
Décision du Défenseur des droits n°2017-291

Le Défenseur des droits,

Vu les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ;

Vu l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu l'article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu l'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1067 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu la loi n°55-385 du 3 avril 1955 modifiée relative à l'état d'urgence, notamment l'article 5 alinéa deuxièmement ;

Vu le décret n°2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n°55-385 du 3 avril 2015 ;

Vu le décret n°2015-1476 du 14 novembre 2015 modifiant le décret n°2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n°55-385 du 3 avril 2015 ;

Vu l'arrêté du 23 octobre 2016 de la préfète du Pas-de-Calais portant une zone de protection à Calais ;

Vu l'arrêté du 27 octobre 2016 portant abrogation de la zone de protection à Calais ;

Saisi par l'association La cabane juridique/Legal Shelter et l'association Le réveil des voyageurs, requérantes, qui ont soulevé la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de l'arrêté préfectoral du 23 octobre 2016 devant le Tribunal administratif de Lille ;

Constate que le Tribunal administratif de Lille, par ordonnance en date du 12 juillet 2017, a décidé la transmission au Conseil d'Etat de la question prioritaire de constitutionnalité suivante : « *Le 2° de l'article 5 de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 est-il contraire à la Constitution en ce qu'il porte atteinte à la liberté d'aller et de venir, au droit à la propriété, à la liberté du commerce et de l'industrie et au droit à la vie privée et familiale ?* » ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le Conseil d'Etat à l'audience du 4 octobre 2017 à 14 h, conformément aux dispositions de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.



Constance RIVIERE

**Pour le Défenseur des droits et par délégation,
La Secrétaire générale
Constance RIVIÈRE**

Observations devant le Conseil d'Etat présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

I. Rappel des faits

Dans le cadre du démantèlement du campement situé sur la Lande de Calais, la préfète du Pas-de-Calais a, par un arrêté en date du 23 octobre 2016 portant création d'une zone de protection à Calais, institué une zone de protection interdisant à toute personne de pénétrer sur le camp de la Lande, la rue des Garennes et la rue des Dunes à Calais, du 24 octobre 2016 à 7h00 au 6 novembre 2016 à 18h00 à l'exception d'une liste exhaustive d'intervenants.

Cette liste énumérait différentes catégories de personnes susceptibles d'intervenir dans cette zone notamment les occupants de la zone réglementée, les agents des services publics mais également les bénévoles, les salariés d'associations ainsi que les journalistes disposant d'une accréditation délivrée par la préfecture.

La préfète justifiait la mise en place de cette zone de protection par la nécessité de protéger les migrants et par les risques élevés de troubles graves à l'ordre public qu'auraient pu causer des actions violentes des activistes du groupe « no border ».

C'est dans ce contexte que les associations Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), Avocats pour la défense des droits des étrangers (ADDE) et le Syndicat des avocats de France (SAF) ont saisi le Défenseur des droits, faisant état des difficultés rencontrées par des avocats en charge du conseil juridique pour accéder à la zone de protection. Ils relevaient en outre que les locaux de la préfecture du Pas-de-Calais étaient fermés le 24 octobre 2016, empêchant ainsi toute demande d'accréditation.

Par requête enregistrée par le tribunal administratif de Lille le 26 octobre 2016, ces derniers ont demandé au juge de statuer sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative dans le cadre d'un référé liberté. Cette requête évoquait notamment une atteinte injustifiée et disproportionnée au droit à l'assistance d'un avocat, au droit d'asile, à la liberté d'aller et venir mais également au droit à la vie privée.

L'audience était fixée le 28 octobre 2016. Dans un communiqué du 27 octobre 2016, le Conseil National du Barreau (CNB) a fait savoir d'une part, qu'il exigeait que les avocats présents à Calais puissent pénétrer de droit à l'intérieur de la zone de protection avant la fin du démantèlement pour exercer leur mission de conseil auprès des migrants et d'autre part, qu'il introduisait un recours hiérarchique auprès du ministère de l'Intérieur pour que cet arrêté soit rectifié sans délai. Par arrêté du même jour, la préfète du Pas-de-Calais a abrogé l'arrêté du 23 octobre 2016 estimant que l'opération de mise à l'abri était terminée. Par une ordonnance du 28 octobre 2016, le juge des référés du tribunal administratif de Lille a jugé qu'il n'y avait plus lieu de statuer, la requête étant devenue sans objet.

Les associations Cabane Juridique/ Legal Shelter et Réveil voyageur ont saisi le Tribunal administratif de Lille d'une demande d'annulation de l'arrêté préfectoral du 23 octobre 2016 instituant la zone de protection fondant le refus d'accès aux avocats et de délivrance des accréditations de certains membres des deux associations dont l'objet social est notamment l'assistance et l'accompagnement social et juridique des migrants.

Par la requête n°16 10295, les requérants ont soulevé devant le Tribunal administratif la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) suivante :

« Le 2° de l'article 5 de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 est-il contraire à la Constitution en ce qu'il porte atteinte à la liberté d'aller et de venir, au droit à la propriété, à la liberté du commerce et de l'industrie et au droit à la vie privée et familiale ? ».

