



HAL
open science

La protection des droits fondamentaux face aux exigences de sécurité et d'ordre publics

Véronique Champeil-Desplats

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats. La protection des droits fondamentaux face aux exigences de sécurité et d'ordre publics. XIIe séminaire franco-japonais de droit public, tenu à l'université de Hiroshima les 15-17 mars 2018, Université d'Hiroshima, Mar 2018, Hiroshima, Japon. pp.P. 59-70. hal-03616600

HAL Id: hal-03616600

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03616600v1>

Submitted on 22 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**XII^e SÉMINAIRE FRANCO-JAPONAIS
DE DROIT PUBLIC**

Université d'Hiroshima, 15-17 mars 2018

**LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX FACE
AUX EXIGENCES DE SÉCURITÉ ET D'ORDRE
PUBLICS : LE CAS DU CONTRÔLE DE LA
CONSTITUTIONNALITÉ DES DISPOSITIONS
LÉGISLATIVES SUR L'ÉTAT D'URGENCE
NOVEMBRE 2015-DÉCEMBRE 2017**

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS*

1. « Quel système démocratique à inventer serait à même de représenter des opinions publiques toujours fluctuantes et diversifiées afin de faire face, par exemple, (...) aux attaques terroristes ? (...) Quelles missions incomberaient aux pouvoirs juridictionnels pour la protection des droits fondamentaux dans une telle démocratie ? ».

Ce sont ces deux questions formulées par les organisateurs de nos rencontres que nous souhaiterions discuter à la lumière d'une analyse de la période de mise en œuvre de l'état d'urgence déclaré, en France, à la suite des attaques terroristes commises dans la soirée du 13 novembre 2015. L'hypothèse est que la déclaration de l'état d'urgence, et sa perpétuation, ont été à la fois un laboratoire et un révélateur des réponses politiques et juridiques qu'entendent apporter les gouvernants des régimes démocratiques contemporains pour faire face à ce qu'ils présentent être un défi sécuritaire. C'est plus particulièrement à partir de l'analyse des réponses apportées par le Conseil constitutionnel aux Questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) qui lui ont été posées sur la loi du 3 avril 1955 qui définit le régime de l'état d'urgence, sur ses dispositions modificatives qui se sont succédé depuis novembre 2015¹ ainsi que sur diverses autres dispositions législatives

* Professeure à l'Université de Paris-Nanterre.

¹ Lois des 20 novembre 2015, des 21 juillet 2016, 19 décembre 2016 et 21 juillet 2017.

adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, que l'on ouvrira la discussion relative à ce que l'on peut attendre (ou pas) des juges constitutionnels en termes de protection des droits et libertés face à l'argument pris du terrorisme pour justifier le renforcement de mesures de sécurité.

Rappelons tout d'abord que la montée en puissance de l'affichage de nouvelles préoccupations sécuritaires dans les discours politiques et les lois qui les relaient peut être datée en France de la fin des années 1970. Cette localisation prend ici pour repères l'accélération de l'adoption de lois relatives à la sécurité intérieure, au renseignement et à la lutte contre le terrorisme. Cette accélération a donné lieu à un accroissement corrélatif du nombre de décisions du Conseil constitutionnel en matière de sécurité, même si – et cela peut être un premier signe de consensus politique sur le sujet –, celui-ci n'a pas été systématiquement saisi de toutes les lois adoptées en ce domaine.

Bien qu'elle ait des précédents, telle que la loi sur la fouille des véhicules adoptée à la fin de l'année 1976 que le Conseil constitutionnel n'avait pas à l'époque hésité à censurer pour l'atteinte portée à la liberté individuelle², la loi dite « sécurité et liberté » promulguée le 2 février 1981 constitue un premier temps fort du tournant sécuritaire de la législation française. A l'occasion des débats parlementaires, le Garde des Sceaux de l'époque, Alain Peyrefitte, prononçait une allocution dont les ressorts rhétoriques ont connu l'un des plus grands succès politiques de ces dernières années. Elle consista à établir un rapport dialectique entre la sécurité et la liberté en insistant sur le fait que ces deux notions ne renvoient pas à des valeurs opposées mais à des exigences complémentaires. Bien plus, la sécurité est présentée comme la condition de la liberté :

