
CHRISTOPHE TUKOV*

L'AVÈNEMENT
D'UNE *RULE OF LAW*
« À LA FRANÇAISE » :
LE JUGE ADMINISTRATIF
ET LE CONTENTIEUX
LIÉ À L'ÉTAT D'URGENCE

125

« Dans ce pays, au milieu de la fureur des armes, les lois ne se taisent pas. Elles peuvent être modifiées, mais elles parlent la même langue, en temps de guerre et de paix. L'un des piliers de la liberté, de celle pour laquelle nous sommes en train de lutter, a toujours été que les juges [...] s'interposent entre le sujet de droit et toute tentative de réduire à néant sa liberté par l'exécutif, et qu'ils se montrent vigilants chaque fois qu'un acte de coercition est prohibé en droit. » Ainsi s'exprimait lord Atkin, au sein de la Chambre des lords, en 1941, citation reprise par Stephen Breyer, juge à la Cour suprême des États-Unis, dans

son dernier ouvrage paru juste avant les attentats du 13 novembre 2015 en France¹. Le juge Breyer fait de cette conception de la nature, et de l'étendue, du contrôle juridictionnel des actes pris par l'exécutif dans un contexte de guerre – ou plus généralement d'urgence – l'une des deux extrémités du balancier figurant la dialectique entre libertés et sécurité. L'autre terme de cette dialectique est constitué par la phrase prêtée à Cicéron, à laquelle fait aussi référence lord Atkin: « Les lois se taisent au milieu des armes. »

Notons d'emblée, pour reprendre Cicéron et Atkin, que ce ne sont pas,

* Premier conseiller au tribunal administratif de Nice, rapporteur public, ancien magistrat judiciaire, chargé de conférences de méthode en institutions politiques au campus de Menton de l'IEP de Paris, chercheur associé au Centre d'études et de recherches en droit des procédures de Nice (EA 1201).

1. *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 92.

à proprement parler, dans ce contexte, les « lois » qui se taisent (ou pas), mais leur « bouche », c'est-à-dire les juges. Les lois ne s'expriment pas, elles sont seulement appliquées à des degrés divers par le pouvoir exécutif, sous le contrôle plus ou moins étendu d'un juge. *In fine*, selon l'approche réaliste², la loi, y compris la loi fondamentale, donc la Constitution, n'est que ce que le juge dit qu'elle est. Suite de mots « inintelligibles », elle est mise en forme et prend sens lorsque le juge l'interprète. Elle n'existe qu'en tant qu'elle est appliquée, ou pas appliquée, interprétée dans tel ou tel sens, plus ou moins strictement, dans des contextes sociaux, économiques et politiques différents.

Rappelons ensuite que les « juges » dont il s'agit ne font pas exclusivement partie de l'autorité « judiciaire », dans l'acception française du terme, mais sont aussi pour certains des magistrats administratifs, membres du Conseil d'État et du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, à qui la loi 2012-347 du 12 mars 2012 a, tardivement, reconnu le statut de « magistrat », consacré depuis longtemps par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel.

À côté des deux ordres de juridiction se trouve le juge constitutionnel, organiquement constitué par notre Conseil constitutionnel, dont l'évolution depuis l'arrêt de 1971 « Liberté d'association »³ est là encore connue. C'est ainsi qu'en France parler de « pouvoir judiciaire » est impropre puisque, à supposer que le terme « pouvoir » soit adéquat, et il ne l'est pas dès lors que le juge ne peut s'autosaisir et que, quand il est saisi, il doit juger sous peine de déni de justice, le terme « judiciaire » ne rend compte que de manière très incomplète de l'ensemble des juges

qui peuvent être regroupés au sein de l'activité « juridictionnelle ».

Sera donc privilégiée, pour traiter des « juges », l'expression « autorité juridictionnelle » par rapport à celle de « pouvoir judiciaire ». Cette précision n'est pas anodine, car persister à évoquer le pouvoir « judiciaire » équivaut pour beaucoup à réserver aux magistrats judiciaires *stricto sensu* le rôle de contre-pouvoir effectif à l'exécutif et maintient, dans l'inconscient collectif, y compris dans l'esprit des représentants de la nation, tant le magistrat administratif que le juge constitutionnel en dehors de la théorie de la séparation des pouvoirs.

