

Décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016

M. Georges F. et autre

(Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 24 juin 2016 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêts n^{os} 3780 et 3781 du 21 juin 2016) de deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) identiques posées respectivement par M. Georges F. et M. Nordine B. portant sur le 1^o de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dans sa version résultant de l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence.

Dans sa décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution le 1^o de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction précitée.

I. – Les dispositions contestées

A. – Présentation des dispositions contestées

Le Conseil constitutionnel a déjà eu à connaître récemment, à deux reprises, du régime juridique de l'état d'urgence, à l'occasion de ses décisions n^{os} 2015-527 QPC du 22 décembre 2015¹ et 2016-536 QPC du 19 février 2016².

Les dispositions législatives relatives aux perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence ont évolué depuis la loi du 3 avril 1955.

1. – La loi du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie

Les perquisitions administratives sont au nombre des mesures que permet l'état d'urgence « *aggravé* »³. En effet, la seule déclaration de l'état d'urgence ne permet pas de procéder à ces perquisitions.

L'article 11 de la loi du 3 avril 1955 dans sa version initiale prévoyait que « *La loi déclarant l'état d'urgence peut, par une disposition expresse : 1^o Conférer*

¹ Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D. (Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence)*.

² Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme (Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence)*.

³ Par opposition à l'état d'urgence « *simple* », pour reprendre la distinction classique de Roland Drago dans son commentaire relatif à la loi du 3 avril 1955 (« L'état d'urgence et les libertés publiques », *RDP* 1955 p. 675).

aux autorités administratives visées à l'article 8⁴ le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit (...) Les dispositions du paragraphe 1^o du présent article ne sont applicables que dans les zones fixées par le décret prévu à l'article 2 ci-dessus ».

2. – L'ordonnance du 15 avril 1960 modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence

Avant l'intervention de la loi du 20 novembre 2015⁵, la loi du 3 avril 1955 a été modifiée par l'ordonnance du 15 avril 1960 prise sur habilitation de la loi n° 60-101 du 4 février 1960 autorisant le Gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, certaines mesures relatives au maintien de l'ordre, à la sauvegarde de l'État, à la pacification et à l'administration de l'Algérie.

Cette loi a été adoptée à la suite de la « *semaine des barricades* » qui s'est déroulée à Alger du 24 janvier au 1^{er} février 1960. Son article 1^{er} prévoit que : « *Sous la signature du général de Gaulle, Président de la République, conformément à l'article 13 de la Constitution, le Gouvernement actuellement en fonction est autorisé à prendre par ordonnances, dans les conditions prévues aux alinéas 2 et 3 de l'article 38 de la Constitution, les mesures comprises normalement dans le domaine de la loi et nécessaires pour assurer le maintien de l'ordre, la sauvegarde de l'État et de la Constitution, la pacification et l'administration de l'Algérie* ». Son article 2 fixe à un an la durée de l'autorisation prévue à l'article 1^{er}. Son article 3 prévoit que les projets de loi qui auront pour objet de ratifier les ordonnances devront « *être déposés au Parlement au plus tard le 1^{er} avril 1961* ».

Sur la base de cette habilitation est intervenue l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 dont l'article 1^{er} dispose :

« Les articles 2, 3, 4 et 11 de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence sont remplacés par les dispositions suivantes :

« Art. 2 – L'état d'urgence est déclaré par décret en conseil des ministres. Ce décret détermine la ou les circonscriptions territoriales à l'intérieur desquelles il entre en vigueur.

« Dans la limite de ces circonscriptions, les zones où l'état d'urgence recevra application seront fixées par décret. La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi.

⁴ Soit le ministre de l'intérieur sur tout le territoire ou le préfet dans le département.

⁵ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

« Art. 3 – La loi autorisant la prorogation au-delà de douze jours de l'état d'urgence fixe sa durée définitive.

« Art. 4 – La loi portant prorogation de l'état d'urgence est caduque à l'issue d'un délai de quinze jours francs suivant la date de démission du Gouvernement ou de dissolution de l'Assemblée nationale.

« Art. 11 – Le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peuvent, par une disposition expresse : (la suite sans changement) ».

Cette ordonnance a ainsi modifié différents aspects de la loi du 3 avril 1955 dans un sens cohérent avec le nouvel équilibre des pouvoirs entre le Président de la République, le Premier ministre et le Parlement établi par la Constitution du 4 octobre 1958.

Le changement essentiel figure à l'article 2 : il s'agit de l'attribution de la compétence de « déclaration » de l'état d'urgence à un décret en conseil des ministres et non plus à la loi comme prévu par la loi d'origine de 1955. Le pouvoir exécutif s'est ainsi octroyé le pouvoir de déclarer l'état d'urgence sur le fondement de la large habilitation que lui avait donnée le Parlement.