« On a souvent opposé au cours des dernières semaines ces deux notions de sécurité et de liberté. Certains feignent de penser que tout renforcement de la sécurité se fait aux dépens de la liberté et qu'en revanche il faut se résoudre à payer toute extension des libertés individuelles par une croissance de l'insécurité. Dieu merci, il n'en est rien ! Le Gouvernement ne vous propose pas de résoudre la quadrature du cercle. Liberté et sécurité sont solidaires : voilà le vrai. La sécurité est la première des libertés ; inversement, il n'y a pas de liberté sans une sécurité qui garantisse qu'on pourra en jouir, à commencer par la liberté de rester en vie, la liberté de garder son intégrité physique, la liberté d'aller et de venir. Il n'y a aucune contradiction à vouloir renforcer à la fois la sécurité et la liberté. La sécurité sans la liberté, c'est l'oppression ; la liberté sans la sécurité, c'est la jungle ! »³.

² Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977.

³ A. Peyrefitte, Assemblée Nationale, 2ème Séance du 11 juin 1980, *J.O. débats*, p. 1749.

Tout est dit. Cette rhétorique s'est diffusée à une vitesse fulgurante. Elle a été consacrée à l'article premier de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité dont l'énoncé est devenu le premier article (article L. 111-1) du Code de sécurité intérieure : « la sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives ». Vingt années plus tard, elle structure de nouveau une grande partie des justifications de l'état d'urgence mis en œuvre entre le 14 novembre 2015 et le 1^{er} novembre 2017. L'état d'urgence n'est pas présenté par le pouvoir exécutif qui le promeut comme un régime d'exception opposé à l'État de droit mais comme une condition, un « bouclier » - pour reprendre le registre militaire du Ministre et l'intérieur de l'époque -, de l'État de droit. Tandis que le Premier Ministre, Manuel Valls, pouvait ainsi soutenir que « l'état d'urgence n'est pas contraire à l'État de droit, à nos libertés fondamentales. C'est une modalité d'application de l'État de droit. Incrire dans la Constitution ce régime dérogatoire et provisoire (...), c'est conforter notre démocratie »⁴, son Ministre de l'intérieur, Bernard Cazeneuve, renchérisait : « L'état d'urgence n'est pas le contraire de l'État de droit, il en est quand la situation l'exige, le bouclier »⁵. Ou encore : « Si nous sommes si déterminés sur la sécurité, c'est parce que nous savons qu'elle est la condition de la protection de nos valeurs et de nos principes républicains et démocratiques. C'est pour permettre au Gouvernement d'atteindre ces objectifs que nous proposons la prolongation de l'état d'urgence »⁶.

2. Quelle a été l'attitude de l'opinion publique face à cet affichage politique de la priorité donnée aux exigences sécuritaires?

En héritiers de Pierre Bourdieu qui nous appris que « l'opinion publique n'existe pas »⁷, il est tentant de répondre qu'il est hasardeux de se fonder sur les sondages d'opinion réalisés pendant l'état d'urgence pour conclure que la majorité des français a (vraiment) estimé que celui-ci était une réponse adaptée. En revanche, on peut convenir de deux éléments.

D'une part, l'appui sur l'argument de « l'opinion publique » ou de ce « qu'attendent les français » constitue une constante des discours politiques

⁴ Discours de Manuel Valls, Premier Ministre, examen de la révision constitutionnelle, Sénat séance du 16 mars 2016.

⁵ Discours la présentation de la première loi de prorogation de l'état d'urgence devant la Commission des Lois à l'Assemblée nationale prononcé le 20 novembre 2015 ; voir aussi, séance de questions au gouvernement à l'Assemblée nationale, 1^{er} décembre 2015. Déclaration sur la mise en œuvre et le contrôle de l'état d'urgence, 2 décembre 2015 ; Séance au Sénat du 9 février 2016 et le même discours devant l'Assemblée nationale le 11 février 2016 ; phrase reprise par B. Le Roux, Séance au Sénat, 15 décembre 2016.