L'AFFIRMATION DE LA COMPÉTENCE DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

La « non-mise à l'écart » de l'autorité judiciaire

L'article 4, 11^o, de la loi 2015-1501 du 20 novembre 2015 modifie la loi 55-385 du 3 avril 1955 en y insérant un article 14-1 ainsi rédigé : « À l'exception des peines prévues à l'article 13, les mesures prises sur le fondement de la présente loi sont soumises au contrôle du juge administratif dans les conditions fixées par le code de justice administrative, notamment son livre V. »

Le législateur a ainsi entendu, sinon confier, du moins conserver aux magistrats de l'ordre administratif le contrôle juridictionnel, *a posteriori*, de la majeure partie des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, dans le respect de la procédure administrative de droit commun. Ce « choix » (qui n'en est pas vraiment un, puisque selon nous la compétence du juge administratif est naturelle en ce domaine) a suscité de vives critiques s'expliquant principalement par la méconnaissance

2. Cf. par exemple Michel Troper, *Le Gouvernement des juges, mode d'emploi*, Paris, PUF, 2007.

3. Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971.

totale (et parfois volontaire) de l'existence et du fonctionnement de la justice administrative.

La crainte est certes légitime, dans une démocratie en bonne santé, de voir les libertés individuelles, les droits fondamentaux, qui sont précisément l'un des éléments constitutifs de la démocratie, restreints au profit de la sécurité. Comme est légitime la crainte d'une concentration horizontale des pouvoirs entre les mains de l'exécutif. Comme est tout autant légitime la crainte de l'affaiblissement de l'État de droit au profit d'un État de police.

La conception de l'État de droit que nous retenons suppose un État soumis au droit, certes, dans le respect de la hiérarchie des normes, mais aussi et surtout le respect des droits fondamentaux, si possible inscrits dans une loi fondamentale (une constitution) de préférence rigide, assuré par un juge indépendant et impartial (ce qui sous-entend une séparation effective des pouvoirs).

L'état d'urgence, dans tous les États – unitaires et fédéraux – qui connaissent cette notion, implique généralement une concentration verticale des pouvoirs au profit de l'État central (le Premier ministre, le ministre de l'Intérieur, les préfets), une concentration horizontale des pouvoirs au profit de l'exécutif (*idem*) et une limitation des droits fondamentaux s'accompagnant d'une restriction du contrôle juridictionnel de ces atteintes.

Faut-il pour autant penser que l'État, le président de la République qui a initié

l'activation de la loi instaurant l'état d'urgence dès le 13 novembre 2015 au soir, le gouvernement qui l'a adoptée par décret en conseil des ministres le mercredi suivant, le Conseil d'État qui a donné son aval, l'Assemblée nationale et le Sénat, représentants de la nation, qui ont voté en termes identiques son renouvellement pour trois mois, puis le Conseil constitutionnel qui a validé sur questions prioritaires de constitutionnalité, les 22 décembre 2015⁴ et 19 février 2016⁵, faut-il penser, donc, que ces institutions politiques ont, dans un même élan, d'un commun accord, « bradé l'État de droit », selon les termes du Syndicat de la magistrature⁶, ou alors, selon maître Patrice Spinosi, reprenant les termes employés par la Cour européenne des droits de l'homme dans une espèce ne concernant pas la France, pris le risque « de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre⁷ » ?

Non. De fait, le juge judiciaire n'est pas « écarté » du dispositif de contrôle juridictionnel de l'état d'urgence, car en réalité, au regard de la tradition juridique française, le juge naturel des actes de police administrative est le juge administratif. Il ne s'agit pas, en effet, de rechercher les preuves ou les auteurs de crimes ou de délits, dans le cadre de la commission d'une infraction, de la compétence de la police judiciaire, mais de prévenir des troubles à l'ordre public, dont l'une des composantes est la sécurité, qui ressortit à la compétence de la police administrative.

La loi des 16 et 24 août 1790 ainsi que le décret du 16 fructidor an III font défense

127

4. Décision 2015-527 QPC pour l'article 6 de cette loi relatif à l'assignation à résidence et au placement sous surveillance électronique mobile.

5. Décisions 2016-535 QPC concernant la fermeture des lieux de réunion/interdiction de réunion et 536 QPC concernant les perquisitions administratives.

6. Communiqué de presse du Syndicat de la magistrature du 23 décembre 2015.

7. Patrice Spinosi, « Comment concilier état d'urgence et État de droit ? », *La Semaine juridique. Édition générale*, n° 52, 2015, p. 2439.

au juge « judiciaire », à peine de forfaiture, de « troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations de l'administration » ou de « connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient ». Or, les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence (assignation à résidence, restriction à la liberté d'aller et de venir, fermeture de débits de boissons, de lieux de culte, etc.), édictées principalement par le ministre de l'Intérieur et les préfets, ne sont que des mesures de police administrative, de celles que la juridiction administrative a compétence exclusive pour connaître, hors voie de fait, depuis sa consécration dans les années 1870. Cette même logique a conduit à confier à la justice administrative le contrôle juridictionnel des mesures d'interdiction de quitter le territoire national, ayant pour objectif de lutter contre les départs en vue de « faire le djihad »⁸, ainsi que des mesures de collecte de renseignements prises sur le fondement de la loi 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement⁹.