Le régime de prorogation de l'état d'urgence par le Parlement, inspiré de l'article 36 de la Constitution relatif à l'état de siège, est aussi précisé, avec la fixation d'un délai de douze jours. Par cohérence avec le nouvel article 2 de la loi du 3 avril 1955 qui donne compétence au décret en conseil des ministres, l'article 11 a été réécrit pour prévoir que le décret en conseil des ministres déclarant l'état d'urgence peut, d'un même mouvement, permettre l'« activation » des perquisitions administratives.

3. – La loi du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions et la loi du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste

Les dispositions de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 relatives aux perquisitions ont ensuite été largement modifiées par la loi du 20 novembre 2015, laquelle a ainsi :

– renforcé les pouvoirs de perquisition : une perquisition peut être effectuée « *en tout lieu, y compris un domicile* » ; est expressément autorisé l'accès au système informatique ou à l'équipement terminal présent sur les lieux de la perquisition et à leurs données, ainsi que la capacité de stocker ces données ;

– encadré les conditions de la perquisition : limitation aux lieux pour lesquels « *il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* » ; désignation par la décision du lieu et du moment de la perquisition ; déroulement des opérations avec l'information du procureur de la République et la présence d'un officier de police judiciaire ; impossibilité d'une perquisition hors la présence de l'occupant, de son représentant ou de deux témoins ;

– prévu les modalités selon lesquelles s'opère l'éventuel basculement vers une perquisition judiciaire : « *Lorsqu'une infraction est constatée, l'officier de police judiciaire en dresse procès-verbal, procède à toute saisie utile et en informe sans délai le Procureur de la République* ».

À la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 19 février 2016, le législateur est intervenu par la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, laquelle a de nouveau modifié l'article 11 afin notamment de prévoir des mesures encadrant la saisie de documents informatiques lors d'une perquisition administrative.

B. – Origine des QPC et question posée

Après les attentats du 13 novembre 2015, le Gouvernement a instauré l'état d'urgence et a, par plusieurs décrets du 14 novembre, autorisé le recours aux perquisitions administratives.

L'article 2 du décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 a d'abord prévu l'application du 1° de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955. L'article 1^{er} du décret n° 2015-1476 a ensuite précisé que les mesures prévues au 1° de l'article 11 « *peuvent être mises en œuvre sur l'ensemble des communes d'Île-de-France* ». Cette zone territoriale a été étendue immédiatement, par l'article 1^{er} du décret n° 2015-1478 du 14 novembre 2015, modifiant l'article 1^{er} du décret n° 2015-1476, « *à l'ensemble du territoire métropolitain et de la Corse* ».

C'est dans ce cadre que, le 19 novembre 2015, le préfet du Rhône a ordonné qu'il soit procédé à une perquisition de locaux à Vaulx-en-Velin.

Le 20 novembre, les policiers ont perquisitionné sur ce fondement le domicile de M. Georges F. Ils ont découvert et saisi des produits stupéfiants.

Après l'ouverture d'une information, MM. Georges F. et Nordine B., présent sur les lieux au moment de la perquisition, ont été mis en examen pour trafic de stupéfiants.

Ceux-ci ont saisi la chambre de l'instruction de Lyon d'une requête en nullité en demandant que soit annulé l'ordre de perquisition du préfet du Rhône.

Le 15 mars 2016, la chambre de l'instruction a fait droit à leur argumentation, prononcé l'annulation de la procédure et ordonné leur mise en liberté. La chambre de l'instruction a retenu que la décision du préfet était insuffisamment précise sur les lieux visés et ne justifiait pas la nécessité de la perquisition, en particulier de nuit.

La procureure générale près la cour d'appel de Lyon a formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la chambre de l'instruction. Les deux requérants ont chacun présenté, en défense, une QPC devant la Cour de cassation.

Par les deux arrêts du 21 juin 2016 précités, la Cour de cassation a renvoyé les deux QPC portant sur le 1° de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, en retenant les motifs identiques suivants :

« Attendu que cette disposition, dans la version applicable à la cause, est issue de l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence, prise sur le fondement de la loi n° 60-101 du 4 février 1960 autorisant le Gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, certaines mesures relatives au maintien de l'ordre, à la sauvegarde de l'État, à la pacification et à l'administration de l'Algérie, et ayant, à l'article 11, remplacé les mots "La loi déclarant l'état d'urgence peut, par une disposition expresse" par les mots "Le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peuvent, par une disposition expresse" ;

« Que toutefois, cette disposition a été implicitement ratifiée par l'effet de la loi n° 85-96 du 25 janvier 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, dont l'article 2 a conféré au haut-commissaire le pouvoir mentionné à l'article 11, 1°, de la loi du 3 avril 1955 instituant l'état d'urgence ; (...)

« Attendu que la question posée présente un caractère sérieux, en ce que la disposition critiquée, qui confère, lorsque l'état d'urgence a été déclaré et pour la ou les circonscriptions territoriales où il entre en vigueur, au ministre de l'intérieur, pour l'ensemble du territoire où est institué l'état d'urgence, et au préfet, dans le département, le pouvoir d'ordonner, en dehors de tout indice préalable de commission d'une infraction, des perquisitions à domicile de jour et de nuit, mais ne détermine ni les conditions précises de son exercice, en vue de garantir le droit au respect de la vie privée et, en particulier, l'inviolabilité du domicile, ni celles permettant son contrôle juridictionnel, est susceptible de

porter, aux libertés garanties par les articles 2 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et au principe du recours juridictionnel effectif, une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public ».

