

« Les quatre piliers de la sagesse » : les droits fondamentaux à l'épreuve des circonstances exceptionnelles

François Sureau



Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les
droits fondamentaux

Édition électronique

URL : <http://revdh.revues.org/3626>

DOI : [10.4000/revdh.3626](https://doi.org/10.4000/revdh.3626)

ISSN : 2264-119X

Référence électronique

François Sureau, « « Les quatre piliers de la sagesse » : les droits fondamentaux à l'épreuve des
circonstances exceptionnelles », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 13 | 2017, mis en ligne le 05
décembre 2017, consulté le 06 décembre 2017. URL : <http://revdh.revues.org/3626> ; DOI : [10.4000/
revdh.3626](https://doi.org/10.4000/revdh.3626)

Ce document a été généré automatiquement le 6 décembre 2017.

Tous droits réservés

« Les quatre piliers de la sagesse » : les droits fondamentaux à l'épreuve des circonstances exceptionnelles

François Sureau

NOTE DE L'ÉDITEUR

NB : ce texte rédigé initialement pour la revue *Délibéré.e* n'a pu paraître en raison de sa longueur dans la revue du syndicat de la magistrature. Me Sureau a gracieusement accepté sa publication intégrale dans la *Revue des droits de l'homme*.

- 1 La garantie des droits et libertés fondamentaux place l'individu et le respect de sa personne au cœur d'un projet politique que l'article 2 de la Déclaration de 1789 résume de manière éclatante : « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ». La garantie individuelle des droits est la finalité même du contrat social, si bien que l'intérêt général ne peut être conçu comme excédant ou prévalant sur une telle finalité. L'histoire politique, à commencer par celle de la Révolution, montre toutefois la fragilité intrinsèque de ce principe à l'épreuve de circonstances exceptionnelles.
- 2 Locke l'avait d'ailleurs parfaitement illustré dans son *Deuxième traité de gouvernement* (chapitre XIV « De la prérogative »), en soulignant le paradoxe de la garantie des droits dans un régime démocratique : la sauvegarde de tous justifie l'exercice, par l'exécutif, de ce qu'il nomme « *prérogative* » et qu'il définit comme « *le pouvoir d'œuvrer pour le bien public sans se fonder sur aucune règle* ». L'intérêt de cette notion est double. Elle met en évidence que la prérogative d'exception ne peut être un droit mais a seulement la nature d'un attribut de l'exécutif ; elle met aussi l'accent sur l'impossibilité, pour un organe régulièrement institué comme l'est le juge, d'en contrôler la mise en œuvre. Aucun « *juge*

sur terre », écrit-il, ne peut s'assurer de son usage conforme au bien public ; seul le peuple a la faculté d'en « appeler au ciel » pour contraindre l'action illégitime du prince.

- 3 Aujourd'hui, les choses semblent bien différentes. Les légalités d'exception ont remplacé le pouvoir d'exception et les juges s'imposent comme les garants naturels de leur bonne application. L'autorité judiciaire est ainsi la « gardienne de la liberté individuelle » aux termes de l'article 66 de la Constitution, tandis que le juge administratif se veut « protecteur des libertés »¹ les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme infusant l'ensemble. Dans ce contexte, la vigilance du peuple est passée de mode.
- 4 Tout comme d'ailleurs sont sortis du champ de la réflexion plusieurs éléments qui avaient mobilisé en leur temps, la littérature française ou américaine du XVIIIe siècle en témoigne, les meilleurs esprits : que la pensée des libertés doit nécessairement être prospective, l'atteinte qui leur est portée un jour dans un but légitime créant un état nouveau qui pourra servir, plus tard à des fins bien plus contestables ; que la question de la protection des citoyens contre un État sans cesse tenté par nature d'abuser de son pouvoir, même pour le meilleur motif, doit rester centrale ; que la question n'est pas de savoir quel juge garde quoi, n'en déplaise à MM. Louvel et Sauvé, a raison d'une essence supposée supérieure, mais que l'on s'assure que ledit juge, administratif ou judiciaire, intervienne avant que l'atteinte aux libertés ait été commise et non pas après ; enfin, que les incriminations soient définies avec assez de précision pour que le citoyen ne soit pas remis au pouvoir discrétionnaire du juge comme il l'aurait été à celui de l'administration, ce qui serait proprement tomber de Charybde en Sylla. L'observateur le plus serein ne peut manquer d'être frappé, à cet égard, par la dégradation de la qualité de notre débat collectif sur les libertés, au pire assez insouciant, au mieux fétichiste (quant au rôle respectif des juges administratif et judiciaire), marqué davantage par la technique du droit que par le souvenir des principes. Ainsi par exemple la jurisprudence constitutionnelle, pour l'administration comme pour le Parlement, dessine-t-elle moins un paysage de nos valeurs qu'une sorte d'étrange parcours d'obstacles sémantique, où s'orienter en changeant quelques mots afin de mieux contourner les principes, afin de satisfaire à l'esprit à la fois amnésique et sécuritaire de ce temps.
- 5 La signification profonde d'un tel agencement, auquel concourent pratiquement toutes les autorités publiques à des degrés divers, suscite l'interrogation. L'accoutumance aux contraintes administratives et policières, justifiées par la protection de l'ordre public, ne provoque ni réaction passionnée ni même, semble-t-il, le besoin d'une explication raisonnée. Tout se passe comme si la tranquillité était devenue le nouvel horizon de nos sociétés modernes, les pouvoirs publics étant investis de cette nécessité publique d'ôter tout trouble, sinon la peine de vivre, des préoccupations de chacun. Autrement dit, la prévention des atteintes à l'ordre public est devenue nécessaire à la sauvegarde de nos libertés, ainsi que l'affirme le Conseil constitutionnel de manière répétée.
- 6 Il n'y a là rien de très surprenant et tout cela paraît même assez naturel. La sécurité publique, le bon ordre favorisent la jouissance de cette liberté des modernes que Benjamin Constant décrivait en son temps, de sorte qu'il ne faudrait pas s'inquiéter du renforcement progressif de l'arsenal policier ou répressif depuis plusieurs années, ni de la poursuite de l'état d'urgence dont on ne semble sortir qu'à regret. Ces mesures sont indispensables pour préserver la liberté collective, et l'individu doit accepter que la société, qui garantit l'exercice de ses droits en période de calme, le rappelle à ses devoirs lorsqu'elle est menacée.

