiciaire qui s'ouvre dès qu'une infraction est constatée. Ce que le législateur au fond a choisi de ne pas faire aurait été de créer de nouvelles infractions dont l'objet eut été la « menace » terroriste. L'impossibilité constitutionnelle d'un tel choix est évidente en raison du principe de légalité des délits et des peines.

Revenons un peu sur le débat ouvert par le Premier Président B. Louvel : d'abord négativement : « pourquoi pas le juge judiciaire ? », ensuite positivement, « pourquoi le juge administratif ? ».

A. Pourquoi pas le juge judiciaire ?

D'abord parce que rien ne l'impose et que rien ne s'oppose au choix inverse.

1. Rien de l'impose

a) Le mythe de l'autorité judiciaire gardienne des libertés

Le 19^{ème} siècle, on le sait, nous a livré un certains nombres de textes qui réservaient au juge judiciaire non seulement la sûreté (on ne peut pas dire la répression car le droit pénal est loin d'épuiser l'arsenal punitif) mais encore un certain nombre de questions civiles tenant à la

² CE, 9 décembre 2005, n° 387777

propriété immobilière, à l'état des personnes et à la nationalité... Fruits de la Révolution, des circonstances et de la méfiance à l'égard du juge administratif, ces domaines ont été réunis par la doctrine d'alors sous la coupe des « libertés ».

La chose n'eut pas été grave si le juge constitutionnel entre 1958 et 1988 n'avait lui-même organisé la répartition des compétences juridictionnelles sur cette base théorique chancelante et sans texte, privant ainsi de compétence constitutionnelle les blocs administratifs comme dans le domaine du droit des étrangers ou de l'hospitalisation sans consentement. Ce même juge est donc revenu sur cette doctrine, instituant la liberté personnelle comme liberté mère et créant différentes filles dont la liberté individuelle de l'article 66 de la Constitution, seule réservée par nature à l'autorité judiciaire, les autres pouvant être connues des deux juges selon les critères classiques posés par la loi ou le Tribunal des conflits, notamment la distinction police administrative/police judiciaire. Certaines questions sont assez longtemps restées au milieu du gué comme la protection du domicile que le juge constitutionnel a continué à percevoir comme un démembrement de la propriété avant d'y voir un élément de la vie privée, composante de la liberté personnelle³.

La répartition par la loi repose donc ainsi sur une base constitutionnelle nouvelle mais subtile car instaurant un « effet de seuil » qui départage la liberté d'aller et venir et la liberté individuelle (au sens de sûreté). La ligne de séparation n'a ainsi cessé d'évoluer au grès des lois relatives à la rétention des étrangers en situation irrégulière, des hospitalisations sans consentement et de leurs contrôles par le Conseil constitutionnel. Ces évolutions législatives s'opèrent généralement au profit du juge administratif (certains magistrats d'y celui diront qu'il s'agit d'une charge dont ils se passeraient volontiers).

Dans le cas de l'état d'urgence ces aspects deviennent aigus et se complexifient, au point que les magistrats de toutes obédiences dénoncent des situations, parfois même contre leur « camp ». Ainsi, dans l'AJDA, a-t-on pu lire sous la plume d'un magistrat administratif que les assignations à résidence sont en elles-mêmes attentatoires à la liberté individuelle et qu'il est contestable donc que le juge administratif en connaisse. D'autres pensent la même chose des perquisitions et visites domiciliaires. Or, si on suit le droit positif, la liberté individuelle n'y est pas en cause.

b) La liberté individuelle n'est pas en cause

Le juge administratif peut connaître des restrictions de la liberté personnelle sans usurper les fonctions du juge pénal et de la police judiciaire: il peut contrôler des mesures de réquisition⁴, de recueil de renseignement⁵ ou de gel de fonds⁶, ou encore les mesures de police prises au titre de l'état d'urgence, qu'il s'agisse d'assignations à résidence⁷, de fermetures de lieu de réunion⁸ ou de perquisitions⁹ (comme l'a jugé le Conseil constitutionnel à l'occasion de trois questions prioritaires de constitutionnalité, que lui avait transmises le Conseil d'Etat).