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

A. – Les questions préalables

1. – La version des dispositions contestées

* Dans leurs QPC, les requérants visaient les dispositions « *du 1° de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, en leur version applicable avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015* ». Cette rédaction ne permettait pas de déterminer de quel texte étaient issues les dispositions contestées. La Cour de cassation avait toutefois précisé dans les motifs des arrêts de renvoi que la rédaction de la disposition contestée applicable aux procédures était celle résultant de l'ordonnance du 15 avril 1960.

Quand la version de la disposition contestée n'apparaît pas dans la QPC et que le juge du filtre a déterminé dans sa décision de transmission la disposition applicable au litige, le Conseil constitutionnel considère être saisi de la disposition dans sa version déclarée applicable aux litiges par le juge du filtre.

Il y avait donc lieu d'examiner les dispositions du 1° de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 15 avril 1960. Toutefois, en l'espèce, le Premier ministre contestait le fait que ces dispositions aient été modifiées par cette ordonnance. S'il avait suivi le Premier ministre sur ce point, le Conseil constitutionnel n'aurait pu que constater qu'il était en réalité saisi des dispositions de cet article dans sa rédaction issue de la loi du 3 avril 1955.

Au soutien de son argumentation, le Premier ministre faisait valoir que l'article 1^{er} de l'ordonnance n'avait modifié que le premier alinéa de l'article 11, à l'exclusion des alinéas suivants, et en particulier de son 1° contesté dans les QPC objets de la décision commentée. Il relevait que, pour le surplus de l'article 11, l'ordonnance avait pris soin de préciser : « *la suite sans changement* ».

Le Premier ministre faisait valoir, en outre, que les auteurs de l'ordonnance avaient seulement tiré les conséquences, pour l'article 11, de la séparation qu'ils introduisaient désormais nettement entre la déclaration de l'état d'urgence, qui relève d'un décret en conseil des ministres, et sa prorogation qui appartient au législateur. Autrement dit, l'ordonnance n'aurait eu ni pour objet, ni pour effet,

de modifier la nature ou le contenu des différentes mesures prévues lorsqu'est déclaré l'état d'urgence et, en particulier, les perquisitions administratives.

Le Conseil constitutionnel n'a pas suivi cette argumentation.

En premier lieu, si l'on s'en tient à une lecture formelle de l'ordonnance, comme y invitait le Premier ministre en indiquant que seul le premier alinéa de l'article 11 a été modifié, on peut observer que ses auteurs ont toutefois fait débiter l'article 1^{er} par les mots « *Les articles 2, 3, 4 et 11 de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence sont remplacés par les dispositions suivantes ...* ». Les auteurs de l'ordonnance avaient donc bien entendu substituer aux dispositions préexistantes de l'article 11 ce qui suit dans le texte de l'article 1^{er}. La circonstance qu'ils aient préféré écrire : « *(la suite sans changement)* » plutôt que recopier intégralement les dispositions de l'article 11 ne pouvait être regardée comme déterminante.

Par ailleurs, lorsque, en vertu d'une habilitation donnée par le législateur sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, une ordonnance abroge des dispositions législatives et les édicte à nouveau sous forme codifiée, ces dispositions ont, tant que l'ordonnance n'a pas été ratifiée, un caractère réglementaire alors même qu'elles ne sont qu'une « copie » des dispositions législatives antérieures⁶.

Ce raisonnement pouvait être appliqué à l'hypothèse soumise au Conseil constitutionnel. L'article 11 a été réécrit par l'ordonnance du 15 avril 1960 et même si une partie de ses dispositions est demeurée « *sans changement* », il n'en reste pas moins que l'ensemble de l'article 11, et en particulier celles de ses dispositions qui sont contestées dans les présentes QPC, résulte bien de cette ordonnance.

Enfin, la jurisprudence du Conseil constitutionnel montre qu'une simple « retouche » purement formelle d'une disposition législative postérieurement à 1958 permet de considérer que le législateur de la V^{ème} République l'a reprise à son compte. Ainsi, dans sa décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gilbert A.* le Conseil constitutionnel a admis qu'une simple substitution de références (à « *l'article précédent* » dans la rédaction primitive, à l'article « 56 » expressément désigné dans la rédaction postérieure à une loi postérieure à 1958) procédant d'une coordination en raison d'insertion d'articles nouveaux suffit à

⁶ Pour un exemple récent et l'absence de transmission d'une QPC : CE, 13 juillet 2016, n° 396170, *Syndicat national des entreprises des loisirs marchands et autres*.

considérer que le législateur agissant sous l’empire de la Constitution de 1958 a repris le texte en cause à son compte⁷.

Pour l’ensemble de ces raisons, le Conseil constitutionnel a donc considéré que les dispositions contestées étaient issues de l’ordonnance du 15 avril 1960.

