

# Droit des libertés fondamentales

## Leçon 5 : Partie 2 : Les libertés dans le temps : Les temps extraordinaires

Xavier BIOY

### Table des matières

|                                                                 |             |
|-----------------------------------------------------------------|-------------|
| <b>Section 1 : Par les textes.....</b>                          | <b>p. 2</b> |
| §1. La Constitution.....                                        | p. 2        |
| §2. La Convention européenne.....                               | p. 2        |
| §3. La loi.....                                                 | p. 3        |
| A - Les régimes d'exception.....                                | p. 3        |
| B - Les lois antiterroristes.....                               | p. 4        |
| <b>Section 2 : Par les juges.....</b>                           | <b>p. 7</b> |
| §1. La théorie des « circonstances exceptionnelles ».....       | p. 7        |
| §2. La Convention européenne, variations et indérogabilité..... | p. 7        |

Les droits et libertés ont été institués pour limiter les pouvoirs de l'Etat et autres expressions de la puissance publique. Mais cette dernière a elle-même été juridicisée pour protéger l'ordre public, la sécurité en premier lieu. Ces deux exigences se font équilibre, **mais leur conciliation dépend des périodes et des troubles extérieurs** (guerre, crise internationale) ou intérieurs (insurrection, pandémie). Dans ces moments, les systèmes juridiques national, européen et international prévoient d'alléger les exigences de protection des droits pour permettre de maintenir l'ordre: la vie privée, la liberté de manifestation, la liberté d'aller et de venir, la liberté d'expression peuvent en faire les frais en priorité. **Tous les textes le prévoient, mais la jurisprudence a aussi institué d'autres possibilités.**

## Section 1 : Par les textes

---

On verra le droit constitutionnel, puis le droit européen et les lois nationales qu'ils encadrent. Le cas des lois antiterroristes est à mettre en exergue car elle tendent à "banaliser" des dispositifs d'exception en inscrivant au quotidien des mécanismes qui existent pour des temps troublés.

### §1. La Constitution

---

L'article 16 de la Constitution, modifié par la révision de 2008, dispose que « ***lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu***, le président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel. Il en informe la nation par un message. Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet. Le Parlement se réunit de plein droit. L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels ».

Cet article **a été mis en œuvre le 3 mai 1961 dans le cadre du conflit algérien** et a permis la mise en place d'une juridiction militaire d'exception.

### §2. La Convention européenne

---

Les **dérogations**, pour l'ensemble des droits, sont organisées par l'article 15 en cas d'état d'urgence : en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, l'État peut prendre des mesures dérogeant aux obligations « *dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* ». Certains droits échappent à cette possibilité et sont dits « **indérogeables** » : l'article 2 (droit à la vie), sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, article 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants), 4 § 1 (traite des êtres humains) et 7 (*non bis in idem*).

#### Exemple

Dans l'affaire **Hassan c. Royaume-Uni du 16 septembre 2014** (req. n° 29750/09), concernant la capture d'un ressortissant irakien, en Irak, par les forces armées britanniques et sa détention au cours des hostilités en 2003, la Cour admet sa juridiction extraterritoriale et l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme dans le cadre d'un conflit armé international. Elle donne raison au gouvernement qui demandait à la Cour de juger inapplicables ses obligations découlant de l'article 5 ou, autrement, de les interpréter à la lumière des pouvoirs de détention que lui confère le droit international humanitaire. L'article doit s'accorder avec la capture de prisonniers de guerre et la détention de civils représentant un risque pour la sécurité des troupes.

En cas de dérogation, l'État doit informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe. C'est pourquoi la France a fait valoir son souhait de déroger à la Convention pour la mise en place de **l'état d'urgence en 2016-2017**. En revanche, elle ne l'a pas fait en 2020 pour la mise en œuvre de **l'état d'urgence sanitaire en 2020**, estimant sans doute que les atteintes aux libertés restaient en-deçà de l'extraordinaire et pouvaient ainsi être contrôlées

selon le standard de droit commun. La doctrine a paru divisée sur ce sujet. L'ancien président de la Cour, Jean-Paul Costa, a regretté l'absence de déclaration car les formalités auxquelles l'article 15 subordonne la dérogation concourent à la publicité de la décision et à la transparence de l'État (voir [Jean-Paul Costa, « Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », Le Club des juristes, 27 avril 2020](#)).