Demeure la difficulté du seuil entre liberté d'aller et de venir et liberté individuelle dans le cas des assignations à résidence qui revient sur la distinction entre rétention et détention. Où finit la tolérance quant à la limitation des déplacements, physiquement et temporellement ? Le juge

³ Décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013

⁴ CC n°2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, cons. 5.

⁵ CC n°2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, cons. 9.

⁶ CC n°2015-524 QPC du 2 mars 2016, *Abdel Manane M. K.*, cons. 9.

⁷ CC n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *Cédric D.*, cons. 5.

⁸ CC n°2016-535 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'Homme*, cons. 8.

⁹ CC n°2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'Homme*, cons. 4.

constitutionnel a ainsi émis une réserve qui fixe à douze heures le seuil des astreintes à domicile dans le cadre des assignations en-deçà duquel une assignation à résidence demeure une mesure de police administrative, sous-entendant qu'au-delà la liberté individuelle serait touchée¹⁰. Le débat est ouvert sur ce point.

Donc, rien n'impose la compétence judiciaire. Mais encore rien de s'oppose à celle du juge administratif.

2. Rien ne s'y oppose

On peut ici réfuter différents arguments que l'on a opposés à l'administrativisation des mesures d'état d'urgence.

- a) On écartera rapidement l'argument tenant à l'inconstitutionnalité du partage de compétences. D'abord parce que le juge constitutionnel s'est prononcé, ensuite parce que les critiques que l'on pourrait formuler à son endroit ne portent pas. Le seul fait que le juge administratif soit le juge normal des actes pris par l'exécutif dans l'exercice de la puissance publique pour les recours en annulation ou réformation de ces actes devrait suffire.
- b) On fera de même de l'argument tenant à une forme d'appropriation des catégories de mesures prises. Les différentes mesures qui peuvent être mises en œuvre au titre de l'état d'urgence peuvent être déjà prises par d'autres autorités, notamment judiciaires, soit dans le cadre de la procédure pénale, soit comme peine complémentaire. Elles seraient donc l'apanage du juge judiciaire. Or, il n'y a pas d'ontologie des mesures prises au titre de l'état d'urgence. Elles ne poursuivent pas la même finalité et changent donc de nature juridique. Il s'agit simplement de mesures de puissance publique visant au maintien de l'ordre. Voilà qui permet au juge administratif de trouver sa compétence. Passant de Charybde en Scylla cela conduit à examiner le fondement de la séparation entre police administrative et police judiciaire.
- c) La séparation des deux polices n'a pas non plus fait obstacle à la compétence du juge administratif. L'état d'urgence a été l'occasion de radicaliser et, sans doute trop, simplifier, la distinction entre police administrative et police judiciaire. Selon la formule employée par le Conseil constitutionnel dans la décision 2015-524 QPC du 2 mars 2016, la police administrative a pour finalité « la préservation de l'ordre public et la prévention des infractions ». Cette approche est une transposition maladroite à la Constitution de la jurisprudence du Tribunal des conflits. A l'origine le critère de l'opération de police déterminante sert, *a posteriori*, à désigner le juge compétent pour régler le contentieux né des mesures de police, essentiellement en responsabilité, et non à poser un critère général de la dualité de juridiction. De plus, il s'agit de mettre en lumière l'intention dominante des autorités de police qui sont organiquement indifférenciées. Il s'agit donc de quelque chose de concret et circonstanciel, peu transposable à l'intention du législateur... Or, désormais, seule l'intention du législateur compte, *a priori* et sans nuance. On peut hésiter toute même. Dans le cas des perquisitions par exemple, le but déterminant est-il de prévenir la commission d'actes terroristes ou de recueillir des preuves d'une infraction encore inconnue ? Peut-on se satisfaire de l'idée que la découverte de l'infraction fera basculer la compétence, alors même que la préparation d'actes terroristes est aussi une infraction... Au fond, les perquisitions administratives n'en sont que tant qu'elles ne trouvent rien...

