HAL
open science

L' état d'urgence: de l'exception à la banalisation

Jean-Louis Halpérin, Stéphanie Hennette-Vauchez, Éric Millard

To cite this version:

Jean-Louis Halpérin, Stéphanie Hennette-Vauchez, Éric Millard (Dir.). L' état d'urgence: de l'exception à la banalisation. Halpérin, Jean-Louis and Hennette-Vauchez, Stéphanie and Millard, Éric. Presses universitaires de Paris Nanterre, 2017, Actualité, 978-2-84016-267-4. hal-01648776

HAL Id: hal-01648776

https://hal.parisnanterre.fr/hal-01648776v1

Submitted on 15 Dec 2023

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

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

Presses universitaires de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre

L' état d'urgence :
de l'exception à la banalisation

Presses universitaires de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre

L'état d'urgence :
de l'exception à la banalisation

Sous la direction de Jean-Louis Halpérin,
Stéphanie Hennette-Vauchez et Éric Millard

Presses universitaires de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre

Collection *Actualité*
dirigée par Stéphane Dufoix, Philippe Gervais-Lambony,
Éric Millard et Laurence Scialom

Presses universitaires de Paris Nanterre

www.pressesnanterre.fr

2017

© Presses universitaires de Paris Nanterre

ISBN : 978-2-84016-267-4

Sommaire

Introduction 11
Jean-Louis Halpérin, Stéphanie Hennette-Vauchez, Éric Millard

Situer

Le normativisme est-il impuissant face à l'état d'urgence ? 21
Jean-Louis Halpérin

Le senatus consulte ultime 33
Arnaud Paturet

L'état d'urgence pendant la guerre d'Algérie 49
Robert Carvais

Analyser

État d'urgence et remise en cause de l'équilibre des pouvoirs 69
Cécile Guérin-Bargues

Presses Universitaires de Paris Nanterre

État d'urgence : où sont passés les contre pouvoirs ? 85
Stéphanie Hennette-Vauchez

Constitutionnalisation de l'état d'urgence :
avancée ou recul de l'État de droit ? 103
Serge Slama

État d'urgence et droit européen 123
Myriam Benlolo Carabot

État d'urgence au dedans, unilatéralisme au dehors ? .. 141
Florian Couveinhes Matsumoto

Témoigner

Témoignage de Monsieur Jacques Toubon,
Défenseur des droits 159

Comparer

Changement climatique et urgence environnementale.
L'hypothèse de l'état d'urgence écologique 181
Patricia Rrapi

La réticence allemande à l'égard de l'état d'urgence 197
Matthias Jestaedt

Le genre comme catégorie utile d'analyse de la justice
transitionnelle : le cas du Brésil 211
Marcia Nina Bernardes

Interpréter

Les temps de l'état d'urgence 223
Véronique Champeil-Desplats

Presses universitaires de Paris Nanterre

Paradigme sécuritaire et banalisation
de l'état d'urgence 241
Isabelle Boucobza, Charlotte Girard

Permanence de l'« exception » :
vers une troisième forme de démocratie ? 255
Éric Millard

Presses universitaires de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre

Introduction

Depuis novembre 2015, la France vit sous le plus long et le plus singulier des états d'urgence qu'elle ait connu depuis qu'un tel état a été introduit en droit français pendant la guerre d'Algérie, par la loi du 3 avril 1955. Le régime restrictif des libertés publiques institué par cette loi a été en vigueur, sur le territoire des départements français d'Algérie, jusqu'au 15 décembre 1955, l'expiration d'un délai de quinze jours après la dissolution de l'Assemblée nationale ayant alors entraîné automatiquement la levée de l'état d'urgence. Puis, à la fin de la IVe République, suite au mouvement du 13 mai à Alger, l'état d'urgence a été rétabli du 17 mai 1958 au 15 juin 1958. Alors que la constitution de 1958 ne contient aucune disposition explicite sur l'état d'urgence, le régime institué par la loi de 1955 a été réformé par l'ordonnance du 15 avril 1960, permettant désormais son déclenchement par le Gouvernement avant une éventuelle prorogation par le Parlement au-delà d'une période de douze jours. En réaction au putsch des généraux à Alger l'état d'urgence a été mis en œuvre à nouveau par le général de Gaulle sur l'ensemble du territoire français à partir du 23 avril 1961, en même temps qu'était déclenchée l'application de l'article 16 de la constitution sur les

Presses universitaires de Paris Nanterre

pouvoirs exceptionnels du président de la République en cas de menace grave et immédiate sur les institutions de la République. Cet état d'urgence a pris fin quinze jours après la dissolution de l'Assemblée nationale le 15 octobre 1962. Dans un contexte très différent, l'état d'urgence a été proclamé le 12 janvier 1985 par le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie et rétabli, le délai de quinze jours ayant été dépassé de quelques heures, par une loi du 25 janvier 1985 qui a été validée par le Conseil constitutionnel, au motif que le silence de la constitution n'interdisait pas le recours à l'état d'urgence. Cette loi s'est appliquée jusqu'au 30 juin 1985. L'état d'urgence a été également institué, pour de très brèves périodes, à Wallis et Futuna (1986) et dans les îles du Vent en Polynésie française (1987).

Comme l'illustre cette énumération exhaustive des applications de l'état d'urgence, ce régime apparaissait essentiellement, à la fin du XXe siècle, comme une survivance des situations coloniales et post-coloniales. La décision du président Chirac d'y avoir recours, le 8 novembre 2005, dans 70 agglomérations et l'ensemble de l'Île-de-France, pour réagir à des émeutes dans les banlieues, donnait à cet instrument juridique une autre dimension et ouvrait la perspective de son utilisation dans des cas variés de menaces pour l'ordre public, jugées suffisamment graves par le Gouvernement, puis le Parlement (qui prorogea cet état d'urgence pour trois mois). Cette configuration apparaissait d'autant plus nouvelle que le Conseil d'État eut à se prononcer sur des recours visant à mettre fin à l'état d'urgence. Bien que ces recours fussent rejetés, le président de la République décidait la levée de l'état d'urgence le 4 janvier 2006.

Presses universitaires de Aix-Marseille

Face à des attentats terroristes de grande ampleur commis en France en janvier et en novembre 2015, le recours à l'état d'urgence ne fut pas à proprement parler une surprise. Évoqué dès après les attentats de janvier 2015, envisagé comme riposte par les services du Premier ministre, il a été décrété dans la nuit même du 13 novembre 2015 après les attaques terroristes les plus meurtrières que la France ait connues. À ce moment, le recours à l'état d'urgence ne fut guère contesté dans l'opinion publique et sa prorogation pour trois mois par la loi du 20 novembre 2015 fut approuvée par l'unanimité du Sénat et la quasi-unanimité (moins six voix : trois de députés socialistes et trois de députés écologistes) de l'Assemblée nationale.

Depuis son déclenchement, l'état d'urgence a été prorogé à cinq reprises – lois des 20 novembre 2015, 19 février, 20 mai, 21 juillet, 19 décembre 2016. La dernière prorogation en date est non seulement la plus longue (votée pour sept mois, elle permet le maintien de ce régime jusqu'au 15 juillet 2017), mais encore elle mène à l'organisation de consultations électorales majeures, pour la première fois de l'histoire, sous état d'urgence ; et elle a vocation à s'appliquer nonobstant le changement de Gouvernement qui suivra les prochaines élections présidentielles et législatives. Dans le discours du Gouvernement et du Parlement, cet état d'urgence, prévu depuis 1955 par un dispositif législatif relevant de l'« État de droit », est aujourd'hui mis en application conformément aux principes d'une démocratie respectueuse des libertés. Il s'agirait d'un instrument efficace conçu pour permettre à cet État de droit démocratique libéral de répondre dans l'urgence

Presses Universitaires de Paris Nanterre

à des menaces exceptionnelles, par des mesures dérogatoires à la légalité ordinaire, et appropriées à ces menaces exceptionnelles.

Les renouvellements de l'état d'urgence en février, mai, juillet et décembre 2016, et son installation dans la durée, interrogent : la banalisation n'a-t-elle pas succédé à l'exception ? Les contestations n'ont pas cessé de prendre de l'ampleur : par les voix de manifestants empêchés de se réunir légalement pendant la COP21, par des pétitions ou appels diffusés dans les médias, par des avis critiques présentés entre autres par la Commission nationale consultative des droits de l'homme, le Défenseur des droits, le Syndicat de la magistrature, le Syndicat des avocats de France, par des articles ou des ouvrages rédigés par des juristes, universitaires ou praticiens, et par les instances parlementaires mêmes qui ont été chargées de la surveillance et de l'évaluation de l'état d'urgence. En dépit de ces fortes réserves, portant aussi bien sur l'efficacité de l'état d'urgence pour lutter contre le terrorisme que sur les risques inhérents aux sérieuses restrictions des libertés publiques autorisées par ce régime, l'état d'urgence a été prorogé à de larges majorités au Parlement (avec toutefois un léger accroissement du nombre d'opposants) ; et les candidats à l'élection présidentielle se gardent généralement de le remettre en cause, tant est forte la crainte de reproches en cas d'une levée de l'état d'urgence qui serait suivie d'attentat(s). Face à une menace terroriste qui n'est pas prête de diminuer, le futur envisageable est aujourd'hui celui d'une permanence de l'état d'urgence en France.

Une telle situation – qui n'est pas celle d'autres États européens, comme l'Allemagne, pourtant confrontés

Presses Universitaires de Paris Nanterre

eux aussi à une répétition d'attentats terroristes – ne pouvait pas laisser indifférents les membres du Centre de théorie et analyse du droit (UMR 7074 CNRS – université Paris Nanterre – École normale supérieure). Il ne s'agit pas ici, au-delà des prises de position individuelles, d'engager collectivement un centre de recherche dans une action de caractère politique. Il est en revanche de la vocation des enseignants-chercheurs et des chercheurs de questionner l'état d'urgence et sa banalisation dans leurs domaines de compétence. Le Centre de théorie et analyse du droit constitue, depuis plusieurs années, la seule unité de recherche en France qui est vouée exclusivement à la théorie du droit, c'est-à-dire à la construction d'un méta-discours sur le droit et la science du droit. S'inscrivant dans la double lignée du normativisme kelsénien et des réalismes américain et scandinave, avec un regard critique sur ces traditions et la volonté de les adapter aux nouveaux contextes du XXIe siècle, le CTAD allie, comme l'indique son nom, l'analyse à la théorie du droit. Cela signifie que le discours théorique porte toujours sur des objets empiriques, des règles juridiques et des usages qui en sont faits, qu'il s'agit d'analyser le plus rigoureusement possible. Au sein du CTAD, deux équipes mènent des recherches complémentaires : l'équipe « TheorHis » travaille prioritairement les approches théoriques et historiques, l'équipe « Credof » porte son attention aux droits fondamentaux et à leur portée dans le droit positif. Les investigations menées au sein du CTAD concernent aussi bien le droit français que d'autres ordres juridiques nationaux et le droit international.

Presses universitaires de Paris Nanterre

Les membres du CTAD ne pouvaient dès lors manquer de s'intéresser à la banalisation de l'état d'urgence que nous connaissons depuis novembre 2015. L'état d'urgence est généralement présenté comme une forme de « l'état d'exception », lui-même relié à la problématique des pouvoirs de crise. Or l'enseignement de Kelsen invite à prendre du recul par rapport à la notion d'exception en droit, chaque fois que des pouvoirs de crise, ou si l'on préfère l'extension des pouvoirs de police et des restrictions aux libertés publiques, sont prévus et encadrés par le droit. Présentées lors de deux journées de colloque, les 24 et 25 novembre 2015 à Nanterre, avec l'intervention dans le cadre de ces journées de M. Jacques Toubon, Défenseur des droits, les contributions ici réunies et volontairement réduites pour en permettre l'accès à des non spécialistes ont précisément pour but de questionner l'état d'urgence, de s'interroger sur ses caractères, ses effets, ses représentations en allant, grâce à la théorie du droit, au-delà des faux-semblants du discours politique ou du vocabulaire utilisé par les médias. Ce qu'on appelle l'école analytique du droit a justement pour ambition d'identifier les termes adéquats pour qualifier des situations juridiques et comprendre leur portée.

Partant du constat qu'il n'est plus possible de parler, sans autre explication, d'exception pour un régime juridique qui se pérennise dans le temps, les membres du CTAD se sont efforcés de réunir leurs contributions autour de quatre axes. Le premier cherche à *situer l'état d'urgence* dans une contextualisation à la fois théorique et historique. Le deuxième entend *analyser l'état d'urgence*, c'est-à-dire mettre en valeur les ressorts

Presses Universitaires de Paris Nanterre

juridiques qui ont présidé à sa mise en œuvre et à sa prolongation depuis novembre 2015 : la remise en cause de l'équilibre des pouvoirs, l'effacement d'éventuels contre-pouvoirs, la tentative avortée de constitutionnaliser l'état d'urgence, les rapports qu'il entretient avec le droit européen et le droit international. Le troisième axe entend *comparer* l'état d'urgence en France avec d'autres situations dans des pays étrangers ou dans des domaines éloignés de la lutte antiterroriste, mais néanmoins marqués par l'urgence. Le dernier axe poursuit, enfin, l'*interprétation* de la banalisation de l'état d'urgence et de ce que nous dit cette banalisation sur les évolutions sécuritaires du droit français. L'intervention de M. Jacques Toubon, présentant le point de vue spécifique du Défenseur des droits, a été placée au milieu de ce volume pour respecter au mieux l'indépendance réciproque d'un organe constitutionnel et de la recherche universitaire. En même temps que la diversité des points de vue, les lecteurs pourront apprécier la convergence de ces contributions qui révèlent combien l'état d'urgence n'a plus grand-chose d'exceptionnel, mais illustre au contraire des tendances de fond dans les transformations du droit français.

Jean-Louis Halpérin
ENS, CTAD

Stéphanie Hennette-Vauchez
Université Paris Nanterre, CTAD

Éric Millard
Université Paris Nanterre, CTAD

Presses universitaires du Mirail

Presses universitaires de Paris Nanterre

Situer

Presses universitaires de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre

Le normativisme est-il impuissant face à l'état d'urgence ?

L'état d'urgence et ses normes font partie du droit positif français depuis plus d'un an. Ce seul constat, qui n'a rien de banal, mérite que les théoriciens et historiens du droit regroupés au sein du Centre de théorie et analyse du droit (CTAD) prêtent leur attention à ce phénomène. Pourtant, les soi-disant théorisations de l'état d'exception, en faisant tout de suite l'amalgame avec de sombres précédents en France et hors de France, en donnant une postérité imméritée à un juriste nazi que beaucoup sont prompts à invoquer dès qu'il s'agit de penser les pouvoirs de crise (Carl Schmitt), ont de quoi susciter, parmi les membres du CTAD, des sentiments de répulsion. Ici, nous sommes, à n'en pas douter, du côté de Hans Kelsen, convaincus que l'ordre juridique n'est pas fondamentalement caractérisé par un pouvoir souverain décidant de l'état d'exception. Pour les normativistes, l'ordre juridique se confond, dans la perspective du droit interne, avec l'État et n'est jamais exceptionnel, quel que soit son dynamisme : il intègre des normes dont chacune peut être analysée et rattachée au système lui-même, à moins qu'une révolution substitue un ordre juridique entièrement nouveau à l'ancien. Il est donc dépourvu de sens, comme nous l'entendons tous les jours depuis

Presses universitaires de Paris Nanterre

un an, d'opposer l'État de droit et l'état d'urgence. Dans le droit positif français, l'état d'urgence, résultant d'une loi, est dans l'État de droit, si tant est que cette expression tautologique ait un sens.

Il n'en reste pas moins, je cite Kelsen, que « le positivisme juridique, une vision du monde antimétaphysique, scientifico-critique, avec un idéal d'objectivité, semble ne pouvoir prospérer que dans les périodes de calme relatif et d'équilibre social[1] ». Cela signifie que les positivistes ont un effort particulier à faire pour analyser l'état d'urgence et pour résister, y compris en voulant défendre les libertés, aux sirènes du droit naturel et aux tentations des jugements de valeur. Et pour nous encourager à faire cet effort, sans se laisser dominer par le traumatisme inévitablement provoqué par les tragiques attentats qui ont eu lieu en France ces derniers mois, reconnaissons que le discours politique a pu aussi nous faire sourire sur ce sujet. Quand un ancien président de la République affirme qu'il « n'y a rien de plus évolutif que le droit », que celui-ci n'est pas « fixé à des Tables de la loi[2] », les positivistes peuvent d'une certaine manière se réjouir d'une telle sensibilité à la règle secondaire de changement, caractéristique des systèmes juridiques d'après Hart. En l'absence de texte exprès de Kelsen sur l'état d'urgence, mais en utilisant les concepts kelséniens (dont certains ont été forgés dans un état de guerre) comme une boîte à outils, les normativistes doivent se frotter aux lois des 20 novembre 2015, 19 février 2016, 20 mai 2016,

1. Kelsen Hans, *La Doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, in *Théorie générale de l'État*, trad. fr. B. Laroche, V. Faure, Paris, Bruylant, LGDJ, 1997, p. 492.

2. Interview de Nicolas Sarkozy à *Valeurs actuelles*, 10 août 2016.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

21 juillet 2016 et 19 décembre 2016. Je propose de le faire, pour ma part, dans deux perspectives : celle de l'état d'urgence comme loi (I), puis celle de l'interprétation de la constitution à l'aune de l'état d'urgence (II).

I. En quoi l'état d'urgence est-il une loi d'« exception » et à quoi fait-il exception ? L'état d'urgence est-il une anomalie pour la théorie du droit ? Comme on le sait, l'état d'urgence déclaré par une norme, d'abord de nature décrétale puis de nature législative au bout de douze jours, met en vigueur un ensemble de normes spéciales institué par une loi de 1955, qui lui sert toujours de cadre, même si un seul de ces articles (art. 5) reste aujourd'hui dans son état primitif. Une partie de la loi de 1955 a les apparences de la permanence en ouvrant, dans le droit français, une possibilité d'état d'urgence que l'autre partie de la norme (actualisée à chaque déclaration et renouvellement) met en application pour une durée déterminée.

