

L'arrêt Dame Dol et Laurent à la lumière de l'état d'urgence

Virginie Donier

Professeure de droit public – Université de Toulon – Centre d'étude et de recherche sur les contentieux (CERC)

Je tiens tout d'abord à remercier Monsieur le Président du Tribunal administratif pour son invitation. Je suis très heureuse d'avoir l'opportunité d'intervenir lors de cette audience solennelle car je considère que les relations que l'on peut tisser entre enseignants-chercheurs et juges sont toujours très éclairantes. Il est en effet très instructif de pouvoir échanger avec ceux qui font les décisions que les enseignants-chercheurs sont appelés à commenter, cela nourrit incontestablement la réflexion. C'est donc avec beaucoup de plaisir que j'ai accepté la sollicitation de Monsieur le Président du Tribunal pour vous parler de l'actualité du fameux arrêt Dame Dol et Laurent, actualité qui consistera à confronter cette décision à la situation d'état d'urgence, qu'elle soit jugée temporaire ou permanente.

Sans revenir sur les faits de cet arrêt puisque cela sera développé par Jean-Christophe Duchon-Doris, il faut néanmoins préciser que l'apport de cette décision est de reconnaître que les limites assignées au pouvoir de police ne sont pas les mêmes en temps de paix et en temps de guerre. En effet, dans ce second cas, les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une plus grande densité et exigent pour la sécurité publique des mesures plus contraignantes¹. Cette décision tend à démontrer, à l'instar de la théorie des circonstances exceptionnelles, que des textes spéciaux peuvent légalement ou légitimement fonder une extension du pouvoir de police (en l'espèce, il s'agissait de la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège). Ces fondements textuels ont été prolongés par une construction jurisprudentielle, dite des circonstances exceptionnelles dont l'arrêt Heyriès², rendu quelques mois avant l'arrêt Dol et Laurent, a jeté les bases.

Pour autant, l'exercice de ce pouvoir de police exceptionnellement étendu peut faire l'objet de contestations juridictionnelles au nom de la défense des libertés fondamentales. Dans l'affaire Dol et Laurent, l'intérêt à agir des « filles galantes » a été implicitement admis par le Conseil

¹ Voir en ce sens le commentaire de l'arrêt Dame Dol et Laurent dans les Grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA), n°32, éditions Dalloz, 2017.

² CE, 28 juin 1918, GAJA n° 30.

d'Etat, mais cela a toutefois soulevé certaines interrogations que l'on retrouve sous la plume de Maurice Hauriou. Ce dernier se demandait si les requérantes disposaient effectivement d'un intérêt légitime à agir devant le juge administratif, « la courtisane ne pouvant être mise sur le même plan que la femme honnête » selon ses propos³. Et Hauriou de regretter que le Conseil d'Etat n'ait pas saisi cette occasion pour consacrer une théorie de la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt légitime par *turpitude*, car nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude selon l'adage.

La question est intéressante, mais ce n'est pas celle que l'on souhaiterait développer ici, nous laisserons donc de côté ces interrogations mâtinée de morale, et qui peuvent sembler surannées, pour nous concentrer sur la question de fond : quelle peut être l'étendue des pouvoirs de police en situation de crise et quel est le rôle du juge administratif dans ces circonstances troublées ? Comme on le verra, il y a une corrélation très forte entre l'extension du pouvoir de police administrative et la place dévolue au juge administratif sous l'empire de l'état d'urgence ; mais puisque nous sommes à présent formellement sorti de cet état, il convient aussi de porter le regard sur l'impact de la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, dont on a parfois dit ou écrit qu'elle consacrait un état d'urgence permanent.

C'est donc autour de ces deux législations, celle du 3 avril 1955 dans sa version modifiée, et celle de 2017, que l'on souhaite poser la question de la place du juge administratif dans la dialectique sécurité / liberté.

