

« Quand le juge administratif (JA) contrôle l'état d'urgence » : tel est le sujet qu'il m'appartient d'exposer. Je vais m'y employer à travers deux questions : pourquoi et comment ?

1. POURQUOI le contrôle de l'état d'urgence relève-t-il de la compétence du JA ?

Poser cette question, c'est, en creux, se demander pourquoi ce contrôle ne relève pas du juge judiciaire (JJ), qui s'est ému d'être ainsi évincé. L'explication est d'abord textuelle. L'article 14-1 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dispose que : « A l'exception des peines prévues à l'article 13 [sanctions pénales], les mesures prises sur le fondement de la présente loi sont soumises au contrôle du juge administratif dans les conditions fixées par le code de justice administrative, notamment son livre V [référés]. » Cet article est issu de l'article 4 de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

Mais la compétence du JA s'explique aussi, et surtout, indépendamment de cette disposition réglementaire, sans laquelle cette compétence aurait été acquise malgré tout.

1.1. S'agissant des décisions réglementaires ou d'espèce prises dans le cadre de l'état d'urgence

Il s'agit des actes fixant des règles de portée générale et impersonnelle (décisions réglementaires), ou ceux fixant le cadre à l'intérieur duquel s'appliquera une règle déjà établie (décision d'espèce), c'est-à-dire :

- du décret par lequel le Président de la République (PR) déclare l'état d'urgence, qui n'est pas un acte de gouvernement (JRCE, 14 novembre 2005, n° 286835, Rolin ; CE, ass., 24 mars 2006, n° 286834-278218, Rolin et Boisvert) ;
- de la décision du PR refusant de faire droit à une demande tendant à ce qu'il soit mis fin à l'état d'urgence (JRCE, 9 décembre 2005, n° 287777, Allouache et autres)
- des arrêtés par lesquels les préfets :
 - interdisent la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté (1° de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955),
 - instituent des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé (2° de ce même article 5),
 - interdisent le séjour dans tout ou partie du département à toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics (3°).

La compétence du JA à l'égard de ces décisions apparaît « naturelle » car il s'agit de décisions prises par une autorité administrative dans le cadre de prérogatives de puissance publique.

1.2. S'agissant des décisions individuelles prises dans le cadre de l'état d'urgence

C'est à leur égard que la compétence du JA a pu être contestée, au profit de celle du JJ.

Il s'agit de toutes les décisions qui visent un ou plusieurs destinataires nominativement désignés, c'est-à-dire essentiellement :

- des décisions portant assignation à résidence prononcées par le ministre de l'intérieur, en principe d'une durée de 12 mois maximum (article 6) ;
- des décisions portant prolongation (pour 3 mois maximum) d'une assignation à résidence (article 6) ;
- des perquisitions administratives prononcées par le ministre ou le préfet (article 11), qui visent en réalité un lieu (et non une personne)... mais en tant qu'il est fréquenté par une personne nominativement désigné.

Deux raisons justifient la compétence du JA pour connaître des mesures individuelles prises dans le cadre de l'état d'urgence.

1.2.1. La qualification de mesures de police administrative

Le contentieux des mesures de police administrative relève du JA, celui de la police judiciaire du JJ.

Le critère de distinction tient au but poursuivi : la police administrative vise à éviter un trouble général à l'ordre public, tandis que la police judiciaire, orientée vers la répression, est destinée à constater une infraction pénale déterminée, à en réunir les preuves et à en chercher les auteurs afin de permettre l'action de la juridiction pénale.

Les mesures individuelles prises dans le cadre de l'état d'urgence relèvent de la première catégorie.

Assignations

- Article 6 de la loi : « Le ministre de l'intérieur peut prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret mentionné à l'article 2 et à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics »

- « que cette assignation à résidence (...) est une mesure qui relève de la seule police administrative et qui ne peut donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions » (CC, décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence, cons. 5).