128

Par ailleurs, un des facteurs de la compétence du juge administratif ne serait-il pas l'un des éléments constitutifs de notre tradition juridique française, théorisée par Maurice Hauriou en 1913, qui est « le privilège du préalable »¹⁰ ?

Si l'on retient l'idée selon laquelle, en vertu de cette « procédure d'action directe », les actes édictés par l'administration revêtent

l'« autorité de la chose décidée », l'administration dispose de la capacité d'édicter des actes sans requérir le consentement des administrés ni l'autorisation du juge. Celle-ci est tenue d'exercer elle-même ses pouvoirs : « l'administration est en principe irrecevable à demander au juge le prononcé des mesures qu'elle a le pouvoir de décider¹¹ ».

Cette prérogative de puissance publique inhérente à l'action administrative n'explique-t-elle pas, très simplement, l'articulation de l'action et de son contrôle, conféré non pas *a priori* au juge judiciaire, à qui il n'appartient pas d'autoriser les assignations à résidence par exemple, mais *a posteriori* au juge administratif, à qui il incombe de vérifier que les actes de l'administration respectent la légalité... ?

L'autorité judiciaire est – pour combien de temps encore ? – la gardienne de la liberté individuelle¹², mais le juge administratif est le juge de l'administration, à l'exclusion du juge judiciaire qui de surcroît ne peut autoriser l'administration à agir. Et c'est encore le juge administratif qui connaît de la légalité des actes de l'administration attentatoires aux libertés.

Lors de circonstances exceptionnelles¹³, les atteintes « arbitraires » à la liberté individuelle, qui constituent normalement des voies de fait (ne ressortissant d'ailleurs plus exclusivement à la compétence du juge judiciaire), relèvent des tribunaux administratifs et des principes généraux

8. Loi du 13 novembre 2014 renforçant la lutte contre le terrorisme.

9. *Journal officiel* du 26 juillet 2015, p. 12735. Cf. par exemple Wanda Mastor, « La loi sur le renseignement du 25 juillet 2015 : "La France, État de surveillance ?" », *Actualité juridique droit administratif*, 2 novembre 2015, p. 2018.

10. CE, 30 mai 1913, « Préfet de l'Eure », note Hauriou.

11. Pour une analyse actualisée de ce principe, cf. CE, 24 février 2016, « Département de l'Eure », et les conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier.

12. Christophe Tukov, « L'autorité judiciaire, gardienne exclusive de la liberté individuelle ? », *Actualité juridique droit administratif*, 16 mai 2016, p. 936.

13. CE, 28 juin 1918, « Heyriés », *Rec.*, p. 651.

qui gouvernent la responsabilité de la puissance publique¹⁴. Le Conseil d'État s'est reconnu compétent pour connaître, par exemple, de la légalité de deux mesures d'arrestation et de détention arbitraires pendant la Libération, constitutives d'atteintes arbitraires à la liberté individuelle¹⁵. Selon Jean Delvolvé, « il n'y avait pas de voie de fait, car l'action administrative se rattachait à un pouvoir exceptionnel en temps de crise¹⁶ ».

La théorie des circonstances exceptionnelles, dont la réunion des conditions est vérifiée par le juge administratif, permet au pouvoir exécutif d'agir en urgence et en dehors de la légalité. L'état d'urgence, par définition instauré dans un cadre législatif, suscite, dit-on, un contrôle juridictionnel moins étendu qu'au titre de la théorie des circonstances exceptionnelles¹⁷. Nous ne partageons pas cet avis, notamment depuis le développement du rôle et de l'office du juge des référés administratif.

La portée véritable des modifications de l'architecture juridictionnelle française

Selon le communiqué de presse du Syndicat de la magistrature précédemment cité, la constitutionnalisation de l'État d'urgence « occulte les dérives et les abus que contiennent en germe des mesures préventives prises sans contrôle juridictionnel préalable et fondées non sur une infraction déterminée ou déterminable mais sur le critère dangereusement flou d'un "comportement suspect" ».

Le problème soulevé par ce syndicat de magistrats judiciaires (minoritaire, classé à gauche), bien que posé en des termes

confinant au dramatique, est réel. En effet, une partie des mesures prévues par l'état d'urgence, et relevant de la compétence administrative pour leur édicton, s'apparentent dans leurs effets et leurs modalités d'application à des mesures restrictives de liberté qui ressortissent habituellement à la compétence du juge judiciaire.