I. Le juge administratif et l'état d'urgence au sens de la loi de 1955

La mise en œuvre de l'état d'urgence suite aux attentats qui ont meurtri la France a été à l'origine de tensions entre les deux ordres de juridictions car cet état d'exception s'est traduit, en apparence, par une mise en avant du juge administratif au détriment du juge judiciaire. L'état d'urgence a donc donné lieu à une querelle de légitimité parfois qualifiée de guerre des juges⁴. Le premier Président de la Cour de cassation a ainsi regretté, lors de l'audience solennelle de la Cour du 14 janvier 2016, la mise à l'écart du juge judiciaire et a fait part de ses divergences quant à la définition du périmètre de la liberté individuelle par le Conseil

³ S. 1918-1919. 3.33.

⁴ Sur cette question, voir X. Vandendriessche, « Le contrôle du Conseil d'Etat sur les mesures prises au titre de l'état d'urgence », *AJDA* 2018, p 1322.

d'Etat, alors que la protection de cette liberté incombe à l'autorité judiciaire en vertu de la Constitution. Ces propos n'ont pas manqué de faire réagir celui qui était alors vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé, qui a souhaité rappeler que le juge administratif est lui aussi le défenseur des droits fondamentaux. Lors des entretiens du contentieux du Conseil d'Etat du 4 novembre 2016, il a ainsi indiqué que « le juge administratif est le juge de l'action administrative, même en temps de circonstances exceptionnelles, et il est regrettable et erroné de soutenir qu'il ne serait pas qualifié pour opérer un contrôle approfondi des mesures fondées sur la situation d'état d'urgence ».

Ces différents propos tendent à démontrer que derrière la mise en œuvre de l'état d'urgence se dessine la question de la compétence juridictionnelle pour juger l'administration dans ces hypothèses de temps de crise, ce qui interroge sur la place du juge administratif dans la protection des libertés individuelles, question qui apparaissait aussi en filigrane dans l'arrêt Dame Dol et Laurent. A cet égard, la création du référé-liberté, mais aussi l'évolution de la théorie de la voie de fait ou de l'emprise irrégulière avaient déjà conféré au juge administratif une place plus importante dans la protection des libertés individuelles. Il serait inexact de croire que le droit administratif est uniquement un droit de protection des prérogatives de l'administration, il est aussi un droit de protection des libertés, la jurisprudence relative au pouvoir de police et au contrôle de proportionnalité appliqué à ces mesures en témoigne. Et au demeurant, cette jurisprudence n'est pas nouvelle, il suffit pour s'en convaincre de se reporter au fameux arrêt Benjamin de 1933⁵.

Pour autant, la jurisprudence a engendré une extension du périmètre de la police administrative, extension que l'on discerne notamment au travers de l'ordonnance Dieudonné du 9 janvier 2014⁶ puisque cette décision considère que l'autorité administrative a le pouvoir de prendre des mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises. Or cette extension a nécessairement des conséquences sur le champ de compétence du juge administratif en vertu du principe fondamental reconnu par les lois de la République qui attribue à la compétence du juge administratif les litiges relatifs aux décisions prises par l'autorité administrative dans l'exercice de prérogatives de puissance publique⁷. Or, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler, dans une décision rendue sur la base d'une question prioritaire de constitutionnalité, le 22 décembre 2015, que les mesures prises lors de

⁵ CE, 19 mai 1933, *GAJA* n°43.

⁶ N° 374508.

⁷ Voir en ce sens O. Le Bot, « Etat d'urgence et compétence juridictionnelle », *RFDA* 2016, p 436.

l'état d'urgence se rattachent à l'objectif de préservation de l'ordre public et de prévention des infractions poursuivies par la police administrative⁸.

La loi relative à l'état d'urgence n'a donc pas vocation à bouleverser l'ordre établi en matière de répartition des compétences même s'il convient d'admettre que la mise en œuvre de l'état d'urgence induit nécessairement une extension du domaine de la police administrative et, par conséquent, une augmentation quantitative des litiges pouvant être soumis à la compétence du juge administratif. Il faut par ailleurs rappeler que le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle énoncé par l'article 66 de la Constitution a vocation à se limiter aux seules peines privatives de liberté. S'agissant ainsi des assignations à résidence prononcées dans le cadre de l'état d'urgence, celles-ci ne doivent relever de la compétence du juge judiciaire que si elles sont assimilables à une mesure privative de liberté, le Conseil constitutionnel ayant jugé, dans sa décision précitée, que tel serait le cas pour une assignation qui dépasserait 12h par jour. On peut bien entendu ne pas être pleinement convaincu par une telle analyse car, pour que le juge judiciaire soit compétent, il faut que l'assignation porte atteinte à la liberté individuelle ; or selon le Conseil constitutionnel, cette condition ne serait réalisée que si l'atteinte est d'une certaine intensité, plus précisément au-delà de 12h. A l'instar de certains auteurs, on peut émettre certaines critiques à l'égard du lien ainsi établi entre la qualification d'une liberté et l'atteinte qui lui est portée⁹.