Perquisitions

- Article 11 de la loi : « I. - Le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peut, par une disposition expresse, conférer aux autorités administratives mentionnées à l'article 8 le pouvoir d'ordonner des perquisitions en tout lieu, y compris un domicile, sauf dans un lieu affecté à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics. » ;
- « ces mesures de perquisition, qui relèvent de la seule police administrative, y compris lorsqu'elles ont lieu dans un domicile, ne peuvent avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions » (CC, décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence, cons. 4)

1.2.2. L'absence de privation de liberté au sens de l'article 66 de la Constitution

Selon cet article : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. / L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi »

Mais le rôle de gardien de la liberté individuelle dévolu à l'autorité judiciaire par l'article 66 de la Constitution ne va pas jusqu'à exiger que toutes les mesures restreignant l'exercice d'une liberté constitutionnellement protégées soient sous son contrôle.

« C'est la liberté individuelle au sens de l'*habeas corpus* dont le respect est confié au juge judiciaire par l'article 66 de la Constitution » (commentaire aux cahiers de la décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015), si bien que « l'intervention de l'autorité judiciaire pour autoriser la pénétration dans un domicile n'est ainsi plus une exigence constitutionnelle, alors qu'elle l'était dans des décisions anciennes » (commentaire aux cahiers de la décision n° 2016-536).

Autrement dit, il faut distinguer les mesures restrictives de liberté des mesures privatives de liberté, seules ces dernières étant visées par l'article 66 de la Constitution, et dont le contrôle ne peut être assuré que par le JJ.

Assignations

- « les dispositions contestées permettent au ministre de l'intérieur (...) de "prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne résidant dans la zone fixée" par le décret déclarant l'état d'urgence ; (...) ; que cette assignation à résidence "doit permettre à ceux qui en sont l'objet de résider dans une agglomération ou à proximité immédiate d'une agglomération" ; qu'elle ne peut en aucun cas "avoir pour effet la création de camps où seraient détenues les personnes" assignées à résidence ; que, tant par leur objet que par leur portée, ces dispositions ne comportent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution » (décision n° 2015-527, cons. 5)

Perquisitions

- « les dispositions du premier alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 permettent à l'autorité administrative (...) "d'ordonner des perquisitions en tout lieu, y compris un domicile, de jour et de nuit (...) lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics" ; que les dispositions de la première phrase de son troisième alinéa permettent également à l'autorité administrative d'accéder, sur le lieu de la perquisition, à des données stockées dans un système informatique ; (...) ces mesures n'affectent pas la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution ; que, par suite, ces perquisitions administratives n'ont pas à être placées sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire » (décision n° 2016-536, cons. 4).

2. COMMENT le JA contrôle-t-il l'état d'urgence ?

2.1. La quasi inexistence du contrôle s'agissant des décisions portant déclaration de l'état d'urgence et refus d'y mettre fin

Déclaration de l'état d'urgence

Compte tenu des caractéristiques propres au régime défini par la loi du 3 avril 1955, la prorogation de l'état d'urgence par le législateur ratifie la décision prise par décret de déclarer l'état d'urgence. Une fois le législateur intervenu, la légalité des dispositions du décret déclarant l'état d'urgence n'est, dès lors, plus susceptible d'être discutée par la voie contentieuse (décision Rolin et Boisvert).

Décision de ne pas mettre fin à l'état d'urgence

Si le PR dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour faire ou non usage de la faculté qui lui est reconnue par la loi de mettre fin à l'état d'urgence, le silence de

la loi sur les conditions de mise en œuvre de cette faculté ne saurait être interprétée comme faisant échapper sa décision à tout contrôle de la part du juge de la légalité (JRCE, 27 janvier 2016, n° 396220, Ligue des droits de l'homme et autres). Mais le contrôle du juge est très limité, puisque précisément le PR dispose d'un « large pouvoir d'appréciation ».

2.2. L'utilité très relative des recours au fond contre les mesures individuelles

2. 2. 1. L'annulation

Assignations à résidence

Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle normal sur les motifs justifiant le prononcé d'une assignation à résidence (CE, sect., 11 décembre 2015, n° 395009, Domendjoud).