2. – La valeur législative des dispositions contestées

Ce point acquis, il restait au Conseil constitutionnel à déterminer si les dispositions contestées, issues d’une ordonnance de l’article 38 de la Constitution, avaient un caractère législatif.

a) Ratification expresse et ratification implicite des ordonnances

Les ordonnances de l’article 38 de la Constitution sont soumises à un régime juridique particulier, qui a été peu à peu défini par les jurisprudences convergentes du Conseil constitutionnel et du Conseil d’État.

L’ordonnance, aussi longtemps qu’elle n’est pas ratifiée, est un acte de forme réglementaire soumis au contrôle du juge administratif. Lorsque le projet de loi de ratification n’est pas déposé dans le délai fixé par la loi d’habilitation, les ordonnances deviennent caduques, en application du deuxième alinéa de l’article 38. Si le Parlement ne se prononce pas après le dépôt du projet, les ordonnances demeurent de niveau réglementaire⁸.

Enfin, après la ratification, l’ordonnance acquiert force de loi, avec effet rétroactif pour ce qui concerne ses dispositions qui sont du domaine législatif.

Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la dernière phrase du deuxième alinéa de l’article 38 de la Constitution exige une ratification expresse des ordonnances.

Avant cette révision⁹, la ratification des ordonnances de l’article 38 pouvait être expresse ou implicite.

⁷ Cons. 11 de la décision n° 2015-506 QPC précitée.

⁸ Décision n° 72-73 L du 29 février 1972, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l’ordonnance, modifiée, du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l’expansion des entreprises* ; CE, 2 avril 2003 n° 246748, *Conseil régional de Guadeloupe*.

⁹ La nouvelle rédaction de l’article 38 de la Constitution résultant de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 exigeant une ratification expresse des ordonnances a été jugée par le Conseil d’État comme n’ayant pas de portée rétroactive de nature à remettre en cause les ratifications implicites résultant de dispositions législatives antérieures à son entrée en vigueur (CE, 11 mars 2011, n° 341658, *Benzoni*).

Le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation reconnaissaient identiquement cette possibilité de ratification implicite.

Selon la décision du Conseil constitutionnel n° 72-73 L du 29 février 1972¹⁰ : « *Considérant, d'une part, que les ordonnances qui ont fait l'objet du dépôt du projet de loi de ratification prévu par l'article 38 de la Constitution, demeurent des actes de forme réglementaire tant que la ratification législative n'est pas intervenue, mais que, d'autre part, ledit article 38, non plus qu'aucune autre disposition de la Constitution ne fait obstacle à ce qu'une ratification intervienne selon d'autres modalités que celle de l'adoption du projet de loi sus-mentionné ; que, par suite, cette ratification peut résulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le Parlement* ».

Ce principe se retrouve dans la décision du Conseil constitutionnel n° 86-224 DC du 23 janvier 1987¹¹ : « *Considérant qu'en principe il n'est pas exclu que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une des ordonnances visées à l'article 38 de la Constitution puisse résulter d'une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement* ».

La jurisprudence de la Cour de cassation était dans le même sens : « *en l'état de ces textes, dont il résulte qu'en se référant expressément, soit à des dispositions essentielles de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, indissociables de l'ensemble de ce texte, soit à l'ensemble du texte lui-même, le législateur a manifesté la volonté implicite, mais réitérée, de ratifier l'ordonnance, l'arrêt se trouve légalement justifié* »¹².

Le Conseil d'État a synthétisé ces jurisprudences convergentes en jugeant qu'une ordonnance doit être regardée comme implicitement ratifiée dès lors qu'une loi modifie ou complète une de ses dispositions ou en étend le champ d'application¹³.

La reconnaissance de la ratification implicite d'une ordonnance est toujours demeurée exceptionnelle, pour plusieurs raisons. D'abord parce que le législateur ne peut aisément être réputé avoir tacitement élevé au niveau

¹⁰ Décision précitée, cons. 3.

¹¹ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, cons. 24.

¹² Cass. com. 6 octobre 1992, n° 90-16.755.

¹³ CE, 29 octobre 2004, n° 269814, *M. Sueur et autres*, qui juge en outre que cette ratification peut n'être que partielle si les dispositions implicitement ratifiées sont divisibles du reste de l'ordonnance. La ratification implicite relevée dans cette décision du Conseil d'État a été confirmée par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*, cons. 13.

législatif une ordonnance. Cette intervention par ricochet, qu'il n'avait souvent pas anticipée et que le juge identifie *ex post*, ne peut être admise que par exception. Ensuite, la ratification implicite avait, avant la révision constitutionnelle de 2008, des effets radicaux. Les recours dirigés contre une ordonnance implicitement ratifiée étaient irrecevables ou sans objet. En outre, aucun recours contre la loi de ratification ne pouvait être formé devant le Conseil constitutionnel. La jurisprudence administrative était donc orientée dans un sens rigoureux¹⁴.

b) Application en l'espèce

L'ordonnance du 15 avril 1960 n'a pas été ratifiée expressément par une loi adoptée par le Parlement. Le Gouvernement avait déposé un projet de loi visant à ratifier les ordonnances prises en application de la loi d'habilitation du 4 février 1960, mais il n'a jamais été adopté.