¹⁰ Cons. const., 22 déc. 2015, n° 2015-527 QPC, M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence], consid. 6.

La loi fait donc des efforts pour montrer son intention « préventive ». Parfois il s'agit explicitement de prévenir la survenance ou d'éviter l'aggravation d'un trouble (dissolution des associations ou groupements, interdiction de séjour dans tout ou partie du département d'une personne « cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics » ; assignation à résidence de toute personne dont le comportement constitue « une menace pour la sécurité et l'ordre publics », dissolution des associations ou groupements de fait qui participent à la commission d'actes « portant une atteinte grave à l'ordre public » ou dont les activités facilitent cette commission ou y incitent, interdiction des réunions « de nature à provoquer ou à entretenir le désordre », perquisitions si on a 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* ». D'autres dispositions ne se donnent pas cette peine et se contentent de ne pas viser à réagir à une infraction (remise d'armes et de munitions, fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion, couvre-feu, zones de protection ou de sécurité, ...).

Ce serait donc par la magie performative que ces mesures seraient administratives (inversement autrefois les préfets pouvaient ordonner des perquisitions en tant qu'officier de police judiciaire). En aval, le Conseil constitutionnel continue de ramer pour sécuriser certaines qualifications par l'affirmation pure et simple de leur caractère administratif : affirmant qu'une assignation « est une mesure qui relève de la seule police administrative »¹¹, opérant de même pour les fermetures de lieu de réunion (pour « la préservation de l'ordre public ») et pour les interdictions de réunion (« de nature à provoquer ou entretenir le désordre »)¹².

Au fond, seule la distinction entre troubles à l'ordre public érigés en infractions et les autres fonctionne. Elle paraît parfois bien arbitraire.

Si le choix par défaut semble discutable, y aurait-il alors un « choix positif » en faveur du juge administratif ?

B. Pourquoi le juge administratif ?

On trouvera argument dans sa culture de l'exceptionnalisme et dans sa compétence dans le domaine de l'urgence.

1. Tradition de la culture de l'exception

- a) La théorie des circonstances exceptionnelles a préparé le juge administratif à affronter l'état d'urgence. Il y a presque cent ans, Hauriou approuvait le raisonnement de l'arrêt Dames Dol et Laurent¹³ : « Ce n'est pas d'hier que le Conseil d'Etat a posé le principe que les pouvoirs de police de l'Administration varient avec les circonstances et qu'il a qualité pour apprécier ces variations. Tout cet ordre d'idées gravite autour de la notion de l'urgence. Il y a ou il n'y a pas urgence à prendre des mesures énergiques pour sauvegarder l'ordre public. » Dans le cadre de l'état d'urgence, cette urgence est qualifiée par la loi elle-même. Le juge néanmoins est amené à évaluer la mise en œuvre. Il l'a fait pour les différentes « éditions », si on peut dire.
- b) Il s'agit de contrôles qu'il a déjà opérés sur les mises en œuvre précédentes de l'état d'urgence. Il existe une mémoire de l'état d'urgence et une jurisprudence qui nécessairement situe déjà l'actuel traitement de l'état d'urgence. Néanmoins, le contexte actuel comporte une part importante d'originalité et le juge innove beaucoup. Originalité en raison de sa durée, de son

¹¹ 22 déc. 2015, QPC, *M. Cédric D.*

¹² 19 févr. 2016, n° 2016-535 QPC, *Ligue des droits de l'homme*

¹³ CE, 28 février 1919

périmètre, de l'évolution des mesures autorisées mais aussi de ses conditions juridiques européennes et constitutionnelles, bref de droits fondamentaux. La situation pour les tribunaux administratifs comporte une part importante d'originalité.