⁶ Séance Assemblée Nationale, 19 mai 2016.

⁷ P. Bourdieu, « L'opinion publique n'existe pas », *Les temps modernes*, 318, janvier 1973, pp. 1292-1309. Repris in *Questions de sociologie*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1984, pp. 222-235.

justifiant l'adoption des mesures sécuritaires, tout particulièrement face aux attaques terroristes⁸. Comme l'exprime de façon éloquente Paul Cassia, l'état d'urgence a été affiché comme « un panneau publicitaire » pour « rassurer » cette « opinion publique que, par ailleurs, médias et responsables politiques [ont chauffé] à blanc en surmédiant le moindre attentat islamiste se déroulant dans n'importe quel lieu de la planète »⁹. D'ailleurs, outre les « attentats déjoués », les attaques terroristes commises chez nos voisins européens - et même plus loin -, ont été l'un des arguments avancés pour proroger à répétition l'état d'urgence.

D'autre part, à côté des sondages d'opinion, force est de constater que les critiques émises à l'encontre de l'état d'urgence et des mesures adoptées pour lutter contre le terrorisme, n'ont pas connu un grand succès au-delà des cercles classiques de mobilisation en faveur des droits et libertés. Certes, plusieurs pétitions et tribunes initiées par des associations militantes, des avocats ou des universitaires ont été signées¹⁰ ; des colloques ont été organisés ; des rapports associatifs¹¹ et des articles universitaires ont été écrits ; des journalistes ont, dans *Le Monde*, *Libération*, *Médiapart* ou encore sur Radio France, diffusé des reportages et analyses critiques sur les effets quotidiens de l'état d'urgence sur les droits et libertés¹² ; des institutions telles que le Défenseur des droits ou la Commission nationale consultative des droits de l'Homme ont joué leur rôle d'alerte en publiant de nombreux avis¹³ ; le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe est intervenu auprès du gouvernement français¹⁴ ; des campagnes contentieuses ont été menées ; enfin, quelques parlementaires, dont l'un d'entre eux est devenu

⁸ Entre maints exemples, voir Premier Ministre, Manuel Valls : *allocution 23 décembre 2015* : « Menaces terroristes : protéger les français dans la durée ».

⁹ P. Cassia, « Le bilan de l'état d'urgence reste à faire », *D.*, 2017, p. 2473.

¹⁰ Voir par exemple : « Banalisation de l'état d'urgence : une menace pour l'Etat de droit », par Un collectif d'universitaires et d'artistes, *Libération*, 12 juillet 2017.

¹¹ Par exemple : Amnesty international, *Des vies bouleversées : L'impact disproportionné de l'état d'urgence en France* ; Amnesty international, *Rapport Un droit, pas une menace : Restrictions disproportionnées à la liberté de réunion pacifique sous couvert de l'état d'urgence en France, 31 mai 2017* ; Ligue des droits de l'Homme, *Rapport, L'urgence d'en sortir*.

¹² Par exemple : F. Johannès, « Le Conseil de l'Europe s'inquiète de la prolongation de l'état d'urgence », 25 janvier 2016,

¹³ Voir par exemple, CNCDH, avis, 15 janvier 2016 ; CNCDH, Avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, 18 février 2016 ; Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, 21 juillet 2016 ; Décision MSP-MDS-2016-153 du 26 mai 2016 relative à la mise en œuvre des mesures de perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence ; Communiqué du Défenseur des droits en date du 22 juillet 2016 : Défenseur des droits, Rapport annuel d'activité 2016, février 2017, 147 p. ; voir aussi l'entretien de Jacques Toubon, Défenseur des droits, propos recueillis par J.-B. Jacquin, « Jacques Toubon : le projet de loi antiterroriste est 'une pilule empoisonnée' », *Le Monde*, 23 juin 2017.

¹⁴ Nils Muiznieks, *Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe*, 9 février 2016.