- 7 Si le discours est éprouvé, on n'a peut-être pas assez réfléchi au changement de perspective qu'il porte. Il est, à vrai dire, total : l'intérêt général se conçoit non plus comme la somme des libertés individuelles, mais leur est au contraire supérieur. La liberté individuelle n'est plus la règle lorsque la liberté collective est en jeu, puisque celle-ci en vient à constituer l'intérêt général qui justifie les restrictions portées à celle-là. Les exemples d'un tel renversement sont nombreux. Ainsi, le Conseil d'État, examinant le projet de loi du 9 août 1849 sur l'état de siège, était-il d'avis que « *chacun est obligé de faire abnégation de soi-même dans l'intérêt du salut commun, afin de rendre plus libre et plus vigoureuse la défense générale* »². La Révolution française illustre également ce basculement, qui autorise dans sa forme radicale le recours à des moyens extrêmes : « *Que la pique du peuple brise le sceptre des rois* » !
- 8 Plus que le basculement lui-même, l'effet qui en résulte n'est pas moins intéressant, ou accablant, comme on voudra, puisqu'il se traduit par la croyance sociale – et donc l'attente légitime – selon laquelle la sauvegarde de la liberté collective est la source d'un droit des pouvoirs publics de parer aux circonstances exceptionnelles. Tout se passe comme si le pouvoir d'exception, de pur fait, changeait de nature au moment même où il réintègre la sphère de l'ordre constitutionnel. Et précisément, le juge se trouve à la charnière de cette transformation, puisqu'il lui appartient de mesurer l'atteinte aux droits individuels que justifie la protection de l'ordre public. Tout est finalement question de proportionnalité et c'est cela qui, en rassurant l'opinion publique, cause l'accoutumance que nous évoquions plus haut.
- 9 On pourrait toutefois trouver à redire à un tel tour de passe-passe juridique. Faut-il se résigner à ce que l'appel, non à la vertu des citoyens – mais à l'office du juge –, soit la mesure de la sauvegarde des droits fondamentaux ? On nous pardonnera peut-être cette accroche brutale, dont le mérite nous paraît toutefois de poser la question politique par excellence, celle de la place respective de l'individu et de la cité. Elle peut aussi servir de propédeutique à une réflexion sur ce que *devrait être* l'office du juge dans de telles circonstances.
- 10 Pour autant, dessiner le portrait du juge vertueux, faute pour le peuple de consentir à l'être, ne saurait suffire. La préservation des libertés et droits individuels ne se satisfait pas de la seule indépendance des juges, qui est loin de suffire (1). Encore faut-il que la définition des moments d'exception et donc, des dérogations aux principes, soit clairement établie (2), que les mesures et pratiques restrictives soient rigoureusement adéquates à leur objet (3) et que le droit positif permette d'anticiper de manière résolue les atteintes, toujours plus graves, susceptibles d'être portées aux libertés et droits individuels (4).

1. La préservation des libertés et droits individuels ne se satisfait pas de la seule indépendance des juges

- 11 La première vertu du juge réside certainement dans son indépendance vis-à-vis des pouvoirs et, spécialement, de l'exécutif. Indépendance d'esprit et de conscience que doivent entretenir des dispositifs institutionnels adéquats. Mais encore faut-il préciser que les juges, sous ce point de vue, ne semblent pas placés dans la même situation. Une sorte de fétichisme continue de s'attacher à la figure de l'autorité judiciaire, laquelle apparaît encore aujourd'hui comme le garant naturel des libertés de chacun. Par

contraste, le juge administratif subit encore la malédiction de ses origines napoléoniennes : pour l'opinion publique, juger l'administration, n'est-ce pas toujours, en effet, un peu administrer ?

- 12 Ce clivage, à la fois corporatiste et empreint d'idéologie, ne correspond toutefois pas à la réalité. Le juge administratif offre des garanties statutaires d'indépendance équivalentes à celles du juge judiciaire, expressément reconnues par le Conseil constitutionnel en ces termes : « [...] il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement » (Cons. const., décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, cons. 6).
- 13 Ces garanties viennent en outre d'être renforcées par des dispositions récentes. Ainsi, l'article L. 131-2 du code de justice administrative, issu de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, énonce désormais que « *Les membres du Conseil d'État exercent leurs fonctions en toute indépendance, dignité, impartialité, intégrité et probité et se comportent de façon à prévenir tout doute légitime à cet égard* ». Des dispositions similaires concernent les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (CJA, art. L. 231-1-1). Cette même loi prévoit l'adoption d'une charte de déontologie « *énonçant les principes déontologiques et les bonnes pratiques propres à l'exercice des fonctions de membre de la juridiction administrative* » (CJA, art. L. 131-4) et crée un collège de déontologie de la juridiction administrative chargé de contrôler l'absence de conflit d'intérêts (CJA, art. L. 131-5).
- 14 La reconnaissance du rôle de gardien de la liberté individuelle par l'article 66 de la Constitution ne peut donc être comprise, aujourd'hui, comme elle a pu l'être en 1958, c'est-à-dire comme un titre naturel de compétence. À cette époque, le pouvoir doit savoir qu'il a « *un Dieu, et que ce dieu a un prêtre, le juge [judiciaire]* », expliquait Michel Debré³. Le juge judiciaire apparaissait le gardien d'autant plus naturel de la liberté individuelle que les auteurs de la Constitution n'entendaient ni consacrer l'existence de la juridiction administrative, ni offrir à ses membres une protection statutaire équivalente à celle des magistrats.
- 15 Si la thèse était entendue, ancienne⁴ relayée avant même l'adoption du texte constitutionnel⁵ et par la suite amplifiée pour couvrir le domaine tout entier de la liberté personnelle⁶ le monopole judiciaire a néanmoins cédé.
- 16 L'affirmation d'un gardien naturel des droits des individus a été contestée, au nom d'une autre tradition : celle du Conseil d'État qui, selon Jean Rivero – dont l'opinion n'est pas isolée –, « *se confond avec la sauvegarde des libertés individuelles* »⁷. L'évolution du droit positif est marquée par l'émergence d'un « duopole juridictionnel » en la matière, qui consacre aussi un rééquilibrage au profit du juge administratif. Un exemple, parmi d'autres, l'atteste : l'instauration d'une procédure de référé-liberté par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, qui l'a doté de moyens le plaçant au même niveau procédural que la justice judiciaire. Dans le même temps, l'accroissement des pouvoirs du juge administratif a été accompagné d'un recentrage de l'article 66 de la Constitution sur ce qui en constitue le cœur et la justification : la protection contre les privations arbitraires de liberté et non la liberté de la personne *lato sensu* (v. Cons. const., décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, cons. 60 à 62). Le Conseil constitutionnel a tiré toutes les

conséquences de ce recentrage en jugeant qu'une mesure d'assignation à résidence n'emporte pas une privation de liberté au sens de l'article 66 de la Constitution, de sorte qu'il appartient au juge administratif, et non au juge judiciaire, d'en contrôler la légalité (Cons. const., décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015).