Par une ordonnance en date du 12 juillet 2017, le tribunal administratif de Lille a ordonné la transmission au Conseil d'Etat de la question prioritaire de constitutionnalité concernant les dispositions du 2° de l'article 5° de la loi 55-385 du 3 avril 1955 aux motifs que :

« Considérant que les dispositions de l'article 5 de la loi n°55-385 du 3 avril 1955, relatives à l'instauration d'une zone de protection où le séjour des personnes est réglementé, prise dans le cadre de l'état d'urgence, sont applicables au présent litige au sens et pour l'application des dispositifs de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée et n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs ou le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ; que le moyen tiré de ce que ces dispositions porte atteintes aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment à la liberté d'aller et de venir, au droit de propriété, au droit au respect de la vie privée, au droit au respect d'une vie familiale normale, à la liberté du commerce et de l'industrie, pose une question qui n'est pas dépourvue de caractère sérieux ; qu'ainsi, il y a lieu, en application des dispositions précises de l'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, de transmettre au Conseil d'Etat la question prioritaire de constitutionnalité invoquée ; ».

Le Conseil d'Etat a enregistré la procédure sous le numéro 412407.

II. Discussion

Depuis l'instauration de l'état d'urgence au lendemain des attentats perpétrés à Paris et à Saint-Denis dans la soirée du 13 novembre 2015, le Défenseur des droits a eu à connaître, au titre de sa mission de défense des droits et libertés dans les relations avec les services public, de défense des droits de l'enfants, de contrôle de la déontologie de la sécurité et de lutte contre les discriminations, de plusieurs réclamations relatives aux difficultés liées à la mise en œuvre des mesures prises en vertu de la loi n°55-385 du 3 avril 1955.

L'attention du Défenseur des droits a notamment été appelée sur l'application par les autorités administratives du deuxième de l'article 5 de la loi relative à l'état d'urgence qui permet au préfet « 2° D'instituer, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé (...) » aujourd'hui soumis à l'examen du Conseil d'Etat.

En effet, c'est au visa de ce texte que la préfète du Pas-de-Calais a rendu l'arrêté du 23 octobre 2016 à l'origine de la saisine du Défenseur des droits par plusieurs associations et syndicats.

Il convient de signaler que le Défenseur des droits accorde une attention particulière à la situation de Calais depuis la visite de ses services en juin et juillet 2015¹ et qu'il était présent sur les lieux lors du démantèlement du campement de la Lande.

Le Défenseur des droits a par ailleurs rendu plusieurs décisions concernant les mineurs non accompagnés, les conditions matérielles de vie des migrants et rendu un rapport sur les droits fondamentaux des étrangers en France².

¹ Rapport d'octobre 2015 : Exilés et droits fondamentaux : la situation sur le territoire de Calais

² Décision du Défenseur des droits n°2017-206

Il ressort des éléments portés à sa connaissance que les exilés occupant le secteur ont connu de graves difficultés pour accéder aux ressources vitales les plus élémentaires tels que l'eau, la nourriture, une mise à l'abri ou encore l'accès aux soins. Cette situation était d'autant plus préoccupante qu'une grande partie des migrants présents sur les lieux étaient mineurs. Le travail des bénévoles des associations et des avocats sur le terrain était par conséquent primordial.

Par ailleurs, à ce jour, le Défenseur des droits constate que sept questions prioritaires de constitutionnalité ont été transmises au Conseil constitutionnel depuis le 13 novembre 2015 concernant les dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, dont cinq ont abouti à une décision d'inconstitutionnalité.

Le Défenseur des droits rappelle que l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 a fait l'objet de nombreuses analyses critiques soulignant les risques d'abus de droit lors de son adoption³.

En conséquence, pour procéder à l'examen du deuxième de l'article 5 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, il convient d'analyser si les conditions de l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel sont observées.

Il résulte en effet de ces dispositions que, lorsqu'une juridiction relevant du Conseil d'Etat a transmis à ce dernier une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel est saisi de cette question à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel sauf changement des circonstances et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Dans le cas d'espèce, la requête déposée par les associations La Cabane Juridique/ Legal Shelter et Le Réveil voyageur devant le tribunal administratif de Lille avait pour objet d'obtenir l'annulation de l'arrêté de la préfète du Pas-de-Calais du 23 octobre 2016. Cet arrêté, ayant été rendu au visa du deuxième de l'article 5 de la loi relative à l'état d'urgence, il apparaît que la disposition contestée est applicable au litige.

Concernant la deuxième condition imposant que la loi contestée n'ait jamais été préalablement analysée par le Conseil constitutionnel, si ses membres ont eu par le passé à juger de la conformité de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 avec la Constitution⁴, la question prioritaire de constitutionnalité ne portait que sur le troisième de la loi. Aussi, le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à juger à ce jour de la conformité du deuxième de ce même article à la Constitution.

Il ressort des éléments portés à la connaissance du Défenseur des droits que la question prioritaire de constitutionnalité est susceptible de présenter un caractère sérieux car le législateur n'a pas prévu expressément l'existence d'un lien de causalité strict entre les motifs du dispositif juridique et ceux de l'état d'urgence **(A)** et ne semble pas avoir assuré la conciliation entre d'une part le maintien de l'ordre et de la sécurité publics et d'autre part, le respect des droits et libertés garantis par la Constitution dont font partie la liberté d'aller et de venir **(B)**, le droit à une vie privée et familiale **(C)**, le droit de propriété **(D)** et le droit à la liberté du commerce et de l'industrie **(E)**.