Ministre de la Justice, ont émis des doutes, au cours des travaux des commissions de contrôle, sur l'efficacité à long terme de l'état d'urgence... Tout cela en vain. D'un côté, il n'y eût jamais assez de parlementaires suffisamment convaincus pour saisir le Conseil constitutionnel d'un contrôle *a priori*, ni des lois de prorogations de l'état d'urgence, ni contre la loi du n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (SILT) qui en prolonge, *mutadis mutandis*, certaines dispositions dans le droit commun. D'un autre côté, force est de constater qu'il n'y a pas eu de manifestations populaires massives prenant le relais des opinions exprimées par les acteurs classiquement sensibilisés au problème. La plaidoirie de François Sureau, avocat intervenant au nom de la Ligue des droits de l'Homme, prononcée devant le Conseil constitutionnel afin de contester les dispositions législatives qui avaient institué un délit de consultation habituelle de sites internet terroristes, résume parfaitement la situation :

« Les gouvernements ont cédé, les parlements ont cédé (...), et personne n'aurait pu penser, je crois n'aurait pu, dans notre jeunesse nourrie des grands exemples et des drames du passé, imagé qu'ils céderaient si facilement par lâcheté, par inconséquence ou par calcul. (...) Vous êtes, je voudrais le dire au-delà même de l'émotion, les derniers gardiens de cet honneur et de cette liberté. Permettez-moi d'espérer que vous les défendrez encore alors qu'elles cèdent un peu partout, et que personne, ce qui est aussi grave que le reste, ne semble vraiment en faire un drame. Car ce qui est en jeu ici n'est pas seulement cette disposition particulière, mais cette disposition prise comme une partie d'un mouvement qui s'étend et qui s'accélère partout et chez nous a commencé voilà près de vingt ans. C'est ce mouvement lui-même qui est destructeur »¹⁵.

Ce texte mériterait de longs commentaires. On en retiendra ici trois idées forces. La première est qu'il met l'accent sur l'intensification des mesures sécuritaires et la fragilisation corrélative des libertés depuis une vingtaine d'année. La deuxième est qu'il dresse le diagnostic d'une relative indifférence de l'« opinion publique », désignée dans la plaidoirie plus universellement et énergiquement par le vocable « personne ». La troisième est que Maître Sureau appelle le Conseil constitutionnel à se faire, non pas le relai de l'opinion publique, mais le « gardien » de la liberté contre ce qu'il identifie être une indifférence générale de celle-ci.

¹⁵ Plaidoiries :

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/videos/2017/janvier/affaire-n-2016-611-qpc.148570.html> (30^{ème} à 32^{ème} minutes).

Quelle est, dans ce contexte, la réponse apportée par le Conseil constitutionnel?

3. On pourrait s'arrêter à la réponse immédiate contenue dans la décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 à l'égard du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes. Le Conseil le déclare contraire à la constitution. Il estime que, tel qu'il est énoncé, ce délit porte une atteinte ni nécessaire, ni adaptée, ni proportionnée à l'exercice de la liberté de communication. Il réitère cette appréciation dix mois plus tard s'agissant des dispositions législatives visant à en corriger la définition¹⁶. Rien n'interdit de considérer que le Conseil constitutionnel a joué dans cette affaire le rôle de gardien du temple de la liberté qu'appelait de ces vœux Maître Sureau, comme les deux avocats qui l'avaient précédé pour obtenir l'invalidation de la disposition législative.

Pour autant, ces deux décisions ne doivent pas tromper. Elles viennent, avec certaines autres¹⁷, nuancer une jurisprudence qui, depuis une vingtaine d'années, se caractérise globalement par un laissez-faire en matière de prévention et de sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité, érigées, depuis la décision n°80-137 DC du 20 janvier 1981, en objectif à valeur constitutionnelle. Les quelques déclarations d'inconstitutionnalité qui ont été prononcées n'invalident pas l'appréciation déjà formulée il y a plusieurs années, qu'à l'abord des questions de sécurité, le Conseil constitutionnel filtre souvent les moustiques et laisse passer le chameau¹⁸. Aucun dispositif d'extension des compétences du pouvoir exécutif en matière de renseignement, de lutte contre le terrorisme ou de sécurité intérieure n'a structurellement été bloqué ou remis en cause.