Nous assistons tout d'abord au « remplacement » du juge du siège ou du magistrat du parquet par l'autorité administrative pour ordonner certaines mesures et en superviser l'exécution. C'est le cas notamment pour l'assignation à résidence, dont certaines modalités prévues par l'autorité administrative (astreinte à résidence, obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou de gendarmerie, remise de passeports, interdiction d'entrer en relation avec certaines personnes, d'exercer une activité sociale ou professionnelle, de détenir une arme, interdiction de séjour) évoquent immédiatement les mesures de contrôle judiciaire énoncées à l'article 138 du code de procédure pénale pouvant être prononcées par un juge d'instruction ou un juge des libertés et de la détention, ou encore un tribunal correctionnel.

L'autre question sensible est celle des perquisitions, dont le régime a été modifié par la loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale publiée au *Journal officiel* le 4 juin 2016. Cette loi permet notamment les perquisitions en dehors des heures légales, avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention, pour la recherche et la répression des

14. TC, 27 mars 1952, « Dame de la Murette », *Rec.*, p. 626.

15. CE Ass., 7 novembre 1947, « Alexis et Wolf », *Rec.*, p. 416.

16. *Études et documents du Conseil d'État*, 1950, p. 37.

17. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 198.

infractions liées au terrorisme, mais en dehors du contexte juridique de l'état d'urgence.

L'état d'urgence emporte ainsi concentration des pouvoirs au profit de l'exécutif, qui peut ordonner des mesures dont la nature et les effets sont équivalents à celles ordonnées en temps « normal » par l'autorité judiciaire (le parquet et plus encore les juges du siège, notamment le juge d'instruction). Une partie de ces mesures s'appuyant sur un simple « comportement » et non sur la commission d'une infraction, la crainte d'une dérive vers un État policier serait, en l'état, justifiée. Toutefois, le législateur a prévu l'existence d'un contrôle juridictionnel, dévolu au juge administratif qui « remplace » ainsi, tout du moins partiellement, le juge judiciaire.

Le contrôle de la légalité de la fermeture de débits de boissons, de lieu de réunion, ou l'interdiction de certaines réunions ressortissent traditionnellement, dans des circonstances normales, à la compétence de la juridiction administrative. En revanche, s'agissant des mesures d'assignation à résidence, qui peuvent être étoffées de diverses obligations particulières, elles s'apparentent à des mesures de contrôle judiciaire dont les recours à leur encontre ressortissent à la compétence du juge judiciaire et, notamment, à la juridiction d'instruction, soit le juge d'instruction en première instance ou la chambre de l'instruction en appel.

Ainsi, sur la totalité de l'arsenal de mesures mises à la disposition de l'autorité administrative par l'état d'urgence, seule la compétence pour statuer sur les recours à l'égard des assignations à résidence, dévolue au juge administratif, serait susceptible d'être considérée comme

déroatoire à la répartition des compétences entre les ordres administratif et judiciaire procédant de notre tradition juridique. La logique suivie par le législateur est donc de préserver l'État de droit, et plus encore la *rule of law*¹⁸, en mettant l'accent sur l'existence d'un recours juridictionnel, de quelque nature qu'il soit, plutôt que sur l'édiction même de telle ou telle mesure attentatoire aux libertés.

Par ailleurs, la compétence de la juridiction judiciaire a été naturellement préservée pour statuer sur les infractions pénales constituées par la violation de ces mesures. C'est ainsi le cas des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence et, dans ce contexte particulier où l'autorité judiciaire s'interroge sur son « éviction » de l'entier dispositif, c'est très loin d'être anodin. L'article 13 de la loi du 3 avril 1955 modifiée énonce en effet que « les infractions aux articles 5 [interdiction de séjour, de certains lieux, etc.], 8 [fermeture provisoire des salles de spectacle, débits de boissons et lieux de réunion] et 9 [remise des armes et munitions] sont punies de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende » ; « les infractions au premier alinéa de l'article 6 [assignation « simple » à résidence] sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende » ; « les infractions au deuxième [astreinte à domicile] et aux cinq derniers alinéas [obligations particulières de l'assignation à résidence] du même article 6 sont punies d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

L'autorité judiciaire est en charge de la poursuite et de la sanction de la violation d'une mesure administrative ; c'est donc sur elle, en définitive, que repose le respect de ces mesures. Le parquet décidera de

18. Pour une analyse complète de cette notion, cf. Luc Heuschling, *État de droit*, Rechtsstaat, rule of law, Paris, Dalloz, 2002.

l'opportunité des poursuites et du renvoi éventuel devant un tribunal correctionnel qui jugera le prévenu, généralement selon la procédure de comparution immédiate. C'est l'autorité judiciaire qui assumera en dernier lieu le caractère coercitif et contraignant des mesures prises par l'autorité administrative.