## §3. La loi

On ne traitera ici que des régimes dont la mise en œuvre est limitée dans le temps et justifié par le caractère temporaire de la menace pesant sur l'ordre public.

### A - Les régimes d'exception

L'État de siège est un régime prévu par l'article 36 de la Constitution et institué par les lois des 9 août 1849 et 3 avril 1878 qui peut être mis en œuvre en cas de **péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée**. En ce cas, l'autorité militaire se trouve investie de nombreux pouvoirs.

L'État d'urgence est régi par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955. Il permet de le déclarer sur tout ou partie du territoire métropolitain ou des départements d'outre-mer, notamment « **en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public ou en cas d'événements présentant le caractère de calamité publique** ». La déclaration relève d'un **décret en Conseil des ministres** qui détermine la ou les circonscriptions territoriales à l'intérieur desquelles il entre en vigueur. La loi exige que la prorogation de l'état d'urgence **au-delà de douze jours ne puisse être autorisée que par la loi** qui doit fixer sa durée définitive. Ce régime permet au préfet d'interdire la circulation des personnes ou des véhicules, d'instituer des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé ou encore 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 et d'ordonner des perquisitions du domicile de jour et de nuit. Ce régime a été **mis en œuvre à quatre reprises sous la V<sup>e</sup> République**. La prorogation au-delà de douze jours est autorisée par la loi et prive le Conseil d'État du contrôle autre que sur les mesures administratives subséquentes. La prorogation devient caduque, soit en cas de changement de gouvernement, soit en cas de dissolution de l'assemblée. Dans une première ordonnance du 14 novembre 2005, *M. R.*, le juge reconnaît au **président de la République un pouvoir d'appréciation étendu lorsqu'il décide de déclarer l'état d'urgence et d'en définir le champ d'application territorial**.

En réaction aux attentats perpétrés à Paris (notamment dans la salle de spectacle du Bataclan le 13 novembre 2015), la mise en œuvre de l'état d'urgence a été décidée par un décret du président de la République du 14 novembre 2015, suivie d'une **prorogation par la loi à quatre reprises**, notamment après l'attentat de Nice du 14 juillet 2016. La loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 a prorogé l'état d'urgence de six mois supplémentaires. L'état d'urgence a cessé le 31 octobre 2017. De nombreuses mesures de police sont ainsi ouvertes aux préfets :

- **contrôle d'identité** sans nécessité de justifier de circonstances particulières ;
- **restriction de la circulation des personnes et véhicules par des couvre-feux** limités dans le temps et l'espace ;
- instauration de **périmètres de protection autour des bâtiments publics** ou d'édifices privés qui, par leur affectation ou leur situation, peuvent constituer des cibles privilégiées ;
- **réquisitions de personnes et de biens**, remise des armes ;
- possibilité pour le ministre de l'Intérieur **d'interrompre tout service de communication en ligne** incitant au terrorisme ou en faisant l'apologie ;
- **fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et autres lieux de réunions et interdiction de toute réunion ou manifestation** de nature à provoquer ou entretenir le désordre ou de nature à représenter un risque pour les participants (en Île-de-France) ;
- possibilité pour les forces de l'ordre de conserver les armes de service sur eux ;
- **dissolution d'associations** ;
- **perquisitions à domicile, de jour et de nuit**, y compris les véhicules (la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 ajoute que lorsqu'une perquisition révèle qu'un autre lieu répond aux mêmes conditions, l'autorité administrative peut en autoriser par tout moyen la perquisition ; cette autorisation est régularisée en la forme dans les meilleurs délais) ;