Perquisitions

- Les décisions qui ordonnent des perquisitions sur le fondement de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

- Il appartient au juge administratif d'exercer un entier contrôle sur le respect de la condition posée par l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 pour ordonner une perquisition, afin de s'assurer que la mesure ordonnée était adaptée, nécessaire et proportionnée à sa finalité, dans les circonstances particulières qui ont conduit à la déclaration de l'état d'urgence.

- Ce contrôle est exercé au regard de la situation de fait prévalant à la date à laquelle la mesure a été prise, compte tenu des informations dont disposait alors l'autorité administrative sans que des faits intervenus postérieurement, notamment les résultats de la perquisition, n'aient d'incidence à cet égard (Avis CE, ass., 6 juillet 2016, n° 398234, Napol).

Le contrôle du juge de l'excès de pouvoir est donc approfondi, mais l'intervention d'une annulation longtemps après que la décision a fini de produire ses effets sera de peu d'intérêts pour l'intéressé, puisque le but de celui-ci sera d'obtenir rapidement que les effets de cette décision cessent.

2. 2. 2. La réparation

On peut demander au juge administratif de réparer les conséquences dommageables causées par une décision prise dans le cadre de l'état d'urgence, sur deux terrains possibles.

D'abord, celui la responsabilité pour faute. Il faut alors prouver l'illégalité de cette décision (« *Toute illégalité affectant la décision qui ordonne une perquisition est constitutive d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État* » : avis

Napol précité). Mais une toute illégalité n'engage pas la responsabilité (« Le caractère direct du lien de causalité entre l'illégalité commise et le préjudice allégué ne peut notamment être retenu dans le cas où la décision ordonnant la perquisition est seulement entachée d'une irrégularité formelle ou procédurale et que le juge considère (...) que la décision ordonnant la perquisition aurait pu être légalement prise par l'autorité administrative (...) »). Ou alors – autre possibilité – il faut prouver que les conditions d'exécution de cette décision sont irrégulières (« les conditions matérielles d'exécution des perquisitions sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'État à l'égard des personnes concernées par les perquisitions » : même avis Napol).

Ensuite, le terrain de la responsabilité sans faute, mais qui peut seulement être invoquée par les tiers.

2.3. La seule procédure a priori : l'autorisation d'exploitation des données saisies dans le cadre d'une perquisition

Cette procédure est prévue à l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 : « (...) Si la perquisition révèle l'existence d'éléments, notamment informatiques, relatifs à la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée, les données contenues dans tout système informatique ou équipement terminal présent sur les lieux de la perquisition peuvent être saisies soit par leur copie, soit par la saisie de leur support lorsque la copie ne peut être réalisée ou achevée pendant le temps de la perquisition. / La copie des données ou la saisie des systèmes informatiques ou des équipements terminaux est réalisée en présence de l'officier de police judiciaire. (...). Les données et les supports saisis sont conservés sous la responsabilité du chef du service ayant procédé à la perquisition. A compter de la saisie, nul n'y a accès avant l'autorisation du juge. / L'autorité administrative demande, dès la fin de la perquisition, au juge des référés du tribunal administratif d'autoriser leur exploitation. Au vu des éléments révélés par la perquisition, le juge statue dans un délai de quarante-huit heures à compter de sa saisine sur la régularité de la saisie et sur la demande de l'autorité administrative ».

2.4. L'absence de lien entre les motifs conduisant à la déclaration de l'état d'urgence et ceux fondant les mesures individuelles prises dans ce cadre

Une question : puisque l'état d'urgence ne peut être prononcé que « soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique », et qu'en l'espèce l'état d'urgence a été déclaré en raison des attentas terroristes ayant frappé Paris le 13 novembre 2015, peut-on prononcer des mesures individuelles pour des motifs sans lien avec les motifs ayant conduit à cette déclaration de l'état d'urgence ? Notamment peut-on prononcer des assignations à résidence pour éviter les débordements des militants en marge de la COP21 ?