À quel type appartient la loi sur l'état d'urgence ? Nos collègues Olivier Beaud et Cécile Bargues ont proposé de traiter cette loi composite en utilisant les notions d'acte-condition et d'acte-règle de Duguit[3]. Dans la tradition analytique du CTAD, il me semble possible de faire les réflexions suivantes. Il ne sert, d'abord, à rien de dire que l'état d'urgence résulte d'une loi de circonstances : toute loi est une loi de circonstances (pour remédier à une « insuffisance » de la législation précédente), *a fortiori* les lois destinées à lutter contre le terrorisme. Des médias ont affirmé que l'état d'urgence « suspend

3. Beaud Olivier et Guérin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, LGDJ, 2016, p. 36.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

nombre de libertés publiques[4] ». S'agit-il d'une loi qui abroge temporairement des règles protectrices de la liberté d'aller et venir, du droit au respect de la vie privée, de la sûreté, des libertés de se réunir et de manifester ? Ce vocabulaire de la suspension était utilisé dans la loi du 4 avril 1849 sur l'état de siège (qui parlait, a contrario, de droits dont la jouissance n'est pas suspendue) et dans le fameux article 48 de la constitution de Weimar sur les pouvoirs exceptionnels du président du Reich (mettant partiellement ou totalement hors du droit en vigueur les articles 114, 115, 117, 118, 123 et 124 de la constitution)[5]. Il fait partie du droit positif espagnol à travers l'article 55 de la Constitution (faisant référence à l'état d'urgence et à l'état de siège, art. 116)[6].

Mais, s'agissant de l'état d'urgence en France depuis 1955, ce vocabulaire de la « suspension » n'est employé dans aucun des textes législatifs ou réglementaires et il ne nous paraît pas adapté à un régime moins sévère en matière d'atteinte aux libertés publiques que celui de la constitution de Weimar ou de la constitution espagnole. Sans s'en tenir au seul nominalisme, l'on peut s'accorder pour considérer que les

Presses universitaires de Paris Nanterre

4. Chemin Anne, in *Le Monde,* 26 novembre 2015.

5. Voir également Manin Bernard, « Le paradigme de l'exception. L'État face au nouveau terrorisme » sur www.laviedesidées.fr, 15 décembre 1995 sur la suspension de l'Habeas corpus en droit anglais.

6. « Les droits reconnus aux articles 17, 18 (paragraphes 2 et 3), 19, 20 (paragraphe 1, a et d, et paragraphe 5), 21, 28 (paragraphe 2) et 37 (paragraphe 2), peuvent être suspendus quand on a déclaré l'état d'urgence ou l'état de siège dans les termes prévus par la Constitution. On excepte des dispositions antérieures le paragraphe 3 de l'article 17 en cas de déclaration de l'état d'urgence » (ce paragraphe concerne la notification des raisons d'une arrestation à la personne concernée).

libertés concernées par l'état d'urgence ne sont pas temporairement suspendues ou annihilées (comme elles pourraient l'être au Canada par le régime de la « clause nonobstant » ou « disposition de dérogation » qui, à l'art. 33 de la constitution, autorise le Parlement à écarter provisoirement par une loi des dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés). La liberté d'aller et venir ne disparaît pas du fait des assignations à résidence, la protection de la vie privée ou la sûreté ne sont pas niées par les perquisitions administratives, tous les lieux de spectacle et de culte ne sont pas fermés, les interdictions de manifester ne sont pas susceptibles de concerner toutes les manifestations, comme on l'a vu dans la pratique (même si en vertu de l'article 3 de la loi du 21 juillet 2016, le ministre de l'Intérieur pourrait être tenté de dire que l'autorité administrative n'a les moyens d'assurer la sécurité d'aucun défilé, encore faudrait-il, selon l'expression de la loi, le « justifier »).

La loi sur l'état d'urgence n'abroge pas des règles prohibitives en autorisant des conduites (de la part de l'administration) jusque-là interdites par une norme qui serait, pendant la durée de l'état d'urgence, mise à l'écart de l'ordre juridique. S'agissant des perquisitions, l'article 59 du Code de procédure pénale, selon lequel « les perquisitions ne peuvent être commencées avant 6 heures ou après 21 heures » n'est pas suspendu par l'état d'urgence : il continue à s'appliquer aux perquisitions judiciaires (pour lesquelles il a été conçu) et cet article mentionne expressément des « exceptions prévues par la loi », dont celles en matière de criminalité organisée (art. 706-73 et 706-89) et d'actes de terrorisme (art. 421-1) figurent dans le même code avec donc

Présent antérieur de Paris Nanterre

un caractère durable. Bien évidemment, les perquisitions administratives de l'état d'urgence sont différentes de ces perquisitions judiciaires, spécialement celles de nuit autorisées par le juge des libertés et de la détention. Mais ces normes de l'« état ordinaire » ne sont pas abrogées par l'état d'urgence. Il n'y a pas, dans l'état d'urgence, de dérogation au sens où Kelsen l'entendait dans son article de 1962[7], c'est-à-dire de normes dont la seule fonction soit d'abroger ou de suspendre (ce qui correspond à une abrogation temporaire) d'autres normes.

Il faut s'orienter, à mon avis, pour qualifier la loi sur l'état d'urgence, vers la notion de « loi spéciale » et vers le sens différent du mot « déroger » dans la règle *lex specialis generali derogat*, formulée déjà au Digeste (50, 17, 80) par Papinien. La loi spéciale prévoit, en effet, une ou plusieurs exceptions ciblées à une loi générale qui reste en application pour les cas non prévus par la loi spéciale. Dans notre situation actuelle, qualifiée par le Parlement selon la formule venue de la loi de 1955, de « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public », le président de la République (pour les décrets en conseil des ministres concernant la dissolution d'association, art. 6-1), le ministre de l'Intérieur (pour l'assignation à résidence, art. 6, pour les réunions et manifestations, art. 8), les préfets (pour les contrôles d'identité et fouilles, art. 8, pour la remise des armes, art. 9, pour les perquisitions, art. 11) se voient conférer des pouvoirs de police spéciaux qui viennent s'ajouter aux règles de la police administrative ordinaire. La dérogation d'espèce

Presses universitaires de Paris Nanterre

7. Kelsen Hans, « Derogation » (1962), in Merkl Adolf et Verdross Alfred, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Wien, Francfort-sur-le-Main/Zurich, 1968, vol. II, p. 1429-1462.

pour le temps de l'état d'urgence se combine (par un phénomène d'ajout) avec les règles générales de l'état ordinaire à vocation plus durable. D'ailleurs, une partie de ces pouvoirs existent déjà dans l'état ordinaire et sont étendus (et non créés de manière spéciale comme les perquisitions administratives) dans l'état d'urgence, comme la dissolution des associations ou les réquisitions (art. 10). De plus, pour ajouter au caractère composite de ce texte, la loi du 21 juillet 2016 comporte un titre II avec des « dispositions relatives au renforcement de la lutte antiterroriste » qui, en s'intégrant par exemple dans le code pénal (sur les peines de réclusion pour organisation d'un groupement terroriste) ou dans le statut de la fonction publique (pour la réserve), ont vocation à durer au-delà de l'état d'urgence. Une comparaison historique peut être faite avec l'article 10 du Code d'instruction criminelle de 1808 qui conférait aux préfets des pouvoirs de police judiciaire, incluant des perquisitions ou arrestations. Cette loi spéciale, au sein même de la loi générale, fut abrogée par la loi du 7 février 1933, mais les pouvoirs spéciaux des préfets furent rétablis par la loi du 25 mars 1935, en cas d'urgence pour les crimes et délits contre la sûreté de l'État, insérés dans le Code de procédure pénale (art. 30) en 1957 et maintenus jusqu'en 1993. Si ces pouvoirs de police judiciaire des préfets ont été ciblés sur la sûreté de l'État et liés à la notion d'urgence, ils résultaient bien d'une loi spéciale comme l'est celle sur l'état d'urgence censée répondre à un péril imminent pour une période déterminée.

II. Une telle analyse normativiste de l'état d'urgence comme une espèce particulière des deux genres de la « loi spéciale » et de la loi « temporaire », qui dérogerait

Presses Universitaires de Paris Nanterre

aux lois ordinaires mais ne dérogerait pas à la constitution, semble confortée par les décisions des juridictions appelées à se prononcer au cours des derniers mois sur ce dispositif législatif. En déclarant, dans ces décisions QPC du 22 décembre 2015, du 19 février 2016, puis dans celle du 23 septembre 2016, que la « Constitution n'exclut pas pour le législateur la possibilité de prévoir un état d'urgence », le Conseil constitutionnel ne s'est pas contenté d'un truisme. En rappelant qu'il ne fallait pas confondre l'état d'urgence avec l'état de siège prévu par l'article 36 de la constitution et avec les pouvoirs très étendus reconnus au président de la République en cas d'usage par lui de l'article 16 de la constitution, le Conseil constitutionnel a évité l'amalgame trompeur de ces trois régimes différents dans un prétendu concept d'état d'exception et confirmé *a contrario* le statut de législation spéciale et temporaire de l'état d'urgence.

L'on sait que le Conseil constitutionnel en a déduit que la loi sur l'état d'urgence, comme toute loi de police ou toute loi pénale (les deux éléments étant combinés dans nos textes), devait assurer la conciliation entre l'objectif à valeur constitutionnelle de « sauvegarde des atteintes à l'ordre public » et le respect des « droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ». Ce recours à l'objectif à valeur constitutionnelle de « sauvegarde des atteintes à l'ordre public », inventé par le Conseil en 1981 et sur lequel il y aurait beaucoup à dire, sert une argumentation selon laquelle les dispositions classiques (et même nouvelles) de l'état d'urgence ne feraient que déplacer le curseur de cette conciliation en assurant la conformité de la loi sur l'état d'urgence à la constitution : dans les conditions (laissées

Presses Universitaires de Paris Nanterre

à l'appréciation du Gouvernement, puis du Parlement) de déclaration de l'état d'urgence, dans ses limites de temps et de durée, la loi spéciale n'est pas contraire à la constitution, sauf à égratigner rétroactivement et sans effet pratique les dispositions (appliquées seulement du 14 au 20 novembre 2015) de l'article 11 sur les perquisitions dans son ancienne rédaction de 1955-1960. On peut comprendre également du considérant 4 de la décision 2016-535, selon lequel les perquisitions administratives « n'affectent pas la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la constitution », que cet article est depuis longtemps interprété comme n'interdisant pas des lois spéciales portant atteinte à la liberté individuelle sans contrôle d'un juge judiciaire, telles les rétentions administratives d'étrangers en-deçà du délai où l'intervention du JLD est requise[8]. Au nom de la sauvegarde de l'ordre public, le droit français connaît déjà plusieurs lois spéciales qui restreignent les droits fondamentaux de certaines personnes plus que ne le font les lois ordinaires. Selon cette ligne d'interprétation du Conseil constitutionnel, des pouvoirs étendus de police administrative ne sont pas contraires à la constitution et à son article 66, cela d'autant plus « que le juge administratif est chargé d'assurer » que chacune de ces mesures de police « est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit » (considérant 12, 2015-527).

Il est vrai que les juridictions administratives ont rendu plusieurs centaines de décisions sur l'état d'urgence, ce qui laisserait entendre un fonctionnement

8. Le même raisonnement a été utilisé par le Conseil constitutionnel pour les assignations à résidence n'excédant pas 12 heures par jour (QPC 2015-527).

Presses universitaires Lyon 3 - Jean Moulin

efficient du contrôle de la légalité des actes administratifs pris en application de la loi sur l'état d'urgence. Dans son ordonnance (n° 396220) du 27 janvier 2016, le Conseil d'État a rappelé, comme il l'avait dit en 2005 (ordonnance du 9 décembre) que la décision du président de la République de ne pas mettre un terme à l'état d'urgence (comme l'y autorise l'art. 3 de la loi) n'échappe pas « à tout contrôle de la part du juge de la légalité », tout en rejetant le recours de la Ligue des droits de l'homme et autres. L'état d'urgence paraît ainsi « bordé », comme il ne l'a jamais été (avant l'instauration du Conseil constitutionnel en 1958, avant la jurisprudence administrative sur l'état d'urgence à partir de 1985, avant la création de la QPC en 2008) par les techniques les plus sophistiquées du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de légalité.

Tout est-il donc pour le mieux au royaume kelsénien de la hiérarchie des normes ? Les réflexions de Kelsen sur le « calcul des défauts » de conformité (à la constitution ou à la loi) par les juridictions incitent à la plus grande prudence. Kelsen a répété qu'une loi anticonstitutionnelle était une contradiction *in adjecto* : une loi est seulement annulable dans les ordres juridiques qui ont organisé un contrôle de constitutionnalité concentré ou diffus. C'est le cas en France et l'absence d'annulation signifie seulement que la loi reste en vigueur, sans préjuger d'éventuels changements apportés à l'interprétation de la constitution. De plus, les lois sur l'état d'urgence n'ayant pas fait l'objet de contrôle *a priori*, les QPC ne portent que sur des points précis et contribuent à infléchir l'interprétation de la constitution en faveur de l'état d'urgence ; les juridictions administratives continuent à

Presses universitaires de Paris Nanterre

appliquer la théorie de la loi-écran en refusant d'écarter une loi pour inconstitutionnalité (alors que rien ne le leur interdit, aurait dit Kelsen, et qu'elles pratiquent le contrôle de conventionnalité) ; toutes ces juridictions laissent une grande marge d'appréciation à l'Exécutif et au Parlement pour apprécier le « péril imminent » et le risque pour l'ordre public. Surtout, la condition du caractère temporaire et limité dans l'espace de l'état d'urgence n'est soumise à aucun contrôle effectif et n'empêche pas le renouvellement de l'état d'urgence sur plus d'une année. L'on peut s'interroger alors sur le statut d'immunité d'une loi spéciale, conforme à la constitution parce qu'elle est temporaire et finalisée, mais dont les juges se refusent à contester l'usage quand elle n'est plus temporaire et peut servir à d'autres finalités. Le considérant du Conseil d'État sur « un régime de pouvoirs exceptionnels [ayant] des effets qui, dans un État de droit, sont par nature limités dans le temps et dans l'espace » peut être vu, en termes kelséniens, comme un voile idéologique destiné à cacher l'absence de volonté des juges de mettre fin à l'état d'urgence. La loi sur l'état d'urgence, ainsi pérennisée, devient une loi constitutionnelle spéciale, une interprétation de la constitution sous le signe de l'urgence. C'est la constitution qui, sans avoir été formellement révisée, est adaptée, pour ne pas dire rabotée, pour supporter l'état d'urgence.

Le normativisme peut apparaître impuissant à remettre en cause la positivité d'un état d'urgence se présentant sous la forme d'une loi conforme à une constitution rendue compatible avec l'état d'urgence. Les conceptions de Kelsen aident néanmoins à diriger

Presses Universitaires de Paris Nanterre

un regard critique sur cette législation et plus encore sur l'accommodation sophistiquée de la constitution à cette législation prolongée. Si l'on combine le normativisme avec le réalisme interprétatif et des perspectives historiques ou sociologiques, l'on a de multiples raisons de douter de l'efficacité de cet état d'urgence. Dans nos choix personnels de citoyens, nous ne sommes pas impuissants pour utiliser les armes du droit ou pour nous servir de notre vote en faveur d'une lutte contre le terrorisme sans atteintes graves et répétées aux droits fondamentaux. *Salus populi, suprema lex esto* (Cicéron, *De Legibus*, 8), mais dans une démocratie constitutionnelle où la loi suprême garantit les droits fondamentaux en toutes circonstances.

Jean-Louis Halpérin
ENS, CTAD

Presses universitaires de Paris Nanterre

Les Romains sont considérés comme les inventeurs de la science juridique. Ainsi, le droit ou les institutions romaines sont souvent scrutés comme une matrice des droits contemporains. Cette conception est davantage vérifiable au regard du droit privé – dont les sources sont relativement explicites – qu'en ce qui concerne le droit public, lequel nous est pour sa majeure partie connu par le biais de documents non juridiques émanant de la littérature latine. Une autre difficulté découle du fait que le *ius publicum*, en particulier dans sa dimension que nous dirions aujourd'hui constitutionnelle, repose sur des fondements coutumiers : le *mos maiorum* ou tradition des ancêtres dont l'origine s'établit avec difficulté. Sans occulter ces différences substantielles en comparaison du système qui régit la France contemporaine, je me propose d'évaluer quelles pourraient être les réponses de l'ancienne Rome au regard d'un questionnement sur l'état d'urgence et son maintien. L'institution romaine qui se rapproche le plus de ce cas de figure est la mise en œuvre du *senatus consultum ultimum* que les historiens antiquisants abrègent dans le sigle SCU. L'objet de ces quelques pages n'est pas de proposer un exposé exhaustif à partir de l'ensemble des sources anciennes

Presses universitaires de Paris Nanterre

ni de prendre part aux controverses romanistiques sur la question de manière argumentée. J'aimerais simplement m'interroger sur quelques points qui rejoignent les préoccupations actuelles en tentant d'apprécier, après une rapide évocation du contexte romain et des cas de SCU, si de telles mesures étaient justifiées par les circonstances immédiates, si elles se révélaient légales, s'il s'agissait d'un choix politique offensif ou non et enfin quels en furent les résultats.