- 17 Ce « repli » du juge judiciaire⁸, ne saurait par lui-même avoir pour conséquence de placer le juge administratif à la pointe de la protection des droits de l'individu. Les contentieux portant sur l'état d'urgence le démontrent. Le Conseil d'État n'a plus l'audace de l'arrêt *Canal* (Cons. d'État, 19 octobre 1962) et tend au contraire à s'effacer, dans des circonstances graves, au profit de l'administration. Le contraste est d'ailleurs saisissant entre l'importance des pouvoirs dont jouit, notamment, l'autorité préfectorale sur la base de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, et la jurisprudence qui s'y rapporte.
- 18 Le législateur confie ainsi au préfet, entre autres, pouvoir pour interdire la circulation des personnes ou des véhicules, instituer des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé, interdire le séjour dans tout ou partie d'un département à toute personne susceptible de constituer une menace pour l'ordre public (art. 5); prononcer l'assignation à résidence de toute personne suscitant les mêmes craintes (art. 6); ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature, « en particulier des lieux de culte au sein desquels sont tenus des propos constituant une provocation à la haine ou à la violence ou une provocation à la commission d'actes de terrorisme » (art. 8); ordonner la remise des armes (art. 9). Par ailleurs, le préfet peut légalement autoriser certains contrôles d'identité, l'inspection visuelle et la fouille des bagages ainsi que la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public (art. 8-1), ou encore réaliser des perquisitions « en tout lieu, y compris un domicile » (art. 11).
- 19 L'étendue de ces compétences peut paraître démesurée, mais elle n'est pas remise en cause, ni dans son principe, ni dans son exercice. Certes, le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017, a déclaré contraire à la liberté d'aller et de venir ainsi qu'au droit de mener une vie familiale normale, et abrogé en conséquence, le 3° de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 dans sa version antérieure à la loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 qui donnait au préfet le pouvoir d'interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics. Mais le débat portait sur l'atteinte disproportionnée à ces libertés, non sur l'existence même d'une telle compétence dont on a du mal à concevoir la justification, y compris dans des circonstances exceptionnelles. Surtout, dans le même temps, l'exercice des compétences paraît s'imposer avec la force de l'évidence, puisque le Conseil d'État ne s'est pas opposé à la reconduction continue – sinon indéfinie – de l'état d'urgence. Il a même admis, entre autres, que l'administration fonde une mesure d'assignation sur des notes blanches des services de renseignement que l'individu concerné ne peut évidemment contester de manière efficace (Cons. d'État, Section, 11 décembre 2015, n° 395009).
- 20 De tout cela résulte une confusion dommageable dans l'esprit public, y compris celui de l'opinion éclairée, puisque les mœurs sont acclimatées à ce que le préfet soit excessivement compétent pour de longues périodes de temps. On pourrait même dire que la sanction juridictionnelle des droits est la cause d'un retournement : ce qui est naturel, ce ne sont plus les limites mises à l'action des pouvoirs publics, mais la restriction aux droits de l'individu ; ce qui est naturel, c'est que le juge n'entrave pas la mise en œuvre

des règles d'exception. Comment l'opinion pourrait-elle comprendre, en effet, qu'un juge, qu'il soit judiciaire ou administratif, décide de se dresser contre l'intérêt de tous et remette en cause les obligations imposées à certains, que cette même opinion est au demeurant encline à considérer par principe comme suspects – sans quoi, pour quelle raison le préfet les soumettrait à de telles rigueurs ?

- 21 Le raisonnement devient circulaire et l'effet finit par produire la cause. Tout cela conduit à se demander s'il ne serait pas opportun de repenser notre modèle juridictionnel. Sur ce sujet, les doutes sont permis. L'indépendance, attribut nécessaire à l'office du juge protecteur des droits individuels, ne suffit manifestement pas à les garantir. La situation est bien différente de ce qu'elle était en 1958, où seul un juge (le judiciaire) était perçu comme indépendant. Aujourd'hui, les deux le sont à l'identique et, pourtant, la garantie des droits subit des assauts répétés. Ne faudrait-il pas, alors, resserrer la fonction juridictionnelle autour d'un seul ordre de juridiction ? N'est-elle pas trop diluée et, par là même, affaiblie par rapport aux entreprises policières du gouvernement ? On pourrait même imaginer qu'un gouvernement extrémiste joue de la rivalité des juges, en offrant à l'un des avantages – non en termes statutaires, mais de champ de compétence – qu'il refuserait à l'autre, sans que son action en soit entravée.
- 22 Un tel scénario donne déjà lieu à des spéculations : certains invitent à la fusion au profit du juge judiciaire, qui serait moins enclin aux compromis que son *alter ego* administratif⁹. Mais on aura alors beau jeu de rappeler que les magistrats judiciaires ne sont pas à l'abri de tout faux pas, à l'instar de l'acceptation, par l'ancien premier président de la Cour de cassation de l'époque, de faire des propositions pour permettre, à la demande du Président de la République, l'application immédiate de la rétention de sûreté que le Conseil constitutionnel avait rejetée¹⁰.
- 23 Toutefois, la protection des libertés n'est pas une course aux mérites : l'essentiel ne réside pas dans la préférence accordée à tel ou tel juge, mais dans sa capacité d'action pour prévenir une atteinte aux libertés. Toute autre préoccupation est inadéquate et, par définition, insatisfaisante. En témoigne la discussion actuelle relative au projet de loi « renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme ». Dans sa version adoptée par le Sénat en première lecture, « les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance » prévues par les nouveaux articles L. 228-1 et suivants du code de la sécurité intérieure seraient décidées par le ministre de l'Intérieur après information du procureur de la République, c'est-à-dire, sans garantie préalable tenant à une autorisation judiciaire. En revanche, le régime des visites domiciliaires et des saisies, également ajouté au même code par les nouveaux articles L. 229-1 et suivants, prévoit l'intervention préventive du juge des libertés et de la détention. Contrôle du juge administratif *ex post* dans un cas, contrôle *ex ante* du juge judiciaire dans l'autre : cette différence ne se justifie aucunement aux yeux du citoyen pour qui seul compte l'accès à un prétoire – peu importe lequel – lui permettant d'empêcher une atteinte grave – quelle qu'elle soit – à ses droits fondamentaux.
- 24 Si l'indépendance des juges ne suffit pas à la préservation des libertés et droits individuels, cette finalité ne peut être utilement atteinte sans une définition claire des moments d'exception et donc, des dérogations aux principes fondamentaux.