- **saisie de matériel informatique et des données contenues.** Effectuée lors de perquisitions, soit par copie de ces données, soit par saisie du support, cette saisie ne peut avoir lieu que si la perquisition a révélé l'existence des données relatives à la menace ayant motivé la perquisition. Elle est réalisée en présence de l'officier de police judiciaire, sur procès-verbal indiquant remis aussi au procureur de la République ainsi qu'à l'occupant du lieu, à son représentant ou à deux témoins, sur l'autorisation préalable, par un juge, de l'exploitation des données collectées, laquelle ne peut porter sur celles dépourvues de lien avec la menace. Ces éléments étant les conditions de sa constitutionnalité (CC, 2 décembre 2016, M. Raïme A., n° [2016-600 QPC](#) [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]) ;
- **assignations à résidence** (pas nécessairement la résidence normale de la personne) : obligation de se rendre régulièrement au commissariat pour vérification de la présence, remise des papiers et éventuellement surveillance électronique mobile ; l'assignation peut également impliquer de rester en un lieu donné dans la limite de douze heures consécutives.

2020 a connu l'émergence d'un nouveau régime textuel visant à créer les conditions de **lutte contre la pandémie de Covid-19**. La loi n° [2020-290](#) du 23 mars 2020 a créé, pour faire face à l'épidémie de Covid-19, dans le titre III du livre I<sup>er</sup> de la troisième partie du Code de la santé publique, un chapitre I<sup>er</sup> bis relatif à l'état d'urgence sanitaire, qui **peut être déclaré en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population**. L'État hygiéniste a limité **la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre et la vie privée, restreint le droit au procès équitable et durci les conditions de la sûreté, aménagé l'instruction, le travail et le droit électoral**. L'état d'urgence sanitaire met principalement à mal la liberté d'aller et venir, d'abord en imposant **le confinement de la population** (art. [L. 3131-15, 2°](#) du CSP et décret n° [2020-293](#) 23 mars 2020) mais encore par les mesures de quarantaine parfois jugées nécessaires à l'encontre de personnes entrant dans des zones saines (CE, ord., 5 mai 2020, Ordre des avocats au barreau de Guadeloupe, n° [440288](#)). Le juge administratif s'est imposé comme seul contrôleur de la mesure générale de confinement qu'il estime étrangère à la liberté individuelle de l'article 66 de la Constitution. Cela semble indiquer que le seuil entre les deux libertés ne soit pas simplement une question de temps de la suspension de la liberté de mouvement, ou des effets que cela peut avoir sur l'individu, **mais tient surtout aux éléments substantiels comme les objectifs de la mesure**. Il a rendu **quelques décisions qui censurent des interdictions de rassemblements jugées trop larges**. Ce fut le cas de la liberté de culte (CE, ord. réf., 18 mai 2020, M. W... et autres, n°<sup>os</sup> [440366](#), 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590) dont il permit l'exercice dans les lieux consacrés sous réserve du respect des règles de protection, et de la liberté de manifester (CE, ord. réf., 13 juin 2020, Ligue des droits de l'Homme, CGT, n°<sup>os</sup> [440846](#), 440856, 441015). La prescription par décret de **l'interdiction de sortie des résidents des EHPAD** présentait aussi un caractère général et absolu qui ne pouvait manifestement pas être regardée comme une mesure nécessaire et adaptée et, ainsi, proportionnée à l'objectif de prévention de la diffusion du virus. Le Conseil d'État a enfin admis le principe même de la **vaccination obligatoire** contre la Covid-19 et opéré le même examen de proportionnalité à l'égard de tous les droits invoqués, sans distinction : la vie privée peut céder en partie devant l'objectif d'amélioration de la couverture vaccinale en vue de la protection de la santé publique.