Une réponse : oui, car il a été jugé que « ces dispositions [celles permettant de prononcer une assignation à résidence] de par leur lettre même, n'établissent pas de lien entre la nature du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à ce que soit déclaré l'état d'urgence et la nature de la menace pour la sécurité et l'ordre publics susceptible de justifier une mesure d'assignation à résidence ; que, par suite, elles ne font pas obstacle à ce que le ministre de l'intérieur, tant que l'état d'urgence demeure en vigueur, puisse décider l'assignation à résidence de toute personne résidant dans la zone couverte par l'état d'urgence, dès lors que des raisons sérieuses donnent à penser que le comportement de cette personne constitue, compte tenu du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, une menace pour la sécurité et l'ordre publics » (décision Domendjoud).

Il n'existe donc pas de lien nécessaire entre le motif de déclenchement de l'état d'urgence et les motifs des mesures d'assignations susceptibles d'être ainsi prises.

2.5. Les procédures de référés sont-elles adaptées au contentieux des mesures prises dans le cadre de l'urgence ?

De l'aveu de Xavier Domino, dans ses conclusions sur l'affaire Domendjoud, « le référé, liberté ou suspension, est la voie de droit la plus à même de constituer un recours adéquat et effectif ».

Le référé suspension (article L. 521-1 du CJA) est subordonné à deux conditions cumulatives : l'urgence et la présentation d'un moyen « propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. »

Le référé liberté (article L. 521-2 du CJA) est aussi subordonné à deux conditions cumulatives : l'urgence (appréciée plus strictement que l'urgence au sens du référé suspension) et la justification d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Le juge du référé liberté se prononce dans un délai de 48 heures.

L'article 14-1 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 énonce que « La condition d'urgence est présumée satisfaite pour le recours juridictionnel en référé formé contre une mesure d'assignation à résidence. » (cette présomption est en réalité une reprise de l'un des apports de la décision Domendjoud).

Donc :

- seul le référé liberté permet une intervention très rapide (48h) – parant efficace – du juge,
- ces référés liberté vont essentiellement se focaliser sur la condition de l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

Première précision : la menace à l'ordre public est appréciée au regard de la mobilisation, par ailleurs, des forces de police

« il appartient au [JA] de s'assurer, en l'état de l'instruction devant lui, que l'autorité administrative, opérant la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public, n'a pas porté d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, que ce soit dans son appréciation de la menace que constitue le comportement de l'intéressé, compte tenu de la situation ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, ou dans la détermination des modalités de l'assignation à résidence » (décision Domendjoud).

Selon Xavier Domino (conclusions précitées) : « Il nous semble donc qu'en réalité, avec les motifs ayant justifié la déclaration de l'état d'urgence il doit bien, en quelque sorte, exister un lien, mais un lien non pas idéologique ou politique qui tiendrait à l'origine des troubles auxquels il convient de parer, mais plutôt un lien opérationnel ou fonctionnel, qui tient à l'ampleur de la mobilisation des forces de l'ordre qu'ils pourraient entraîner et à la nécessité de ne pas avoir à mobiliser par trop ces forces dans un contexte déjà difficile, où, rappelons-le, le péril est imminent. ».

Autrement dit, le juge tient compte de la mobilisation des forces de police pour apprécier le caractère proportionné d'une mesure individuelle prise dans le cadre de l'état d'urgence.

Deuxième précision : la menace à l'ordre public est appréciée en tenant compte des « notes blanches »

La jurisprudence administrative est constante : « aucune disposition législative ni aucun principe ne s'oppose à ce que les faits relatés par les "notes blanches" produites par le ministre, qui ont été versées au débat contradictoire et ne sont pas sérieusement contestées par le requérant, soient susceptibles d'être pris en considération par le juge administratif » (v. par ex. : décision Domendjoud précitée).

Comment contester ces notes blanches ? Et donc comment apporter la preuve que les faits qui y sont relatés sont inexacts ? Cette exigence de démontrer le caractère inexact de ces faits revient-elle, en pratique, à devoir prouver son innocence ? Cette exigence peut-elle matériellement être satisfaite dans le délai très court qu'implique le référé liberté ?

Au final, c'est une question plus générale qui se pose : compte tenu que le référé liberté est le recours le plus adéquat, la condition de l'« atteinte grave et

manifestement illégale » à une liberté fondamentale est-elle adaptée au contentieux des mesures individuelles prises dans le cadre de l'état d'urgence ? ne fallait-il pas instituer un autre recours *ad hoc* ?