2. La nécessaire définition claire des moments d'exception et donc, des dérogations aux principes

- 25 Une loi d'exception est, par essence, une loi de circonstances. Tel est le cas de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dont on sait qu'elle a été une réponse législative afin de remédier, selon l'exposé des motifs du projet de loi, au « *désordre en Algérie* »¹¹. Loi de contexte, destinée à n'être activée qu'en période de « *péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public* » (art. 1^{er}), et tant que les troubles sont avérés, son adoption – au demeurant pérenne – s'est traduite par une pratique gouvernementale et législative aujourd'hui unanimement contestée. La mise en œuvre de l'état d'urgence est en effet elle-même devenue permanente. Qu'on en juge : déclenché le 14 novembre 2015, il a été prorogé à six reprises par les lois du 20 novembre 2015, du 19 février 2016, puis du 20 mai, du 21 juillet et du 19 décembre 2016 (pour une période de presque sept mois), enfin par une loi du 11 juillet 2017. À chaque reprise, la même antienne, tendant à convaincre du bien-fondé de l'application continue d'un régime provisoire.
- 26 Certaines conséquences juridiques de la mise en œuvre prolongée de l'état d'urgence sont moins connues de l'opinion publique, quoique tout aussi graves : la prorogation de l'état d'urgence donne lieu à une information du secrétaire général du Conseil de l'Europe aux fins de déroger temporairement aux stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'article 15 de cette convention énonce en effet que tout État partie, en cas « *de guerre ou [...] d'autre danger public menaçant la vie de la nation* », est habilité à « *prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par [la Convention] dans la stricte mesure où la situation l'exige* ». Il est préoccupant que la poursuite de l'état d'urgence se traduise en réalité par la suspension des garanties conventionnelles les plus importantes des droits et libertés des individus. L'état d'urgence arase ces garanties sans que l'on puisse être tout à fait convaincu que la situation l'exige effectivement¹².
- 27 Mais il y a peut-être pire encore : la poursuite de l'état d'urgence par transfusion dans le droit commun. La question est liée à la sortie de l'état d'urgence : l'État ne se résolvant pas à baisser la garde alors que le régime dérogatoire n'est plus justifié, l'idée a fait son chemin de faire entrer dans le droit normalement en vigueur certains éléments de l'état d'urgence. La tentation n'est pas nouvelle. Roger Frey, ancien président du Conseil constitutionnel, rappelait en janvier 1977 que ses anciennes fonctions de ministre de l'Intérieur lui ont permis de « *constater que l'administration a toujours dans ses cartons d'innombrables textes de circonstances qui, en fait, ne servent à rien et dont l'adoption serait lourde de dangers. Il n'y a pas de mois où l'on ne propose à un ministre de l'intérieur un texte limitant la liberté au motif qu'il faciliterait l'action de la police* » (extrait des délibérations du Conseil constitutionnel). Le projet de loi « *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme* », actuellement discuté par le Parlement¹³, répond à des motifs identiques de convenance administrative.
- 28 On y trouve pêle-mêle des dispositions figurant dans la loi de 1955, à savoir : la création par le préfet de « *périmètres de protection* » au sein desquels l'accès et la circulation des personnes seraient réglementés (art. 1^{er} du projet ; comparer avec l'art. 8-1 de la loi de 1955) ; la possibilité d'ordonner la fermeture des lieux de culte pour prévenir les actes de terrorisme (art. 2 ; comp. avec l'art. 8) ; la faculté qui lui serait consentie d'ordonner des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance, telles l'interdiction de

se déplacer à l'extérieur d'un périmètre géographique déterminé, ou l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou de gendarmerie (art. 3 ; *comp.* avec l'art. 6) ; enfin, un mécanisme de visites domiciliaires et de saisies (art. 4 ; *comp.* avec l'art. 11).

- 29 On est frappé, à la lecture de ces dispositions, par l'utilisation de termes volontairement atténués. On ne parle plus de perquisitions ni d'assignations à résidence, mais de visites domiciliaires et de mesures individuelles de contrôle et de surveillance par l'administration. L'effet sédatif de la novlangue législative ne saurait toutefois transformer la réalité de l'atteinte aux droits fondamentaux. Si les pouvoirs publics s'avisent d'instaurer à nouveau la peine de mort, n'auraient-ils qu'à la dénommer « interruption de la vie du criminel dans l'intérêt des victimes » pour qu'elle paraisse plus acceptable ?
- 30 L'accoutumance aux mesures d'exception est si forte que le projet de loi ne se borne pas à diffuser l'état d'urgence dans le droit commun, mais ajoute de nouvelles dispositions qui, à rebours de la philosophie des droits, font de la restriction la règle et la liberté l'exception. On songe ici à la modification projetée des dispositions de l'article 78-2 du code de procédure pénale relatives aux contrôles dits « Schengen ». La finalité de ce nouveau dispositif est liée au régime de l'état d'urgence, sans qu'il soit expressément prévu par la loi du 3 avril 1955 : il s'agit du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures décidé initialement le 15 octobre 2015 dans le cadre de la COP 21 mais renouvelé ensuite pendant deux ans parallèlement à l'état d'urgence.
- 31 En substance, le dispositif Schengen favorise l'exercice du droit fondamental à la libre circulation des personnes en supprimant les contrôles aux frontières intérieures. Par exception, l'article 25 du Code frontières Schengen (règlement (UE) 2016/399) autorise un État à rétablir temporairement ces contrôles « *en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure* », dans le respect de conditions strictes de nécessité et de proportionnalité, tenant notamment à l'absence de rétablissement pérenne des contrôles. Cela n'est pas sans poser une difficulté pratique, étant donné que la sortie de l'état d'urgence devrait empêcher la France de se prévaloir d'une situation exceptionnelle au sens de l'article 25 précité, ce qui contrarie la volonté gouvernementale de maintenir de tels contrôles¹⁴.
- 32 Un remède commode consiste à modifier les dispositions de droit commun en matière de contrôles d'identité. En ce domaine, l'alinéa 9 de l'article 78-2 du code de procédure pénale, qui est déjà lui-même dérogatoire au droit commun des contrôles d'identité, met en place un régime spécifique de contrôles d'identité dans les zones frontalières. Dans la « *zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà* » et « *les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et désignés par arrêté* », la police peut contrôler l'identité de toute personne indépendamment de son comportement et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public.
- 33 Loin d'offrir une latitude d'action suffisante aux services, ces dispositions seraient modifiées dans le sens d'une plus grande latitude en augmentant de 6 à 12 heures la durée des périodes de contrôle en un même lieu, en élargissant les zones de contrôle « *aux abords* » des gares ferroviaires ou routières ouvertes au trafic international (cette notion n'étant pas définie) ainsi qu'« *autour* » des ports et aéroports constituant des points de passage frontaliers dans un rayon de 20 km¹⁵. Cette dernière extension est la plus

déterminante, car elle revient en réalité à autoriser des contrôles dérogatoires dans les centres les plus peuplés de France. Selon des calculs publiés par la presse, les zones objets de contrôles engloberaient désormais 28,6 % du territoire et surtout 67 % de la population.