Même si le dernier alinéa de l'article 13 de la loi du 3 avril 1955 modifiée prévoit que « l'exécution d'office, par l'autorité administrative, des mesures prescrites peut être assurée nonobstant l'existence de ces dispositions pénales », de quels moyens coercitifs dispose en pratique l'autorité administrative pour faire respecter une assignation à résidence, la fermeture d'un lieu de réunion, une interdiction de séjour ? C'est la constatation, puis la poursuite (à tout le moins la menace d'une poursuite) d'une infraction pénale par l'autorité judiciaire qui va donner aux mesures administratives leur pleine valeur contraignante et, bien plus, c'est la seule éventualité d'une condamnation pénale qui va, dans la plupart des cas, obliger les personnes visées par ces mesures administratives à les respecter.

L'articulation entre les procédures administrative et judiciaire s'effectue naturellement. Encore faut-il que le juge administratif, juge encore méconnu y compris des magistrats judiciaires, démontre sa capacité à assumer un contrôle juridictionnel effectif et efficace des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence.

L'EFFECTIVITÉ DU CONTRÔLE DU JUGE ADMINISTRATIF

Jean-Jacques Urvoas a reçu à l'Assemblée nationale les organisations

syndicales de magistrats administratifs le 11 janvier 2016, dans le cadre d'une réunion organisée par la commission de contrôle de l'état d'urgence. Il a interrogé les représentants syndicaux sur la capacité des magistrats administratifs à traiter efficacement le contentieux lié à l'état d'urgence.

Une réponse positive lui a été apportée, assortie de quelques appréhensions, concernant notamment le « manque de formation » des juges administratifs pour traiter de ce contentieux spécifique dans ce contexte particulier, ainsi que l'attitude à adopter vis-à-vis des « notes blanches » – documents non datés et non signés établis par les services de renseignement et transmis aux autorités politiques et judiciaires – qui fondent bien souvent, et parfois uniquement, les mesures contestées. La question de la valeur probante des « notes blanches », et de leurs cousines « notes de renseignement », est d'autant plus sensible que ces documents permettent, ou pas, d'établir la réalité d'un « comportement » – non plus d'une « activité » telle que prévue par la loi de 1955 en sa version initiale –, notion en elle-même très floue et susceptible d'être interprétée de manière très extensive.

Les premières décisions du Conseil d'État, intervenues le 11 décembre 2015¹⁹, ont fixé les principes directeurs du contrôle juridictionnel devant être opéré sur la légalité des mesures de police prises dans le cadre de l'état d'urgence. Le Conseil d'État a consacré, d'une part, la présomption d'urgence pour statuer sur une demande de suspension, en référé liberté, d'une mesure d'assignation à résidence, d'autre part, le contrôle normal, et non restreint à l'erreur manifeste d'appréciation devant

19. Cf. par exemple CE, 11 décembre 2015, « Domenjoud », annulant TA Cergy-Pontoise, ordonnance 1510344 du 28 novembre 2015, retenant, en commettant une « erreur de droit » et aux termes d'une motivation très ramassée, le défaut d'urgence.

être opérée sur l'existence du « comportement » reproché au requérant, ainsi que sur les modalités de l'assignation à résidence. Il a rappelé, en particulier, « qu'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 ».

132 Le mérite du juge administratif est de remplir son office de respect du contradictoire²⁰ en toute transparence, au regard d'un document dont l'origine et le contenu sont opaques. La qualité d'une procédure, le respect des standards procéduraux, est l'un des éléments constitutifs de la *rule of law*.

Ce mérite est d'autant plus significatif que le juge intervient dans un contexte très particulier et dans un domaine sensible. Le contexte particulier est celui du développement du renseignement pour outil principal de la lutte contre le terrorisme, déjà mentionné dans le Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale publié le 17 juin 2008, et consacré par la loi sur le renseignement du 24 juillet 2015. Le développement du renseignement, comme moyen de prévention, est une priorité des pouvoirs publics et les notes blanches des services de renseignement en sont l'une des traductions. Il incombe ainsi au juge d'apprécier, au moins de manière indirecte, dans un cadre juridictionnel, la qualité du travail fourni par les services de renseignement et l'efficacité de cette politique.