Le contexte de la République romaine

Pour traiter ces questions avec un minimum de cohérence, il me faut dire un mot du contexte sociologique romain car l'état d'urgence que nous connaissons demeure une réaction à un péril, à une violence ressentie au plan collectif et il convient donc de considérer le rapport à cette dernière dans la société au sein de laquelle un tel procédé est déployé. Je n'irai pas par quatre chemins. Au prisme de nos canons contemporains, la société romaine est une société violente, familiarisée avec la souffrance et la mort. L'espérance de vie y est de trente ans influencée par bon nombre de morts infantiles et brutales. Ajoutons à cela la tradition de la gladiature (certes un peu dévoyée par rapport à l'idée que l'on s'en fait) et l'esclavage ; le tableau est complet et il peut sembler à première vue un peu sombre dans une société glorifiée par les juristes pour sa propension à avoir développé une régulation juridique, donc une rationalisation des rapports humains en dehors de l'état de violence. Il faut repérer ici une tradition très opposée à la nôtre qui tente de bannir par principe la violence et la mort de l'univers communautaire. L'homme romain type est un

Presses universitaires de Paris Nanterre

paysan rugueux – c'est la figure bien connue de Caton l'Ancien – et/ou un guerrier actif ; la propension à être un combattant efficace demeure en ce sens la première des qualités évoquées lors d'un éloge funèbre. L'organisation sociétale apparaît très hiérarchisée autour de la figure du père, lequel pouvait mettre à mort son fils, sa femme ou sa fille dans certaines circonstances sans qu'il ne s'agisse d'un homicide. Rien d'étonnant donc à ce que cette violence intègre l'univers institutionnel dans le prolongement des légendes concernant la fondation de Rome ; il faut songer par exemple au meurtre de Romus par Romulus au motif qu'il avait franchi le *pomoerium* (sillon fondateur symbolisant la limite de la ville). Pour autant, le système juridico-politique romain avait réussi bon gré mal gré à canaliser à peu près cette violence « génétique » durant la royauté et une bonne partie de la République mais celle-ci prendra des proportions inouïes à la fin de la période républicaine au point de se transformer en un outil majeur pour les acteurs de la scène idéologique, à savoir les *populares* (tendance politique populiste favorable aux basses classes et aux non citoyens) opposés aux *optimates* (courant conservateur), afin d'atteindre un objectif précis avec l'appui organisé de personnes adéquates habituées à provoquer et à subir des violences physiques (anciens soldats, gladiateurs, hommes de mains des fameuses bandes de Clodius, etc.). Au plan pratique, la violence est une arme politique diffuse allant de l'intimidation au meurtre en passant par l'organisation de désordres pendant les assemblées ou encore l'excitation de la foule délibérément provoquée et qui peut aller, pour ceux qui peuvent en disposer, jusqu'à l'emploi éventuel de l'armée contre les organes étatiques qui leur seraient défavorables. Pour contrer ces initiatives,

Presses Universitaires de Paris Nanterre

le gouvernement ne peut qu'opposer une carence systémique dopée par sa difficulté à donner une forme concrète aux aspirations populaires ou à une démocratisation réelle du régime rendue difficile par le maintien des privilèges de l'aristocratie. Au plan légal, il n'y a pas de moyen de s'opposer de manière graduée aux troubles de masse. Certes, des lois sur la violence (techniquement appelée *vis*) existent et elles se multiplieront au 1er siècle av. J.-C. mais la répression fait défaut. Il n'existait pas de vraie police à Rome et les soldats ne pouvaient par principe pas être employés pour maintenir l'ordre public à l'intérieur du *pomoerium*. Les Édiles (magistrats chargés de la gestion urbaine) ou encore les *triumviri capitales* (magistrats chargés de la police nocturne) n'ont ainsi pas de véritable moyen d'agir. Cette déficience majeure a conduit à faire usage, en cas d'urgence ou réputé tel, du SCU qui constituait l'unique remède pour se prémunir contre ce qui était perçu comme une menace pouvant conduire à l'extinction de la *res publica*.

Presses universitaires de Paris-Nanterre

Le contenu du *Senatus consultum ultimum*

Les sources convergent vers l'idée que le SCU (*senatus consultum ultimum* ou *senatus consultum de re publica defendenda*) se définit par son but : il s'agit d'un décret ou d'une décision du Sénat visant la défense de la chose publique. La formule la plus courante qui le justifie est « (pour) que la République ne subisse aucun dommage ». Il faut convenir que l'expression SCU n'est pas un terme juridique consacré car la séquence complète est très rare dans la documentation. Elle est notamment repérable dans un passage bien connu de César (Bell. Civ. 1.5-7) à propos du sénatus-consulte

de 49 av. J.-C., lequel fut à l'origine de la guerre entre lui et Pompée. Il demeure en outre délicat de fixer précisément le cadre légal de ces mesures car les récits émanent de sources historiques non techniques et parfois lacunaires, voire d'exposés partiaux. Dans l'historiographie moderne se dessine une tendance à comprendre que le SCU provoquait un état d'exception par l'octroi de prérogatives exceptionnelles – non pas les pleins pouvoirs car il s'ensuivait certaines directives – aux magistrats, consul(s) en tête. Ainsi Salluste (Cat. 29) indique qu'il s'agit du pouvoir le plus étendu conféré par le Sénat à un magistrat qu'autorise la coutume romaine. Il implique notamment la possibilité de lever des troupes, de faire la guerre ou encore d'exercer tout moyen de coercition sur les alliés et les citoyens. Corrélativement, d'après l'interprétation doctrinale courante des Catilinaires de Cicéron, la mise en œuvre du SCU supposait la suspension momentanée des droits normalement inviolables du citoyen, avec au premier chef la *provocatio ad populum* ou droit du citoyen de faire appel au peuple lors d'une affaire judiciaire sérieuse impliquant le pouvoir coercitif d'un magistrat. Cette interprétation semble erronée car rien dans les sources n'établit une relation directe de cause à effet. En outre, dans l'hypothèse où cette privation des droits individuels aurait été automatique, on comprendrait mal pourquoi il fut courant d'associer aux personnes visées implicitement par le SCU la qualité d'ennemi (public) de l'état, laquelle aboutissait à priver l'individu de garanties légales. Il faut donc se borner à constater que les décisions sénatoriales constituaient de simples appels aux armes autorisant des citoyens romains à combattre leurs semblables en les tuant si nécessaire.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

Cas de SCU

Au cours de l'histoire romaine, on peut dénombrer sur une période de presque un siècle sept cas avérés de SCU auxquels il faudrait ajouter le moment de la première insurrection des Gracques. On décèle un précédent très ancien de cette pratique chez Tite-Live (III, 4) en 464 av. J.-C. Le Sénat chargea le consul de veiller à ce que la République n'essuyât aucun dommage à un moment où l'armée de son collègue était encerclée par les Èques. Tite-Live écrivant à l'époque d'Auguste, cette mention est considérée à juste titre comme anachronique.

– En 133 av. J.-C., Tiberius Gracchus veut se faire réélire tribun et occupe le Capitole avec ses partisans dont un certain nombre seraient armés. Le pontife Scipion Nasica demande au consul Mucius Scaevola de l'anéantir. Ce dernier refuse. Nasica prend l'initiative de s'en charger lui-même avec quelques Sénateurs. Dans les échauffourées, Tibérius est tué avec bon nombre de ses partisans.

– En 121 av. J.-C., un SCU appelle les citoyens à prendre les armes contre Caius Sempronius Gracchus et autorise le consul Lucius Opimus à agir en ce sens. Caius tentait de faire passer une réforme agraire allant dans le sens de celle de son défunt frère Tiberius. Il s'ensuit une lutte politique contre le Sénat qui n'est pas favorable à cette politique en faveur des citoyens pauvres. Caius n'est pas réélu tribun en 121 et dans le but de négocier avec les Sénateurs, il occupe le Capitole avec ses partisans dont certains sont armés. Tous sont tués pour éliminer définitivement le parti des Gracques.

– En 100 av. J.-C., Apuleius Saturninus et Servilius Glaucia occupent le Capitole avec des gens en armes.

Presses universitaires du Mirail

Le Sénat charge les consuls de prendre les mesures nécessaires, avec l'aide des tribuns de la plèbe et des préteurs afin d'assurer le salut de la République. Ceux-ci y associent tout citoyen qui le souhaite et des armes sont distribuées. En dépit de la reddition de Saturninus, le consul Caius Marius, un *homo novus* qui était auparavant l'ami et l'allié des insurgés chez les *populares*, se range du côté du Sénat et commande leur exécution.

– Consul en 78 av. J.C., Lépide veut défaire les lois de Sylla, rappeler les exilés de la précédente guerre civile, rendre aux paysans les terres confisquées au profit des vétérans de Sylla et promulguer une loi frumentaire en dépit de l'opposition du Sénat. Envoyé en Étrurie avec son armée, il menace ensuite de marcher sur Rome. Le Sénat décide qu'Appius Claudius et Lutatius Catulus doivent assurer la protection de l'Urbs avec tous les magistrats dotés de l'*imperium*. Vaincu par Catulus, Aemilius Lepidus meurt peu de temps après en Sardaigne des suites d'une maladie.

– En 63 av. J.-C., Cicéron informe le Sénat d'une conjuration qui se prépare. Un Sénateur nommé Catilina qui n'était pas arrivé à se faire élire consul complote pour prendre le pouvoir avec certains de ses collègues et des chevaliers en réunissant une armée de vétérans. Considérant cette menace, le Sénat ordonne aux magistrats concernés de faire en sorte que la République soit préservée de tout dommage. Cicéron et Caius Antonius Hybrida sont investis à cet effet. Après maintes tergiversations, il en découle des exécutions sans procès de bon nombre de conjurés. Catilina meurt au combat au début l'année 62.

Presses universitaires de Paris Nanterre

– En janvier 52 av. J.-C., Milon et sa bande assassinent Clodius, un démagogue membre des *populares* et partisan de César, sur la Via Appia. À la suite de cette nouvelle, de violentes émeutes éclatent à Rome alors qu'il n'y a pas de consul sur place. Le Sénat ordonne que l'interroi, les tribuns de la plèbe et Pompée, proconsul des provinces d'Espagne resté en Italie, fassent en sorte que la République ne reçoive aucun dommage et charge ce dernier de lever des troupes. Accusé de meurtre, Milon doit s'exiler.

– En 49 av. J.-C., le Sénat ordonne aux consuls, aux préteurs, aux tribuns de la plèbe et aux proconsuls se trouvant aux portes de Rome de veiller à ce que la République ne connaisse aucun dommage face à la menace que ferait peser sur cette dernière César et son armée. Celui-ci commente cette décision en disant que chaque fois qu'un SCU a été pris, par lequel on appelle le peuple romain aux armes, on l'a fait pour combattre des lois dangereuses, des coups de force des tribuns, les sécessions du peuple, alors que dans son cas il n'y a rien de tel car il défend sa réputation et son honneur. C'est Pompée qui est chargé d'assurer le salut de Rome contre la menace incarnée par César vis-à-vis des conservateurs à cause de son positionnement en faveur du peuple.

– Cicéron, ennemi juré de Marc Antoine, prend le parti de Junius Brutus Albinus contre Marc Antoine qui refusait de lui céder sa province cisalpine. Le 1er janvier 43 av. J.-C., il fait voter un décret confiant aux consuls les pleins pouvoirs afin d'assurer le salut de la République. Il décide également l'envoi d'une ambassade à Marc Antoine pour lui proposer de

Presses universitaires de Paris Nanterre

prendre la Macédoine en échange. Après le refus de ce dernier, le Sénat confirme la déclaration de guerre à son encontre.

L'opportunité des décisions

Indépendamment de leurs conséquences difficiles à jauger dans l'instant pour les décideurs à une époque où les moyens de communication et les possibilités de connaître les faits en temps réel n'étaient pas les nôtres, il faut convenir que les recours au SCU étaient la plupart du temps justifiés. Sans rentrer dans le détail des luttes partisanes et dans la légitimité des violences déployées au départ, il y avait presque toujours un danger immédiat pour Rome (au plan institutionnel) et sa population. Lépide s'apprêtait à marcher sur la ville en 77, de même que Catilina en 63. César l'a d'ailleurs fait en 49 av. J.-C. Les séditions dégénéraient souvent en émeutes massives. Ce fut le cas en 100 et aussi en 52, après la mort de Clodius. D'autres cas sont en revanche plus discutables comme l'épisode de Marc Antoine.

La légalité des SCU

Le contenu des sources converge vers l'idée qu'il s'agit d'un acte guerrier, d'un appel aux citoyens à prendre les armes, lequel ferait par nature partie des tâches traditionnelles du Sénat puisque ce dernier se chargeait notamment de la répartition des commandements et des troupes. En outre, son rôle prépondérant en termes d'administration civile et donc de protection de la cité et de sa population font que ces décisions d'urgence ressortissent logiquement de la compétence sénatoriale.

Presses universitaires du Mirail

Cependant, la spécificité des SCU réside dans le fait que ces actes octroyaient des commandements militaires non pas contre des ennemis extérieurs mais contre des citoyens romains qui seraient donc combattus et possiblement tués par leurs semblables. Or cette caractéristique est assez peu commune au point que Plutarque (Ti. Gracchus, 20.1) indique que cela ne s'était jamais produit avant le tribunat de Tiberius Gracchus. Et il faut rappeler que le SCU ne ressort effectivement pas des fondements de l'histoire romaine même si son déroulé rappelle un peu le principe de la dictature. Cette pratique est attestée dès la fin du VIe siècle av. J.-C. et remise au goût du jour, de manière dévoyée après une longue éclipse, par Sylla et César en 82 et 46 av. J.-C. Dans une situation d'urgence, un dictateur dont l'*imperium* dépasserait celui de tous les autres magistrats pouvait être nommé pour six mois par les consuls en exercice après approbation du Sénat sur le principe de la dictature. Nous observons toutefois ici l'existence d'un renversement dans le cadre du SCU car le Sénat joue un rôle primordial, certes parfois exercé sous la pression d'un consul acquis à sa cause qui voudrait éliminer un opposant personnel.

Quant aux conséquences directes de ces décisions sénatoriales, elles n'entraînaient pas, à proprement parler, la privation des droits individuels des citoyens, laquelle ne relèverait pas des compétences du Sénat. Il faut rappeler que ce dernier n'a pas de rôle législatif ; il rend techniquement des avis qui sont presque toujours suivis en raison de son prestige et de son *auctoritas*. Il appartient en revanche aux assemblées du peuple de voter les lois et on peut légitimement s'interroger au plan

Presses Universitaires de Paris Nanterre

éthique sur l'absence totale d'un rôle, même moindre, joué par les comices compte-tenu de l'enjeu du SCU. Et cette absence de caution populaire pouvait théoriquement faire difficulté pour les exécutants puisque le droit romain pose le principe, observable depuis la loi des XII Tables (9.6 = Salv. De Gub. Dei 8.5) jusqu'au Digeste (50.16.131.1) en passant par les témoignages de Tite-Live et Caton l'Ancien, de la protection des citoyens et **des libres** contre les exécutions arbitraires. Dans un contexte légal aussi incertain, on peut comprendre les réticences de certains personnages. On essaya d'avoir recours au tout premier SCU en 133 av. J.-C. pour atteindre Tiberius Graccus et ses partisans qui avaient molesté ceux qui ne permettaient pas que l'on puisse voter pour lui, d'après Appien (B.C. 1.65). En dépit de l'intention du Sénat de lui donner tous les pouvoirs, le consul Publius Mucius Scaevola, célèbre jurisconsulte dont le talent et le raisonnement sont loués par Cicéron, s'abstint d'agir, sans doute pour des raisons personnelles ou politiques, mais aussi au regard d'un argument juridique. Il déclara, d'après Plutarque (Tib. Gracc. 19, 2) et Valère-Maxime (3, 2, 17), qu'il ne tuerait pas un citoyen romain non condamné régulièrement et qu'il n'aurait pas recours à la violence contre Tiberius Graccus et ses adeptes. Scipion Nasica, le chef des optimates, dut donc se charger de la sale besogne avec moult solennités puisqu'il utilisa l'*evocatio*, non contre des ennemis extérieurs mais contre des citoyens romains. La méfiance de Scaevola était fondée car des procès célèbres intervinrent quelques temps après les excès de violence relatifs à la mise en œuvre de SCU, et ce souvent à l'initiative d'opposants politiques. Après l'épisode des Gracques, l'ex-consul Opimius fut accusé

Presses Universitaires de Paris-Ouest

d'avoir fait emprisonner et exécuter sans jugement des partisans de Caius Gracchus. L'argument de la défense fut d'affirmer qu'il avait agi pour sauver la République sous couvert du SCU. Il eut la chance d'être acquitté alors même qu'il faudrait considérer que, dès lors qu'ils avaient été incarcérés, les prisonniers devaient avoir droit à un procès équitable. Il aurait dû en être de même des complices de Catilina qui furent mis à mort sur vote du Sénat en 63, lequel se rangea, contre l'opinion de César qui préconisait la prison à vie, à l'avis de Cicéron et de Caton qui considéraient que les conjurés méritaient la plus grande sévérité sans qu'il faille un procès : la question de la culpabilité étant réglée puisqu'ils avaient été pris sur le fait. Un tel dénouement étonne car pour d'autres crimes commis contre la République, l'issue processuelle était systématiquement de mise. Elle eut lieu pour les responsables de l'incendie de Rome et aussi au regard des protagonistes des Bacchanales, respectivement en 210 et 186 av. J.-C. À la suite de ces évènements catilinaires, le tribun de la plèbe Clodius déposa une loi contre quiconque aurait fait périr un citoyen romain sans jugement. On sait peu de choses de cette dernière si ce n'est qu'elle aurait pu être rétroactive et qu'elle s'adressait en fait directement à Cicéron. Pour ne pas être inquiété, l'orateur partit plus d'un an en exil et il n'y eut finalement pas de procès. Pour la petite histoire, c'est Cicéron qui se chargera de défendre en justice Milon le meurtrier de Clodius par le biais d'un plaidoyer devenu célèbre même si la cause fut perdue. Cet épisode met en évidence le caractère bancal du pouvoir sénatorial qui ne pouvait donc pas parfaitement couvrir Cicéron car le danger pour la République était passé. Les conjurés et leurs complices auraient dû

Presses universitaires de Paris Nanterre

avoir droit à un procès, vraisemblablement une *quaestio maiestatis* pour haute trahison.