- 34 Les évolutions du droit positif conduisent ainsi à repousser les limites de l'exception qui vient progressivement et de manière insidieuse envahir la sphère des libertés et droits individuels. L'ancienne ligne rouge tourne au gris avant de devenir tout à fait blanche et d'autoriser des atteintes à ces mêmes droits et libertés qui sont, paradoxalement, à la fois plus prononcées et soutenables. L'effacement de la distinction normative entre les périodes de troubles et celles qui en sont exemptes agit comme une sorte de baume sur l'opinion publique : comme si l'accoutumance aux atteintes aux libertés fondamentales rendait une atteinte supérieure moins sensible.
- 35 Dans ce contexte, le système offre un degré de résistance que l'on n'hésitera pas à qualifier de faible. En particulier, le contrôle politique sur les agissements du ministère de l'Intérieur apparaît, somme toute, lointain. Il en va de même du contrôle parlementaire, en dépit de l'insertion d'un article 4-1 à la loi du 3 avril 1955 par celle du 20 novembre 2015 qui prévoit que « l'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence » et qu'ils « peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures ». Sur la base de ces dispositions, un suivi statistique des mesures prises au titre de l'état d'urgence et différents rapports ont été réalisés, ainsi qu'un rapport d'information dressant le bilan d'un an d'état d'urgence¹⁶. La transparence a sans doute des vertus mais le contrôle parlementaire est davantage nominal que réel au regard des préoccupations qui nous occupent. Deux éléments en soulignent la faiblesse.
- 36 D'abord, à plusieurs occasions, les parlementaires ont pu se prononcer sur le bien-fondé des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence. Il s'agit des six demandes de prorogations qui ont positivement été suivies d'effet, sans que le contrôle parlementaire institué à cette fin n'ait donné lieu à une réflexion sérieuse sur l'efficacité de telles prorogations.
- 37 Ensuite, des raisons d'ordre sociologique conduisent à paralyser le contrôle parlementaire, en particulier la crainte individuelle d'assumer, au regard de l'opinion publique, la perception d'un vote négatif sur la prorogation de l'état d'urgence et, plus généralement, sur la « nécessité apparente » de renforcer l'arsenal policier. Au-delà, la culture politique de la classe parlementaire paraît davantage sensible à la défense de l'ordre qu'à celle des libertés. L'esprit libéral – au sens du XIXe siècle – semble s'être évanoui de l'hémicycle. La chose est d'ailleurs frappante : quelques jours après que le Conseil constitutionnel a abrogé le délit de consultation habituelle de sites internet terroristes (Cons. const., décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017), les députés Philippe Bas et Éric Ciotti l'ont réintroduit via un amendement à la loi sur la sécurité publique qui était en cours de discussion. La lecture des débats est passionnante : la seule question que les parlementaires se sont posée n'est pas celle de la signification profonde de la décision du Conseil constitutionnel quant à la garantie des droits, mais celle du contournement de l'autorité de chose jugée. Un tel état d'esprit, mêlant le mépris à la facilité, ne peut constituer une digue contre l'assaut porté aux droits individuels. Bien plutôt tend-t-il à les justifier, avant de les étendre.
- 38 Au-delà d'une capacité de discernement semble-t-il étrangère aux intérêts de la classe politique actuelle, le principe selon lequel la fin ne saurait justifier tous les moyens est

déterminant de la préservation des droits et libertés individuels. Sous l'angle juridique, sa mise en œuvre pratique appelle une appréciation rigoureuse de l'adéquation des mesures restrictives à leur objet, sauf à justifier n'importe quelle atteinte, même grave, aux droits individuels.

3. Des mesures et pratiques restrictives qui devraient être adéquates à leur objet

- 39 La confusion est ici également de mise. D'abord sous l'angle des finalités, ce qui n'est pas négligeable. À cet égard, on observe que le durcissement de la législation pénale et le repli corrélatif des droits a commencé avant les attentats terroristes, si bien que l'on peut affirmer qu'ils ont essentiellement servi de prétexte à l'accélération d'un mouvement déjà engagé. Ce durcissement s'est manifesté de deux manières. D'une part, sur le terrain du droit pénal « matériel » avec la création de nouvelles incriminations et l'aggravation de la répression de plus anciennes, au moyen notamment de circonstances aggravantes comme la bande organisée. D'autre part, sur celui de la procédure pénale avec un accroissement constant des moyens d'enquêtes (écoutes et surveillances numériques, géolocalisation, perquisitions facilitées, etc.) et la restriction des droits et garanties de procédure (report de l'assistance d'un avocat en garde à vue, allongement des durées de garde à vue, etc.).
- 40 Or, ce mouvement n'a pas du tout pour seul moteur la lutte contre le terrorisme. Historiquement, il a même été amorcé au début des années 1980 sans lien direct avec le terrorisme – après quelques premières tentatives à la fin des années 1970, notamment avec la loi censurée sur les visites des véhicules. Et cela, surtout avec l'apparition d'une rhétorique sécuritaire qui aspirait moins à répondre à des problèmes concrets qu'à asseoir une stratégie politique. À cet égard, la loi dite « sécurité et liberté » adoptée quelques mois avant l'élection présidentielle de 1981 en est un exemple flagrant.
- 41 Avec le recul, cette rhétorique a clairement fini par phagocyter le débat politique et a même effacé les clivages sur les questions de sécurité (tant la gauche de gouvernement traumatisée par le 21 avril 2002 a souhaité se défaire, depuis cette date, du procès perpétuel en « laxisme »). De sorte que beaucoup d'acteurs politiques – de droite comme de gauche – ont repris à leur compte la formule « la sécurité est la première des libertés » qui a sapé le paradigme structurant du droit des libertés selon lequel la liberté est la règle et la restriction de police, l'exception.
- 42 Surtout, il est frappant que ce soit exactement le même prisme sécuritaire qui ait été mobilisé pour durcir progressivement la législation sur trois thèmes : la délinquance au sens large (de celle dite « du quotidien » au grand banditisme), la lutte contre l'immigration irrégulière, la lutte contre le terrorisme.
- 43 Selon les périodes, et donc sous l'influence des débats politiques et des événements ou faits divers, le législateur a tantôt durci la législation sur l'un de ces thèmes, tantôt sur un autre : concernant la délinquance, ce fut en particulier le cas sous les quinquennats de Jacques Chirac et de Nicolas Sarkozy ; concernant le terrorisme, il en fut ainsi d'abord avec la loi du 9 septembre 1986, avant une série de textes au lendemain des attentats de 2001 puis une prolifération depuis 2012 – au moins sept lois « antiterroristes » ont été votées sans compter six lois pour presque deux ans d'état d'urgence ; enfin, concernant l'immigration irrégulière, la moyenne est d'une à deux lois tous les deux ans.