Le contentieux constitutionnel portant sur la législation relative à l'état d'urgence l'illustre tout particulièrement. Les neuf décisions rendues par le Conseil constitutionnel¹⁹ sur la loi du 3 avril 1955 et sur les lois modificatives présentent l'intérêt de donner à voir jusqu'à quel point un organe de contrôle de la constitutionnalité des lois dans un Etat de droit contemporain peut

¹⁶ Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, M. David P. [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II].

¹⁷ Voir par exemple, outre les deux décisions précitées sur le délit de consultation habituelle des sites terroristes, voir par exemple Décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, M. Amadou S. [Entreprise individuelle terroriste] ; Décision n° 2017-648 QPC du 4 août 2017, La Quadrature du Net et autres, [Accès administratif en temps réel aux données de connexion].

¹⁸ P. Wachsmann, « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le conseil constitutionnel », in *Billet d'humeur en l'honneur de D. Lochak*, en codirection avec N. Ferré, Paris, LGDJ, 2007.

¹⁹ Décisions n°2017-684 QPC, 11 janvier 2018 ; n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017 ; n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017 ; n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 ; n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 ; n° 2016-536 QPC, 19 février 2016 ; n° 2016-535 QPC, 19 février 2016 ; n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015.

permettre des restrictions aux droits et libertés constitutionnels justifiées par un régime d'exception.

Sur ce point, une attitude trop libérale du Conseil constitutionnel avait pu être crainte par le Premier ministre, Manuel Valls, au moment de l'adoption de la loi du 20 novembre 2015 portant prorogation et modification de l'état d'urgence. Après avoir évoqué un « risque d'inconstitutionnalité », celui-ci avait alors invité les parlementaires à ne pas saisir d'un recours *a priori* le Conseil²⁰. Ces derniers l'ont écouté. Ou mieux, ils n'ont pas eu besoin de cette invitation pour s'abstenir de toute saisine, cette fois-là comme pour chacune des lois de prorogation postérieures. Mais, outre que l'appel du Premier ministre s'avérait quelque peu paradoxal, si ce n'est contradictoire, avec ses affirmations concomitantes que l'état d'urgence s'inscrit dans le cadre de l'Etat de droit²¹, elle témoignait d'un défaut d'évaluation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel de ces vingt dernières années. On l'a évoqué, celle-ci se montre largement compréhensive à l'égard des exigences sécuritaires et de prévention de l'ordre public.

Les premières décisions rendues à l'hiver 2015-2016 n'ont pas démenti ce mouvement. A l'issue des trois décisions contestant plusieurs dispositions de la loi sur l'état d'urgence et ses modifications, seule la seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955²² déterminant les conditions de saisie au cours d'une perquisition a été déclarée contraire à la constitution. Tout invitait alors à se ranger à l'analyse de Denis Baranger selon laquelle « du point de vue du contrôle juridictionnel, l'histoire retiendra peut-être que peu d'actes relevant de l'état d'urgence actuellement en vigueur ont été contrôlés, et que moins encore furent censurés. Elle retiendra peut-être aussi que le contrôle juridictionnel a pris fréquemment la forme étrange de la coopération entre un juge de l'urgence n'ayant pas peur des considérants de principe et d'un juge constitutionnel très modéré, pour ne pas dire timide, dans l'exercice de son contrôle. C'est un renversement des choses qui peut intriguer »²³.

²⁰ « Etat d'urgence : Valls admet ne pas respecter la Constitution », <http://www.politis.fr/articles/2015/11/etat-durgence-valls-admet-ne-pas-respecter-la-constitution-33107>.

²¹ « L'état d'urgence n'est pas contraire à l'Etat de droit, à nos libertés fondamentales. C'est une modalité d'application de l'Etat de droit. Inscire dans la Constitution ce régime dérogatoire et provisoire- aujourd'hui prévue par la loi -, c'est conforter notre démocratie » : M. Valls, Premier Ministre, Sénat, séance du 16 mars 2016.

²² Décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme* [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence].

²³ D. Baranger, « Quel 'Etat de droit' ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », *RFDA*, 2016, p. 357.