L'utilisation politique du SCU

Le SCU constitue une arme politique puissante pour réprimer voire éliminer des ennemis intimes ou de classe sous couvert d'une légitimité juridique et rituelle. En 121, en 78 ou encore en 63 av. J.-C., il est à diverses reprises la réponse tragique des classes privilégiées aux sursauts révolutionnaires et à la violence adjacente. On repère ainsi au creux des faits générateurs une lutte personnelle pour le pouvoir ou un combat idéologique entre les *populares* et les *optimates*. Il s'agissait de dégager de toute limitation de pouvoir les magistrats fidèles à un Sénat réputé conservateur et ancré dans des privilèges ancestraux. Certes, les actes qui motivaient les SCU pouvaient être brutaux et illicites comme le montre par exemple l'épisode des Gracques, mais il s'agissait au final du seul moyen d'action possible des opposants, en raison du verrouillage du système politique, et en particulier des assemblées populaires gangrenées par la corruption. Par ailleurs, l'option retenue d'appliquer la qualification d'ennemi de la République aux individus visés implicitement par le SCU à partir du 1er siècle av. J.-C. – laquelle conduit à transformer l'ennemi de classe en ennemi externe au peuple romain – se comprend à l'égard de choix politiques des plus partiaux. L'idée était ingénieuse car se justifiait ainsi, par le biais d'un recours à l'hyper-légalité, l'appel aux armes à tout citoyen pour leur permettre en toute impunité de s'attaquer à leurs homologues. En effet, le concept d'*hostis publicus* ou d'*hostis rei publicae* permettait de sortir l'individu du

Presses universitaires du Mirail / Université

cadre juridique romain et de son bénéfice comme pour qu'il expie par sa défection d'être à l'origine d'une scission politique mortelle pour la *res publica*. Or il y a là encore un problème institutionnel car il n'appartenait pas au Sénat de priver un citoyen du droit de cité. On décèle donc ici les contours d'une pratique très subversive qui allait au delà de ce que les tentatives révolutionnaires impliquaient. Par l'emploi excessif de la brutalité et en supplantant les comices, le Sénat empiétait lourdement sur les pouvoirs du peuple et surtout il brisait l'équilibre précaire qui liait les organes gouvernementaux aux forces politiques et sociales. Un espace s'ouvrait à la création de milices privées sous l'égide des magistrats.

Des résultats mitigés

La République romaine a été préservée mais les SCU ont provoqué des crises profondes dopées par l'escalade de la violence car les atteintes portées à la légalité et à l'éthique furent fatales à tous et pas seulement aux opposants que l'on voulait éliminer. Le premier épisode des Gracques marqua un moment important de fracture dans la société civile, d'après Cicéron (Rep. I, 31), en raison de ce meurtre entériné par l'aristocratie. Tiberius Graccus avait un excellent programme politique mais il avait eu le tort de vouloir le mettre en œuvre par voie violente d'après Appien (B. C. 1.71). Partant, l'aristocratie fut régulièrement sujette à des craintes irrationnelles au regard de poussées subversives des classes serviles et inférieures. Elle continuera sur sa lancée avec un SCU en 121 av. J.-C. pour donner un cadre légal à l'élimination de Caius Graccus qui poursuivait l'œuvre de son frère mais qui sera fragilisé par un programme

Presses universitaires de Paris Nanterre

politique audacieux en défaveur du Sénat et au profit des comices et surtout par sa non-réélection en tant que tribun de la plèbe.

Il se dessine un côté un peu schizophrène dans ce principe de défendre la *res publica* dans une surenchère de férocité que certains pouvaient déployer en toute impunité au-delà de ce qui aurait dû être utilisé pour préserver la République, alors même que l'idée qui présidait était la survie de celle-ci dans une volonté pacificatrice, car l'aristocratie sénatoriale n'avait aucun intérêt à faire régner une terreur continuelle. Au surplus, le déploiement de cette violence étatique ne pouvait ainsi qu'attiser controverses et rancœurs pour provoquer au final d'inguérissables blessures institutionnelles.

La déchéance fut longue mais inéluctable même si les choses mirent des décennies à se dénouer. La suite impressionnante d'interventions d'ordre légal qui ont maintenu ce cercle vicieux d'une brutalité trop peu maîtrisée a finalement contribué, une fois que des lois sur la *vis* firent l'objet d'un corpus a peu près homogène et respecté, à l'émergence d'une nouvelle forme d'état : le principat à partir de 27 av. J.-C., un régime fort et rassurant au sein duquel les violences publiques, les désordres et les dissentiments s'éteignirent. L'ordre et la sécurité furent ainsi garantis dans le cadre d'un régime autoritaire qui, sous couvert de restaurer la République, dérivera à terme vers l'affirmation d'un pouvoir monocratique sous l'égide de l'empereur Auguste.

Arnaud Paturet
CNRS, CTAD

Presses Universitaires de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre

Avec le recul historique que nous avons sur les situations coloniales, il paraît évident que la volonté d'autonomie des peuples autochtones a provoqué des crises du pouvoir dans les États colons[1]. C'est ce qui s'est passé en France à l'égard de l'Algérie qu'elle occupait depuis 1830[2]. Dès le début, les « évènements d'Algérie » nommés beaucoup plus tard la « guerre d'Algérie », c'est-à-dire de la Toussaint 1954 jusqu'à la reconnaissance de l'indépendance de l'Algérie, le 3 juillet 1962, des troubles ont affecté la bonne marche des institutions et provoqué des mesures exceptionnelles afin de maintenir ou de rétablir l'ordre public, tant principalement sur le territoire de l'Algérie qu'en métropole. Soulignons d'emblée que cette période perturbée est particulière, puisqu'elle recouvre deux régimes politiques différents : celui de la IVe République et celui qui s'ouvre en 1958 avec la Ve République. L'état d'urgence constitue un régime d'exception inventé durant cette période. Nous examinerons, dans un premier temps, le contexte colonial de son émergence pour

Presses universitaires de Paris Nanterre

1. Voir le n° 10 de la revue *Pouvoirs*, 1979.

2. Bouchene Abderrahmane *et al.* (dir.), *Histoire de l'Algérie à la période coloniale (1830-1962)*, Paris/Alger, La Découverte/Barzakh, 2012.

explorer, ensuite, la complexité de sa mise en place et, enfin, considérer l'aspect spectaculaire des mesures qu'il a permis de prendre.

Le contexte colonial : une loi « scélérate[3] » ?

D'un point de vue général, les situations de crise qui peuvent affecter le bon fonctionnement des institutions sont multiples et présentent des degrés de gravité variés. Aussi, les mesures pouvant être prises dans la finalité de garantir l'ordre public sont-elles prévues par différents régimes, qui se distinguent tant par leur source que par la nature de l'autorité compétente pour les déclencher. Elles possèdent toutes plusieurs points communs : un transfert de compétence, des pouvoirs de police accrus et surtout des atteintes momentanées aux libertés individuelles et collectives. Si l'on admet que l'insurrection du Front de libération national (FLN) a pu « légitimement » provoquer des désordres graves d'ordre révolutionnaire au sein du maintien du régime colonial, quels moyens l'État avait-il à sa disposition pour rétablir l'ordre républicain ?

Le gouvernement avait compétence pour gérer une telle crise par le biais de prérogatives exceptionnelles de puissance publique qu'il aurait pu tirer de la Constitution, de principes jurisprudentiels[4], voire des lois existantes. Le potentiel de l'acte fondateur de l'État est rappelé dès le début des débats. Nous sommes

3. L'expression est du député communiste Raymond Guyot, *Journal officiel* (*JO*), séance du 30 mars 1955, p. 2133.

4. Hennette-Vauchez Stéphanie et Roman Diane, *Droit de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2015, p. 392-393.

Presses Universitaires d'Aix-Marseille

en 1954. La Constitution en vigueur est celle de la IVe République qui date du 27 octobre 1946. Si les mots « crise » ou « urgence » y figurent, ce n'est que pour solutionner les crises ministérielles et pour écourter un délai procédural.

Cependant, une loi du 9 août 1849, élaborée à la suite des journées révolutionnaires de juin 1848, définissait et réglementait l'état de siège qui ne pouvait être déclaré qu'« en cas de péril imminent pour la sécurité intérieure ou extérieure » du pays. Elle avait été modifiée par une loi du 3 avril 1878, pour éviter une nouvelle « Commune » et, en écho à la guerre contre les Prussiens, précisant le péril imminent de l'état de siège comme « résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée ».

Pour l'Algérie, s'agissait-il de cette situation-là ? Le gouvernement possédait-il suffisamment d'informations sur ce qui venait d'être déclenché ? Toujours est-il qu'une loi constitutionnelle en date du 7 décembre 1954, complète l'article 7 de la Constitution sur les conditions de déclarations de guerre, en introduisant l'état de siège comme devant être « déclaré dans les conditions prévues par la loi ». Dans ce cas, les pouvoirs seraient transférés aux autorités militaires, ce que probablement le gouvernement de 1955 ne souhaitait pas. Pourtant, les militaires « bafoués » par la justice pénale, saisie suite aux opérations sanglantes dans les Aurès, auraient bien pris les choses en main.

François Mitterrand, ministre de l'Intérieur en charge de l'Algérie, refuse cette solution pour deux raisons. D'une part, cela reviendrait à livrer aux militaires un dossier politique d'importance et surtout

Presses universitaires de Paris Nanterre

à le confier à un rival, le secrétaire d'État à la guerre, Jacques Chevalier, maire d'Alger. D'autre part, il aurait cherché à se prémunir contre les interventions du secrétaire général de l'Élysée, le préfet Chérif Mécheri, originaire de Tébessa, qui suit de près l'Algérie depuis 1948. Il doit trouver une autre solution. Or, l'instabilité ministérielle de la IVe République ne lui laisse pas le temps de faire adopter *sa* loi sur la situation algérienne. Le gouvernement Mendès-France est renversé le 5 février 1955 et le projet est repris par le successeur de François Mitterrand, Maurice Bourgès-Maunoury qui rappelle son origine lors des débats sur le projet de loi qui ont lieu à l'Assemblée nationale les 30 et 31 mars 1955, puis au Conseil de la République le 1er avril suivant[5]. Les députés musulmans d'Algérie et communistes tentent de faire repousser le débat. Certains réclament une commission d'enquête parlementaire. D'autres, soulignant la pauvreté de la population en Algérie, proposent d'arrêter avant tout les opérations militaires, en vain. Personne ne se soucie de la proportionnalité réelle entre la cause invoquée de « quelques bandes dans quelques zones isolées » propices à des actions de guérilla et les moyens proposés attentatoires aux libertés publiques. L'état d'urgence s'ancre indéniablement dans la question coloniale. Les communistes et socialistes redoutent, en outre, que cette loi soit utilisée en métropole,

Presses universitaires de Paris Nanterre

5. *JO*, Assemblée nationale, séances des 30 mars 1955, p. 2129-2140 et du 31 mars 1955, p. 2158-2175 et p. 2190-2219 ; *JO*, Conseil de la République, Séance du 1er avril 1955, p. 1365-1374. Les débats pour les modifications d'août suivant seront plus volumineux : *JO*, Assemblée nationale, séances du 28 juillet 1955, p. 4412-4451 ; et du 29 juillet suivant, p. 4476-4487 et p. 4495-4543 ; *JO*, Conseil de la République, séance du 4 août 1955, p. 2222-2242.

à leur encontre. Le gouvernement Edgar Faure invoque le rétablissement d'une « atmosphère de sécurité », laissant l'opposition invoquer l'arbitraire et le temps des suspects[6]. Le ministre de l'Intérieur est visiblement embarrassé quand il précise que « ce ne sont pas les quelques phénomènes de désordre en eux-mêmes qui sont graves en Algérie, c'est la prolongation sans issue apparente d'une situation non assainie qui serait dangereuse[7] ». Bref, il s'agit de prévenir un risque dont on ignore l'importance. Après dix heures de débat et plus de 70 amendements de l'opposition, presque tous refusés, le projet de loi est adopté par 379 voix contre 219.

Le gouvernement préfère créer un système civil, avec un transfert possible de compétence limité des cours d'assise aux tribunaux militaires. Toujours est-il que beaucoup diront que le régime institué par l'état d'urgence apparaît comme plus contraignant pour les citoyens que ne peut l'être l'état de siège, même si ses conditions de mise en œuvre sont plus souples[8].

C'est donc une loi – celle du 3 avril 1955 – qui institue ce nouveau régime et l'applique d'emblée au territoire algérien. Sur ce point, la doctrine juridique estime que dans la tradition française seule la loi peut établir des régimes d'exception[9]. Encore faut-il que

Presses universitaires de Paris Nanterre

6. *JO*, Conseil de la République, Séance du 1er avril 1955, p. 1375.

7. *JO*, Assemblée nationale, Séance du 31 mars 1955, p. 2169.

8. Drago Roland, « L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques », in *RDP (Revue de droit public)*, 1955, p. 693 ; Frier Pierre-Laurent, *L'Urgence*, Paris, LGDJ, 1987, p. 285 ; Lebreton Gilles, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Sirey, 2009, p. 191.

9. Conseil constitutionnel 25 janvier 1985 ; Terneyre Philippe, « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité», in *RDP,* 1987, p. 1497.

cette loi soit bien faite ! Or, celle de 1955 est entachée de « malfaçons ». Son caractère hybride, à la fois acte-règle (instituant l'état d'urgence) et acte-condition (son application à l'Algérie), en expliquerait ses difficultés d'application et de survie[10].

Cette loi de police est retouchée par la loi du 7 août 1955, adaptée pour les circonstances par la loi du 17 mai 1958 et surtout modifiée par l'ordonnance du 15 avril 1960. Mais entre-temps, la Ve République bouleverse la donne constitutionnelle en modifiant les modalités de mise en place de l'état de siège décrété en Conseil des ministres – prorogeable au-delà de douze jours par le Parlement uniquement – et en introduisant le fameux article 16.

De plus, par ordonnance du 15 avril 1960, après la « semaine des barricades », le général de Gaulle prive l'état d'urgence de son garde-fou législatif. Le gouvernement peut désormais décider seul d'instaurer l'état d'urgence, mais seulement durant douze jours. Le Chef de l'État est même l'unique auteur de ce bouleversement, puisque le système d'ordonnance de la nouvelle Constitution lui en confère la possibilité. Au-delà des douze jours, le Parlement recouvre ses prérogatives et il lui revient de décider si le régime d'exception doit être prorogé et pour quelle durée.

Début 1961, à la suite du putsch du « quarteron de généraux » mené en réaction à la politique d'abandon de l'Algérie Française, le général de Gaulle, qui n'a plus la confiance de l'armée, recourt à l'état d'urgence qui

10. Beaud Olivier et Guerin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, LGDJ, 2016, p. 33-37.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

durera jusqu'en mai 1963, en dehors d'une quelconque intervention parlementaire. Le Président joue aussi la carte de l'article 16 qui lui donne les pleins pouvoirs sans passer par une loi, ni un vote du Parlement[11]. La souplesse de l'état d'urgence permet ainsi de cibler d'autres ennemis de l'État : hier les rebelles algériens, désormais les militaires « factieux ».

Au final, l'état d'urgence a été appliqué en 1955 (huit mois en Algérie), en 1958 (deux semaines en métropole, après le coup d'État militaire), en 1961 (d'abord en même temps que l'article 16, puis seul jusqu'en 1963, soit pendant deux ans), soit au total près de 3 ans sur une période de 9 ans, ce qui n'est en rien négligeable.

La décision de recourir à l'état d'urgence

Les termes de la loi – « bricolée » selon certains – sont si vagues qu'ils donnent pratiquement toute latitude à l'exécutif pour déclencher l'état d'urgence. Sans préciser les conditions exactes de mise en place, le législateur met sur le même plan des situations d'ordre totalement différent :

– Une situation objective qui s'interprète aisément mais qui n'a jamais provoqué d'état d'urgence : « en cas d'évènements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ». Il s'agit des conséquences de phénomènes naturels particulièrement destructeurs mais aussi de

11. CE, Ass., Rubin de Servens, 2 mars 1962 ; Verpeaux Michel, « Les pouvoirs du président de la République », in *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence,* Verpeaux M. *et al.* (dir.), Paris, PUF, 2011, p. 149-156.

Presses universitaires de Paris Nanterre

catastrophes liées à l'activité humaine (accident industriel ou nucléaire). Quel rapport existe-t-il entre ces conditions et les évènements d'Algérie ? Certains feront le lien avec le tremblement de terre d'Orléansville survenu le 15 septembre 1954 ; en réalité, il convient de n'y voir qu'un « leurre » politique[12].

– L'autre situation partisane, à l'évidence politique : « en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public », où l'imprécision est patente. Si les débats sur l'élaboration de la loi affichent ouvertement la situation en Algérie pour légitimer l'état d'urgence, aucun argument n'est suffisamment étayé pour justifier un péril imminent de l'État. Nous pourrions discuter longuement de la réalité du danger qui menace l'État français en cette année 1954, de même sur sa temporalité. Comme si l'État français avait été averti de l'offensive de libération de l'Algérie et comme s'il avait été prévenu de son ampleur éventuelle, alors qu'à cette époque peu d'informations avaient filtré et qu'officiellement la situation n'était pas alarmante, encore moins préoccupante ! Nous savons que la sûreté du territoire recensait les exactions[13] et que l'État n'ignorait sans doute pas leur gravité potentielle. Si les attentats et émeutes sanglantes du début de la guerre pouvaient s'avérer comme portant gravement atteinte à l'ordre public, la situation ne s'était pourtant pas encore généralisée à l'ensemble du territoire

Presses universitaires de Paris Nanterre

12. Beaud Olivier et Guerin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence…*, *op. cit.*, p. 54 et 62.

13. Thenault Sylvie, « L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi », in *Le Mouvement Social*, 1/2007, n° 218, p. 63-78 (et plus précisément p. 63, note 6).

algérien, ni n'avait été exportée en métropole. Comment mesurer alors le degré suffisant de gravité pour légitimer l'état d'urgence ? Le texte demeurait imprécis, critiquable et critiqué[14].