La question de la ratification de l'ordonnance de 1960 n'a plus guère été évoquée jusqu'à la chronique consacrée par l'*Actualité juridique du droit administratif* (AJDA) à la décision d'Assemblée du Conseil d'État *Boisvert et Rolin* en date du 24 mars 2006, rendue à l'occasion de l'état d'urgence déclaré en 2005¹⁵. Évoquant la question du contrôle de la constitutionnalité de la loi de 1955, les auteurs de la chronique indiquaient que l'Assemblée du contentieux ne s'était pas prononcée sur la question « *dès lors en effet que la loi du 3 avril 1955 a été modifiée sous l'empire de la Constitution de 1958, ce qui a été le cas par l'ordonnance du 15 avril 1960, implicitement ratifiée, au plus tard, par la loi du 18 novembre 2005, le moyen était en effet nécessairement inopérant* ».

* Chronologiquement, le Conseil constitutionnel aurait pu juger que cette ordonnance avait été ratifiée par la décision du Président de la République du 24 avril 1961 prise dans le cadre de l'application de l'article 16 de la Constitution et prorogeant l'état d'urgence¹⁶.

Le premier cas d'application de l'état d'urgence a en effet eu lieu le lendemain de la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution à la suite du « *putsch des généraux* » du 21 avril 1961. Un décret du 22 avril déclara l'état d'urgence à

¹⁴ Si huit lois ont modifié des dispositions de la partie législative du code de commerce annexée à l'ordonnance du 18 septembre 2000, elles n'ont eu ni pour objet ni pour effet de ratifier l'ensemble de cette ordonnance (CE, 27 mai 2002, *SA Transolver Service*, *Rec.* p. 176). Si une ratification implicite peut s'étendre à des dispositions non modifiées d'un article, elle ne saurait dépasser les limites de cet article (CE, 17 décembre 1999, *Union hospitalière privée*, T. p. 587).

¹⁵ Claire Landais, Frédéric Lenica, « Contentieux de la légalité de l'état d'urgence », *AJDA*, 2006, p. 1033.

¹⁶ En ce sens : Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, *Revue de droit politique*, (http://juspoliticum.com/uploads/beaud&bargues_etat-urgence-5parties.pdf).

compter du 23 avril en métropole, lequel prévoyait l'application de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955.

Compte tenu des règles nouvelles introduites par l'ordonnance du 15 avril 1960, une loi était nécessaire pour proroger l'état d'urgence au-delà du délai de douze jours.

Toutefois, compte tenu de l'exercice par le Président de la République des « *pouvoirs exceptionnels* » de l'article 16, il lui est revenu de prendre certaines des « *mesures exigées* » par les « *circonstances* ».

À ce titre, le Président de la République a pris la décision du 24 avril 1961 relative à la durée de l'état d'urgence, dont l'article 1^{er} dispose : « *La durée de l'état d'urgence, déclaré et mis en application par les décrets susvisés du 22 avril 1961, est prolongée jusqu'à nouvelle décision* ».

Selon Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues : « *on peut estimer que la décision du général de Gaulle du 24 avril 1961 prorogeant l'état d'urgence a opéré une ratification implicite de l'Ordonnance. Cette décision intervient en effet dans le domaine législatif, car, au titre des pouvoirs tirés de l'article 16, le Chef de l'État se substitue au Parlement pour décider la prorogation de l'état d'urgence. L'acte a donc une valeur législative et peut faire acquérir cette valeur à un acte de nature réglementaire. Preuve que l'Ordonnance fut bien implicitement ratifiée par cette décision du général de Gaulle de 1961, le texte de 1960 figure aux visas de ladite décision* »¹⁷. Le rapporteur du Sénat du projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, M. Philippe Bas, avait repris cette analyse à son compte en mars 2016¹⁸.

La mise en vigueur de l'article 16 de la Constitution permet au Président de la République de prendre toutes les mesures « *exigées par les circonstances* » et d'exercer à cette fin aussi bien le pouvoir législatif dans les matières énumérées par l'article 34 de la Constitution que le pouvoir réglementaire dans les matières relevant de son article 37¹⁹. Le Conseil d'État juge qu'il appartient ainsi au juge administratif, lorsqu'il est saisi de mesures prises en application d'une décision du Président de la République au titre des pouvoirs exceptionnels de l'article 16, de déterminer si cette décision a, ou non, un caractère législatif. Si tel est le cas, il n'était pas compétent pour en connaître à l'époque où des mesures prises en

¹⁷ Les auteurs détaillent par ailleurs les conditions dans lesquelles l'état d'urgence de l'époque a été prorogé après cette décision et les controverses juridiques qui sont nées au sujet de la fin de l'état d'urgence.

¹⁸ Rapport n° 447 (2015-2016) de M. Philippe Bas, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 9 mars 2016, p. 19.