A certains égards, le caractère intrigant du renversement reste entier. A tout le moins pourrait-il être levé en retraçant une socio-histoire du Conseil constitutionnel et de sa jurisprudence qui éclairerait sur ce qui l'a progressivement conduit à ménager le pouvoir d'appréciation du législateur et à jouer du contrôle de proportionnalité pour valider, sur le fondement d'exigences sécuritaires, des restrictions apportées aux droits et libertés de valeur constitutionnelle. Toutefois, les décisions suivantes rendues sur la loi relative à l'état d'urgence et ses modifications, conduisent à affiner quelque peu le diagnostic et à formuler l'hypothèse que les positionnements adoptés par le Conseil constitutionnel dont preuve d'un certain degré de sophistication.

Car, finalement, des censures, il en advint. Plusieurs dispositions-phares de la loi de 1955 et de ses modifications ont été déclarées contraires aux « droits et libertés que la Constitution garantit » : régime des perquisitions et saisies, des assignations à résidence, fouilles individuelles et des bagages, délimitation de zones de protection ²⁴... On pourrait donc rétrospectivement donner en partie raison aux préoccupations de l'ancien Premier ministre : oui, certaines dispositions du régime de l'état d'urgence et les modifications qui lui ont été apportées étaient contraires à la Constitution. Ainsi en a, en tout cas, jugé le Conseil constitutionnel. Les déclarations d'inconstitutionnalité prononcées signifient par conséquent que l'Etat de droit français a pu s'accommoder d'un régime d'exception dont plusieurs dispositions portaient atteinte aux droits et libertés constitutionnels.

Et pourtant l'essentiel n'est peut-être pas là. Car, si en censurant les dispositions litigieuses, le Conseil constitutionnel semble avoir tenu le rôle de garant des droits et libertés que la Constitution lui confère à l'article 61-1 de la Constitution, le caractère très ciblé de certaines déclarations d'inconstitutionnalité qui ne visent que quelques mots ou morceaux de phrases ainsi que, surtout, la lecture des considérants précisant les effets dans le temps de ces déclarations, invitent à la nuance. Le Conseil a usé, si ce n'est abusé, de diverses techniques conduisant à la neutralisation des effets de ses décisions²⁵.

D'une part, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à recourir à la faculté que lui confère *de jure* l'article 62 alinéa 2 de la constitution, de moduler dans le temps l'effet de ses décisions. La justification avancée est à quelques mots près toujours la même : une abrogation immédiate des dispositions censurées

²⁴ Décisions n°2017-684 QPC, 11 janvier 2018 ; n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017 ; n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017 ; n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 ; n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 ; n° 2016-536 QPC, 19 février 2016 ; n° 2016-535 QPC.

²⁵ La seule réelle exception à l'usage de cette faculté est la décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016.

méconnaîtrait « l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et aurait des conséquences manifestement excessives »²⁶. La solution trouvée est alors de différer, parfois de plusieurs mois, la date de l'abrogation des dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles. Elle a aussi pu consister à exclure la possibilité pour les justiciables de se prévaloir d'une décision d'inconstitutionnalité dans des procédures pénales en cours²⁷.

D'autre part, la neutralisation des effets des inconstitutionnalités prononcées a également pu résulter *de facto* de la tardivité prise à rendre des décisions. En se prononçant quelques jours seulement avant la fin du délai de trois mois qui lui est imparti, ce qui a produit des effets en cascade au détriment des assignés à résidence de longue durée²⁸, ou en rendant ses décisions plusieurs semaines après la fin de l'état d'urgence, le Conseil les a privées de tout effet utile²⁹. Résultats : d'un côté, aucun requérant n'a pu bénéficier des décisions d'inconstitutionnalité obtenues. D'un autre côté, les reports de leurs effets dans le temps, tout comme la neutralisation de leur effet utile par d'autres moyens, ont eu pour conséquence de faire perdurer dans l'ordre juridique français des dispositions législatives inconstitutionnelles restrictives de droits et libertés. Ces procédés reviennent à habiliter rétrospectivement le législateur à porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit jusqu'à un moment librement déterminé par le Conseil constitutionnel lui-même. Ils conduisent aussi à inverser la hiérarchisation habituelle des normes³⁰ : pendant un temps plus ou moins long, la norme constitutionnelle ne fait pas obstacle à l'application d'une disposition législative qui lui est contraire.