Si l'autorité qui déclenche l'état d'urgence en Algérie demeure la représentation nationale, il convient de souligner deux points importants :

– Malgré la tournure restrictive écrite sous forme négative de l'article 1 qui dispose que « l'état d'urgence ne peut être déclaré que par la loi », et qui semble donner une garantie définitive et suffisante, il n'a pas fallu attendre longtemps pour voir se mettre en place un transfert de compétence à l'exécutif de la déclaration de l'état d'urgence. En effet, l'ordonnance du 17 avril 1960 rend l'état d'urgence déclarable par décret en Conseil des ministres. Selon la nouvelle constitution en place depuis 1958, l'initiative en revient au président de la République. Un décret fixe les limites territoriales d'application. La compétence de la loi n'est plus cantonnée qu'à la prorogation de l'état d'urgence au-delà de 12 jours. Cette compétence résiduelle accordée au pouvoir législatif semble bien mince : de fait, le Parlement n'a jamais refusé de proroger l'état d'urgence lorsqu'un projet de loi en ce sens lui était soumis. Au cours de la guerre d'Algérie, l'état d'urgence déclaré une nouvelle fois par décret – du 22 avril 1961 – a été prorogé sans que le Parlement n'ait eu à prendre la décision. En effet, suite au putsch des généraux, le Président avait décidé d'user de l'article 16 qui lui accordait les pleins

14. Beaud Olivier et Guerin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence…*, *op. cit.*, p. 64-67.

Presses universitaires de Paris Nanterre

pouvoirs et qui constituait un régime d'exception bien plus puissant que l'état d'urgence.

– Par ailleurs, à bien lire les débats sur la loi de 1955, on s'aperçoit de la distinction opérée entre la « déclaration » et « l'application » de l'état d'urgence qui sont deux étapes confiées, à l'origine tout au moins, à des autorités différentes. En effet, l'état d'urgence est déclaré, par la loi, sur un territoire (art. 1 et 2). Mais par décret, le gouvernement l'applique dans certaines zones de ce territoire (art. 2, 2e al.). Cette dissociation devait permettre une application plus stricte des mesures à l'intérieur des zones concernées. Or, il était quelque peu illusoire de penser que le système pouvait limiter les mesures exceptionnelles. Très rapidement, les deux zones ont coïncidé. En effet, « déclaré » sur l'ensemble du territoire algérien le 3 avril 1955, l'état d'urgence a été appliqué à certaines zones par décret du 6 avril 1955, à d'autres par un décret du 19 mai 1955 et à tout le territoire par un décret du 28 août 1955. En 5 mois, l'ensemble du territoire était couvert par l'état d'urgence. Cette distinction entre la déclaration et l'application de l'état d'urgence s'est rapidement estompée[15]. L'ordonnance de 1960 en relance pourtant l'aspect institutionnel en distinguant « le décret qui déclare » et « la loi qui prolonge ».

Respectivement sur la durée et la cessation de l'état d'urgence, l'article 2 de la loi de 1955, modifiée en 1960, fixe ce délai à 12 jours prorogeable sur un nouveau délai non précisé, mais qui s'interrompt 15 jours après une dissolution de l'Assemblée nationale ou la

15. Frier Pierre-Laurent, *L'Urgence*, *op. cit.*, p. 284-285.

Presses universitaires de Paris Nanterre

démission du gouvernement quelle qu'ait été la date fixée à l'origine ; l'article 14 de la loi de 1955 prévoit, de façon complémentaire, une cessation des effets des mesures prises « en même temps que prend fin l'état d'urgence ». Cet état est temporaire et devient caduc en cas de changement de gouvernement. Pourtant du fait de l'incertitude de leur fondement, les situations exceptionnelles connaissent souvent des débordements. À ce titre, le Conseil d'État a ainsi estimé qu'une saisie de journaux effectuée, en vertu de l'article 11 de ladite loi, le 21 décembre 1962, était irrégulière bien que l'ordonnance du 17 juillet 1962 ait fixé au 31 mai 1963 la date d'expiration de l'état d'urgence. L'Assemblée nationale ayant été dissoute le 9 octobre 1962, l'état d'urgence n'était plus effectif au moment de la saisie[16].

Les mesures spectaculaires offertes par l'état d'urgence : de l'arbitraire à l'illégalité

L'état d'urgence décidé, que permet-il ? Les mesures restrictives de liberté sont égrenées au fil des articles avec leurs conditions, leurs tempéraments et leurs garanties, le cas échéant. Elles se distinguent selon leur nature, leur importance et leurs auteurs. Nous les présenterons en fonction de leur gravité progressive.

Les préfets peuvent, selon l'article 5, interdire la circulation des personnes et des véhicules dans les lieux et heures qu'ils déterminent, créer des « zones de protection ou de sécurité » dans lesquelles le séjour est

16. CE, 25 juin 1969, ministre de l'Intérieur/Éd. Parisienne et Devay, *Recueil Lebon*, 334. CE, 20 décembre 1967, ministre de l'Intérieur/Fabre-Luce, *Recueil Lebon*, 511.

Pressions nécessaires de notre système

réglementé, et prononcer des interdictions de séjour dans tout ou partie du département contre « toutes personnes cherchant à entraver de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics ».

De manière complémentaire, le ministère de l'Intérieur – ou pour l'Algérie, le gouverneur général – en vertu de l'article 6, peut assigner à résidence toute personne dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre public. Ces diverses mesures portent aux libertés individuelles des atteintes si graves que le législateur de 1955, cédant à d'ultimes remords, les a entourées de quelques garanties spécifiques. Ainsi, d'après l'article 7 de la loi, les « victimes » d'interdiction de séjour et d'assignation à résidence peuvent en demander le retrait à une « commission consultative », comprenant des représentants du conseil général. Pour l'Algérie, elle contenait « la représentation paritaire d'élus des deux collèges » : d'un côté, les citoyens français et quelques autochtones qui avaient renoncé à leur statut personnel et de l'autre, les musulmans qui n'avaient pas abandonné la *charia*. Elles peuvent aussi former contre elle un recours pour excès de pouvoir. Et comme l'urgence appelle l'urgence, le tribunal administratif compétent doit obligatoirement statuer dans le mois du recours et, en cas d'appel, dans les trois mois, faute de quoi les mesures attaquées cessent d'être exécutées. Il convient de noter que le juge n'exercerait qu'un contrôle minimum sur ces mesures qui restent empruntes d'arbitraire. Selon l'article 9, les mêmes autorités peuvent ordonner la remise des armes de 1re, 4e et 5e catégorie – contre récépissé pour ces dernières –, avec les munitions correspondantes.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

Mais l'état d'urgence ne compromet pas seulement les libertés individuelles. Il peut porter atteinte aux libertés collectives et plus précisément à la liberté de réunion. Selon l'article 8, le ministre de l'Intérieur, le gouverneur général pour l'Algérie et les préfets dans les départements, peuvent en effet interdire « les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre », ou encore ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacle, débits de boissons ou autres lieux de réunion. Et dans ces cas, aucune garantie spécifique n'est prévue…

Pour certaines situations sérieuses, les mesures peuvent être renforcées. L'exécutif s'octroie alors quelques pouvoirs supplémentaires. L'état d'urgence devient « aggravé ». Selon l'article 11, la loi dans un premier temps, puis le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence (modifié par l'ordonnance de 1960) peuvent « ordonner des perquisitions jour et nuit » et « prendre toutes les mesures » pour assurer le contrôle de la presse, de la radiodiffusion et des spectacles, des tribunaux militaires pouvant également être substitués, dans certains domaines, aux tribunaux civils par simple décret (art. 12).

La plupart de ces mesures ont été largement appliquées en Algérie. De plus, il s'est avéré que certaines dispositions parmi les plus claires ont été ouvertement violées dans la pratique : des camps de triage et de transit ou d'internements ont été créés – où des dizaines de milliers d'individus ont été internés en masse[17] – et de nombreuses délégations ont été consenties par

17. Heymann Arlette, *Les Libertés publiques et la guerre d'Algérie*, Paris, LGDJ, 1972.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

l'administration civile aux forces militaires, comme l'emploi abusif par les préfets de leurs pouvoirs de police judiciaire. Les garanties essentielles conférées par cette législation d'exception n'ont pas été respectées. De ce fait, pourrions-nous douter de la constitutionnalité d'un tel aménagement de crise pour l'État, d'autant que, même si l'intervention des juridictions administratives est relativement rare sur la période algérienne, il ne semble pas que l'on puisse compter sur les tribunaux pour contrôler les mesures d'exception ? Nous l'avons vu à propos de la jurisprudence après 2005[18]. Seulement quatre affaires sur la période de la guerre d'Algérie ont fait l'objet d'une décision des juridictions administratives tantôt renforçant l'effet préventif de la situation exceptionnelle, tantôt accentuant l'effet réparateur de celle-ci[19].

Le Conseil d'État, toutes chambres assemblées, dans son arrêt en date du 16 décembre 1955[20], estime que les arrêtés d'interdiction de séjour, dont a fait l'objet en l'occurrence Dame Bourobka, pris par le préfet en vertu de l'article 5 de ladite loi du 3 avril 1955, ont un caractère de « mesures préventives de police édictées afin de *préserver* l'ordre et la sécurité publique et ne constituent pas des sanctions ». Par conséquent, il n'était pas nécessaire que ladite Dame Bourobka ait eu communication de griefs articulés contre elle. Comment le Conseil d'État a-t-il interprété les modalités permettant l'interdiction de séjour ? Qu'est-ce qu'une

18. Lebreton Gilles, *Libertés publiques et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 191.

19. Frier Pierre-Laurent, *L'Urgence*, *op. cit.*, p. 39.

20. *Recueil Dalloz*, 1956, p. 392-398, note Roland Drago.

Presses universitaires de Paris Nanterre

personne « cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics » ? S'il s'était agi d'une attitude de Dame Bourobka antérieure à la déclaration de l'état d'urgence, elle ne saurait entacher d'illégalité l'arrêté d'interdiction de séjour. Or, dans la décision, il est précisé qu'il ne ressort pas du dossier « que l'arrêté ait été pris pour des motifs étrangers au champ d'application des dispositions précitées ». Cela revient à dire que la décision a été prise de manière « discrétionnaire » par l'administration, sanctionnant ainsi un délit d'opinion[21]. Roland Drago n'hésite pas à considérer cette « grave[22] » position jurisprudentielle contestable et en recul par rapport à sa position dans d'autres cas comme ceux des mesures d'éloignement ou d'internement. En effet, en période d'état d'urgence, « le juge ne pourra annuler ces mesures que pour vices de forme ou détournement de pouvoir, sans pouvoir porter d'autre appréciation sur la régularité matérielle de l'acte. En particulier, il ne pourra procéder à aucune des recherches qu'il effectue lorsqu'un recours est formé devant lui contre une mesure de police[23] ». Certes, à l'égard de l'état d'urgence, le pouvoir du Conseil d'État est plus réduit, « mais à aucun moment, il n'a recherché si l'attitude de la requérante était prouvée et si elle était de nature à entraver l'action des pouvoirs publics[24] ». Cette décision, qui refuse d'analyser les motifs sur lesquels l'administration s'est fondée, ressemble à celle des expulsions d'étrangers, mais ces derniers avaient-ils

21. *Ibid*, p. 396.
22. *Ibid.*
23. *Ibid.*
24. *Ibid.*

Presses universitaires de Paris Nanterre

eu au moins la possibilité de présenter leur défense devant une commission *ad hoc* ?

En revanche, quelques décisions de jurisprudence s'orientent vers une position réparatrice. Dans l'arrêt du Conseil d'État Keddar en date du 3 février 1956, la mesure d'interdiction se doublait d'un ordre de réquisition pris en vertu de l'article 10 de la loi du 3 avril 1955 et destiné à permettre l'internement de l'intéressé dans un camp d'éloignement, ce qui était explicitement interdit par l'article 6 de ladite loi de 1955. L'ordre de réquisition fut par conséquent annulé[25].

En guise de conclusion, posons quelques réflexions :

– Tout régime d'exception mérite un encadrement au-dessus de tout soupçon lors de sa création. Si l'on accorde tant de valeur à ce que nous appelons la « Constitution », pourquoi le régime de l'état d'urgence, n'a-t-il pas été constitutionnalisé et n'a-t-il fait l'objet que d'une loi, qui plus est, mal ficelée ? Dès la discussion de la loi, la doctrine a émis de nombreuses réserves sur sa constitutionnalité[26]. Il en est de même de nos jours malgré la décision relativement récente du Conseil d'État du 21 novembre 2005 qui considère sans aucune ambiguïté que la loi du 3 avril 1955 n'avait pas été abrogée implicitement par la Constitution de 1958[27]. De fait, pourrait-on envisager que cette loi de 1955 soit contraire à la constitution ? Avant non, aujourd'hui pourquoi pas ?

Presses universitaires de Paris Nanterre

25. *Ibid.*, p. 397.

26. *JO*, Assemblée nationale, séance du 30 mars 1955, p. 2132 ; voir également Beaud Olivier et Guerin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence…*, *op. cit.*, p. 74.

27. CE, Ord. de référé, 21 novembre 2005, n° 287217.

– Toute atteinte aux libertés, quels qu'en soient les fondements, mérite des garanties, tout au moins un contrôle, fut-il *a posteriori* ? Or, ces contrôles sont rares. Il conviendrait d'en renforcer les modalités. Et surtout il ne semble pas que la loi de 1955 ait opéré la conciliation, exigée 30 ans plus tard par le Conseil Constitutionnel, entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public. Devant la rébellion algérienne, la loi a trop songé à l'ordre public et pas assez aux libertés, d'autant qu'il s'agissait de celles, dans un premier temps, d'une catégorie de la population opprimée, les musulmans fauteurs de trouble, mais avides d'une liberté d'indépendance, puis plus tard des irréductibles colons empêtrés dans l'Organisation de l'armée secrète (OAS), fonctionnant sur des méthodes terroristes.

– Le fait que les libertés aient été constamment bafouées en Algérie, militerait pour jeter un regard *a priori* circonspect sur tout état d'urgence. De surcroît, l'usage de l'article 16 a réussi à brouiller les cartes quant à l'intérêt de ce régime d'exception. Les mesures prises, dangereuses pour les libertés, ne parurent plus justifiées par l'urgence et auraient mérité un établissement mieux encadré et surtout un maintien dans la légalité.

– Quant aux deux objectifs poursuivis successivement, ce régime d'exception a-t-il servi à quelque chose ? Les modalités d'application de l'état d'urgence ont-elles été efficaces ? Les réformes politiques, administratives, économiques et sociales proposées par l'opposition à l'Assemblée à la place de l'état d'urgence auraient-elles suffi pour calmer les

Presses Universitaires de Paris Nanterre

rebelles[28] ? On peut rétrospectivement en douter, car au regard de l'histoire, le système colonial ne pouvait plus survivre. Fallait-il s'en rendre compte assez tôt et ne pas chercher à esquiver la situation. Pour reprendre un célèbre titre d'article : fallait-il se voiler la face quant à l'analyse des évènements et violer les libertés[29] ?

Le système juridique de l'état d'urgence est hérité indéniablement de la guerre d'Algérie. Devant une telle complexité de mise en place et une pratique quelque part honteuse de par ses irrégularités constantes, il nous semble que l'histoire aurait pu se permettre de l'oublier ou alors d'en tirer des leçons[30].

Robert Carvais
CNRS, CTAD

Presses universitaires de Paris Nanterre

28. Lire les interventions de M. Salah Bendjelloul, *JO*, 30 mars 1955, p. 2131-2132 et *JO*, 31 mars 1955, p. 2219, concernant la misère, l'oppression, le chômage des indigènes, reprises entre autres par le socialiste Francis Vals, le républicain et abbé Albert Gau et la communiste Alice Sportisse.

29. Gauthier Catherine, « La loi de 1955, "simple voile" ou "véritable viol des libertés" ? », in *JCPA*, 2005, p. 1373.

30. C'est ce que laissent à penser certains juristes comme Drago Roland, « L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques », in *RDP*, *op. cit.* ; ou Heymann Arlette, *Les Libertés publiques et la guerre d'Algérie*, *op. cit.,* p. 269.

Analyser

Presses universitaires de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre

État d'urgence et remise en cause de l'équilibre des pouvoirs

Si l'état d'urgence devait, comme il en est question, être prolongé au-delà des prochaines présidentielles, la France aura vécu sous ce régime particulièrement attentatoire aux libertés publiques pendant plus de 20 mois, du 14 novembre 2015 au 15 juillet 2017 !

On peut émettre quelques doutes sur l'efficacité et la légitimité de l'application sur une longue durée d'un tel régime juridique.

Son efficacité pratique est difficile à mesurer. Certes, un rapport parlementaire de juillet dernier fait état d'une dizaine de projets d'attentats déjoués grâce à l'action des services de renseignement et de sécurité[1]. Il reste néanmoins très difficile de déterminer l'apport spécifique des dispositions relatives à l'état d'urgence par rapport à celui des règles de droit commun. Celui-ci a probablement été mince, le même rapport reconnaissant que les spécialistes de la lutte contre le terrorisme n'évoquent guère les mesures prises dans ce cadre[2]. Il semble en effet que l'efficacité du mécanisme, son effet déstabilisateur, soient intimement liés à un effet de surprise qui s'atténue très vite[3]. À cet égard, une anecdote rapportée par Patrick

1. Assemblée nationale (AN), Rapport Pietrasanta, 5 juillet 2016, p. 262.
2. *Ibid*.
3. *Ibid*.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

Mairesse, directeur départemental de la sécurité publique dans l'Isère, apparaît particulièrement significative :

> Dès le deuxième jour suivant l'instauration de l'état d'urgence, il est arrivé que nous soyons accueillis d'un : « Enfin ! Je vous attendais… » C'est pour certains une question de standing ! Nous avons d'ailleurs trouvé chez un individu radicalisé un ordinateur dont l'entier contenu avait été vidé… à l'exception, dans l'historique, d'une recherche sur l'état d'urgence ! Et ce, dès le dimanche soir[4] !

Ainsi s'explique que près d'un tiers des perquisitions administratives ait été ordonné dans la semaine qui a suivi les attentats. En conséquence, et comme le soulignait un sénateur lors du débat du 20 juillet 2016 relatif à la 4e prolongation de l'état d'urgence « la reconduction […] de l'état d'urgence n'a que peu d'intérêt pratique[5] ».

Par ailleurs, le recours à cette législation d'exception que constitue l'état d'urgence apparaît sur certains points superflu. D'une part, des mesures identiques pouvaient dès l'origine être prises sur le fondement de la législation ordinaire[6]. D'autre part, plusieurs instruments juridiques ont été adoptés par le Parlement dans le cadre de la loi du 3 juin 2016 afin de renforcer la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement[7].