¹⁹ CE, 2 mars 1962, *Rubin de Servens, Rec.*, p. 143.

application de l'article 16 ont été contestées devant lui²⁰.

En l'espèce, même si la décision du Président de la République du 24 avril 1961 présente un incontestable caractère législatif, le Conseil constitutionnel a implicitement jugé que celle-ci n'avait pas ratifié implicitement l'ordonnance du 15 avril 1960.

Le mélange de deux séries de considérations peut expliquer la solution ainsi retenue.

D'abord, la solution inverse aurait supposé d'admettre qu'une décision prise en vertu de l'article 16 de la Constitution puisse procéder à la ratification d'une ordonnance.

L'article 38 de la Constitution détermine un mode de délégation du pouvoir législatif au pouvoir exécutif. L'article 16 de la Constitution est une autre modalité, très exceptionnelle, de modification de la répartition des compétences entre les pouvoirs exécutif et législatif.

Or, la ratification d'une ordonnance paraît n'avoir de sens que si c'est bien le Parlement, exerçant le pouvoir d'adopter la loi que lui confère la Constitution, qui y procède.

En outre, l'ordonnance du 15 avril 1960 avait pour principal objet de réserver au législateur la compétence pour proroger l'état d'urgence. Il aurait donc été paradoxal d'admettre que le Président de la République était entré dans le champ d'intervention du législateur, en application de l'article 16, non seulement pour proroger l'état d'urgence, mais également pour ratifier implicitement l'exigence de prorogation par le législateur.

Si la prorogation de l'état d'urgence était sans doute une des « *mesures exigées par les circonstances* » au sens de l'article 16 de la Constitution²¹, il est permis de douter que la ratification de l'ordonnance du 15 avril 1960 ait, de la même manière, été exigée par les circonstances.

Compte tenu des spécificités de cette application du régime de l'article 16 de la Constitution, il n'a ainsi pas paru possible au Conseil constitutionnel de conclure à l'existence d'une ratification implicite par la décision présidentielle du 24 avril 1961.

²⁰ CE, 13 novembre 1964, *Ministre de l'Intérieur c/ Livet*, Rec. p. 534 ; CE, Sect., 22 avril 1966, *Société Union Africaine de presse*, Rec. p. 276 ; CE, 22 mai 1968, *Lagrange*, Rec. p. 815.

²¹ Le Président de la République n'a d'ailleurs pas attendu le délai de douze jours.

* Le Conseil constitutionnel a en revanche jugé que les dispositions contestées avaient été ratifiées implicitement par la loi du n° 85-96 du 25 janvier 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances.

Dans le premier alinéa de son article 1^{er}, cette loi rétablit l'état d'urgence proclamé en Nouvelle-Calédonie par l'arrêté n° 85-35 du 12 janvier 1985 du haut-commissaire en Nouvelle-Calédonie. Par le second alinéa de ce même article, elle confère au haut commissaire « *le pouvoir mentionné à l'article 11, 1° de la loi du 3 avril 1955* », c'est-à-dire le pouvoir de perquisitionner.

La Cour de cassation, dans ses deux arrêts de renvoi, avait jugé pour sa part que la ratification implicite des dispositions contestées résultait de « *l'effet de la loi n° 85-96 du 25 janvier 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, dont l'article 2 a conféré au haut-commissaire le pouvoir mentionné à l'article 11, 1°, de la loi du 3 avril 1955 instituant l'état d'urgence* ».

Admettre cette ratification implicite supposait que le Conseil constitutionnel surmonte une difficulté et se prononce sur les conséquences à tirer d'une de ses décisions.

Il fallait tout d'abord que le Conseil constitutionnel détermine si les dispositions précitées de la loi du 25 janvier 1985 entraînaient une ratification implicite

Comme cela ressort des décisions précitées, le Conseil constitutionnel n'a jamais indiqué précisément à quelles conditions une loi devait être regardée comme ratifiant implicitement une ordonnance.

Il ne pouvait en tout état de cause être jugé que la loi de 1985 avait modifié ou complété les dispositions de la loi de 1955 ou étendu juridiquement son champ d'application : la prorogation de l'état d'urgence – sans modifier ses caractéristiques de principe – ne pouvait être regardée comme ayant une telle portée.

C'est d'ailleurs, dans le cadre d'un autre débat juridique, ce que le Conseil constitutionnel avait déjà jugé dans sa décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 :

« *Considérant que, si la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi ; que, dès lors, les moyens développés par les auteurs*

de saisines ne peuvent être accueillis »²².

S'inscrivant dans la continuité de cette décision, le Conseil constitutionnel a jugé à nouveau, dans la décision commentée, que la loi de 1985 avait constitué une simple mise en application de la loi de 1955 et, plus précisément qu'elle avait mis en application le 1^o de l'article 11 de cette loi : « *La loi du 25 janvier 1985 mentionnée ci-dessus a, après une interruption, rétabli l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie jusqu'au 30 juin 1985. Cette loi a, par une disposition expresse, mis en application le 1^o de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 en conférant au haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit* » (paragr. 6).