## B - Les lois antiterroristes

La lutte contre le terrorisme est devenue un domaine à part entière de nos législations relatives aux libertés. Il s'agit de sauvegarder la sécurité au prix d'une remise en cause des garanties habituelles des libertés (principalement la vie privée, la liberté d'aller et de venir et la propriété). **Plusieurs dizaines de lois de droit commun ont introduit des mesures qui ne sont pas exceptionnelles dans le temps mais dérogent au droit commun des libertés en se fondant sur la notion évanescence de « terrorisme ».**

**L'État nomme ainsi les actes de violence auxquels il prête un mobile politique et un objectif de pression par la peur des attentats.** Des anarchistes aux bolcheviques, toute menace qui tend à obtenir la satisfaction de revendications peut être qualifiée généralement de terroriste. Il s'agit souvent d'un « label » sans véritable définition. Certes quelques textes tentent de donner une définition.

Ainsi la **décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme du 13 juin 2002** dans laquelle il est considéré que le terrorisme est un ensemble d'« *actes intentionnels [...] tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national, qui, par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une*

organisation internationale lorsque l'auteur les commet dans le but de : gravement intimider une population ou contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale ». Le [Code pénal](#) définit l'acte terroriste comme un acte se rattachant à « **une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur** », ce qui n'est guère précis, sachant que toutes les incriminations qui concrétisent cette définition ne renvoient qu'au concept « d'entreprise terroriste ».

### Exemple

Loi n° [86-1020](#) du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État ; Loi n° [87-542](#) du 16 juillet 1987 autorisant la ratification de la Convention européenne pour la répression du terrorisme ; Loi n° [92-1336](#) du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur ; Loi n° [96-647](#) du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire ; Loi n° [97-1273](#) du 29 décembre 1997 tendant à faciliter le jugement des actes de terrorisme ; Loi n° [2000-516](#) du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes ; Loi n° [2002-1138](#) du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice ; Loi n° [2004-204](#) du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; Loi n° [2005-1549](#) du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales ; Loi n° [2006-64](#) du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers ; Loi n° [2008-1245](#) du 1<sup>er</sup> décembre 2008 visant à prolonger l'application des articles 3, 6 et 9 de la Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers ; Loi n° [2014-1353](#) du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme ; Loi n° [2016-731](#) du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

C'est pourquoi la répression et la prévention des actes dits « terroristes » **passent traditionnellement par des incriminations pénales spécifiques** (détournement de moyens de transport, détention d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires, etc.). Les infractions terroristes ont été incriminées en tant que telles et soumises à des peines aggravées. Le législateur leur a ainsi consacré **le titre II (intitulé « Du terrorisme ») du livre IV du Code pénal** (articles [421-1 et suivants](#)) et le titre XV du livre IV du Code de procédure pénale (articles [706-16 et suivants](#)). La **loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme** crée d'ailleurs les crimes portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation (prévus au **titre I<sup>er</sup> du livre IV du Code pénal**).

**Mais des régimes administratifs se sont ajoutés pour prévenir la commission des infractions.**

**La loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme et la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021**, décrite comme violant la séparation entre l'exception et le droit commun, instaure en effet un régime administratif qui rappelle les États de police. Elle tente néanmoins d'assurer un contrôle juridictionnel effectif de ces mesures, sans parvenir à s'extraire de notions floues liées au terrorisme. Elle **visait des personnes suspectes** qui seront les seules à réellement supporter des atteintes aux libertés. Le nouvel article [L. 228-1](#) du CSI cible ainsi « *toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes peut se voir prescrire par le ministre de l'intérieur les obligations prévues au présent chapitre* ».

Ces personnes pourront être **privées par l'autorité administrative, de déplacement à l'extérieur d'un périmètre géographique déterminé**. Peuvent être autorisées les **interceptions de correspondances échangées au sein d'un réseau de communications électroniques empruntant exclusivement la voie hertzienne** et n'impliquant pas l'intervention d'un opérateur de communications électroniques. Le nouvel

article [L. 229-1](#) permet aussi au préfet d' « *autoriser la visite d'un lieu ainsi que la saisie des documents, objets ou données qui s'y trouvent, aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme et lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'un lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme* ».

**La loi du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement** a conforté les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (MICA), comme **l'interdiction faite à une personne de paraître dans certains lieux**.