Presses universitaires de Rennes - Lecture

4. *Ibid.*

5. Mézard Jacques, *JO*, débats 20 juillet 2016.

6. Tel est le cas, par exemple, de la procédure de blocage des sites provoquant à la commission d'actes de terrorisme. Prévue à l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 modifiée, elle « doublonne » avec un dispositif législatif identique prévu par l'article 12 de la loi du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

7. Rapport AN n° 4281 du 6 décembre 2016, p. 20.

Le bilan strictement antiterroriste du régime d'état d'urgence est donc mince. Pour ne prendre qu'un exemple, les perquisitions administratives sont susceptibles d'entraîner l'ouverture de poursuites judiciaires incidentes en cas de découverte d'infraction. Au 2 décembre 2016, sur plus de 4 000 perquisitions administratives menées depuis novembre 2015[8], près de 670 ont entraîné de telles poursuites. Mais seules vingt procédures résultant au moins partiellement d'une perquisition administrative ont abouti à saisir la section antiterroriste du parquet de Paris.

Cette législation d'exception, dont la mise en vigueur était justifiée par le terrorisme islamiste, fait donc, pour l'essentiel, l'objet d'un usage de droit commun. Le processus aboutit à transformer un régime juridique par nature réactif – l'état d'urgence comme réponse à l'attentat – en un mécanisme préventif. Or, accorder une fonction préventive à une législation d'exception revient, de manière contestable, à l'ériger en alternative toujours possible aux procédures calibrées et aux solutions mesurées qui définissent l'ordre juridique en temps ordinaire[9].

Si l'état d'urgence apparaît ainsi d'un effet très relatif en termes de lutte contre le terrorisme[10], il est en revanche redoutablement efficace dès lors qu'il s'agit de

Presses universitaires de Paris Nanterre

8. On rappellera que, faute d'avoir été prévues par la 2e loi de prorogation, aucune perquisition administrative n'a eu lieu entre le 25 mai 2015 et le 20 juillet 2016.

9. Beaud Olivier et Guerin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, p. 149-150.

10. Sur cette « inadéquation de l'état d'urgence à la lutte contre le terrorisme », voir Cassia Paul, *Contre l'état d'urgence*, Paris, Dalloz, 2016, p. 97-107.

mettre en cause le fonctionnement normal des institutions publiques françaises. On peut en effet craindre que la pérennisation de l'état d'urgence aboutisse à remettre en cause en France tant l'équilibre des pouvoirs (1), que la garantie des droits (2).

1. L'état d'urgence bouleverse la séparation des pouvoirs en accentuant le primat du pouvoir exécutif (a) avec l'aval du pouvoir législatif (b).

a. La captation du pouvoir par l'exécutif en matière d'état d'urgence ne date pas d'hier. En 1960, c'est une ordonnance[11], prise sous la signature du général de Gaulle, qui transfère du Parlement au président de la République le pouvoir de déclarer l'état d'urgence. Le président de la République s'auto-attribue alors la compétence de déclarer l'état d'urgence au détriment du Parlement, jusqu'alors compétent[12]. Depuis, conformément au primat de l'Exécutif sous la Ve République, « l'état d'urgence est déclaré par décret en Conseil des ministres[13] », c'est-à-dire par un texte signé du chef de l'État. Il en résulte que le président de la République dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu pour déclarer l'état d'urgence, comme pour en définir le champ d'application territorial.

La déclaration de l'état d'urgence est une prérogative présidentielle de grande portée. Suivie de décrets d'application, elle emporte un renforcement conséquent

Presses universitaires de Paris Nanterre

11. 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.

12. Sur cette refondation de l'état d'urgence sous la Ve République gaullienne, voir Beaud Olivier et Guerin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence*, *op. cit.*, p. 74 à 80.

13. Ordonnance n° 60-372, *op. cit*, art. 2, al. 1.

des pouvoirs des autorités de police administrative. Or, la pratique de l'état d'urgence montre que ces prérogatives ont vite tendance à être utilisées en dehors des raisons qui furent à l'origine de la mise en place de l'état d'exception. En témoignent les 130 mesures d'interdiction de manifester et les 27 assignations à résidence prises pendant la COP21, peu de temps après les attentats de novembre 2015, à l'encontre de militants écologistes dont les liens avec les mouvances salafistes étaient évidemment inexistants. Elles mettent en évidence la liberté d'appréciation et d'action que l'état d'urgence offre au pouvoir exécutif, puisqu'il s'estime habilité à agir en dehors même des raisons qui ont justifié la déclaration d'état d'urgence. Il est vrai qu'au-delà de 12 jours, cet état d'exception ne peut être prolongé que par la loi. On ne saurait toutefois surestimer la portée de cette intervention du Parlement, tant les circonstances sont alors favorables au consensus entre pouvoir exécutif et législatif et à la liberté d'action du premier.

b. La doctrine classique – selon laquelle le pouvoir législatif a vocation à mettre quelques bornes aux élans répressifs du pouvoir exécutif – semble perdre l'essentiel de sa portée en période d'état d'urgence. Loin de jouer le rôle de contre-pouvoir, le Parlement, en novembre 2015 et plus encore peut être en juillet 2016, s'est laissé emporter par une logique majoritaire et, face à l'émotion du moment, n'a pas hésité à aller au-delà des souhaits du Gouvernement[14]. Quant aux parlementaires qui s'efforcèrent à la difficile conciliation entre impératif d'efficacité et respect des droits et libertés, ils virent

14. Voir sur ce point la contribution de S. Hennette-Vauchez dans ce même volume.

Presses universitaires de Paris Nanterre

leurs amendements quasi systématiquement rejetés, les formules retenues ayant l'avantage d'autoriser « une plus grande latitude d'action[15] ».

Les solutions adoptées par les parlementaires lors de l'adoption de la 4e prorogation de l'état d'urgence par la loi du 21 juillet 2016 (consécutive à l'attentat de Nice du 14 juillet au soir) sont à cet égard significatives. La loi du 21 juillet permet ainsi une interdiction très large des rassemblements et défilés, non pas pour des raisons classiques touchant à l'ordre public, mais au simple motif que l'autorité administrative ne serait pas en mesure d'assurer la sécurité des participants[16]. Un autre amendement crée un régime de contrôle d'identité préventif, avec fouille des bagages et des véhicules, sans autorisation du procureur, contrairement à ce que prévoit le droit commun[17]. Enfin, la loi s'efforce de contourner les effets de la décision du Conseil constitutionnel du 19 février 2016, qui avait déclaré contraire à la Constitution, faute d'avoir été autorisée par un juge, la saisie de matériel informatique lors des perquisitions administratives. La solution retenue est peu convaincante puisque la saisie reste libre et seule l'exploitation des données est soumise à une autorisation par le juge administratif des référés.

Enfin, on notera que ces lois du 20 novembre 2015 et du 21 juillet 2016, alors même qu'elles renforcent les

15. L'expression est tirée de l'intervention de Mme la secrétaire d'État, lors du débat devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale le 19 novembre 2015.

16. *Ibid.*

17. Article 4 de la loi du 21 juillet 2016, insérant l'article 8-1 au sein de la loi du 3 avril 1955. L'autorisation émane du préfet, le procureur devant simplement en être informé.

Presses universitaires de Paris Nanterre

dispositions les plus liberticides de la loi du 3 avril 1955, avec l'accord des parlementaires voire à leur initiative, ont été évidemment soustraites à tout contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel[18].

D'une efficacité douteuse, l'état d'urgence longue durée apparaît en conséquence lourd de dangers. Il ne se contente pas d'accroître les prérogatives du pouvoir administratif, il incite les autorités publiques à s'émanciper de l'équilibre des pouvoirs : primat de l'exécutif qui n'hésite pas à détourner les pouvoirs conférés, surenchère parlementaire destinée à aller au-delà des prérogatives nécessaires au gouvernement pour maintenir l'ordre public, abandon aux seuls justiciables du soin de protéger les droits et libertés, via une saisine du Conseil constitutionnel dans le cadre d'une QPC (question prioritaire de constitutionnalité) qui ne pallie pourtant qu'en partie l'absence de saisine *a priori*. La doctrine républicaine classique, qui voyait dans le Parlement le premier gardien des libertés, paraît désormais bien lointaine… Or, si l'équilibre des pouvoirs est ainsi remis en cause, il n'en va pas différemment de la garantie des droits.

2. Les lois du 20 novembre 2015 et du 21 juillet 2016 procèdent à un renforcement des pouvoirs de l'administration, sans véritable contrôle juridictionnel préalable.

Pourtant censé être le garant des libertés, le juge judiciaire se voit quasiment écarté du contrôle de l'ensemble des mesures prises sous le régime de l'état d'urgence au bénéfice du juge administratif (a). Quant au fondement

18. Sur cette absence de saisine, voir Beaud Olivier et Guerin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence*, *op. cit.*, p. 130-1 35.

Presses universitaires de Paris Nanterre

juridique de cet état d'exception, il n'a, en définitive, fait l'objet que d'un contrôle *a posteriori* qui n'a amélioré la protection des libertés que de manière marginale (b).

a. Dès novembre 2015, le Gouvernement français n'a eu de cesse de proclamer qu'il renforçait l'état d'urgence pour mieux défendre l'État de droit. Il ne pouvait donc, sans contradiction, renoncer à prévoir des garde-fous. Ainsi s'explique la disposition de la loi du 20 novembre 2015 qui insère au sein de celle du 3 avril 1955, l'article 14-1, en vertu duquel « les mesures prises sur le fondement de la présente loi sont soumises au contrôle du juge administratif ». S'il est vrai que le juge administratif s'est souvent efforcé de protéger les libertés, la disposition n'ajoute rien au droit commun.

Les actes pris en application de l'état d'urgence sont donc soumis au seul contrôle du juge administratif. Pourtant, l'article 66 de la Constitution érige l'autorité judiciaire, et non le juge administratif, en gardienne de la liberté individuelle. Or, le rôle du juge judiciaire est ici réduit à la portion congrue par l'action combinée de la législation relative à l'état d'urgence et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel[19]. Il apparaît essentiellement dans l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 modifié par les lois du 20 novembre 2015 et du 21 juillet 2016. L'article prévoit que le procureur de la République doit être informé sans délai d'une perquisition menée par l'autorité administrative et que compte-rendu et copie du procès-verbal de saisie doivent lui être communiqués.

19. Voir *infra*.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

Mais en réalité, le mécanisme est plus répressif que protecteur des libertés[20]. Le rôle de l'autorité judiciaire se réduit en effet à celui d'auxiliaire de l'autorité administrative : le juge ne peut ni interrompre l'opération menée, ni même solliciter un supplément d'information. Le dispositif a essentiellement vocation à permettre l'ouverture immédiate d'une information judiciaire en cas de découverte d'indices laissant supposer la commission d'infraction. Ce n'est que dans l'hypothèse où une procédure pénale est engagée que l'autorité judiciaire pourra être amenée, en application de l'article 111-5 du Code pénal, à apprécier la légalité des actes de l'administration si, de cet examen, dépend l'issue du procès pénal qui lui est soumis. On ne saurait en conséquence surestimer la fréquence d'une telle appréciation par l'autorité judiciaire des actes de l'administration. Elle suppose en effet que les perquisitions administratives soient suivies, non pas seulement de l'ouverture d'une information, mais de poursuites pénales. Or, au 21 juin 2016, le taux de pénalisation effectif ne concernait que 6 % des perquisitions administratives[21]. En conséquence, le système actuel ne soumet, pour l'essentiel, la mise en œuvre de l'état d'urgence qu'au seul contrôle des juges administratifs. Quels en sont les effets réels ?

Au regard des très nombreuses décisions individuelles prises sur le fondement des lois relatives à l'état d'urgence, le contentieux administratif demeure d'une très faible ampleur et a essentiellement concerné

Fraternité et de droits humains

20. Nous reprenons ici une partie de l'analyse de Nathalie Roret, « État d'urgence : quel rôle pour le juge pénal ? », in *Gaz. Pal.*, 22 mars 2016, p. 13.

21. Cassia Paul, *Contre l'état d'urgence*, *op. cit.*, p. 148.

les assignations à résidence. Se fondant sur une analyse rigoureuse des statistiques fournies par le Conseil d'État au 25 février 2016, Paul Cassia estime que le taux de contestation des quelques 400 assignations à résidence fut à peine supérieur à 18 %[22]. Parmi elles, seules onze assignations à résidence firent l'objet d'une suspension, soit un taux de succès inférieur à 3 %. Le taux de recours semble par ailleurs baisser de manière significative à mesure que l'état d'urgence se pérennise[23]. L'auteur évoque toute une série de facteurs qui semblent en effet se combiner pour limiter un tel contentieux : méconnaissance des voies de recours par les intéressés, déficit de confiance dans la juridiction administrative ou encore contraintes liées aux limitations de mouvement inhérentes à l'assignation[24].

Les autres types de mesures semblent encore plus rarement faire l'objet d'un contentieux. Or, au cœur de cet angle mort du contrôle figurent les perquisitions administratives qui sont pourtant, précisément, les mesures les plus utilisées. Par nature insusceptibles d'être stoppées même par une procédure de référé, elles ne peuvent faire l'objet, dans le meilleur des cas, que d'une action en responsabilité contre l'État pour obtenir un dédommagement financier. L'intervention du juge administratif n'a alors qu'un intérêt limité, puisqu'elle se situe *a posteriori*, après atteinte aux droits et libertés. Ainsi, les 3 594 perquisitions ordonnées entre le 14 novembre 2015 et le 25 mai 2016 n'ont donné

22. *Ibid*., p. 156.
23. *Ibid*, p. 157.
24. *Ibid*.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

lieu qu'à 22 recours indemnitaires[25]. Pourtant, les perquisitions administratives peuvent porter atteinte à un nombre considérable de droits fondamentaux, du droit au respect de la vie privée à celui de la présomption d'innocence, en passant par le droit à une vie familiale normale et à la protection des données personnelles[26]. C'est dire si la garantie que constitue le contrôle du juge administratif reste insuffisante. Il n'en va pas très différemment de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

b. Faute de saisine *a priori* du Conseil constitutionnel à l'occasion des modifications de la loi du 3 avril 1955, il convient de se référer aux décisions QPC intervenues depuis la promulgation de la loi du 20 novembre 2015. Or elles renforcent l'impression que seul un faible contrôle est exercé sur cet état d'exception.

La première QPC date du 22 décembre 2015. Elle est née du recours d'un militant écologiste connu pour son activisme radical lors de son assignation à résidence pendant la COP21[27]. Elle porte sur l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 modifiée qui autorise le ministre de l'Intérieur à « prononcer des assignations à résidence […] de toute personne […] à l'égard de laquelle il existe

Presses universitaires de Bordeaux

25. Chiffres extraits du tableau de synthèse, actualisé au 11 juillet 2016 et élaboré par l'Assemblée nationale sur le fondement de données fournies par le ministère de l'Intérieur.

26. Voir en ce sens, Cassia Paul, « Perquisitions administratives et état d'urgence : les droits fondamentaux entre parenthèses », blog *Mediapart.fr.*, 16 déc. 2015.

27. Sur cette décision, voir Roblot-Troizier Agnès, « Assignations à résidence en état d'urgence ». Note sous Conseil d'État, Section, 11 décembre 2015, M. C. Domenjoud, et sous Conseil constitutionnel, 22 décembre 2015, M. Cédric D., n° 2015-527 QPC, in *RFDA*, 2016, p. 123 et suiv.

des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public ».

La QPC est habile car elle ne conteste pas tant les termes de l'article 6, que l'absence de lien entre les motifs de la déclaration de l'état d'urgence et ceux de l'assignation à résidence[28]. Le Conseil se contente cependant de reprendre la formulation de l'article 6, sans faire référence aux raisons ayant justifié la déclaration de l'état d'urgence. Il accepte donc que les autorités administratives puissent faire de leurs pouvoirs un usage sans rapport avec les raisons qui ont justifié la déclaration d'état d'urgence. Par ailleurs, le Conseil considère l'assignation comme étant suffisamment encadrée et limitée pour ne pas être assimilable à une privation de liberté susceptible, en vertu de l'article 66 de la Constitution, d'entraîner compétence du juge judiciaire[29]. Une telle décision fait donc peu de cas « de la volonté du constituant d'ériger l'autorité judiciaire, y compris (et peut-être surtout) en temps de crise, en gardienne de la liberté individuelle[30] ». L'administration est ainsi soustraite à tout contrôle préalable du juge dans une matière pourtant particulièrement sensible.

Les deux décisions QPC suivantes, rendues le 19 février 2016, s'inscrivent dans la même lignée.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

28. Voir en ce sens, Roblot-Troizier Agnès, « Assignations à résidence en état d'urgence », in *RFDA*, *op. cit.*

29. Considérant 5, *in fine*.

30. Baranger Denis, « Quel "État de droit" ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence ». Note sous Conseil d'État, 27 janvier 2016, juge des référés, Ligue des droits de l'homme et autres, n° 396220, in *RFDA*, 2016, p. 355 et suiv.

Dans la première, l'article 8 de la loi de 1955, qui permet les interdictions de réunion et autorise les fermetures administratives de certains lieux, est déclaré conforme à la Constitution. À la Ligue des droits de l'homme qui dénonçait l'absence d'encadrement des prérogatives accordées à l'administration, le Conseil constitutionnel répond, là encore, par le caractère temporaire et conditionné de l'état d'urgence[31] et par la garantie que constitue le contrôle de proportionnalité opéré par le juge administratif[32].

La seconde QPC du 19 février 2016, relative à l'article 11 de la loi de 1955 modifiée, sur les perquisitions administratives[33], s'avère relativement plus protectrice. D'une part, le Conseil constitutionnel limite la possibilité de procéder à une perquisition de nuit, en exigeant qu'elle soit véritablement justifiée « par l'urgence ou par l'impossibilité de [l'] effectuer le jour[34] ». D'autre part, il déclare contraire à la Constitution la disposition de l'article 11 qui permettait aux forces de l'ordre de « copier toutes les données informatiques auxquelles il aura été possible d'accéder au cours de la perquisition[35] ». Une telle mesure est en effet « assimilable à une saisie » et devrait en conséquence faire l'objet d'une autorisation préalable par un juge.