Mais si l'on excepte cette question, il apparaît que la compétence du juge administratif pour connaître des décisions prises sous l'état d'urgence est exempte de toute contestation puisqu'elle repose sur des fondements constitutionnels. Pour autant, les modalités d'intervention du juge administratif sont-elles réellement satisfaisantes, accordent-elles les mêmes garanties que celles que pourrait offrir l'intervention du juge judiciaire ? En doctrine, la question a été particulièrement soulevée à propos des perquisitions administratives. Sur ce point, la critique a surtout porté sur l'absence de contrôle *a priori* puisque le contrôle du juge administratif ne peut intervenir qu'après la perquisition, c'est-à-dire une fois que la mesure a produit ses effets¹⁰. Il s'avère alors que les garanties qu'offre l'intervention du juge administratif sont de moindre portée si on les compare à celles que peut offrir un contrôle *a priori*, comme cela est possible en matière de perquisitions judiciaires. C'est ainsi le droit d'accès au juge qui semble être mis à mal même si le Conseil constitutionnel a réfuté cet

⁸ Décision n° 2015-527 QPC.

⁹ Voir en ce sens le commentaire de la décision n° 2015-527 QPC par A. Roblot-Troizier, *RFDA* 2016, p 123.

¹⁰ O. Le Bot, « Etat d'urgence et compétence juridictionnelle », *op. cit.*

argument dans une décision rendue sur la base d'une question prioritaire de constitutionnalité le 19 février 2016¹¹. Le Conseil considère en effet que les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence justifient l'atteinte portée au droit au recours.

Il apparaît donc que la répartition des compétences juridictionnelles fondée sur la distinction entre police administrative et police judiciaire et l'extension du champ des pouvoirs de police administrative sous l'empire de l'état d'urgence tend à réduire les garanties juridictionnelles auxquelles le justiciable doit pouvoir prétendre. Mais puisque l'on est désormais sorti de l'état d'urgence, la question est de savoir si la loi du 30 octobre 2017 a modifié la place dévolue au juge administratif.

II. L'extension des pouvoirs de police par la loi de 2017 et la place du juge administratif

La loi du 30 octobre 2017 a parfois été décrite comme inscrivant l'état d'urgence dans le droit commun. C'est cette idée que l'on souhaiterait mettre à l'épreuve avec, en arrière-plan, la question des pouvoirs de l'administration, et donc du rôle du juge administratif (ce qui rejoint d'ailleurs l'une des questions soulevées par l'arrêt Dame Dol et Laurent).

L'une des préoccupations ayant motivé cette loi réside dans la nécessité de ne pas maintenir un état d'urgence permanent tout en permettant aux pouvoirs publics de rester armés face au terrorisme. Pour cela, la loi confère aux autorités publiques des pouvoirs dont certains s'inspirent fortement de la loi de 1955 sur l'état d'urgence¹².

Tel est le cas du pouvoir reconnu au préfet d'ordonner la fermeture des lieux de culte pour une durée relativement longue (6 mois maximum), disposition qui s'inspire de la loi de 1955. Par ailleurs, la loi du 30 octobre 2017 permet au préfet d'instituer des périmètres de protection dans lesquels l'accès et la circulation des personnes sont réglementés, ce qui constitue, là encore, un emprunt à la loi de 1955. L'autorité administrative a aussi le pouvoir de prendre des mesures individuelles de surveillance, pouvoir qui permet de contrôler des individus en lien avec des groupements terroristes. Enfin, la loi de 2017 prévoit, dans son article 4, que le préfet peut mettre en œuvre des perquisitions administratives et exploiter, à l'issue de celles-ci, les données informatiques saisies. Il y a néanmoins une différence substantielle avec les dispositions applicables sous l'état d'urgence car la loi prévoit que la perquisition n'est plus

¹¹ Décision n° 2016-536 QPC.