2. On peut y ajouter une culture de l'urgence.

Selon le Vice-président J-M Sauvé, aujourd'hui, ce sont 15 500 référés urgents qui sont jugés chaque année, toutes juridictions confondues, soit une requête sur cinq et même plus d'une requête sur trois, si l'on y inclut le contentieux de l'éloignement des étrangers¹⁴.

a) L'adaptation du référé liberté à la plupart des mesures d'état d'urgence n'est plus à prouver.

Selon le Conseil d'Etat, entre la déclaration de l'état d'urgence, le 14 novembre 2015, et le 30 juin 2016, les juges des référés des tribunaux administratifs ont rendu 216 ordonnances relatives à des mesures prises au titre de l'état d'urgence (presque toujours contre une mesure d'assignation à résidence). 15% ont été suspendues totalement ou partiellement. Sur la même période le Conseil d'Etat connaît le même taux de sanctions sur 44 requêtes. A noter qu'un tiers donne lieu à abrogation par l'administration avant prononcé du jugement.

Dans le même temps, les tribunaux administratifs ont rendu 120 décisions de fond, (89 assignations à résidence, une vingtaine de mesures de perquisition administrative). Cette fois 34 % ont été annulées. Beaucoup dénoncent qu'ils n'annulent pas suffisamment au regard des incertitudes de chaque dossier qui devraient bénéficier aux libertés individuelles. Or, de culture prudente, les Tribunaux administratifs jouent aussi la sécurité.

b) La loi du 21 juillet 2016, qui a prolongé l'état d'urgence, a institué une nouvelle procédure d'urgence ; preuve d'une réelle confiance. Elle a en effet complété le régime de perquisitions en permettant la saisie des données informatiques trouvées sur place. L'administration doit alors demander au juge des référés du tribunal administratif l'autorisation d'exploiter ces données : le juge administratif dispose de 48 heures pour accorder ou refuser cette autorisation. Il peut être fait appel de sa décision devant le juge des référés du Conseil d'Etat, qui dispose également d'un délai de 48 heures pour statuer. Le juge des référés, pour accorder l'autorisation, doit vérifier la régularité de la procédure de saisie et apprécier et si les éléments concernés dont l'administration demande l'exploitation sont relatifs à la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée.

En août 2016, le Conseil d'Etat a ainsi autorisé la consultation de téléphones portables, contrairement à l'opinion du premier juge, soit parce qu'une première consultation sommaire laissait apparaître une pratique radicale de l'Islam et des contacts réguliers avec les combattants en Syrie, soit parce que le propriétaire admettait qu'il partageait des contenus relatifs au conflit en Syrie et à Daech. Il a été nécessaire de passer par le juge administratif alors même que le propriétaire du téléphone ne s'opposait pas à sa consultation...

Le Tribunal Administratif de Toulouse a aussi rendu une ordonnance de référé autorisant l'exploitation des données informatiques obtenues lors de la perquisition d'une personne qui se disait prête à commettre un attentat et avait d'ailleurs fait l'objet d'une assignation à résidence. Cette nouvelle procédure constitue une importation de la culture de l'autorisation préalable qui n'est guère dans ses habitudes mais témoigne d'innovations qui le rapprochent des pratiques judiciaires.

Puisque le juge administratif a été choisi, comment juge-t-il les choix administratifs ?

¹⁴ Conférence organisée par le Cercle Dalloz, Quel juge pour les libertés ? Collège des Bernardins, Mardi 17 mai 2016

II. Le juge des choix administratifs

Le juge de la puissance publique fait face ainsi à plusieurs types de questions selon qu'elles sont posées directement au Conseil d'Etat ou aux tribunaux administratifs. Toutes sont difficiles, soit parce qu'il s'agit fortement d'apprécier l'opportunité, soit parce que les méthodes ne sont pas toujours adaptées.

On doit aborder différemment le rôle du Conseil d'Etat lorsqu'il juge des décisions de mise en œuvre de l'état d'urgence puis l'appréciation par toutes les juridictions des mesures subséquentes. On traitera à part l'influence du contexte d'état d'urgence sur les autres mesures.