Ce relatif libéralisme du Conseil constitutionnel n'a guère perduré.

31. Considérants 7 et 9.
32. Considérant 8.
33. Décision 2016-536 QPC du 19 février 2016.
34. Considérant 10.
35. Considérant 14.

Presses universitaires de Paris Nanterre

Certes, interrogé cette fois sur la conformité à la Constitution de l'article 11 (alinéa 1er relatif aux perquisitions) de la loi du 3 avril 1955 avant sa modification par la loi du 20 novembre 2015[36], le Conseil constitutionnel, par la décision QPC du 23 septembre 2016, a déclaré ladite disposition contraire à la Constitution, faute d'un encadrement suffisant. Toutefois, le Conseil a immédiatement neutralisé la portée de sa décision en faisant usage du pouvoir que lui confère l'article 62 alinéa 2 de la Constitution. Mais, loin de se contenter de limiter les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité pour des raisons de sécurité juridique comme l'y autorise cet article, le Conseil constitutionnel prive en réalité sa décision de tout effet. Il précise en effet au terme de sa décision que « 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 ».

Le caractère lénifiant du contrôle ainsi opéré transparaît également à travers la récente décision QPC du 2 décembre 2016[37]. Était ici en jeu la constitutionnalité des solutions inventées par le législateur pour limiter les effets de la QPC précitée du 19 février 2016. Le Conseil constitutionnel avait alors estimé que la possibilité

36. Il s'agissait du 1° de l'article 11 qui, dans la version antérieure à la loi du 20 novembre 2015, disposait que la loi ou le décret déclarant ou la loi prorogeant l'*état d'urgence « peuvent, par une disposition expresse* : 1° Conférer aux autorités administratives visées à l'article 8 le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit ».

37. Décision n° 2016-600 QPC.

Presses universitaires de Paris Nanterre

de copier les données stockées dans un système informatique lors d'une perquisition administrative n'était pas entourée de garanties légales suffisantes. Le législateur avait réagi *a minima* en subordonnant la seule exploitation des données à une autorisation par le juge administratif des référés. L'absence de soumission de la saisie des données à autorisation préalable d'un juge n'a nullement empêché le Conseil de conclure au caractère suffisant des garanties légales – exception faite de celles afférentes à la seule durée de conservation des données – et donc à la conformité du dispositif aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Cet ensemble de QPC, par sa faiblesse caractéristique, semble à l'image du contrôle sur l'état d'urgence tout entier. En réalité, le caractère édulcoré de ce dernier est à mettre en relation avec la nature même de l'état d'urgence, tel que le conçoit le droit français. En autorisant l'administration à prendre des mesures de sûreté profondément attentatoires aux droits et libertés, il conduit inévitablement à « un certain effacement de la séparation des autorités politiques, administratives et juridictionnelles[38] ». Ce faisant, il rend nécessairement aléatoire toute velléité de contrôle, c'est-à-dire de limitation. Sans doute peut-on voir dans cette inflexion du fonctionnement normal des institutions publiques, le principal risque de la pérennisation de l'état d'urgence.

Cécile Guérin-Bargues
Université Paris Nanterre, CTAD

Presses universitaires de Paris Nanterre

38. Baranger Denis, « Quel "État de droit" ? Quels contrôles ? Le juge des référés… », in *RFDA*, *op. cit.*

Presses universitaires de Paris Nanterre

État d'urgence : où sont passés les contre pouvoirs ?

La réalité juridique de l'état d'urgence en France, ce sont des décrets (notamment les décrets 2015-1475 du 14 novembre 2015 déclenchant l'application de la loi du 3 avril 1955, et 2015-1493 en étendant l'application à l'ensemble du territoire national, au-delà de la métropole) et des lois : loi du 20 novembre 2015 tout d'abord, puis lois du 19 février 2016, 20 mai 2016, du 21 juillet 2016 et désormais du 19 décembre 2016[1]. Certaines sont d'authentiques lois de prorogation ; mais deux d'entre elles font bien plus que cela ; c'est sur elles que la présente contribution entend porter le regard. Examinant les débats parlementaires, et s'intéressant à la mise en place (et non la mise en œuvre) de l'état d'urgence, il s'agit ici d'étudier la manière dont, à la faveur de ces interventions législatives, le jeu des pouvoirs et des contre-pouvoirs s'est joué dans notre régime constitutionnel. On s'attache en particulier au trio d'acteurs formés par le Gouvernement (qui propose, par quatre fois, des projets de lois de prorogation et donc de modernisation et de consolidation de l'état d'urgence), le Conseil d'État

1. La présente contribution, rédigée avant la 5e loi de prorogation (décembre 2016), n'inclut pas l'analyse des débats parlementaires afférents.

Presses universitaires de Paris Ouest - Nanterre

(obligatoirement saisi pour avis sur les projets de loi de prorogation) et le Parlement (qui a examiné, amendé et voté les lois proposées par le Gouvernement) dans la confection du régime de l'état d'urgence qui est aujourd'hui le nôtre. Ce faisant, on souligne combien la mise en place de l'état d'urgence depuis le 14 novembre dernier a opéré via un processus d'aggravation continu du régime de l'urgence. En effet, il ne s'est jamais agi pour le Conseil d'État (en sa capacité consultative) et pour le Parlement que d'accompagner le mouvement initié par l'exécutif, sans résistance ou opposition voire, de procéder à l'aggravation du régime et des initiatives proposées par l'exécutif – lesquelles allaient déjà toutes dans le sens d'une aggravation du régime de base, celui fixé par la loi du 3 avril 1955. De sorte que l'état d'urgence sous l'empire duquel nous vivons aujourd'hui est singulièrement plus rigoureux que celui imaginé en 1955. On peut alors se demander : où sont passés les contre-pouvoirs ?

Les chiffres parlent parfois d'eux-mêmes ; ici, ils attestent l'ampleur du mouvement qu'on entend décrire : l'absence d'opposition, et en fait l'accompagnement voire la participation active à une politique d'aggravation continue du régime de l'urgence, est un mouvement massif. Ainsi, en novembre 2015, seuls 6 députés sur 558 votants s'opposaient à l'adoption de la loi de prorogation de l'état d'urgence **et renforçant l'efficacité de ses dispositions,** tandis qu'au Sénat, on enregistrait 12 abstentions contre 336 suffrages en faveur du texte. Neuf mois plus tard, l'équilibre n'était guère altéré pour l'adoption de la loi du 21 juillet 2016 prorogeant l'état d'urgence et portant mesures de renforcement

Presses universitaires de Paris Nanterre

de la lutte antiterroriste : au Sénat, 26 votes « contre » peinent à contrebalancer 316 votes « pour » – comme à l'Assemblée nationale où 97 votes « pour » écrasent 5 votes « contre ». Ces chiffres, déjà éloquents en eux-mêmes, sont intéressants à lire à la lumière de la phrase conclusive de l'ouvrage consacré par François Saint Bonnet à l'état d'exception. Au terme d'une analyse ayant démontré que « les législations d'exception ne changeraient rien ni à l'exercice du pouvoir dans l'état d'exception, ni aux risques d'abus », notamment parce que « le contrôle de gouvernants dotés de pouvoirs spéciaux » serait nécessairement « hypothétique », il conclut : « pour ceux qui défendent l'ordre démo-libéral contemporain, le danger n'est pas dans les risques qu'il encourt en cas de nécessité mais dans le manque de ferveur pour le défendre[2] ». On s'interroge alors : la situation présente ne témoigne-t-elle pas précisément d'un manque de ferveur des parlementaires ? Plus encore, l'analyse, au fond, de l'ensemble des étapes de la procédure ayant mené à l'adoption de ces textes, et la pauvreté des débats relatifs à des entorses majeures à des principes fort établis de « l'État de droit » dont les principaux promoteurs de cet ensemble législatif affirment, sans être démentis, qu'il ne sort que « renforcé » par l'état d'urgence[3], démontrent, sinon le manque de ferveur des contre-pouvoirs impliqués, à tout le moins un cruel manque de culture des libertés.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

2. Saint-Bonnet François, *L'État d'exception*, Paris, PUF, 2001, « Léviathan », p. 384.

3. Manuel Valls, Sénat, 20 novembre 2015 : « Les choix que nous faisons, je le répète, ne mettent aucunement en cause l'État de droit et la démocratie. Ils sont au contraire des outils destinés à les renforcer. »

En amont du processus législatif : pas d'opposition aux projets gouvernementaux

Sollicité, en application de l'article 39 de la Constitution, pour formuler un avis sur chacun des projets de loi par lesquels le Gouvernement a enclenché la prorogation législative de l'état d'urgence, le Conseil d'État n'y a jamais trouvé grand chose à redire. Le premier de ces avis date du 16 novembre ; on n'y lit aucune réserve vis-à-vis du projet de loi présenté par le Gouvernement. Ainsi par exemple, pour ce qui est de la durée de trois mois de prorogation de l'état d'urgence sollicitée d'emblée par le Gouvernement, elle est qualifiée, sans autre forme de procès ou d'investigation, de « justifiée ». Certes, à partir de son avis du 2 février 2016 rendu sur le projet de loi de 2e prorogation de l'état d'urgence, le Conseil inaugure la répétition d'une affirmation qui se retrouvera dans chacun de ses avis subséquents, à savoir : l'état d'urgence n'a pas vocation à durer indéfiniment, il doit demeurer temporaire. Pour autant, chaque fois, et par-delà cette affirmation qui dès lors est essentiellement incantatoire, il exprime l'avis que les conditions d'application pérenne de l'état d'urgence sont réunies, soit du fait de la seule persistance de la menace terroriste (avis du 2 février 2016 et du 18 juillet 2016), soit du fait de la conjonction de cette menace avec l'organisation en France de manifestations sportives de grande ampleur (Euro 2016 et Tour de France, avis du 28 avril 2016).

La relative lapidité avec laquelle le Conseil d'État s'exprime relativement au point de savoir si les conditions d'application de l'état d'urgence sont réunies et si la durée de prorogation demandée par le Gouvernement

Presses universitaires de Rennes

est justifiée, est d'autant plus problématique que ses avis revêtent, dans la suite du processus législatif, une importance non négligeable. C'est en effet à plusieurs reprises, au cours des travaux et débats parlementaires, qu'il est fait référence à l'appréciation du Conseil d'État, présentée comme une garantie de ce qu'un examen de fond sur la nécessité et l'opportunité d'une énième prorogation a eu lieu (voir par exemple les interventions en ce sens de P. Popelin, R.-G. Schwartzenberg ou Y. Goasdoué). Se met alors en place un phénomène d'évitement à paliers successifs : les parlementaires prennent appui sur l'avis du Conseil d'État, lequel prend appui sur les données fournies par le Gouvernement, lequel se retrouve, *in fine*, seul maître à bord – et ce d'autant plus qu'il est entendu, parmi l'ensemble des acteurs du débat, que le Conseil constitutionnel ne sera pas saisi par voie d'action. Manuel Valls avait en effet sèchement fait taire toute velléité en ce sens lors des débats relatifs à la loi du 20 novembre 2015, et cela a produit des effets pérennes ; ainsi, lors des débats parlementaires de juillet 2016, ce n'est plus sous forme de question mais d'affirmation que la non-saisine du Conseil est évoquée, comme l'illustre par exemple l'affirmation tirée du rapport de la Commission des lois : « nous savons tous que ce texte ne sera pas soumis au contrôle du Conseil constitutionnel ».

Quant au fond des mesures prévues, notamment par les 1er et 4e projets de loi de prorogation, elles sont présentées par le Conseil d'État comme répondant aux exigences de proportionnalité. L'analyse de détail est rapide. Tantôt, elle laisse indemne le dispositif prévu par le Gouvernement. Ainsi, les dispositions permettant que des saisies soient effectuées lors des perquisitions

Presses Universitaires de Paris Nanterre

et prévoyant les modalités de l'autorisation de leur exploitation par le juge administratif sont jugées « apporter conjointement les "garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée" ».Tantôt, l'intervention du Conseil à titre consultatif aggrave le projet gouvernemental ; ainsi, à propos de la dissolution d'associations « qui participent à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public ou dont les activités facilitent cette commission ou y incitent », le Conseil recommande la suppression d'une condition cumulative figurant initialement dans le projet gouvernemental, qui subordonnait la possibilité de telles dissolutions au fait que l'un des membres (ou un contact) de l'association en question fasse par ailleurs l'objet d'une assignation à résidence – recommandation bientôt suivie par la Commission des lois de l'Assemblée nationale. Jamais, à l'inverse, les avis du Conseil d'État n'aboutissent à ce que des réserves ni, *a fortiori*, une opposition, ne soient émises.

Enfin, on observe un jeu croisé entre le Conseil d'État en formation administrative et en formation contentieuse d'une part, et entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel d'autre part, sur la question des garanties qui entourent la mise en œuvre de l'état d'urgence. Ainsi, dès son 2e avis, datant de février 2016, le Conseil d'État souligne que « les contrôles juridictionnels » des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence « se sont révélés effectifs ». Il s'appuie pour ce faire sur l'appréciation qu'en a donné le Conseil constitutionnel dans sa décision QPC 2015-527 du 22 décembre 2015 et sur la

Presses Universitaires de Paris Nanterre

procédure de référé-liberté qui « permet, dans des délais très brefs un débat oral et contradictoire devant un juge qui dispose, vis-à-vis de l'administration, de larges pouvoirs de suspension et d'injonction ». Il insiste ainsi sur le fait qu'« un nombre significatif de mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence ont ainsi été suspendues, modifiées ou abrogées ». Dans son avis d'avril 2016, il réitère cette appréciation positive sur l'effectivité du contrôle juridictionnel pour donner un avis favorable à la 3e prorogation. Or ces observations mériteraient d'être replacées dans leur contexte temporel (car il y a bien eu un certain retard à l'allumage du contrôle juridictionnel de l'état d'urgence) ainsi que, de manière plus générale, du point de vue de la rigueur effective de ce contrôle juridictionnel de l'état d'urgence. Les chiffres disponibles[4] ne sont, en effet, guère impressionnants au regard d'un total de 3 567 ordres de perquisition (du 14 novembre 2015 au 16 avril 2016) et de 268 assignées à résidence au 25 février 2016 – et 69 au 1er mai ; et le corpus jurisprudentiel mérite, en toute hypothèse, d'être examiné de près.

Images Copyright Le Bois Noir

4. Voir par exemple le bilan chiffré de l'état d'urgence au 1er mai 2016 tel qu'établi par la Commission des lois du Sénat : https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/communication/Autre/2016-27_CP_3e_Prorogation_etat_d_urgence_-_Document_definitif_prorogation.pdf : le contrôle du juge administratif a mené, pour ce qui est des mesures d'assignation, à ce que 16 mesures aient été suspendues et 12, annulées, tandis que 9 mesures de perquisition ont été annulées. Voir aussi le bilan établi par le Conseil d'État en juillet 2016 qui recense, en référé, 216 ordonnances rendues par les TA (33 suspensions totales ou partielles, 26 abrogations et 157 rejets) et 44 par le Conseil d'État (7 suspensions totales ou partielles, 24 rejets et 13 cas dans lesquels le ministre de l'Intérieur a retiré les mesures attaquées avant que le juge ne statue – ce qui représente 30% des mesures contestées !).

En aval : aggravations répétées du régime de l'urgence

L'aggravation, quant à elle, se lit à trois niveaux principaux : celui de la durée de la prorogation accordée, celui du régime des mesures liées à l'état d'urgence, et celui des mesures à portée plus large, introduites dans la loi du 21 juillet 2016 qui ne se borne nullement à proroger mais complète très largement et le dispositif de lutte contre le terrorisme et le dispositif de renseignement.

Durée

La question de la durée de prorogation de l'état d'urgence est, d'emblée, une question essentielle – en particulier du point de vue de la problématique du contrôle de l'action gouvernementale et, donc, du rôle des contre-pouvoirs –, car l'état d'urgence, par définition, emporte le transfert à l'autorité administrative d'un nombre accru de pouvoirs dont beaucoup passent par une restriction aux libertés : perquisitions administratives, assignations à résidence et autres restrictions à la liberté d'aller et venir, fermeture de salles de spectacle et de divertissement, interdiction des manifestations et rassemblements… On pourrait dès lors considérer que si le déclenchement de l'état d'urgence demeure une compétence de l'exécutif, sa prorogation doit non seulement donner lieu à un réel contrôle mais aussi être le plus précisément circonscrite possible (notamment dans le temps). Est donc mise en jeu la mesure dans laquelle les travaux parlementaires sont le lieu de la justification de l'action publique (et donc, de la responsabilité). De ce point de vue, le fait même pour le Gouvernement de demander d'emblée,

Presses universitaires de Paris Nanterre

en novembre 2015, une prorogation de trois mois pouvait être considéré comme excessif – ou devant être justifié. Mais de justification il n'y a pas eu – et de contestation, pas davantage. Députés et sénateurs y vont de leur appréciation (trois mois minimum, au moins six mois, un an ou plus…), mais sans jamais qu'on ne trouve de justification. À titre d'exemple, on peut évoquer le fait qu'en juillet 2016, et alors même que c'est la commission des lois de l'AN qui porte le délai de 3 mois (demandés par le Gouvernement) à 6 mois, la formulation la plus aboutie est certainement celle de la députée Marie-Françoise Bechtel qui « approuve la prorogation à six mois » en expliquant que ce délai « a un sens : il nous mène jusqu'aux fêtes de fin d'année » (sic). En fait, les interventions mettant en cause la durée proposée de prorogation (trois mois en novembre 2015 et juillet 2016) sont demeurées rarissimes, tandis que nombre de parlementaires sont intervenu(e)s dans les débats par voie d'amendements pour proposer des durées plus longues que celles sollicitées, allant souvent jusqu'à un an…

Mesures

Assignations à résidence

D'emblée, la loi du 20 novembre 2016 a donné le *la*, en établissant qu'il est possible de prendre une mesure d'assignation à résidence vis-à-vis de « toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics » (par contraste, et pour mémoire, la loi du 3 avril 1955 prévoyait qu'une telle mesure ne pouvait être prise qu'à l'encontre de

Presses universitaires de Paris Nanterre

personnes « dont l'activité s'avère dangereuse » pour l'ordre et la sécurité publics). Par rapport à la lettre du texte de 1955, le nouveau critère est bien flou et fondé tout entier sur le « comportement » plutôt que sur des faits tangibles (actions, activités) – participant dès lors, en cela, d'une forme de rupture avec les principes du droit pénal moderne. L'enjeu n'est pas que théorique, dès lors que ces formules forment la base sur laquelle opère, en aval, le contrôle de la légalité des mesures prises dans le cadre de l'urgence ; de sorte qu'un énoncé législatif plus vague affaiblit *ipso facto* les possibilités de contrôle du juge administratif.