³ Avis du Défenseur des droits n°16-03 du 25 janvier 2016

⁴ Décision du Conseil constitutionnel QPC – n°2017-635 du 9 juin 2017 Conseil constitutionnel

A) L'absence du lien de causalité strict entre les motifs du dispositif de la mesure et ceux de l'état d'urgence

Dans son avis n° 13-03 du 25 janvier 2016, le Défenseur des droits émettait la recommandation d'encadrer l'état d'urgence en posant certaines limites notamment par l'exigence d'un lien de causalité strict entre le motif de la mesure prise dans le cadre de l'état d'urgence et les motifs justifiant l'état d'urgence.

Il semble qu'une telle garantie ne soit pas présente au deuxième de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 qui impose simplement que la zone de protection ne puisse être instaurée que dans un but de prévenir des troubles à l'ordre public.

Il ressort respectivement des motifs de la loi du 3 avril 1955 et des débats parlementaires du 31 mars 1955 que le texte a été édicté en vue de permettre une réponse au « *désordre en Algérie* » et que les dispositions législatives avaient vocation selon les termes du ministre de l'intérieur à s'appliquer « *seulement dans certaines zones déterminées où les actes de brigandage et de terrorisme sévissent avec une intensité particulière, et aussi des zones servant de repaires, de dépôts d'armes ou de points de ralliement, c'est-à-dire, pour le moment, l'Aurès et la Kabylie* »⁵.

Le rapport législatif de l'Assemblée nationale en date du 16 juillet 2016 précise quant à lui qu'« *Une fois de plus, notre pays est durement éprouvé par le terrorisme. Après les attentats de Charlie Hebdo, de Saint-Denis et de Paris ou de Magnanville, un nouveau crime odieux a ensanglanté, à Nice, la fête nationale, emportant à ce jour quatre-vingt-quatre vies et faisant plusieurs centaines de blessés. Face à cette menace que chacun apprend à considérer, hélas, comme durable, la détermination du Gouvernement et de la majorité parlementaire demeure inébranlable. La mobilisation des forces de l'ordre, des services de renseignement et de nos armées est totale depuis dix-huit mois* ».

Lors des débats sur la prolongation de l'état d'urgence en 2017, les motifs du projet de loi déposés devant la Commission des lois du Sénat lors de sa séance du 22 juin 2017 mentionnent que « *La France vit sous le régime de l'état d'urgence depuis le 14 novembre 2015. Celui-ci a été institué immédiatement après les pires attentats terroristes commis sur le sol national depuis des décennies, pour prévenir un péril imminent résultant d'une atteinte grave à l'ordre public* ».

Les circonstances exceptionnelles ayant mené à l'instauration de l'état d'urgence reposent donc sur la nécessité de la lutte contre la menace terroriste.

Ainsi, les motifs pouvant mener le préfet à établir une zone de protection, à savoir la prévention des troubles à l'ordre public, apparaissent plus larges que ceux pour lesquels avaient été instaurés initialement l'état d'urgence, à savoir la lutte contre le terrorisme.

Dès lors, une zone de protection pourrait être mise en place pour des motifs totalement distincts de la sauvegarde de l'ordre et de la sécurité publics dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. En absence de précision textuelle, le législateur semblerait permettre son instauration à des fins distinctes de celle de la lutte contre le terrorisme, ce qui constituerait une faculté de restreindre sans discernement droits et libertés.

En l'espèce, l'autorité administrative recourt à la zone de protection par voie réglementaire dans le cadre de la lutte contre l'immigration irrégulière.

⁵ JO AN 1^{ère} séance 31 mars 1955 p. 2166

Le lien entre les motifs de la mesure prise et les motifs qui ont justifié l'instauration de l'état d'urgence n'est pas démontré dans l'arrêté du 23 octobre 2016, la préfète du Pas-de-Calais motivant la mise en place d'une zone de protection par la nécessité de protéger les migrants, et autres intervenants dans le camp des actions violentes des activistes « No border ». Ces motifs ne corroborent pas l'existence d'une menace terroriste.

L'absence de motifs spécifiques, exprès et prescrits par la loi, visant à établir a minima un lien apparent entre la mesure et l'imminence du danger et qui, dans les cas extrêmes, est rendue nécessaire pour la mobilisation de moyens importants de forces de l'ordre est susceptible de constituer un doute sérieux portant sur la constitutionnalité du deuxième de l'article 5 de la loi de 1955.

B) Le respect de la liberté d'aller et de venir

1) Le fondement constitutionnel de la liberté d'aller et venir

Depuis sa décision du 13 juillet 1979⁶, le Conseil constitutionnel retient la valeur constitutionnelle de la liberté d'aller et venir. Composante de la liberté individuelle, elle est inhérente à la personne humaine et permet à toute personne de se mouvoir, stationner, séjourner librement sans contrainte et sans autorisation du pouvoir étatique. Elle se rattache notamment à l'article 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁷.

Néanmoins, cette liberté, pourtant fondamentale, n'est pas absolue. Elle comprend des restrictions justifiées par la mise en œuvre d'autres libertés garanties au même titre par la Constitution.