Certes, l'exercice de cette faculté de modulation que l'article 62 de la Constitution confère au Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi d'une QPC n'est pas réservé à la loi sur l'état d'urgence. Mais son usage répété et concentré pendant la période de mise en œuvre de ce régime d'exception, ou une fois que celle-ci a cessé, a révélé un potentiel, sans doute sous-estimé, de

²⁶ Voir décisions précitées.

²⁷ Décision n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016.

²⁸ Décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017. Sur ces effets en cascade voir : « 3 questions à Xavier Dupré de Boulois sur la décision rendue par le Conseil Constitutionnel concernant les assignations à résidence longue durée en état d'urgence » : <http://blog.leclubdesjuristes.com/3-questions-a-xavier-dupre-de-boulois-decision-rendue-conseil-constitutionnel-concernant-assignations-a-residence-longue-duree-etat-durgence/> ; P. Cassia, « Le Conseil constitutionnel fait et défait le régime du renouvellement des assignations à résidence de longue durée de l'état d'urgence », *AJDA*, 2017, p. 1162.

²⁹ Décisions n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018 ; n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017.

³⁰ P. Cassia, « Etat d'urgence : l'insupportable droit à l'erreur du législateur », *Blogs Médiapart*, 4 décembre 2017, https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/041217/etat-d-urgence-l-insupportable-droit-l-erreur-du-legislateur?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=Sharing&xstor=CS3-67

légitimation des restrictions apportées aux droits et libertés constitutionnels. Une systématisation de l'usage du pouvoir de report dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité institue dès lors la QPC, non pas, comme elle se présente, en procédure de garantie des droits et libertés mais, potentiellement, en machine à fabriquer de l'inconstitutionnalité. Rien n'interdit d'imaginer un législateur malicieux faisant le pari d'une absence de recours *a priori* pour délibérément adopter des dispositions législatives contraires aux droits et libertés constitutionnels produisant le temps voulu leurs effets, et qui ne seront censurées - si elles le sont - que plusieurs mois plus tard, en bénéficiant éventuellement, de surcroît, d'une prorogation. Est ainsi donné corps à l'hypothèse théorique de l'existence de normes juridiques non valides³¹, ou plus précisément, en l'occurrence, de normes juridiques effectives bien qu'inconstitutionnelles. Le cas de figure est en l'espèce produit par l'organe de contrôle de constitutionnalité lui-même.

4. Tout au long de la mise en œuvre de l'état d'urgence, des dispositions restrictives de droits et libertés, finalement jugées inconstitutionnelles, se sont donc succédé. Elles ont justifié de nombreuses mesures de police générales et individuelles. Sur le fondement de l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, le Conseil constitutionnel en a prolongé l'existence pendant le temps et dans les conditions qu'il a déterminé. Il a ainsi participé à un affaiblissement - certes temporaire, mais s'élevant souvent à plusieurs mois - d'une certaine conception de l'Etat de droit, celle héritée de l'après Seconde Guerre Mondiale, qui exige la subordination de l'Etat aux droits et libertés énoncés dans les normes supérieures - en particulier, constitutionnelles - d'un ordre juridique.

Alors que l'attachement à cette conception de l'Etat de droit aurait pu conduire à un renforcement du contrôle de constitutionnalité face aux mesures d'exception, c'est l'inverse qui s'est passé. Si le Conseil constitutionnel, à l'instar du Conseil d'Etat, ne se dérobe pas au rappel de grands principes lorsqu'il est saisi d'une QPC sur les dispositions relatives à l'état d'urgence - l'« état d'urgence est un régime de pouvoirs exceptionnels dont les effets doivent être limités dans le temps et l'espace »³² -, peu de décisions auront significativement entamé ce régime. Ou alors, elles sont intervenues tardivement au moment où elles n'étaient plus en mesure de produire d'effets utiles. Finalement, ce sont les exigences sécuritaires qui l'ont le plus souvent emporté sur les droits et libertés que la Constitution garantit, non seulement

³¹ R. Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, collection Rivages du droit, 2010, chapitre 1 ; voir aussi C. Agostini, *Les normes non valides : contribution à une théorie générale de l'annulation juridictionnelle des normes*, Thèse Paris Nanterre, 2000.