Il a ensuite estimé qu'il résultait en l'espèce de cette mise en application une ratification implicite des dispositions du 1^o de l'article 11 : « *Ainsi, la loi du 25 janvier 1985, sans avoir pour objet direct la ratification du septième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 15 avril 1960, a, en rendant applicable les dispositions contestées, impliqué nécessairement une telle ratification* » (paragr. 6). Ce faisant, le Conseil constitutionnel a pris en compte la situation très particulière créée par la loi de 1955 : celle-ci institue un état d'urgence mais exige une intervention du législateur pour que certaines dispositions propres à ce régime juridique soient « activées ».

Le Conseil constitutionnel en a donc conclu que les dispositions contestées revêtaient un caractère législatif et qu'il y avait lieu qu'il en connaisse.

En adoptant cette position, le Conseil constitutionnel devait également se prononcer sur la portée actuelle de la décision n^o 86-224 DC du 23 janvier 1987 précitée, laquelle avait notamment jugé que, saisi d'une loi procédant à une ratification implicite, « *il appartiendrait au Conseil constitutionnel de dire si la loi comporte effectivement ratification de tout ou partie des dispositions de l'ordonnance en cause et, dans l'affirmative, si les dispositions auxquelles la ratification confère valeur législative sont conformes à la Constitution* »²³.

En acceptant, dans la suite de la décision commentée, de contrôler les dispositions contestées, le Conseil constitutionnel a implicitement abandonné cette jurisprudence, qui n'a jamais donné lieu à une application explicite²⁴. En

²² Décision n^o 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 10.

²³ Décision précitée, cons. 24.

²⁴ Il convient d'observer que cette jurisprudence a été conçue à une époque où le contrôle de constitutionnalité se limitait à un contrôle *a priori*, interdisant, en principe, au Conseil constitutionnel d'examiner par la suite des dispositions déjà promulguées. La création de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité constitue, de ce point de vue, un changement de contexte pour cette jurisprudence.

effet, dans le cas contraire, le Conseil constitutionnel aurait relevé dans la décision commentée que sa décision du 25 janvier 1985 avait nécessairement jugé les dispositions contrôlées conformes à la Constitution.

B. – L’analyse de constitutionnalité

Les requérants et l’association intervenante soutenaient qu’en permettant que soient pratiquées des perquisitions administratives de jour comme de nuit sans prévoir de garantie en ce qui concerne leurs motifs et leurs conditions, les dispositions contestées méconnaissaient le droit au respect de la vie privée, l’inviolabilité du domicile ainsi que le droit à un recours juridictionnel effectif. Ils soutenaient également que le législateur avait méconnu l’étendue de sa compétence dans des conditions affectant les droits et libertés précédemment mentionnés.

Le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions contestées en se fondant sur la méconnaissance du droit au respect de la vie privée. Il n’a donc pas examiné les autres griefs.

1. – La jurisprudence constitutionnelle

La jurisprudence topique du Conseil constitutionnel est celle issue de la décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016 :

« Considérant que la Constitution n’exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d’état d’urgence ; qu’il lui appartient, dans ce cadre, d’assurer la conciliation entre, d’une part, la prévention des atteintes à l’ordre public et, d’autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que parmi ces droits et libertés figurent le droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l’inviolabilité du domicile, protégés par l’article 2 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 ; (...)

« Considérant, en premier lieu, que les mesures prévues par le premier alinéa et la première phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l’article 11 de la loi du 3 avril 1955 ne peuvent être ordonnées que lorsque l’état d’urgence a été déclaré et uniquement pour des lieux situés dans la zone couverte par cet état d’urgence ; que l’état d’urgence ne peut être déclaré, en vertu de l’article 1^{er} de la loi du 3 avril 1955, qu’"en cas de péril imminent résultant d’atteintes graves à l’ordre public" ou "en cas d’événements présentant, par leur nature et leur

gravité, le caractère de calamité publique” ;

« Considérant, en deuxième lieu, que la décision ordonnant une perquisition sur le fondement des dispositions contestées en précise le lieu et le moment ; que le procureur de la République est informé sans délai de cette décision ; que la perquisition est conduite en présence d’un officier de police judiciaire ; qu’elle ne peut se dérouler qu’en présence de l’occupant ou, à défaut, de son représentant ou de deux témoins ; qu’elle donne lieu à l’établissement d’un compte rendu communiqué sans délai au procureur de la République ;

« Considérant, en troisième lieu, que la décision ordonnant une perquisition sur le fondement des dispositions contestées et les conditions de sa mise en œuvre doivent être justifiées et proportionnées aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l’état d’urgence ; qu’en particulier, une perquisition se déroulant la nuit dans un domicile doit être justifiée par l’urgence ou l’impossibilité de l’effectuer le jour ; que le juge administratif est chargé de s’assurer que cette mesure qui doit être motivée est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu’elle poursuit ;