En effet, la liberté d'aller et venir se confronte notamment au droit de propriété garanti aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

Cette liberté sera par ailleurs restreinte dans certains cas en fonction du statut administratif du destinataire de la restriction.

Le Conseil constitutionnel a jugé dans une décision du 13 août 1993 « qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers les droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; que les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques ; que le législateur peut ainsi mettre en œuvre les objectifs d'intérêt général qu'il assigne ; que dans ce cadre juridique, les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux »⁸.

En effet, si le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas aux étrangers dépourvus de titre de séjour le même droit à la liberté d'aller et venir qu'aux autres individus⁹, cette exception ne paraît pas applicable dans ce contexte car l'arrêté ne concernait pas seulement les migrants, mais les avocats et certains membres des associations œuvrant dans la zone.

⁶ Décision du Conseil constitutionnel QPC – 79-107 DC, 12 juillet 1979, cons. 3, Journal officiel du 13 juillet 1979, Rec. p. 31)

⁷ Décision du Conseil constitutionnel QPC – 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 8, Journal officiel du 19 mars 2003, page 4789, Rec. p. 21

⁸ Décision du Conseil constitutionnel., 13 août 1993, n° 93-325 DC

⁹ Décision du Conseil constitutionnel., 13 août 1993, n° 93-325 DC

Le Conseil constitutionnel a précisé par ailleurs que la liberté d'aller et venir pouvait être restreinte dès lors que « *L'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle* »¹⁰.

Inéluctablement, cette atteinte à la liberté d'aller et venir est susceptible d'être amplifiée lorsque le régime de l'état d'urgence est instauré.

Toutefois, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 22 décembre 2005 Cédric. D., a rappelé que si « *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 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* ».

Plus récemment, le Conseil constitutionnel a jugé dans une décision du 9 juin 2017 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 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. Parmi ces droits et libertés figurent la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »¹¹.

Suivant cette optique, l'article 34 de la Constitution dispose que : « *La loi fixe les règles concernant (...) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice de leurs libertés publiques* ».

Aussi, il appartient donc au législateur d'insérer suffisamment de garanties dans la loi pour assurer cette conciliation afin d'éviter que la liberté d'aller et de venir ne soit démesurément restreinte pendant l'état d'urgence.

Le Défenseur des droits émet des réserves sur le fait que le législateur ait prévu suffisamment de garanties permettant d'assurer le respect nécessaire de la liberté d'aller et de venir dans le cadre de l'instauration d'une zone de protection par le préfet.

2) Application au cas d'espèce

Le fait, pour le législateur, de conférer au préfet le pouvoir d'instituer une zone au sein de laquelle « *le séjour des personnes est réglementé* » restreint par définition la liberté d'aller et venir des personnes dans le secteur où a été ordonnée la mesure.

Cette restriction a été mise en œuvre suite à l'instauration de l'arrêté préfectoral de Calais le 23 octobre 2016 puisque certains avocats, certaines associations et certains syndicats apportent la preuve qu'ils ont été dans l'impossibilité de circuler dans la zone de protection instituée.

Selon le droit commun, une telle mesure n'aurait pas pu être ordonnée sous peine d'être considérée comme trop attentatoire aux libertés individuelles car aucune exception ne permet en l'espèce de justifier une restriction générale non assortie d'un délai et non proportionnée aux objectifs poursuivis par la mesure.

Dans le cadre de l'état d'urgence, si une restriction à la liberté d'aller et de venir par les pouvoirs publics est envisageable, c'est à la condition que des garanties soient instituées par

¹⁰ Décision du Conseil constitutionnel 2011-631 DC, 9 juin 2011, cons. 64, Journal officiel du 17 juin 2011, page 10306, texte n° 2, Rec. p. 252

¹¹ Décision du Conseil constitutionnel 2017-235 QPC, du 9 juin 2017

le législateur afin que les restrictions aux libertés individuelles n'atteignent pas une ampleur démesurée et soient proportionnées à la menace à l'ordre public.

En effet, le deuxième de l'article 5 de la loi relative à l'état d'urgence, de par la brièveté de sa rédaction, ne conditionne pas la mise en œuvre d'une zone de protection à la justification préalable par le préfet de circonstances de fait ou de droit spécifiques.

Les dispositions du texte sont rédigées en termes généraux et imprécis alors que les pouvoirs conférés au préfet sont susceptibles de paralyser les allées et venues des personnes dans le secteur sans discernement.

- Sur l'absence de conditions tenant à la durée de la mesure

La loi n'impose pas au préfet l'obligation de limiter dans le temps la durée de la mesure.

L'absence d'une telle garantie peut paraître surprenante à la lecture des autres articles de la loi sur l'état d'urgence. En effet, une restriction de durée dans l'action de l'administration existe dans la plupart des autres dispositions de la loi sur l'état d'urgence.

Ainsi, l'assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence est fixée pour une durée maximale de 12 mois et limitée quotidiennement à 12 heures sur 24 selon l'article 6 de la loi du 3 avril 1955.

Par ailleurs, les autorisations des contrôles d'identité, des visites de véhicules et de fouilles de bagages administratifs sont limitées à 24 heures conformément à l'article 8-1 de la même loi.