Le domaine sensible est la qualification d'un « comportement » justifiant une atteinte aux libertés. La notion de

« 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 » est, pour le moins, floue. Elle constitue pourtant l'élément justifiant les mesures d'assignation à résidence, ainsi que les perquisitions administratives – qui ne font pas l'objet d'un contrôle en urgence par le juge administratif. Elle a remplacé, dans la loi du 20 novembre 2015, la notion d'« activité dangereuse ».

Or la répression du comportement n'entre pas dans notre culture juridique, depuis Cesare Beccaria certes, mais aussi depuis notre code pénal. Seule la tentative d'un crime ou d'un délit, manifestée par un commencement d'exécution, est punissable (art. 121-5). La seule exception notable à ce principe général est l'infraction d'association de malfaiteurs, qui peut être appliquée d'ailleurs au terrorisme (art. 450-1, pour l'infraction générale, et L. 421-2-1, pour son application au terrorisme).

Ce débat, qui présente un intérêt certain sur le plan des principes juridiques, est toutefois, là encore, vicié dans les termes qui le suscitent. En effet, il n'est pas question ici de répression, mais de prévention. Il ne s'agit pas de poursuivre et réprimer des faits déjà commis, ou des tentatives de commission de ces faits, mais de prévenir une menace pour la sécurité et l'ordre publics. Ainsi, la notion de comportement ne doit pas être appréhendée à travers le prisme de notre droit pénal, mais renvoie au rôle de l'autorité administrative, de surcroît dans un contexte de « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » (art. 1^{er} de la loi du 3 avril 1955). En outre, le juge administratif exerce un contrôle réel, *a posteriori*,

20. Marie Sirinelli, « Police administrative et terrorisme : quel contrôle juridictionnel ? », *Revue française de droit administratif*, 2013, p. 1024.

sur l'existence d'un tel comportement, établie le cas échéant par le biais d'une « note blanche », dans le cadre de son office juridictionnel.

L'AVÈNEMENT D'UNE *RULE OF LAW*
« À LA FRANÇAISE »

Analysant les affaires concernant Guantánamo, le juge Breyer estimait qu'elles « reflètent l'état actuel de la jurisprudence de la Cour [suprême] sur l'équilibre entre la sécurité et les libertés publiques ; elles sont le point culminant à ce jour d'une évolution qui pourrait se poursuivre. Plutôt que de se ranger sur le bas-côté et de déclarer que des affaires de ce type posent une "question politique" non susceptible d'examen judiciaire, ou de se déclarer incompétent pour mieux renforcer la position du président ou du Congrès par principe, la Cour d'aujourd'hui est plus vigilante lorsque les efforts en matière de sécurité entrent en conflit avec les garanties offertes par la Constitution. Elle écoute le gouvernement et se montre tout à fait prête à prendre en compte ses arguments, mais refuse d'être une simple chambre d'enregistrement de toutes ses décisions²¹ ».

Comme la Cour suprême aux États-Unis, le Conseil d'État a évolué dans son approche. Les deux juridictions ont, dans un premier temps, adopté la maxime cicéronienne « Les lois se taisent au milieu des armes », figurant la doctrine de la « question politique » échappant à tout contrôle, puis la doctrine du « maquis politique » confiant

aux parlementaires ou au président le soin d'apprécier la légalité des mesures d'exception (contrôle parlementaire d'ailleurs mis en place par la loi du 20 novembre 2015), pour se déclarer incompétentes pour en connaître.

Par la suite s'est développée la doctrine de « l'avantage au président » impliquant l'existence d'un contrôle très restreint²², qui céda la place à la doctrine « Le président va trop loin », posant des limites à l'action de l'exécutif²³. Enfin, la doctrine actuellement appliquée tant par la Cour suprême²⁴ que par le Conseil d'État peut être traduite par « pas de blanc-seing » et implique un contrôle normal voire renforcé des mesures attentatoires aux libertés. « Les libertés et les droits fondamentaux font dorénavant jeu égal avec les objectifs de la sécurité²⁵. » Les mots ont un sens et il est bon de les mettre en exergue. Protection des libertés et objectifs de sécurité sont placés sur un pied d'égalité. Le curseur n'est plus posé du côté des libertés, comme c'est le cas dans une démocratie en temps de paix, mais il n'est pas plus placé du côté de la sécurité, en dépit de ce que le recul apparent des libertés pourrait laisser supposer.

133

*L'évolution du rôle
et de l'office du juge*

Le « juge » (quel qu'il soit) voit la nature de son office évoluer entre hiérarchie et hétérarchie des normes. La notion de hiérarchie des normes est toujours présente dans notre système juridique. C'est ainsi que, peu de temps après les

21. Stephen Breyer, *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, op. cit., p. 94.

22. *Ex parte Quirin*, 317 US 1 (1942), pour la Cour suprême ; *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer (Alexis et Wolf)*, 7 novembre 1947, pour le Conseil d'État.