**La loi n° [2022-1159](#) du 16 août 2022 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière de prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste** relaie le **règlement européen (UE) [2021/784](#) du 29 avril 2021 (dit "TCO" pour "terrorist content online")**, qui instaure une procédure **d'injonction de retrait dans l'heure des contenus terroristes sur internet**.

## Section 2 : Par les juges

### §1. La théorie des « circonstances exceptionnelles »

Le juge administratif, de son côté, a fait en sorte d'être plus souple quand l'administration doit faire face à des circonstances qui rendent secondaire le respect de la stricte légalité. Ces **circonstances dépassent les temps de guerre pour embrasser des tensions graves**. Il fait en sorte d'étendre les pouvoirs de l'administration et de fermer les yeux sur certains vices, y compris de compétence, qui peuvent pourtant affecter les libertés. **La jurisprudence est connue :**

#### Exemple

- **CE, 28 juin 1918, Heyriès** : légalité de la suspension de la règle de la communication du dossier dans le cadre des procédures disciplinaires des fonctionnaires pendant la guerre, l'administration peut contraindre ainsi une loi ;
- **CE, 28 févr. 1919, Dames Dol et Laurent** : légalité d'un arrêté préfectoral limitant la « liberté du commerce et de l'industrie » sous la forme d'une limitation de l'activité de prostituées ;
- **CE, 5 mars 1948, Marion** : les administrés peuvent valablement se substituer à une administration défaillante et un comité d'habitants peut opérer réquisition quand le Conseil municipal a fui ;
- **CE, 3 nov. 1989, Galliot** : dans le cadre d'émeutes en Nouvelle-Calédonie, un conseil municipal peut créer une délégation spéciale pour assurer le maintien des services publics. L'administration s'octroie une compétence qu'elle n'a pas.

**Le juge contrôle tout de même la réalité et le caractère exceptionnel des circonstances, l'impossibilité de rester dans la légalité courante, la valeur de l'objectif poursuivi au regard de l'atteinte au droit.** Quant aux effets, cette théorie permet de légaliser l'illégal et même d'instituer des prérogatives étrangères à l'administration qui deviennent alors simplement illégales et non plus des voies de fait.

#### Exemple

**T. confl., 27 mars 1952, Dame Lamurette** : cas d'internements décidés pendant la guerre par un comité officieux.

### §2. La Convention européenne, variations et indérogeabilité

La CEDH connaît elle aussi du contentieux des libertés en période troublée (voir les développements consacrés aux limites des droits). Au cœur des préoccupations contemporaines, les législations antiterroristes tentent de banaliser l'exception en pérennisant des mesures extraordinaires. De deux choses l'une, ou bien **l'État entend bénéficier de l'article 15 ouvrant droit à des dérogations temporaires, ou bien il tente de modifier la perception que la Cour peut avoir de la proportionnalité des mesures**. L'exception ne s'épanouit plus dans le temps mais selon des domaines sensibles, ce que la Cour semble admettre aujourd'hui au regard de sa jurisprudence, en particulier depuis 2003. Bien sûr cela n'affecte pas les droits indérogeables.

#### Exemple

Dans une affaire *A. et autres c. RU* (req. n° 3455/05), la Cour a eu à évaluer la proportionnalité des mesures restrictives de liberté au regard des risques pour la sécurité nationale invoqués par le gouvernement. Le Royaume-Uni, dès décembre 2001, a mis en place des régimes dérogeant aux garanties de la Convention (*Anti-terrorism crime and Security Act*), particulièrement la sûreté et la vie privée, en invoquant l'article 15 § 1 (« *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* »). Certaines juridictions britanniques inférieures ont

notamment accepté l'apport de preuves obtenues par violence et une détention de plus de trois ans sans perspective de sortie. **La CEDH admet que la lutte contre le terrorisme est un but légitime mais l'article 3 ne doit subir aucune dérogation, même si la vie de la Nation est en danger** ; c'est pourquoi elle élude le conflit en estimant que la détention a pu être contestée avec succès et que les souffrances n'ont pas atteint un seuil intolérable. Une condamnation intervient pour défaut de réparation.