Enfin, depuis la décision du Conseil constitutionnel du 9 juin 2017¹², le législateur a été contraint de modifier les dispositions du troisième de l'article 5 de la même loi qui donne pouvoir au préfet « *d'interdire le séjour dans tout ou partie du territoire* » à certains individus et a précisé que : « *L'arrêté énonce la durée, limitée dans le temps* »¹³.

Cette condition de durée paraît donc indispensable à l'instauration d'un cadre efficace permettant à l'administration qui dispose de pouvoirs exorbitants dans le cadre de l'état d'urgence de réévaluer la nécessité de ses dispositifs.

Dès lors, le Défenseur des droits insiste sur le fait que cette condition de durée devrait également figurer dans le texte régissant la mise en place d'une zone de protection comme une garantie destinée à éviter tout abus susceptible d'être réalisé par l'administration dans son action.

Concernant la situation de Calais par exemple, l'arrêté préfectoral du 23 octobre 2016 ordonnait l'instauration d'une zone de protection du 24 octobre 2016 à 7H00 au 6 novembre 2016 à 18H00. Ainsi, il était prévu que la mesure administrative dure 15 jours, ce qui est manifestement attentatoire au respect des libertés individuelles et disproportionné par rapport aux objectifs poursuivis.

- Sur l'absence de condition tenant à l'étendue géographique de la mesure

Il convient par ailleurs de s'interroger sur l'absence de condition limitant le pouvoir du préfet à un secteur géographique déterminé, cette condition étant imposée dans d'autres dispositions de la loi relative à l'état d'urgence.

¹² Décision du Conseil constitutionnel 2017-235 QPC, du 9 juin 2017

¹³ Loi du 2017-1154 du 11 juillet 2017

En effet, le troisièmement de l'article 5 donnant pouvoir au préfet d'interdire à certains individus le séjour à tout ou partie du territoire indique que l'arrêté « *énonce le territoire sur lequel la mesure s'applique* ». Le texte prévoit également l'obligation pour le préfet de préciser les circonstances de lieu qui motivent sa décision. Ces dispositions sont récentes puisqu'elles sont issues de la loi n°2017-1154 du 11 juillet 2017 votées à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 5 troisièmement de la loi de 1955 par le Conseil constitutionnel.

Par ailleurs, l'article 8-1 de la même loi concernant la mise en place des contrôles d'identité, de visites de véhicules et de fouilles de bagages administratifs dispose que : « *la décision du préfet désigne les lieux concernés qui doivent être précisément définis* ».

De manière générale, toutes les dispositions de la loi relative à l'état d'urgence augmentant les pouvoirs des préfets sont limitées dans le temps et dans l'espace, à l'exception de celles prévues aux deux premiers alinéas de l'article 5 demeurés inchangés depuis l'adoption de la première version de la loi en 1955.

- Sur l'absence de condition tenant aux personnes concernées par la mesure

Le deuxièmement de l'article 5 s'applique à toute catégorie d'individu sans distinction faite à l'égard de ceux contre lesquels il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour l'ordre et la sécurité publics. Aussi, la restriction à la liberté d'aller et venir peut être générale.

Aussi, la préfète du Pas-de-Calais, dans sa décision du 23 octobre 2016 a exclu l'accès à la zone de protection à « *toute personne* » exception faite de personnes précises définies par arrêté. La restriction à la liberté d'aller et de venir est donc presque absolue, puisque seuls quelques individus échappent à l'interdiction de circuler dans la zone, étant précisé que le dispositif d'accréditation permettant l'accès au site mis en place ne présente pas de critères précis et ne distingue pas en fonction des objectifs poursuivis par la mesure.

Pour justifier la mesure, la préfète précisait qu'« *il exist(ait) un risque élevé que (les) activistes (d'ultragauche No Border) pénètrent dans le camp lors de l'évacuation pour influencer les migrants afin qu'ils rejoignent ces squats* » et qu'il était nécessaire « *de protéger les migrants et les associations caritatives travaillant dans le camp* » .

Le Défenseur des droits ne méconnaît pas le fait que la limitation de l'interdiction d'accès à une zone de protection uniquement aux individus contre lesquels il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour l'ordre public pourrait être en pratique difficile à mettre en œuvre sur le terrain pour les forces de l'ordre à effectif limité.

En conséquence, il ressort des éléments portés à la connaissance du Défenseur des droits que la menace provenait d'une catégorie bien précise de personnes et ne justifiait pas qu'une restriction générale à la liberté d'aller et venir soit mise en place.

- Sur l'articulation de la liberté d'aller et venir avec d'autres droits et libertés fondamentaux

La restriction à la liberté d'aller et de venir doit s'articuler avec d'autres droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution susceptibles d'être restreints pendant la mise en œuvre de la mesure instaurant une zone de protection.

Le Conseil constitutionnel a jugé qu'« *il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent le droit au respect de la vie privée qui découle de l'article 2 de la Déclaration de 1789 et les droits de la défense, et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public (...) qui constituent des objectifs de valeur constitutionnelle* »¹⁴.