23. *The Steel Seizure Case*, 343 US 579 (1952), pour la Cour suprême ; *Mme Dagostini*, 25 juillet 1985, pour le Conseil d'État.

24. Affaires dites Guantánamo : *Rasul v. Bush*, 542 US 466 (2004) ; *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 US 557 (2006) ; *Boumedienne v. Bush*, 553 US 723 (2008).

25. Stephen Breyer, *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, op. cit., p. 80.

attentats du 13 novembre 2015, François Hollande a évoqué une révision de notre Constitution, dont le projet de loi constitutionnelle « de protection de la nation », abandonné depuis, a été déposé à l'Assemblée nationale le 23 décembre 2015. Ce besoin de « constitutionnalisation » de l'état d'urgence, donc de son insertion au sommet de la hiérarchie des normes internes, s'accompagne d'un sentiment accru d'hétéarchie des normes, en lien notamment avec le développement de la nécessaire conciliation entre différents principes et droits fondamentaux.

134 Au-delà du débat entre sécurité et liberté qui apparaît désormais dépassé, l'analyse devenue classique menée par Ronald Dworkin²⁶ a vocation à s'appliquer à des termes du débat renouvelés.

L'article L. 111-1 du code de la sécurité intérieure²⁷, issu de l'ordonnance 2012-351 du 12 mars 2012, consacre la sécurité comme un droit fondamental. Les termes de la conciliation n'ont plus pour objet la sécurité et les droits fondamentaux, mais les droits fondamentaux entre eux. Par ailleurs, la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement a pour objectifs la défense et la promotion des « intérêts fondamentaux de la nation », dont « la prévention du terrorisme, des atteintes à la forme républicaine des institutions, et des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique », notions extrêmement larges voire floues, mais pas davantage que les droits fondamentaux dits « classiques ».

Ce glissement sémantique, probablement opéré à dessein par le législateur pour mettre sur un pied d'égalité, comme évoqué par le juge Breyer, tant la sécurité par rapport aux autres droits fondamentaux que les intérêts fondamentaux de la nation par rapport aux droits fondamentaux de la personne, implique pour le juge un raisonnement non plus vertical, s'apparentant au syllogisme classique, mais plutôt horizontal²⁸, et ce même si ce n'est en réalité que la prémisse mineure qui est affectée par cette évolution, l'architecture du raisonnement, donc de la motivation d'une décision juridictionnelle, demeurant inchangée.

La « prééminence du droit » au sein de l'état d'urgence

En l'absence de prédominance d'une notion sur une autre, il appartient « au juge », selon l'expression indéterminée employée dans le projet de loi constitutionnelle du 23 décembre 2015, de les articuler, de fluidifier cette dialectique par le biais de procédures efficaces et adaptées. Nous assistons dès lors à la consécration d'une *rule of law* à la française, impliquant les deux ordres de juridiction.

En effet, et plus encore dans un contexte de crise majeure, la notion d'État de droit, impliquant traditionnellement le respect formel d'une stricte hiérarchie des normes comme moyen de sa réalisation, apparaît supplantée par le concept plus anglo-saxon de *rule of law*, privilégiant des

26. Ronald Dworkin, *A Matter of Principles*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985. Cf. *Pouvoirs*, n° 59, *La Cour suprême des États-Unis*, Paris, Seuil, 1991.

27. « La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives. L'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens. »

28. Pierre-Yves Gautier, « Éloge du syllogisme », *La Semaine juridique. Édition générale*, n° 36, 2015, p. 1494.

critères substantiels et procéduraux de légitimité des gouvernants et des normes juridiques, et impliquant que la législation et le processus juridictionnel doivent présenter certaines qualités procédurales (pensons à la notion américaine de *due process of law*, c'est-à-dire de « procès équitable »²⁹). Davantage que le moyen, la *rule of law* définit plus précisément le résultat à atteindre, impliquant l'existence d'une « sanction juridictionnelle » dont le juge est le dépositaire³⁰.

Le contenu juridico-politique de ces deux notions est assez différent, ce qui peut expliquer, en partie, le malaise ressenti par une partie de la doctrine et des praticiens du droit. Cette évolution n'est pour autant pas déconnectée de notre tradition juridique ; au contraire, elle en procède directement.