³² Décision n° 2016-535 QPC, 19 février 2016.

au moment du contrôle de la proportionnalité des premières à l'égard des seconds, mais aussi à l'étape de la détermination des effets de la décision d'inconstitutionnalité.

L'analyse de l'exercice du contrôle de constitutionnalité pendant l'état d'urgence tend alors à conforter l'analyse que contrôler n'est nécessairement pas garantir³³. A force de ne pas censurer ou de neutraliser les effets de ses décisions, l'organe de contrôle de la constitutionnalité des normes juridiques en vient à se transformer en organe de légitimation des mesures restrictives de droits et libertés. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'un organe de contrôle de la constitutionnalité se réfère à des énoncés exprimant des droits et libertés pour justifier ses décisions qu'il en assure *ipso facto* la garantie ou, à tout le moins, un niveau de garantie équivalent aux attentes, non pas seulement des militants, mais aussi d'autres institutions nationales ou internationales.

A cet égard, l'attitude générale de *self restraint* justifiée par l'idée que le juge constitutionnel ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que le Parlement, n'a pas les mêmes effets lorsque ce dernier adopte des lois protectrices des droits et libertés ou lorsqu'il poursuit des objectifs sécuritaires. La circonstance amplificatrice de la mise en œuvre du régime d'exception qu'est l'état d'urgence pendant près de deux ans n'en est finalement qu'un révélateur.

5. Qu'aurait-on pu attendre d'autre des juges constitutionnels face au défi sécuritaire ? Sans doute qu'ils déploient, à l'encontre même des attentes attribuées à l'opinion publique, un rôle de gardien des droits et libertés plus exigeant.

Toutefois, en premier lieu, encore faut-il trouver un accord sur la détermination de ce niveau d'exigence, tout particulièrement en période de mise en œuvre d'un régime exceptionnel. Par ailleurs, en deuxième lieu, si on envisage plus largement, comme invite à le faire les organisateurs de ce colloque, la justice constitutionnelle dans les régimes démocratiques de demain, on ne peut passer outre la question de la légitimité d'organes composés de quelques personnes nommées à s'opposer à la volonté d'une majorité d'élus du corps électoral, même au nom de valeurs humanistes (auxquelles l'auteur de ces lignes adhère par ailleurs). Dès lors, en dernier lieu, si l'on considère que le contrôle de constitutionnalité est devenu incontournable dans les Etats contemporains, reste une interrogation majeure que met en évidence l'expérience française de l'état d'urgence : comment être

³³ Voir V. Champeil-Desplats, « Garantir les droits et libertés constitutionnelles a-t-il un sens ? », in A. Le Pillouer (dir.) *Protection de la constitution et protection par la constitution*, Actes du colloque des 11 et 12 mai 2016, Poitiers, Editions de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2018, pp. 67 et s.

assuré que les organes chargés de garantir des droits et libertés rempliront cette fonction ? Peut-on et doit-on faire confiance aux juges ?

A ce stade, il semble que les suspicions initiales à l'égard du contrôle de constitutionnalité aient changé de nature. Il ne s'agit plus finalement de se méfier de l'activisme des juges, mais au contraire, de leur *self restraint*. Autrement dit, la perspective n'est plus de savoir qui garde les gardiens en présupposant que ceux-ci auraient une propension à abuser de leur pouvoir et à usurper celui des autres, mais de s'assurer que les gardiens gardent bien ce qui leur a été confié. Si, donc, dans les régimes démocratiques de demain, on estime encore que le contrôle de constitutionnalité est un mécanisme qui vaut la peine d'être préservé, il convient de remettre sur la table des réflexions plusieurs éléments, tels que celui de la mission attendue des organes qui en ont la charge (quel équilibre entre la garantie l'exercice des droits et libertés et la préservation de souveraineté parlementaire ?), celui du profil des membres qui les composent ou, encore, celui des modalités de contrôle des décisions rendues. Il n'y a pas sur ces questions de sciences exactes mais plutôt des compromis institutionnels à construire.