Cette articulation doit notamment être observée concernant l'application du droit de la défense considéré par le Conseil constitutionnel comme l'un « *des principes fondamentaux reconnus par la loi de la République*¹⁵ » et comme ayant une portée générale. Le Conseil constitutionnel a en outre rattaché le droit de la défense à la garantie des droits proclamés à l'article 16 de la Déclaration de 1789¹⁶. Plus précisément, le Conseil constitutionnel s'est interrogé sur le rôle de l'avocat pour garantir ce droit de la défense et a indiqué qu'il existait un droit constitutionnel au recours et à l'assistance d'un avocat¹⁷.

Le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de censurer une disposition qui permettait de restreindre la circulation des avocats dans des conditions portant notamment atteinte au droit de la défense¹⁸.

Aussi, le fait de restreindre l'accès à la zone de protection aux avocats est susceptible d'aller à l'encontre des droits de la défense et notamment du droit d'accès à un avocat.

La restriction de la liberté d'aller et venir doit également prendre en compte le droit à l'information aujourd'hui nommé droit à la communication. Ce droit a été déclaré constitutionnel par le juge sur la base de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui permet la libre communication des pensées et des opinions¹⁹.

Aussi, l'impossibilité pour des journalistes d'accéder à une zone de protection sur présentation de leur carte de presse peut porter atteinte à la liberté d'aller et venir de manière démesurée.

Enfin, cette articulation doit être assurée par le respect du principe de l'indépendance de la justice garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui proclame la nécessité que soit organisée une séparation des pouvoirs²⁰. Ainsi, le juge judiciaire gardien des libertés ne pourrait donc se voir interdire l'accès à la zone de protection.

Contrairement à l'article 11 de la loi de 1955 concernant les perquisitions administratives, le deuxième de l'article 5 ne prévoit pas de garanties spécifiques pour les avocats, les journalistes et les magistrats afin de leur permettre de circuler dans la zone.

¹⁴ Décision du Conseil constitutionnel 2013-679 DC, 4 décembre 2013, cons. 32, JORF du 7 décembre 2013 page 19958, texte n° 8, Rec. p. 1060).

¹⁵ Décision du Conseil constitutionnel n°76-70 DC du 2 décembre 1976 cons. 2

¹⁶ Décision du Conseil constitutionnel n°2006-535 2006 cons 24

¹⁷ Décision du Conseil constitutionnel n°93-326 DC ; 11 août 1993 cons 12 ; N°93-334 DC, 20 janvier 1994 Const 18 ; N°2044-492 DC 2 mars 2004 Const 31.

¹⁸ Décision du Conseil constitutionnel n°80-127 DC du 19 et 20 janvier 1981 Const 48 à 53.

¹⁹ Décision du Conseil constitutionnel, n°84-181 DC du 11 octobre 1984 sur la Loi visant à la limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse ; Décision du Conseil constitutionnel n°86-217 DC du 18 septembre sur la Loi relative à la liberté de communication et Décision du Conseil constitutionnel n°82-141 DC du 27 juillet 1982 que la Loi sur la communication audiovisuelle.

²⁰ Décision du Conseil constitutionnel n°67-31 DC du 26 janvier 1967 (Indépendance des magistrats 2, Cons. 3

Par analogie, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme apprécie la licéité de la restriction des droits et libertés fondamentaux au regard des garanties supplémentaires pour certains types de profession²¹.

En effet, aucune justification légale ne saurait fonder une interdiction générale à ces trois catégories de personnes de rentrer dans la zone de protection, leur présence sur les lieux ne paralysant en rien la prévention des troubles à la sécurité et à l'ordre publics.

Dès lors, le Défenseur des droits constate une incompétence négative du législateur concernant le deuxième de l'article 5 de la loi de 1955, ce dernier ne prévoyant les garanties nécessaires pour assurer le respect de la liberté d'aller et de venir dans le cadre de l'état d'urgence.

C) Le respect de la vie privée et le droit de mener une vie familiale normale

1) Le fondement constitutionnel du respect de la vie privée et le droit de mener une vie familiale normale

La liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée²² permettant à chaque individu de disposer d'une protection contre l'intrusion de tiers dans sa sphère intime.

Parmi les composantes du droit à la vie privée figure l'inviolabilité du domicile comme l'a constaté le Conseil constitutionnel dans une décision du 29 novembre 2013 indiquant que « *dans l'exercice de son pouvoir, le législateur ne saurait priver de garanties légales les exigences constitutionnelles (et parmi elles) le droit au respect à la vie privée et familiale et, en particulier de l'inviolabilité du domicile* »²³. Le domicile en droit constitutionnel recouvre un champ plus large que celui de l'article 102 du code civil. Sa protection s'étend aux différents lieux de la vie privée.

Par ailleurs, le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 dispose que « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». Il résulte de cette disposition que chaque individu a le droit de mener une vie familiale normale.

A l'instar de la liberté d'aller et de venir, le Conseil constitutionnel a admis que le droit au respect de la vie privée et familiale n'est pas absolu et peut connaître certaines limites « *si l'atteinte est proportionnée au but poursuivi* »²⁴.

Cette atteinte peut être justifiée par exemple dans le cadre d'une enquête pénale.