- 44 Or, non seulement ces mouvements ont toujours été globalement unidirectionnels, vers plus de sévérité, au point de renverser totalement l'idée d'un effet cliquet en faveur des libertés et au contraire, révélant un effet cliquet inversé où chaque cran supplémentaire vers le sécuritaire est irrémédiable. Mais au surplus, chaque mouvement dans un domaine a contaminé les autres et même le droit commun. Car ce que le législateur a fait pour l'un, et qui a été admis par le Conseil constitutionnel, a toujours fini par être appliqué aux autres.
- 45 Le résultat est le suivant : les lois visant à renforcer la lutte contre le terrorisme, loin de toujours se justifier par un véritable besoin normatif, ont surtout pour but d'afficher ostensiblement une réaction politique. En revanche, les services (surtout ceux du ministère de l'Intérieur) ont souvent profité de ces fenêtres législatives pour faire adopter des textes clefs en main préparés par le passé et qui avaient été refusés en temps normal. Ils sont ainsi ressortis au moment opportun, le contexte post-attentat étant le plus propice car les débats sont alors réduits à peu de choses et le contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel est bien souvent éludé.
- 46 Plusieurs illustrations vont en ce sens.
- 47 En décembre 2015, *Le Monde* a relaté comment le ministère de l'Intérieur avait tiré avantage des lois de prorogation de l'état d'urgence pour faire voter des amendements sans lien avec la situation : « Jeudi 3 décembre, la Direction générale de la police nationale (DGPN) a convié des représentants de chacune de ses directions pour faire le point. Dans son courriel d'invitation, le cabinet du directeur estime, sans fausse pudeur, qu'« il convient d'utiliser cette "fenêtre" [législative] pour faire avancer certaines évolutions souhaitées par les différents services et qui n'ont pu jusqu'à présent aboutir soit par manque d'un vecteur législatif approprié, soit parce que le contexte ne s'y prêtait pas ». Le contexte s'y prête désormais, à n'en pas douter. Place Beauvau, le Père Noël a un nouveau nom : état d'urgence »¹⁷.
- 48 La loi du 21 juillet 2016 prorogeant l'état d'urgence après l'attentat de Nice en est un autre exemple. Elle a été adoptée après moins de quarante-huit heures de débats devant le Parlement et comporte un ensemble de mesures sans rapport avec l'état d'urgence. Bon nombre de ces mesures dites de « renforcement de la lutte antiterroriste » ont surgi de façon « spontanée » lors des débats, avec des amendements déjà rédigés pour répondre à des demandes des services ou encore satisfaire une demande plus générale de durcissement pénal. Il en est ainsi de l'extension de la surveillance en temps réel, de la vidéosurveillance permanente des cellules – mesure destinée à consolider un dispositif réglementaire trop fragile – ou encore de l'extension de la perpétuité dite réelle.
- 49 De même, la loi du 28 février 2017 relative à la sécurité publique, justifiée là encore par le contexte de lutte contre le terrorisme, a prévu de multiples mesures éparses, comme l'assouplissement des règles de recours à la force et de la légitime défense, ou l'accroissement des pouvoirs de contrôle de l'administration pénitentiaire sur les visiteurs. Sans compter, bien sûr, le rétablissement du délit de consultation habituelle de sites terroristes.
- 50 La lutte contre le terrorisme est donc une bannière commode et offre un prétexte opportun à l'adoption de mesures liberticides. La confusion des fins engendre la multiplication des moyens restrictifs.
- 51 Ensuite, par un effet de balancier, des moyens pourtant outranciers paraîtraient acceptables si le juge constitutionnel ne les passait pas au crible du principe de proportionnalité. Les exemples sont, là encore, nombreux. Ainsi, le Conseil

constitutionnel a-t-il soumis la prolongation des assignations à résidence de plus d'un an à des conditions plus strictes que les autres : « au-delà de douze mois, une mesure d'assignation à résidence ne saurait, sans porter une atteinte excessive à la liberté d'aller et de venir, être renouvelée que sous réserve, d'une part, que le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics, d'autre part, que l'autorité administrative produise des éléments nouveaux ou complémentaires, et enfin que soient prises en compte dans l'examen de la situation de l'intéressé la durée totale de son placement sous assignation à résidence, les conditions de celle-ci et les obligations complémentaires dont cette mesure a été assortie » (Cons. const., décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, cons. 17).

- 52 La jurisprudence constitutionnelle relative aux perquisitions autorisées sur le fondement de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, dans sa version antérieure à la loi du 21 juillet 2016, illustre également ce contrôle. Le juge a ainsi décidé que les perquisitions de nuit dans un domicile doivent être justifiées « par l'urgence ou l'impossibilité de [les] effectuer le jour » ; dans le même temps, il a déclaré contraire à la Constitution le dispositif de saisie de données numériques, faute d'encadrement légal suffisant du recueil, de l'exploitation et de la conservation des données (Cons. const., décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, cons. 10 et 14).
- 53 De même, le Conseil constitutionnel a censuré l'article 5 de cette loi dans sa version précédant la loi du 11 juillet 2017, article qui, comme on le sait, autorisait le préfet à interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics. Il a ainsi jugé, d'abord, qu'en « prévoyant qu'une interdiction de séjour peut être prononcée à l'encontre de toute personne « cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics », le législateur a permis le prononcé d'une telle mesure sans que celle-ci soit nécessairement justifiée par la prévention d'une atteinte à l'ordre public » et, ensuite, que « le législateur n'a soumis cette mesure d'interdiction de séjour, dont le périmètre peut notamment inclure le domicile ou le lieu de travail de la personne visée, à aucune autre condition et il n'a encadré sa mise en œuvre d'aucune garantie ». La conclusion est nette : « le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir et le droit de mener une vie familiale normale » (Cons. const., décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017, cons. 5, 6 et 7). La portée pratique du contrôle exercé par le juge constitutionnel doit ici être soulignée, étant donné que cette interdiction légale avait davantage servi à restreindre le droit de manifester que l'action de dangereux terroristes.
- 54 La cause est donc entendue : la lutte contre le terrorisme est un pavillon accueillant qui justifie, par l'extension des fins qu'il occasionne, le recours à des mesures restrictives sans lien direct – ni, parfois, indirect – avec son objet. On peut s'interroger sur les raisons profondes d'une telle situation. Elles me semblent, somme toute, parfaitement banales et relever d'un « politiquement correct » qui, faute de viser – par relativisme moral et crainte de l'indécence intellectuelle – le terrorisme « religieux », incrimine plus largement toute entreprise dont l'inspiration paraît suspecte. Comme on ne veut pas le nommer, on crée des incriminations suffisamment larges pour englober tout le monde.
- 55 Ce point est essentiel. Outre qu'une telle dérives de la législation policière fait penser à la dynamique de la terreur révolutionnaire¹⁸, elle complexifie l'office du juge, même indépendant, puisque les termes de l'exigence de proportionnalité perdent en clarté ce qu'ils gagnent en extension. L'effet en est un affaiblissement général du principe de proportionnalité, y compris lorsqu'il s'agit d'appliquer la législation policière « des temps

ordinaires », dont on peut douter qu'elle se conforme toujours au principe de légalité. La jurisprudence constitutionnelle en offre, une fois encore, des illustrations : ainsi de la contrariété à la Constitution de la disposition de l'article 421-2-6 du code pénal relative au délit d'« entreprise individuelle terroriste », dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, compte tenu de leur caractère particulièrement flou. Le Conseil a jugé qu'en « *retenant au titre des faits matériels pouvant constituer un acte préparatoire le fait de « rechercher ... des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui », sans circonscrire les actes pouvant constituer une telle recherche dans le cadre d'une entreprise individuelle terroriste, le législateur a permis que soient réprimés des actes ne matérialisant pas, en eux-mêmes, la volonté de préparer une infraction* » (Cons. const., décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, cons. 17).