A. Le juge de la décision d'instaurer l'état d'urgence

Par sa décision *Rolin et Boisvert*¹⁵, la Haute juridiction avait en effet accepté de contrôler la décision de déclaration de l'état d'urgence. Pas de nouveauté donc en 2015. Le juge évoque la notion d'état de droit jusqu'à ce que la loi ne se substitue à elle. Son contrôle est, de l'avis de tous, très prudent.

1. Quant au contrôle des motifs d'instauration :

Le Président de la République dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour l'instaurer comme pour y mettre fin avant le délai fixé par la loi. Le juge administratif est compétent pour le contrôler mais sans y substituer son appréciation. Le Conseil d'Etat a néanmoins mené une instruction approfondie qui a abouti à un exposé de la situation et particulièrement de l'exposition de la France au risque terroriste. Le juge tient compte de l'évolution de la situation en actant de la diminution des mesures prises sur le fondement de l'état d'urgence.

2. Quant aux reconductions¹⁶ :

Le juge administratif peut aussi contrôler en référé les refus de suspension de l'état d'urgence. Si la loi fait écran quand elle détermine la durée possible de l'état d'urgence, la possibilité offerte à un décret en Conseil des ministres d'y mettre fin de manière anticipée permet aussi aux administrés de demander l'utilisation d'un tel pouvoir sous le contrôle du juge qui n'a jusqu'ici pas pensé devoir l'exiger. Il rappelle, après un examen complet de la situation, que dès que la nécessité sera passée il faudra que l'état d'urgence cesse et il multiplie les sous-entendus : quand tel évènement qui exige un surcroît de sécurité sera passé alors... mais il ne constate jamais que ce moment est arrivé. L'état d'urgence n'a pas encore suscité son arrêt « *Canal* ».

B. Le juge des mesures prises au titre de l'état d'urgence

Deux points méritent un rapide survol : le traitement des atteintes aux libertés, les méthodes juridictionnelles employées.

1. Les limites apportées aux libertés

L'état d'urgence met en cause de nombreux droits et libertés : libertés d'aller et venir, d'expression, de réunion, de manifestation, d'association, droit de propriété, inviolabilité du domicile, droit au respect de la vie privée, voire liberté d'entreprendre. On s'arrêtera sur quelques points qui posent question.

¹⁵ Ass, 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, n° 286834.

¹⁶ CE, Ord., 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 396220.

- a. Le premier tient à la liberté d'aller et de venir, plus particulièrement à l'ordonnance *Domenjoud*¹⁷, concernant des militants écologistes assignés à résidence pendant toute la durée de la COP 21 parce qu'il existait des « raisons sérieuses de penser que [leur] comportement » d'activiste constituait « une menace pour la sécurité et l'ordre publics ». Sans rapport avec « le péril imminent » qui a motivé, après les attentats du 13 novembre 2015, la déclaration de l'état d'urgence, on aurait attendu que la mesure fût illégale. Mais les juges se sont montrés sensibles à la donnée pratique de la mobilisation des forces de police. Ainsi en a jugé aussi le Tribunal de Toulouse qui a estimé établi le passé anarcho-écologiste et violemment contestataire d'un montalbanais faisant craindre qu'il ne participe à quelque manifestation troublant l'ordre public.
- b. Vient ensuite la vie privée avec le problème du contrôle des perquisitions ; lequel s'effectue *a posteriori* et sans pouvoir entraver la mise en œuvre de la perquisition. Un des reproches les plus marquants fait au juge administratif (bien qu'il n'en soit pas responsable) tient dans l'absence de contrôle *a priori* des mesures de perquisitions, mesures très utilisées dans le cadre de l'état d'urgence. Or, le juge administratif n'intervient pas au stade de la prise de décision (alors que les perquisitions judiciaires sont décidées par un juge du siège) mais *a posteriori* sans que le référé liberté ne soit efficace et sans que le juge n'intervienne de nuit, *de facto*. Il y a là une lacune qu'il incombera au législateur de combler.