¹² O. Le Bot, « Un état d'urgence permanent ? », *RFDA* 2017, p 1115.

décidée par le préfet, mais autorisée par un juge, plus précisément par le juge des libertés et de la détention. Le législateur de 2017 a ainsi remédié à l'une des critiques qui était adressée aux dispositions de la loi de 1955 sur les perquisitions administratives en prévoyant l'intervention *a priori* d'un juge.

Pour autant, il n'en demeure pas moins que la loi de 2017 reconnaît de nouveaux pouvoirs aux autorités qui détiennent la police administrative, ce qui, corrélativement, accroît le périmètre de compétence du juge administratif. Il convient toutefois de préciser que la mise en œuvre de ces nouveaux pouvoirs est limitée à la lutte contre le terrorisme, cela ne vise donc pas toute atteinte à l'ordre public, seule une catégorie d'atteinte devant être prise en compte.

Mais le problème réside dans l'absence de définition de la notion de terrorisme car le code de la sécurité intérieure qui codifie la loi de 2017 emploie cette notion sans la définir. L'autorité administrative dispose ainsi d'un pouvoir d'appréciation pour indiquer ce qui entre dans le champ de cette notion, sous le contrôle du juge administratif bien évidemment. Comme certains commentateurs l'ont relevé, la loi de 2017 comporte une formulation assez générale car elle se réfère à la prévention « des » actes de terrorisme¹³. Faut-il en conclure que l'allégation d'une menace terroriste pourra suffire pour justifier la mise en œuvre de ces nouveaux pouvoirs de police ? La question reste posée et elle se posera probablement au juge administratif.

Il convient néanmoins de souligner que le législateur de 2017 a veillé à renforcer les conditions justifiant la mise en œuvre de ces pouvoirs : s'agissant par exemple des mesures de surveillance ou des perquisitions administratives, l'activation de ces pouvoirs est subordonnée à la réunion de deux conditions cumulatives. Il faut d'une part, « des raisons impérieuses de penser que le comportement de la personne constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre public » et d'autre part, qu'existe un lien entre la personne et le terrorisme. A cela s'ajoute aussi l'existence d'un régime contentieux plus favorable : s'agissant par exemple des décisions de fermeture des lieux de culte, la loi a prévu que le recours formé contre l'arrêté de fermeture a un effet suspensif s'il intervient avant le délai accordé pour l'exécution de la mesure.

Mais ces garanties ne peuvent à elles seules atténuer une tendance dénoncée par certains, notamment par le Défenseur des droits qui observe « un glissement vers une logique de

¹³ O. Le Bot, *Ibidem*.

suspicion et de précaution dans notre société »¹⁴. Outre la position de cette autorité, des auteurs de doctrine considèrent, dans la même veine, que la police administrative « n'est plus uniquement préventive ou curative des troubles à l'ordre public, mais aussi prédictive du risque virtuel de commission d'une infraction »¹⁵. Mireille Delmas-Marty, quant à elle, n'a pas hésité à évoquer un « despotisme doux »¹⁶.

Toutes ces réactions interrogent en ce qu'elles mettent l'accent sur les risques inhérents non seulement à l'extension du pouvoir de police administrative, mais aussi à l'évolution de l'objet même de ce pouvoir.

Sans en conclure que la loi du 30 octobre 2017 a instauré un état d'urgence permanent (formule sans doute trop rapide pour être exacte car la nuance s'impose dans ce cas), la multiplication des hypothèses d'intervention de la police administrative place davantage le juge administratif au cœur de la dialectique liberté /sécurité. Or si cette tension était auparavant particulièrement perceptible en situation de crise, comme le démontre l'arrêt dame Dol et Laurent, elle l'est désormais davantage dans le droit commun.

¹⁴ Avis n° 17-05 du 7 juillet 2017 sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

¹⁵ S. Hennette-Vachez et S. Slama, « Etat d'urgence : l'émergence d'un droit administratif de l'ennemi ? », *AJDA* 2017, p 1801.

¹⁶ *Libération*, 16 juillet 2017.