« Considérant, en quatrième lieu, que si les voies de recours prévues à l’encontre d’une décision ordonnant une perquisition sur le fondement des dispositions contestées ne peuvent être mises en œuvre que postérieurement à l’intervention de la mesure, elles permettent à l’intéressé d’engager la responsabilité de l’État ; qu’ainsi les personnes intéressées ne sont pas privées de voies de recours, lesquelles permettent un contrôle de la mise en œuvre de la mesure dans des conditions appropriées au regard des circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l’état d’urgence ;

« Considérant qu’il résulte de ce qui précède que les dispositions des premier, deuxième, quatrième à sixième alinéas ainsi que de la première phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l’article 11 de la loi du 3 avril 1955, qui ne sont pas entachées d’incompétence négative, opèrent, s’agissant d’un régime de pouvoirs exceptionnels dont les effets doivent être limités dans le temps et l’espace et qui contribue à prévenir le péril imminent ou les conséquences de la calamité publique auxquels le pays est exposé, une conciliation qui n’est pas manifestement déséquilibrée entre les exigences de l’article 2 de la Déclaration de 1789 et l’objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l’ordre public ; que ne sont pas non plus méconnues les exigences de l’article 16 de la

Déclaration de 1789 »²⁵.

2. – L'application à l'espèce

Le Conseil constitutionnel a tout d'abord rappelé que « *La Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence. Il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la sauvegarde des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. Parmi ces droits et libertés figure le droit au respect de la vie privée, en particulier, de l'inviolabilité du domicile, protégé par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* » (paragr. 7)

Le recours aux perquisitions, tel que prévu par les dispositions contestées dans leur rédaction résultant de l'ordonnance du 15 avril 1960, était seulement subordonné à la double condition que l'état d'urgence ait été déclaré et que le lieu visé soit localisé dans la zone couverte par cet état.

C'est ce que le Conseil constitutionnel a relevé dans la décision commentée : « *Les mesures prévues par les dispositions contestées ne peuvent être ordonnées, par le ministre de l'intérieur pour l'ensemble du territoire où est institué l'état d'urgence ou par le préfet dans le département, que lorsque l'état d'urgence a été déclaré et uniquement pour des lieux situés dans la zone couverte par cet état d'urgence. L'état d'urgence peut être déclaré, en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 3 avril 1955, "soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique"* » (paragr. 8).

C'est notamment cet encadrement lacunaire des conditions de mise en œuvre des mesures de perquisition qui a justifié l'intervention du législateur en novembre 2015. M. Philippe Bas, rapporteur au Sénat, relevait ainsi que « *les fondements juridiques des mesures d'application de l'état d'urgence les plus attentatoires aux libertés publiques peuvent présenter certaines fragilités, au regard notamment du risque d'incompétence négative du législateur. À titre d'exemple, le régime de perquisition administrative résultant de l'article 11 se contente d'indiquer que de telles perquisitions peuvent être effectuées "à domicile de jour et de nuit"* »²⁶.

²⁵ Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme (Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence)*, cons. 5 et s.

²⁶ Rapport n° 177 (2015-2016) de M. Philippe Bas, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 19 novembre 2015, p. 25.

Le Conseil constitutionnel a considéré que cette absence de toute garantie, compte tenu de l'atteinte forte au droit au respect de la vie privée résultant d'une mesure de perquisition, ne pouvait être regardée comme conforme à la Constitution. Il a ainsi jugé qu' « *en ne soumettant le recours aux perquisitions à aucune condition et en n'encadrant leur mise en œuvre d'aucune garantie, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée* » (paragr. 8). Il en a conclu que, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, les dispositions du 1^o de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 15 avril 1960, qui méconnaissent l'article 2 de la Déclaration de 1789, doivent être déclarées contraires à la Constitution.

3. – Les effets dans le temps de la censure

En l'espèce, il n'y avait pas lieu de reporter dans le temps la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité : « *L'article 4 de la loi du 20 novembre 2015 mentionnée ci-dessus a donné une nouvelle rédaction à l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, dont le paragraphe I fonde le nouveau régime des perquisitions réalisées dans le cadre de l'état d'urgence. Dans sa décision n° 2016-536 QPC mentionnée ci-dessus, le Conseil constitutionnel a jugé conformes à la Constitution les dispositions du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 dans cette rédaction à l'exception de celles de la seconde phrase de son troisième alinéa relatives aux saisies de données informatiques. Dès lors, il n'y a pas lieu, en l'espèce, de reporter la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions contestées. Celle-ci intervient donc à compter de la date de la publication de la présente décision* » (paragr. 10).

Le Conseil constitutionnel a par ailleurs considéré qu'il n'y avait pas lieu de remettre en cause les procédures pénales consécutives aux perquisitions effectuées sur la base des dispositions censurées : « *la remise en cause des actes de procédure pénale consécutifs à une mesure prise sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et aurait des conséquences manifestement excessives. Par suite, les mesures prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent, dans le cadre de l'ensemble des procédures pénales qui leur sont consécutives, être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité* » (paragr. 11).