2. Les méthodes du juge

- a. Le juge a développé quelques techniques bienvenues. Par exemple, quant à l'appréciation de l'urgence, en posant une présomption d'urgence¹⁸ ; mais aussi en permettant de recevoir tous les moyens de légalité (y compris le fond) dans ce temps de l'urgence. Si au début les tribunaux administratifs rejetaient beaucoup les référés pour défaut d'urgence le Conseil d'Etat a veillé à ce que son prétoire demeure ouvert. Malgré cela il est arrivé, hélas fréquemment, que le Conseil d'Etat ne se prononce définitivement que dans les derniers jours des assignations à résidence.
- b. L'administration de la preuve a pu soulever quelques débats dans la mesure où les motivations des mesures (principalement des assignations à résidence) reposaient sur des éléments lacunaires. La mobilisation des « notes blanches » est une vraie difficulté car le juge est bien contraint de leur accorder le crédit que l'on doit à la parole de l'administration tout en admettant que les informations qu'elle recèlent sont discutables. Cela conduit à les soumettre au contradictoire bien sûr mais aussi à faire porter au requérant, qui fait l'objet de la restriction de liberté, la charge d'une preuve négative en tant qu'il n'a pas eu de lien avec les islamistes radicalisés. Par exemple, le Tribunal administratif de Toulouse, alors même que le juge judiciaire a conclu au non-lieu du chef de préparation d'acte de terrorisme, a tout de même estimé que le requérant n'apporte pas d'élément précis pour réfuter qu'il avait des liens avec des personnes radicalisées. A l'inverse, il a parfois considéré les « notes blanches » comme trop imprécises ou ne révélant pas la dangerosité de l'intéressé. Certains jugements, notamment à Toulouse, ont fait preuve d'un scrupuleux travail d'examen des motifs de l'assignation à résidence de supposés djihadistes et souvent avec beaucoup de clairvoyance ; ce qui a pu conduire à des annulations.
- c. Le niveau de contrôle a ainsi été renforcé. Certes, les décisions par lesquelles le Président de la République déclare l'état d'urgence et son maintien ne font l'objet que d'un contrôle restreint (CE, ord., 15 nov. 2005, *M. Rolin*) dans l'arrêt *Ligue des droits de l'homme* du 27 janvier 2016 (par laquelle est rejetée, en référé, une demande de suspension de l'état d'urgence). Mais par sa décision du 11 décembre 2015, qui transmet une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil d'Etat a pris soin de préciser, dans un *obiter dictum*, que le juge de l'excès de pouvoir

¹⁷ CE, Sect., 11 déc. 2015, *M. C. Domenjoud*, n°395009.

¹⁸ *Idem*.

exerce un entier contrôle sur les mesures d'assignation à résidence, c'est-à-dire, comme l'a souligné le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 décembre 2015¹⁹, un triple contrôle de leur caractère nécessaire, adapté et proportionné. Il l'a ensuite mis en œuvre²⁰.

- d. Le contrôle de conventionnalité de la loi en référé a également progressé. Alors qu'en 2005 le juge des référés du Conseil d'Etat avait écarté la possibilité d'apprécier la conventionnalité de la loi servant de base aux mesures d'état d'urgence, il l'a admis en 2015. Il reste qu'en référé l'atteinte doit être manifeste alors que la France a décidé de mettre en œuvre l'article 15 de la Convention qui permet de déroger aux droits en période d'atteinte à la vie de la Nation (ce qu'une réserve française joint au régime de l'état d'urgence). De plus, l'article 2 du quatrième protocole, qui protège la liberté de circulation prévoit lui-même une telle limite.

Ce contrôle des mesures de police prise sur le fondement de l'état d'urgence coexiste avec la prise en compte (implicite) du contexte d'état d'urgence dans l'appréciation de la légalité d'autres mesures.