- 56 La nécessité des moyens par rapport aux fins est donc une exigence cruciale dont toute la jurisprudence constitutionnelle atteste qu'elle est battue en brèche. Cela est d'autant plus regrettable s'agissant de mesures exceptionnelles, telles celles prises sur le fondement de l'état d'urgence, que l'on ne s'interroge jamais sur le principe pourtant évident de savoir si la répression antiterroriste ne pourrait être poursuivie par les moyens existants. Or, un rapide tour d'horizon montrerait que tel est largement le cas.
- 57 L'état d'urgence est un régime juridique limité qui n'offre aux autorités administratives qu'une série de pouvoirs supplémentaires dont beaucoup existent déjà (comme tel ou par équivalent) dans le droit commun. D'autant que ce dernier a été notablement durci au fil du temps, tant pour ce qui concerne la procédure pénale que s'agissant des pouvoirs de police administrative désormais énumérés par le code de la sécurité intérieure. Ainsi, le dispositif des perquisitions administratives (art. 11 de la loi du 3 avril 1955) n'apporte guère plus que le régime juridique des perquisitions judiciaires en matière de terrorisme, lequel est déjà dérogoratoire au droit commun. Car au fil des assouplissements, les conditions légales permettent assez aisément à un juge judiciaire d'autoriser des perquisitions pour procéder à des « levers de doute » substantiels en matière terroriste.
- 58 De même, les dispositifs de dissolution de groupements (art. 6-1), fermeture de lieux (art. 8, al. 1er), interdiction de réunion et de manifestation (art. 8, al. 2 et 3), les contrôles d'identité, fouilles de bagages et de véhicules (art. 8-1) ou encore les remises d'armes (art. 9), trouvent leur équivalent dans le droit commun du code de la sécurité intérieure. Tout au plus les conditions sont-elles assouplies avec le régime de l'état d'urgence qui n'apporte rien d'absolument déterminant dans la lutte contre le terrorisme.
- 59 Les statistiques de l'état d'urgence ainsi que les différents rapports parlementaires ont d'ailleurs confirmé que l'état d'urgence n'a véritablement servi – de façon réellement déterminante – à la lutte contre le terrorisme que dans les premières semaines de novembre/décembre 2015, pour désorganiser rapidement les cellules déjà surveillées. Bien peu de procédures judiciaires pour terrorisme ont été ouvertes après perquisition administrative : en décembre 2016, le rapport Raimbourg/Poisson en recensait 61 « en lien avec le terrorisme » en un an, résultat en trompe-l'œil car 41 concernent le simple délit d'apologie ou assimilé.
- 60 Les apports propres du régime de l'état d'urgence résident dans les mécanismes de restrictions de la liberté de circulation. Mais s'agissant des interdictions de circulation et zones de protection (art. 5, 1° et 2°) ainsi que des interdictions de séjour (art. 5, 3°), en pratique, ces régimes n'ont jamais été utilisés contre des personnes clairement liées au terrorisme islamiste depuis novembre 2015. La seule véritable originalité du régime de l'état d'urgence concerne les assignations à résidence, qui peuvent viser des personnes

envers qui pèsent seulement des doutes sérieux de liens avec le terrorisme sans que ces éléments soient suffisants en l'état pour justifier l'ouverture d'une procédure judiciaire.

- 61 Mais ce type de mesures administratives et préventives n'existe en principe que pour prévenir un risque pressant, avant de déboucher, soit sur l'ouverture d'une procédure judiciaire (avec, le cas échéant, un contrôle judiciaire qui peut impliquer une assignation à résidence notamment sous bracelet électronique), soit sur la fin de toute mesure. Or, depuis novembre 2015, certaines personnes demeurent sous assignation à résidence de façon pérenne sans que leur situation n'évolue. Et cela, non pas forcément parce que ces personnes représentent un réel danger (si tel était le cas, des mesures judiciaires seraient engagées) mais parce qu'aucun décideur ne souhaite prendre la responsabilité de lever leur assignation de crainte qu'elles soient impliquées ensuite dans un attentat.
- 62 Cette politique normative de la confusion, savamment entretenue, porte en elle les germes du pire régime des libertés que l'on puisse concevoir : une façade libérale et rassurante, une arrière-cour oppressive et désespérante. L'illusion est tout sauf comique, bien qu'elle soit à l'avantage de beaucoup, à commencer, on l'aura compris, des forces de police qui font ainsi l'économie d'une réforme. Faut-il vraiment préférer l'atteinte croissante à nos libertés au conservatisme de quelques-uns, durcir les lois plutôt que réformer les forces de l'ordre ?

4. Ebauche d'analyse prospective des atteintes à venir aux droits et libertés individuels

- 63 Une dernière dimension de la protection des droits et libertés doit encore être examinée, bien qu'elle soit prospective. Mais là est son importance : la protection des garanties individuelles appelle une réflexion approfondie sur les atteintes à venir, réflexion dont nos sociétés modernes, crispées sur l'instant, ne semblent pas vouloir envisager.
- 64 La question des données à l'époque numérique s'y prête bien.
- 65 Prenons un exemple pratique. Google va commercialiser le dernier iPhone. Cet appareil fonctionne grâce à un logiciel de reconnaissance faciale. Google nous assure qu'il est crypté et qu'il s'engage à ne pas en communiquer les données. C'est parfait, du moins en apparence, si la confiance devait primer sur la vigilance. Mais pouvons-nous nous en tenir à la parole contractuelle d'une entreprise pour être sûrs que les données personnelles ne sont pas communiquées ? À l'évidence non : la réponse consiste à imposer à Google la délivrance d'une autorisation permettant de vérifier le respect de ses engagements.
- 66 Dans le cas particulier, il serait normal que la France n'autorise la vente des derniers iPhone sur son territoire qu'après une procédure de « disclosure » ou Apple prendrait l'engagement de ne communiquer à aucun État des renseignements sur un citoyen français sans l'autorisation d'un juge français, ou démontrerait qu'il n'existe aucun accord le liant aujourd'hui à une entité étatique et permettant le même résultat. Le débat politique impose de déterminer, sérieusement, si nous prenons ou non au sérieux la communication des données personnelles.
- 67 Allons plus loin. Une base constitutionnelle qui énoncerait que la Constitution est, fondamentalement, un contrat garantissant au citoyen la protection d'un juge indépendant face à la circulation des informations des opérateurs mondiaux, étatiques ou

non, pourrait offrir un cadre satisfaisant pour désamorcer les effets indésirables d'un « big data » incontrôlable.