Toutefois, le Conseil constitutionnel ne reconnaît aucune distinction entre le droit au respect de la vie privée des nationaux et des étrangers. En effet, les méconnaissances graves du droit au respect de leur vie privée sont, pour les étrangers comme pour les nationaux, de nature à porter atteinte à leurs libertés individuelles²⁵. Dès lors, les migrants peuvent se prévaloir de ce droit au même titre que tout autre individu.

²¹ A titre d'exemple d'une jurisprudence constante : CEDH, 24 juillet 2008, André et autre c. France, Req. n°18603/03 sur le fondement de l'article 6§1.

²² Décision du Conseil constitutionnel 2009-580 DC, 10 juin 2009, cons. 22, Journal officiel du 13 juin 2009, page 9675, texte n° 3, Rec. p. 107

²³ Décision 2013 n°2013-357 QPC du 29 novembre 2013

²⁴ Décision du Conseil constitutionnel 2012652 DC, 22 mars 2012, cons. 8 à 11, Journal officiel du 28 mars 2012, page 5607, texte n° 6, Rec. p. 158)

²⁵ Décision du Conseil constitutionnel 97-389 DC, 22 avril 1997, cons. 44, Journal officiel du 25 avril 1997, page 6271, Rec. p. 45)

Ces restrictions peuvent être amplifiées dans le cadre de l'état d'urgence du fait des circonstances exceptionnelles qui ont contribué à l'instaurer.

Dans ce contexte, le Conseil constitutionnel a jugé qu'« *il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent le droit au respect de la vie privée qui découle de l'article 2 de la Déclaration de 1789 et les droits de la défense, et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public (...) qui constituent des objectifs de valeur constitutionnelle* »²⁶.

2) Application au cas d'espèce

L'instauration d'une zone de protection semble difficilement conciliable avec le maintien du droit au respect à la vie privée et familiale et plus particulièrement avec le respect de l'inviolabilité du domicile lorsque des personnes occupent le secteur visé par l'arrêté.

L'exemple de Calais est significatif et permet de constater l'immixtion des autorités publiques dans la vie privée et familiale des exilés. En effet, si l'arrêté préfectoral permet par exception aux occupants de circuler dans la zone, l'instauration de ce dispositif sur leur lieu de vie est peu conciliable avec le maintien d'une vie sociale à laquelle peut prétendre tout individu.

Le Défenseur des droits constate que le dernier alinéa de l'article 5 instaure une garantie au droit de mener une vie familiale normale en indiquant que : « *Ces mesures tiennent compte de la vie familiale (...) des personnes susceptibles d'être concernées* ».

L'insertion de cette garantie dans l'article 5 est récente puisqu'elle date du vote de la loi n°2017-1154 du 11 juillet 2017.

Aussi, il convient de remarquer que ce texte est entré en vigueur ultérieurement à l'instauration de l'arrêté préfectoral du 23 octobre 2016 à Calais.

Néanmoins, si ce dernier alinéa constitue une garantie importante dans le maintien de la vie privée et familiale des individus, il est possible que son efficacité soit limitée.

En effet, cette condition est également rédigée en termes généraux. Il n'est donc pas certain qu'elle empêche que le périmètre de la zone de protection puisse exclure le domicile des personnes intéressées par l'arrêté.

C'est la raison pour laquelle, lors du vote de la loi du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi relative à l'état d'urgence, le législateur n'a pas hésité à préciser dans le troisièmement de l'article 5 que le préfet ne pouvait inclure « *le domicile de la personne intéressée* » lorsqu'il ordonnait une interdiction de séjour dans tout ou partie du département, quand bien même le dernier alinéa du même article indiquait déjà que ces mesures tiennent « *compte de la vie familiale des personnes susceptibles d'être concernées* ».

Contrairement au troisièmement de l'article 5 de la loi de 1955, le deuxièmement de cet article ne prévoit pas ces garanties visant à assurer le respect du droit à une vie familiale normale des individus susceptibles d'être concernés par la mesure.

²⁶ Décision du Conseil constitutionnel 2013-679 DC, 4 décembre 2013, cons. 32, JORF du 7 décembre 2013 page 19958, texte n° 8, Rec. p. 1060).

En conséquence, il semblerait que le législateur n'ait pas usé pleinement de sa compétence en matière d'exercice des droits et libertés fondamentaux au sens de l'article 34 de la Constitution.

D) Le respect du droit de propriété

1) Le fondement constitutionnel du droit de propriété

Dès le 27 novembre 1959²⁷, avant même que la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen n'ait été déclarée partie intégrante du bloc de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel avait déclaré que « *le régime de propriété* » faisait partie des « *principes fondamentaux* » que l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi.

Aujourd'hui, la protection du droit de propriété se fonde sur les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789²⁸.

L'article 17 de déclaration dispose en effet que : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

Dès lors, à l'instar de la liberté d'aller et de venir et du droit à la vie privée et familiale, le Conseil constitutionnel admet déjà en dehors du cadre de l'état d'urgence que des atteintes au droit de propriété soient possibles à condition que ces atteintes soient justifiées par des motifs d'intérêt général et proportionnées au but poursuivi²⁹.

Dans le cadre de l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur est tenu d'assurer une conciliation qui ne soit pas manifestement déséquilibrée entre le droit de propriété et l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public³⁰.