C. Le juge des mesures d'exception en contexte d'état d'urgence

1. Le contexte de l'état d'urgence influe sur les autres mesures d'ordre public : par exemple la dissolution d'association ou la fermeture de lieux de culte, mais surtout sur la vidéosurveillance d'un des auteurs présumés des attentats de Paris du 13 novembre 2015, actuellement en détention provisoire et qui a contesté devant le juge des référés la vidéosurveillance permanente dont il fait l'objet²¹. Le juge s'y montre partisan de la surveillance.

Outre le fait qu'il juge que trois juges n'est pas une collégialité (ce qui aurait nécessité la présence du rapporteur public), il estime que la loi validant le dispositif est d'application immédiate. Entre le référé du tribunal administratif de Versailles (le 15 juillet 2016) et l'appel devant le Conseil d'Etat (le 28 juillet), la loi prolongeant l'état d'urgence a, le 21 juillet, inséré un article dans la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 relatif à la vidéosurveillance permanente de certains détenus. Cette loi de validation prive alors le requérant du moyen du non-respect de l'article 34 de la Constitution contre l'arrêt du Garde des sceaux pris (à son édicition) sans fondement législatif. Le juge du Palais Royal rappelle qu'il regarde, en référé, le droit au moment où il se prononce.

Il met aussi en œuvre un contrôle *in concreto* de la conventionnalité de la loi au regard de l'article 8 de la Convention au regard des circonstances. Mais cette fois c'est pour admettre une restriction exceptionnelle du droit à la vie privée. La loi adopte en effet une rédaction sur mesure pour le détenu concerné : « dont l'évasion ou le suicide pourraient avoir un impact important sur l'ordre public en égard aux circonstances particulières à l'origine de leur incarcération et à l'impact de celles-ci sur l'opinion publique ». Il y a encore quelques mois cette disposition aurait été sans doute jugée plus sévèrement. La modification de la loi pénitentiaire sera pérenne et n'est pas liée au seul état d'urgence, mais la lutte contre le terrorisme laissera sa trace sur la légalité ordinaire. S'agit-il d'une sorte de retour implicite des « circonstances exceptionnelles » ?

2. Cette dernière affaire conduit à se demander si le juge ne s'achemine pas vers une nouvelle forme de la théorie des circonstances exceptionnelles. D'abord parce que dans l'examen de l'état d'urgence le juge semble insister sur le registre de la nécessité, ensuite parce que, hors des procès jugeant des mesures de mise en œuvre de l'état d'urgence, le juge administratif semble tenir compte du contexte d'état d'urgence pour admettre aussi des ingérences dans les libertés.

¹⁹ CC n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *Cédric D*, cons. 12.

²⁰ CE, ord., 11 déc. 2015, n° 395009, *M. C. Domenjoud*

²¹ Ordonnance du 28 juillet 2016, *M. B...* N° 401800

On explique traditionnellement à nos étudiants que le juge administratif module les exigences de la légalité en fonction des circonstances et notamment de l'urgence. Soit il le fait en vertu d'une loi qui le lui permet temporairement, soit il le fait de manière prétorienne à la vue des circonstances particulières qui rendent impossible le respect de la légalité des « matins calmes ». Tous ici se souviendront des arrêts *Heyriès*, *Dames Dol et Laurent* et *d'Oriano*.

En période d'état d'urgence, s'accuse la tendance lourde du système politico-administratif français vers la confusion des autorités politiques, administratives et juridictionnelles car la motivation même des décisions de justice repose sur l'opportunité de la réaction sécuritaire, soit de manière générale pour le contrôle des décisions de mise en œuvre soit dans des cas particuliers. Or d'une part, le juge peut difficilement contrecarrer les volontés politiques et, d'autre part l'argument de l'inefficacité du système ou celui de sa faible utilisation peuvent servir à justifier paradoxalement le maintien de l'état d'urgence.

Certes une différence majeure réside tout de même dans le fait que la théorie des circonstances exceptionnelles exige que la légalité normale ne puisse pas du tout être maintenue au risque de sacrifier l'ordre public ou les services publics. L'administration n'a pas pu agir autrement que de manière dérogatoire. Or, rien de tel dans l'état d'urgence. Dans notre situation, l'administration se dote d'un régime d'exception, nouveau mais nullement dérogatoire, car la nécessité n'est pas au stade de l'impossible ; pas de renoncement aux règles des compétences, pas de voie de fait tolérée, pas de fonctionnaire de fait...