- 68 S'il ne l'est déjà, il le deviendra en effet rapidement : la puissance, qui repose sur l'information, des grands opérateurs sera supérieure à celle des États à un bref horizon ; la territorialité sur laquelle se fonde nos constructions politiques aura disparu quant aux droits essentiels ; enfin, le risque pour les libertés est la communication des données entre ces opérateurs et un État sur lequel, par définition, le citoyen n'a pas de prise. Que se passera-t-il si Google, pour des raisons de stratégie commerciale, décide de donner à une administration américaine les datas de *browsing* des citoyens français dont les noms ont une consonance arabe ? Ou à une administration russe des tweets anti Poutine ? Ou aux chinois des relevés de consultation internet de réfugiés tibétains ?
- 69 Compte tenu des enjeux, la refondation de l'État implique de « prendre les droits au sérieux », selon la formule de Dworkin. La position de l'État en serait également renforcée, puisqu'il se retrouverait, conformément au projet des Lumières, dans la position qui devrait être la sienne : celle d'un protecteur des droits par le truchement du juge, et non dans la position de celui qui forcerait les opérateurs économiques à lui fournir des données aux fins de police.
- 70 Autrement dit, le développement des droits et libertés fondamentaux, facteur de progrès à l'échelle individuelle, l'est aussi au plan collectif. Là git une conception renouvelée de l'intérêt général, dont la définition appelle le débat et donc l'exercice démocratique de la souveraineté.
- 71 Force est de constater que nous n'abordons pas cette période nouvelle dans les meilleures conditions, ayant été collectivement incapables de faire vivre convenablement nos principes dans un temps, qui, malgré les attentats, n'est sûrement pas le pire que nous ayons connu au cours de notre histoire. A voir la manière dont les conceptions les mieux établies ont été bousculées, oubliées et contournées, au bénéfice d'une approche technocratique du droit, entièrement mise au service du contrôle social, l'inquiétude gagne les esprits les plus rassis. Ce n'est pas tant que l'exécutif, le législatif et bien souvent les juges eux-mêmes se soient montrés cyniques. Il y a dans le cynisme, dans le désir de se faire bien voir à tout prix d'un corps social déboussolé, le même genre d'hommage que celui que dans l'hypocrisie le vice rend à la vertu. On viole les principes ; on ne nie pas qu'ils existent. C'est lorsqu'ils semblent n'avoir jamais vraiment existé, lorsqu' « on ne voit pas le problème », que la démocratie paraît vaciller sur ses bases. A la vérité, nous en sommes là.

NOTES

1. J.-M. Sauvé, « Le juge administratif, protecteur des libertés », colloque de l'ADDA, 16 juin 2016 (paru in ADDA, *Les controverses en droit administratif*, Dalloz, 2017, pp. 51-60)
2. Cité in P. Gueniffrey, *La politique de la terreur*, Gallimard, 2000, p. 170.
3. Cité in D. Salles, « Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 26 - août 2009.

4. V. A. Van Lang, « Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité », *AJDA* 2005, p. 1760, qui relève l'ambition de la Cour de cassation de « *s'imposer comme juridiction unique, naturelle* ».
5. V. Trib. confl., 18 décembre 1947, *Hilaire* : « *la sauvegarde de la liberté individuelle et de la propriété privée rentre essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire* »).
6. V. sur ce point J.-M. Sauvé, « Le juge administratif, protecteur des libertés », *préc.*
7. J. Rivero, « Le rôle du Conseil d'État dans la tradition française », *Le Monde*, 31 oct. 1962, cité in R. Desgorces, « Les armes du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales : le point de vue de la doctrine », *Revue générale du droit*, 2016.
8. Selon la formule de R. Desgorces, *préc.*
9. B. Louvel, « Pour l'unité de juridiction », tribune du 25 juillet 2017.
10. V. *Les Échos*, 25 février 2008.
11. Cité in P. Cassia, *Contre l'état d'urgence*, Dalloz, 2016, p. 16.
12. v. sur cette question N. Hervieu, « État d'urgence et CEDH : de la résilience des droits de l'homme », *Dalloz actualité*, 20 sept. 2017.
13. Note de la rédaction : ce texte a été adopté depuis la rédaction de ce texte et fait l'objet de 4 QPC déposées, au nom de la LDH, par le cabinet Spinosi-Sureau (loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme).
14. Note de la rédaction : en définitive les autorités françaises ont décidé, contre la lettre du Code frontières Schengen, de renouveler une nouvelle fois la prolongation des contrôles aux frontières intérieures du 1^{er} novembre 2017 jusqu'à fin avril 2018, ce qui a été contesté devant le Conseil d'Etat par des associations de défense des étrangers.
15. Note de la rédaction : Suite à la CMP, ce rayon a été ramené, dans la version définitive de l'article 19 de la loi du 30 octobre 2017, à 10 km.
16. Rapport d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence, 6 décembre 2016
17. v. à ce sujet L. Borredon, « A Beauvais, certains voudraient interner les fichés « S » », 5 décembre 2015.
18. V. sur ce point les réflexions éclairantes de P. Gueniffrey, *La politique de la terreur*, *préc.*

RÉSUMÉS

Alors que l'état d'urgence proclamé le 13 novembre 2015 vient de s'achever, il semble nécessaire d'analyser l'impact sur les droits fondamentaux de cette utilisation dans la durée d'un état d'exception. Or non seulement cette période a été marquée par l'émergence d'un « duopole juridictionnel » en la matière, qui consacre aussi un rééquilibrage au profit du juge administratif qui bénéficie, comme son homologue judiciaire, de garanties d'indépendance satisfaisantes. Mais en outre le droit d'exception a largement contaminé le droit commun, en particulier par la loi du 30 octobre 2017. Dans ce cadre, les juges, en particulier le juge constitutionnel, n'ont pas été en mesure d'établir, pour ces moments d'exception, des principes clairement établis et qui pourraient être rigoureusement appliqués, surtout au regard des menaces à venir pour les droits et libertés individuels

As the state of emergency, which was proclaimed on novembre 13, 2015, just came to an end, it seems essential to assess the impact of fundamental rights of such a long-run use of a state of exception legal regime. That period has been characterized by the rise of a "jurisdictional

dupole" in that matter, which leads to a rebalancing of powers for the benefit of administrative jurisdictions who, as much as its judicial counterparts, hold appropriate guarantees of independence. Yet this law of exception has largely pervaded common law, in particular through law of October 30, 2017. In this context, judges and notably the constitutional judge have not proved capable of setting up, for these exceptional moments, clearly established principles that could be stringently implemented, especially in view of upcoming threats on rights and individual freedoms.

INDEX

Mots-clés : liberté individuelle, liberté personnelle, garanties des droits, états d'exception, état d'urgence, circonstances exceptionnelles, police administrative, autorité judiciaire, duopole juridictionnel, office du juge, proportionnalité, diffusion de l'état d'urgence dans le droit commun, contrôle parlementaire, protection des données numériques, jurisprudence constitutionnelle

Keywords : liberty, habeas corpus, exceptional state, state of emergency, exceptional circumstances, administrative police, judicial authority, jurisdictional competences, proportionality, dissemination of state of emergency in law, parliamentary control, protection of digital data, constitutional case-law

AUTEUR

FRANÇOIS SUREAU

Ancien membre du Conseil d'Etat, François Sureau est actuellement avocat aux Conseils et écrivain. Il a publié récemment *Pour la liberté. Répondre au terrorisme par la raison*, Tallandier, 2017 qui constitue un recueil de trois plaidoiries devant le Conseil constitutionnel, comme représentant de la Ligue des droits de l'homme, dans le cadre de procédures en QPC.