2) Application au cas d'espèce

Lors de l'instauration d'une zone de protection, le droit de propriété peut être restreint si la chose objet de la propriété se trouve dans la zone de protection au sein de laquelle la personne, ou le propriétaire du bien, ne peut accéder, par exemple, à son véhicule, à son logement ou à ses outils professionnels.

A nouveau, le texte de la loi ne semble pas contenir les garanties spécifiques nécessaires pour préserver ce droit.

- Sur l'absence de conditions tenant à justification de l'arrêté

Le deuxième de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 n'impose pas au préfet, d'indiquer les objectifs qui l'ont conduit à instaurer la zone de protection contrairement par exemple au troisième de même article qui donne obligation au préfet de préciser les circonstances précises de fait qui motivent sa décision.

De plus, le deuxième de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 n'impose pas non plus à l'autorité administrative de prévoir des modalités de sauvegarde de protection des biens privés.

²⁷ Décision du Conseil constitutionnel n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959, cons. 4.

²⁸ Décision du Conseil constitutionnel du 22 sept. 2010, n° 2010-33 QPC

²⁹ Décision du Conseil constitutionnel du 12 novembre 2010, n° 2010-60 QPC, D. 2011. 652

³⁰ Décision du Conseil constitutionnel n°2016-600 QPC du 2 décembre 2016

Le Défenseur des droits constate donc que les textes législatives de l'article 5 de la loi de 1955 et réglementaires de l'arrêté préfectoral ne semblent ne pas prévoir suffisamment de limites précises pour que soient garantis les droits et libertés contenus dans la Constitution française dont fait partie le droit de propriété.

E) Le respect du droit à la liberté du commerce et de l'industrie

1) Le fondement constitutionnel du droit à la liberté du commerce et de l'industrie

La liberté du commerce et de l'industrie, issue du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1971, est le principe selon lequel « *il sera libre à toute personne d'exercer telle profession, art, ou métier qu'il trouvera bon* ». Ce principe est de valeur constitutionnelle selon la décision du Conseil constitutionnel en date du 16 janvier 1982³¹.

Dans un arrêt en date du 16 novembre 1988³², votre juridiction a jugé que : « *Considérant que la Constitution du 4 octobre 1958 dispose dans son article 37, 1er alinéa, que "les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi, ont un caractère réglementaire" et, dans son article 34, que "la loi fixe les règles concernant ... les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques" ; qu'au nombre des libertés publiques dont, en vertu de cette dernière disposition, les garanties fondamentales relèvent du domaine de la loi figure le libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale* ».

Dès lors, il convient de rechercher si le deuxième de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 répond aux exigences de l'article 34 de la Constitution.

2) Application au cas d'espèce

L'instauration d'une zone de protection peut être attentatoire à la liberté du commerce et de l'industrie dès lors qu'elle est susceptible d'empêcher certains professionnels de travailler dans la zone.

Concernant cette liberté, le Défenseur des droits réitère son observation concernant l'insertion dans l'article d'une garantie prévue par la loi du 11 juillet 2017 prorogeant l'état d'urgence qui a établi que « *ces mesures tiennent compte de la vie familiale et professionnelle des personnes susceptibles d'être concernées* ». Néanmoins, il conviendrait pour assurer une garantie optimale de la liberté du commerce et de l'industrie dans la zone que des conditions plus précises soient insérées dans le texte notamment que l'arrêté préfectoral ne puisse inclure l'établissement professionnel des personnes susceptibles d'être touchées par la mesure, notamment à l'égard des personnels travaillant dans le périmètre géographique couvert par la zone de protection ou dont l'activité rend nécessaire la circulation dans la zone de protection pour réaliser l'objet social de leur employeur. Sont principalement visés les prestataires de biens ou de services qui sont susceptibles d'être privés de leur clientèle, tels que les avocats.

Par conséquent,

Le Défenseur des droits estime que le Conseil d'Etat pourrait utilement procéder à la transmission au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité transmise par ordonnance en date du 12 juillet 2017 du tribunal administratif de Lille en

³¹ Décision du Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982

³² Décision du Conseil d'Etat, Ass, 16 décembre 1988, Associations des pêcheurs aux gilets et engin Garonne

application de l'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1067 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, eu égard notamment au fait que :

1° Le deuxième de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955, présentement contesté par les requérants à l'occasion du litige porté devant le tribunal administratif, est applicable à la procédure.

2° Le deuxième de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 n'a pas déjà été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.

3° La question transmise au Conseil d'Etat par ordonnance en date du 12 juillet 2017 du tribunal administratif de Lille n'est pas dépourvue de caractère sérieux dès lors qu'il n'est pas établi sans équivoque que le législateur qui n'a pas apporté les garanties spécifiques pour l'instauration d'une zone de protection ait assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, les libertés fondamentales des personnes susceptibles de circuler dans la zone de protection à savoir : la liberté d'aller et de venir, le droit à une vie privée et familiale, le droit de propriété et la liberté d'entreprendre. Un renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité relative au deuxième de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 devant le Conseil constitutionnel apparaîtrait donc justifié.



Constance RIVIERE
Secrétaire générale

Pour le Défenseur des droits et par délégation,
La Secrétaire générale
Constance RIVIÈRE