Néanmoins, une sensation de parenté existe en ce que le juge administratif n'ose pas censurer la mise en place de l'état d'urgence. Il disserte, en vue de la comprendre sans pouvoir la juger, sur la nécessité qu'il habille des atours de l'exception et du temporaire. Mais au fond, il admet que la situation conduise à déroger aux libertés. On assiste à l'utilisation d'un raisonnement relevant des circonstances exceptionnelles, sans examen de l'impossibilité de faire autrement, à l'intérieur d'un régime légal d'exception. Le juge aurait, toutes proportions gardées, la tentation de dramatiser l'état de nécessité à la faveur de l'état d'urgence.

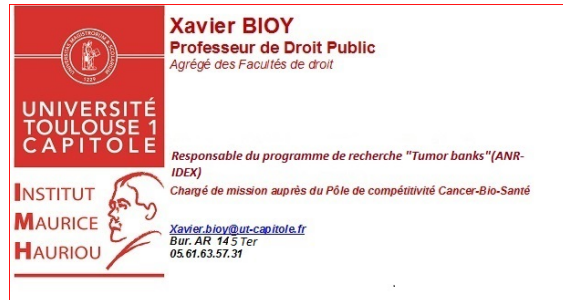
On retrouve la mise en garde d'Hauriou dans ses notes sous les affaires *Vion et fils* (il y a exactement un siècle, TC, 29 juillet 1916) et *Heyriès* par lesquelles il dénonçait la tentation jurisprudentielle d'une théorie des actes d'état de guerre. Dans la première affaire, le Tribunal des conflits avait dénié compétence à l'autorité judiciaire pour juger d'une clause de non responsabilité dans les transports commerciaux, clause insérée par l'autorité militaire. Le juge estimait qu'elle était un « acte de la puissance publique, ayant pour objet de pourvoir, dans des circonstances exceptionnelles résultant de l'état de guerre, aux besoins de la défense nationale, dont il incombe au gouvernement d'assurer l'organisation ». Hauriou remarquait alors que l'état de guerre est mentionné par des textes pour conditionner une dérogation mais qu'il ne peut s'agir d'une institution en soi que le juge pourrait invoquer sans texte pour justifier le comportement de l'administration. N'en est-il pas de même aujourd'hui de l'état d'urgence ? Au fond, le juge administratif ne l'institutionnalise-t-il pas trop ? Ne le prend-il pas plus au sérieux que les droits de l'homme (pour paraphraser Dworkin) ?


Hâtons-nous de préciser que la critique est aisée mais que l'acte de juger demeure des plus périlleux. Méditons ces propos d'Hannah Arendt dans son « Juger, sur la philosophie politique de Kant »²² :

²² *Juger ; Sur la philosophie politique de Kant*, Seuil, Libre examen politique, 1991, Trad M. Revault d'Allonnes, p. 125.

« La difficulté majeure que présente le jugement tient à ce qu'il est « la faculté qui consiste à penser le particulier »; mais penser veut dire généraliser: il est donc la faculté qui combine, de manière énigmatique, le particulier et le général. (...) La difficulté devient considérable « si seul le particulier est donné» pour lequel il faut «trouver l'universel».


Ce que fait pourtant, au quotidien, le juge administratif.




**UNIVERSITÉ
TOULOUSE 1
CAPITOLE**

Xavier BIOY
Professeur de Droit Public
Agrégé des Facultés de droit

*Responsable du programme de recherche "Tumor banks"(ANR-
IDEX)*
Chargé de mission auprès du Pôle de compétitivité Cancer-Bio-Santé

**INSTITUT
MAURICE
HAURIOU** 

Xavier.bioy@ut-capitole.fr
Bur. AR 14 S Ter
05.61.63.57.31