C'est l'existence en tous domaines d'une procédure impliquant l'accès effectif à un juge, quel que soit l'ordre de juridiction auquel il appartient, indépendant et impartial, en charge non seulement de l'équilibre entre les intérêts fondamentaux de la nation et les droits fondamentaux de la personne, mais encore, pour y parvenir pleinement, du respect du droit à un procès équitable, qui garantit la prééminence du droit. Cette architecture juridictionnelle réalise la synthèse entre les spécificités de l'histoire juridico-politique française et les exigences des juridictions supranationales (Cour de justice de l'Union européenne, Cour européenne des droits de l'homme) d'inspiration plus anglo-saxonne, d'où le choix de l'expression « *rule of law* à la française ».

Le système ainsi mis en place est à

forte « juridictionnalité ». Par « juridictionnalité », nous entendons la capacité des acteurs d'un système juridictionnel (les magistrats) à trancher un litige, dans des délais raisonnables adaptés aux enjeux et dans le respect des standards procéduraux (indépendance et impartialité du juge, respect du contradictoire, égalité des armes...). Le référé-liberté administratif est la voie procédurale qui traduit le mieux cette « juridictionnalité »³¹.

À l'occasion d'un colloque en hommage à Roger Errera, intitulé précisément « Les libertés en France et au Royaume-Uni : État de droit, *rule of law* » et qui s'est tenu le 30 novembre 2015, le vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, déclarait en ouverture que « le huit centième anniversaire de [la *Magna Carta*,] ce texte fondateur de la tradition britannique de la *rule of law* et, plus largement, de la pensée libérale en Europe, nous invite à examiner la vitalité et l'actualité des droits fondamentaux qui, derrière des formulations stables depuis des siècles, recouvrent des garanties nouvelles et ont été adaptés aux transformations politiques et sociales des sociétés contemporaines ». Et, comme en écho à notre tentative de démonstration de l'avènement d'une *rule of law* à la française consacrant le rôle du juge administratif dans ce dispositif, il poursuivait ainsi : « Les juges parviennent à s'approprier les textes à l'application desquels ils doivent veiller : citant Portalis et Hamilton, et établissant un parallèle entre le juge administratif français et les juges de *common law*, notre collègue [Errera] a justement insisté sur le fait que l'un des instruments du juge, de tous les juges,

29. Philippe Raynaud, *Le Juge et le Philosophe*, Paris, Armand Colin, 2010, p. 71.

30. Luc Heuschling, *État de droit*, Rechtsstaat, rule of law, *op. cit.*, p. 275.

31. Christophe Tukov, « Le référé-liberté administratif, élément structurant de la modification de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction », *Procédures*, n° 10, 2016, p. 4.

est l'acte d'interprétation de la norme à appliquer, quelle qu'elle soit. »

La loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, publiée au *Journal officiel* le 4 juin 2016, a, en apparence, rééquilibré les domaines de compétence des deux ordres de juridiction. C'est ainsi que l'autorité judiciaire semble retrouver sa compétence en matière de perquisition en dehors des heures légales, par le biais de l'autorisation délivrée par le juge des libertés et de la détention, ainsi qu'en matière de rétention administrative, par l'intermédiaire du contrôle opéré par le procureur de la République³².

Ces mesures semblent aller dans le sens souhaité par Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation, de la création d'un bloc de compétence judiciaire dans le domaine des libertés ou, à tout le moins, de la liberté individuelle. Ce serait se méprendre, cependant, sur

la portée donnée à cette loi, et confondre le contexte et le fond. En effet, si le droit pénal du terrorisme est dérogatoire du droit commun, il s'inscrit néanmoins dans un contexte juridique et politique de droit commun. C'est ainsi que la loi 2016-987 du 21 juillet 2016, qui a prorogé l'état d'urgence pour une période de six mois et ré-autorisé les perquisitions administratives, a fixé les conditions et les modalités dans lesquelles il peut être procédé, lors de ces perquisitions, à la saisie et à l'exploitation des données auxquelles il est possible d'accéder par un système informatique ou un équipement terminal, et confié, dans le respect « affiché » des garanties légales précisées par la décision 2016-536 QPC du 19 février 2016 du Conseil constitutionnel, le contrôle juridictionnel *a priori* (donc l'autorisation) des demandes d'exploitation, non à l'autorité judiciaire mais à la juridiction administrative statuant « en la forme » du référé liberté³³.

32. Article 48 de la loi insérant dans le code de procédure pénale un article 78-3-1.

33. Christophe Tukov, « Le contrôle *a priori* confié au juge administratif pour l'exploitation par l'autorité administrative des données informatiques saisies dans le cadre d'une perquisition administrative a-t-il un sens ? », *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, n° 35, 5 septembre 2016, 2229, p. 20.