En outre, la loi du 20 novembre 2015 crée la possibilité d'assortir la mesure d'assignation à résidence de diverses mesures complémentaires qui sont loin d'être bénignes. L'assignation peut ainsi être complétée par : une astreinte à demeurer 12h par jour dans un lieu fixé par le ministre de l'Intérieur ; un placement sous bracelet électronique (pour les personnes ayant été condamnées à des peines privatives de liberté pour crime ou délit terroriste puni de 10 ans d'emprisonnement et ayant terminé l'exécution de leur peine depuis moins de 8 ans) ; une interdiction d'entrer en contact avec certaines personnes, d'une obligation de se présenter aux services de police ou de gendarmerie selon une périodicité pouvant aller jusqu'à trois fois par jour ou encore de la remise de passeport aux autorités. On le voit, l'assignation à résidence version 2015 est bien plus robuste que celle envisagée par le législateur de 1955.

Nonobstant, l'œuvre du Parlement sur tous ces points a été d'*aggraver* le projet initial du gouvernement – et n'a *jamais* opéré en sens inverse. Ainsi, c'est le Parlement

Presses Universitaires de Paris Nanterre

qui porte à 12h par jour la durée maximale de l'astreinte à demeurer dans un lieu déterminé tandis que le Gouvernement ne « demandait » que 8h ; c'est le Parlement qui permet que l'interdiction d'entrer en contact avec certaines personnes puisse, le cas échéant, perdurer au-delà de la durée pour laquelle l'assignation à résidence est prononcée (le Gouvernement n'en espérait pas tant, qui avait prévu que cette mesure complémentaire soit levée automatiquement avec la fin de l'assignation à résidence, mesure principale). Plus encore, c'est le Parlement qui prévoit le placement sous bracelet électronique des assignés – une mesure tout simplement absente du projet de loi initial – et relevant, jusque-là, de la compétence exclusive du juge judiciaire (voir CC, 2005-527DC, Récidive des infractions pénales).

Perquisitions

On peut mener une analyse semblable sur la définition du régime juridique des perquisitions. Même si les cas dans lesquels les perquisitions sont autorisées ne diffèrent guère aujourd'hui du texte de 1955, il est une innovation de taille, proposée par le Gouvernement dès novembre 2015 : la possibilité pour les forces de l'ordre de saisir, à l'occasion d'une perquisition, les données stockées dans les équipements informatiques trouvés sur place. Là encore, le Parlement ne va avoir de cesse, au fil de ses interventions, de compléter l'initiative gouvernementale dans le sens de diverses aggravations. Non content de ne nullement remettre en cause cette possibilité de consultation et saisie des données ouverte aux autorités administratives par le Gouvernement, alors même qu'elle est totalement dérogatoire au droit commun et massivement restrictive des libertés (vie privée,

Presses universitaires de Rennes

propriété etc.), le Parlement va ainsi la renforcer, en conférant par dessus le marché au ministre de l'Intérieur la compétence de prendre « toute mesure pour assurer l'interruption de tout service de communication au public en ligne provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ». Le Parlement accompagne donc sans coup férir le gouvernement dans son effort de dépassement de la censure du dispositif initialement voté par le Conseil constitutionnel (voir CC, 2016-536 QPC, 19 février 2016), votant en juillet 2016 un dispositif inédit prévoyant, d'une part, la possibilité de perquisitions par ricochet, régularisables *a posteriori* et, d'autre part, l'intervention, en référé, du juge administratif pour autoriser l'exploitation des données informatiques saisies lors d'une perquisition. Aucune opposition du Parlement : les dispositions votées sont en tout point conformes au projet du Gouvernement – la seule velléité de modification, finalement inaboutie, ayant été celle de certains parlementaires souhaitant abaisser de 48h à 24h le délai dans lequel le juge administratif devrait se prononcer pour autoriser ou proroger le délai d'exploitation des données saisies.

Fermeture des salles de spectacle et réunions

La loi du 3 avril 1955 prévoyait en son article 8 que le ministre de l'Intérieur pouvait « ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature » dans le cadre de l'état d'urgence ; de même, elle prévoyait que « peuvent également être interdites, à titre général ou particulier, les réunions de nature à provoquer ou entretenir le désordre ». Sur ce point, le Gouvernement et le Parlement n'interviennent pas via la loi du

Presses universitaires d'Aix-Marseille

20 novembre 2015, ces dispositions permettant à elles seules de prendre des mesures telles que celle qui, à Paris, interdit tous les rassemblements jusqu'au 30 novembre 2015 – mesure qui a fait grand bruit dès lors qu'elle a notamment eu pour effet d'interdire la grande manifestation qui était prévue en marge de l'ouverture du sommet de la COP21.

Neuf mois plus tard, néanmoins, le ton se durcit singulièrement au Parlement et tout particulièrement au Sénat, à qui l'on doit un enrichissement considérable de l'article 8 de la loi de 1955 qui inclut désormais, dans sa rédaction issue de la loi du 21 juillet 2016 :

– une mention spéciale relative aux lieux de culte qui doivent pouvoir faire l'objet des mesures de fermeture provisoire, au même titre que les salles de spectacle et débits de boissons, lorsqu'y sont tenus « des propos constituant une provocation à la haine ou à la violence ou une provocation à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes » ;

– une adjonction prévoyant la possible interdiction de « cortèges, défilés et rassemblements de personnes sur la voie publique » dès lors que « l'autorité administrative justifie ne pas être en mesure d'en assurer la sécurité compte tenu des moyens dont elle dispose ». Il faut prendre la mesure de l'importance de cette formulation – proposée, qui plus est, au beau milieu de polémiques en lien avec des velléités d'interdiction de manifestations contre la loi Travail –, qui revient à permettre l'interdiction de manifestations et rassemblements dont les forces de l'ordre affirment – fût-ce à cause de l'état d'urgence – qu'elles ne sont pas en mesure d'en assurer la sécurité.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

Raisonnement délétère pour les libertés, qu'on a par exemple entendu se déployer durant la mémorable controverse sur le burkini à l'été 2016, certaines autorités municipales expliquant que l'interdiction de cette tenue de plage était rendue nécessaire par la mobilisation des forces de l'ordre dans le cadre de l'état d'urgence et donc l'impossibilité pour elles d'assurer autrement que par cette mesure extrême la sécurité des plages et la prévention des attroupements et échauffourées supposément causés par ce vêtement.

Sur un tout autre registre, c'est encore au Sénat que l'on doit un nouvel alinéa de l'article 8 de la loi de 1955, prévoyant la possibilité pour le préfet d'ordonner des contrôles d'identité de l'article 78-2 du code de procédure pénale, ainsi que la fouille des bagages et des véhicules sur la voie publique.

Il faudrait bien sûr également compter, dans ce processus où l'on observe que le Parlement accompagne sans jamais s'y opposer ou chercher à les freiner, les ardeurs sécuritaires gouvernementales, avec le fait que la loi du 21 juillet 2016, non contente de proroger l'état d'urgence, compte, suite notamment à l'intervention du Sénat, un second titre totalement détaché de l'état d'urgence *stricto sensu*, dès lors qu'il comporte de nouvelles dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme. C'est donc le glissement du registre de l'exception à celui de la normalité, puisqu'à la faveur de la première, on instaure des dispositions nouvelles dans le droit commun, *i.e.* des dispositions qui ont vocation à perdurer au-delà de l'urgence. Ce point est d'autant plus important qu'en l'occurrence, les dispositions ainsi insérées sont

Presses universitaires du Mirail

loin d'être mineures[5] et que, par-delà le fond et pour demeurer sous l'angle de la problématique des pouvoirs et contre-pouvoirs, leur adoption est le fait d'une grande brutalité pour les formes et les rapports institutionnels. Ainsi, non seulement le rapporteur du texte au Sénat, Michel Mercier (dont il faut rappeler qu'il a été Garde des Sceaux), présente pas moins de 18 amendements au projet de loi gouvernemental (autant dire un enrichissement considérable du projet de loi initial), mais encore il présente son initiative comme l'occasion de revenir sur certaines des propositions sénatoriales qui avaient précédemment été écartées. Il s'agit en effet pour l'essentiel, ni plus ni moins, de la réintroduction de mesures repoussées par la commission mixte paritaire (CMP) réunie dans le cadre de l'adoption de la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. Or, poussés notamment par l'urgence, tant le gouvernement que la CMP se montreront, au total, particulièrement bienveillants vis-à-vis des propositions sénatoriales, dont très peu sont repoussées. C'est en fait, pour l'essentiel, la rétention de sûreté, qui, proposée par le Sénat, se verra repoussée et même qualifiée de « limite infranchissable » par le Premier ministre. À titre secondaire, on voit également disparaître l'instauration d'un délit de séjour intentionnel à l'étranger sur le théâtre d'opérations terroristes.

5. Que l'on mettra utilement en perspective grâce à la lecture de Sizaire Vincent, *Sortir de l'imposture sécuritaire*, Paris, La Dispute, 2016.

Presses Universitaires de Paris Ouest

Le Parlement et le Conseil d'État, par leur association et participation aux processus législatifs sur lesquels prend appui le régime d'urgence en vigueur depuis le 14 novembre 2015, n'auraient-ils alors *rien* apporté ? Se seraient-ils contentés d'aggraver les projets du Gouvernement ? N'aurait-on ici retenu que les éléments à charge ? Assurément, toute interprétation et présentation totalement manichéenne serait exagérée ; et il faut en effet concéder quelques apports positifs des acteurs concernés. Ainsi, le droit de contester en justice les mesures liées à l'urgence a été affirmé, et les garanties juridictionnelles normalisées, par la loi du 20 novembre 2015. Mais la loi de 1955 activée par les décrets des 14 et 18 novembre prévoyait sur ce point un dispositif dérogatoire et caduc. On peut de même souligner que l'information puis le contrôle du Parlement sur l'application de l'état d'urgence ont été renforcés ; ou encore que les dispositions de la loi de 1955 sur le contrôle de la presse n'ont pas été réactivées – bien qu'il s'en soit fallu de peu. De même, certains parlementaires ont affirmé, répété, que ce n'est qu'à contrecœur qu'ils voteraient les prorogations qui se sont succédé depuis novembre 2015. Mais le parlementaire qui vote à contrecœur manifeste-t-il la ferveur nécessaire à la défense de l'ordre démo-libéral soulignée par François Saint-Bonnet ? On peut s'interroger à la lecture de certaines interventions de parlementaires. Ainsi, aussitôt après avoir affirmé : « vous nous demandez de valider la prorogation de l'état d'urgence au bénéfice du doute, car au fond beaucoup d'incertitudes et de doutes planent autour de cette

Presses universitaires de Paris Nanterre

question », tel parlementaire s'engage à voter « oui » au regard de l'importance symbolique du texte ; quant à tel autre, après avoir souligné que « beaucoup des dispositions introduites par le Sénat violent les libertés individuelles », il s'engage néanmoins à approuver le texte « par fidélité à l'esprit républicain » (sic)[6]. Les contre-pouvoirs n'ont alors peut-être pas disparu, *stricto sensu*. Mais ils se sont tus.

Stéphanie Hennette-Vauchez
Université Paris Nanterre, CTAD

Presses universitaires de Paris Nanterre

6. Rochebloine François, UDI, AN, 21 juillet 2016 et Claireaux F., *ibid.*

Presses universitaires de Paris Nanterre

Constitutionnalisation de l'état d'urgence : avancée ou recul de l'État de droit ?

La constitutionnalisation de l'état d'urgence aurait-elle pu, et pourrait-elle encore, constituer un progrès de l'État de droit ? Lorsque celle-ci est annoncée par François Hollande devant le Congrès réuni à Versailles le 16 novembre 2015, il s'agissait, « au-delà de l'urgence », de faire évoluer la Constitution « pour permettre aux pouvoirs publics d'agir, conformément à l'état [sic] de droit, contre le terrorisme de guerre ». Faisant siennes les « orientations » du comité « Balladur » – et avant lui du comité « Vedel » –, le président de la République estimait nécessaire d'inscrire dans la Constitution, aux côtés de l'état de siège, les conditions d'utilisation de ces régimes afin de « disposer d'un outil approprié » face à des événements exceptionnels « sans compromettre l'exercice des libertés publiques ».

Le projet de loi constitutionnelle de « protection de la Nation » présenté le 23 décembre 2015 n'a pas respecté ce (prétendu) « serment de Versailles ». D'une part, alors que la déchéance de nationalité de Français de naissance par des faits de terrorisme n'était présentée que comme une mesure devant, parmi d'autres, « accompagner » la constitutionnalisation de l'état d'urgence, elle a été intégrée dans la réforme constitutionnelle.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

Cette « grossière erreur[1] » dans laquelle le président de la République s'est enferré, aboutira non seulement à diviser les Français, comme François Hollande l'a lui-même reconnu dans son discours de non-candidature du 1er décembre 2016, mais aussi à l'abandon de la révision le 16 mars 2016. D'autre part, nous partageons l'avis de Paul Cassia lorsqu'il estime que « cette proposition de constitutionnaliser l'état d'urgence […] était pitoyable à la fois juridiquement […] et politiquement […][2] » ou celui d'Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues lorsqu'ils soulignent que non seulement le projet gouvernemental était « contraire aux intentions affichées » mais en outre il « aggravait en réalité les dispositions contenues dans la loi de 1955[3] ».

Mais le principe même de constitutionnalisation de l'état d'urgence était-il réellement « inutile[4] » – ou encore « superflu[5] », comme l'ont estimé nombre de commentateurs au motif que l'état d'urgence « n'avait pas besoin de pénétrer notre Constitution[6] » ? Nous ne le

1. Cassia Paul, *Contre l'état d'urgence*, Paris, Dalloz, 2016, p. 49.

2. *Ibid*.

3. Beaud Olivier et Guerin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, LGDJ, 2016, p. 167.

4. François Bastien, « La réforme constitutionnelle est au mieux inutile, au pire dangereuse », in *Médiapart*, 19 novembre 2015 ; Beaud Olivier, « Ce projet de réforme constitutionnelle est inutile et inepte », in *Le Monde*, 1er février 2016 ; Le Pourhiet Anne-Marie, « État d'urgence : une révision constitutionnelle parfaitement inutile », *Marianne.fr,* fév. 2016 ; Mathieu Bertrand, « La tentative de révision constitutionnelle relative à l'état d'urgence et à la déchéance de nationalité – Radiographie d'un échec », in *RFDA*, 2016, p. 417.

5. Beaud Olivier et Guerin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence…*, *op. cit.,* p. 160.

6. Mastor Wanda, « Constitutionnaliser, proroger l'état d'urgence ? »

Presses Universitaires de Paris Nanterre

pensons pas. À notre sens, l'inscription dans le « marbre constitutionnel » de ce « régime civil des crises », pour reprendre les termes de l'exposé des motifs, aurait des vertus. Dès lors qu'on admet que la sauvegarde de la démocratie ou la réponse à des situations de crise rendent nécessaires, dans certaines circonstances, des états d'exception, une constitutionnalisation de l'état d'urgence paraît être la moins mauvaise des solutions possibles pour limiter l'arbitraire consubstantiel à ce type de régime[7]. Dans une perspective de protection des droits et libertés fondamentaux, il est préférable d'encadrer un état d'exception en définissant *a priori* ses règles du jeu et en empêchant autant que faire se peut les modifications de celles-ci durant son application. Or, dans un État de droit, la norme constitutionnelle est l'instrument privilégié pour définir les compétences et limiter les pouvoirs des autorités instituées. Elle constitue aussi en règle générale la norme la plus difficile à modifier – comme l'a d'ailleurs montré *in vivo* l'échec de la constitutionnalisation de l'état d'urgence associé à la déchéance de Français de naissance.

Certes, nous ne sommes pas ignorant des « usages stratégiques » d'une telle réforme constitutionnelle[8], surtout dans le contexte où le gouvernement agite dans l'exposé des motifs de son projet de loi constitutionnelle « l'effet utile » d'une telle révision. Nous n'ignorons pas que toute

Presses Universitaires de Paris Nanterre

in *JDA*, 2016, Dossier 01, *État d'urgence* ; Art. 51.

7. Saint Bonnet François et Beaud Olivier, « État d'urgence : un statut donné à l'arbitraire », in *JCP G.*, 25 janvier 2016, p. 137.

8. Boucobza Isabelle et Girard Charlotte, « "Constitutionnaliser" l'état d'urgence ou comment soigner l'obsession d'inconstitutionnalité ? », *Rev DH/ADL*, 05 février 2016 http://revdh.revues.org/1784

constitutionnalisation n'est pas nécessairement synonyme de garantie ou de progrès des droits fondamentaux[9]. Nous sommes néanmoins convaincu que la constitutionnalisation de l'état d'urgence reste encore le meilleur moyen, dans un État de droit doté d'institutions démocratiques, de pouvoirs séparés et de contre-pouvoirs (médias, société civile), de borner celui-ci autant que faire se peut. Comme l'ont exprimé les révolutionnaires dans la Déclaration de 1789, « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée […] n'a point de Constitution ». Comment admettre qu'un état d'exception permettant de déroger de manière aussi substantielle au régime constitutionnel de garantie des droits puisse avoir un fondement autre que la norme suprême ? Ainsi, si on prend au sérieux le fait que dans un État de droit un état d'exception puisse valablement être saisi et encadré par le droit constitutionnel (1), la constitutionnalisation de l'état d'urgence suppose néanmoins d'intégrer dans celle-ci un certain nombre de garde-fous (2).

1. Prendre au sérieux la Constitution comme instrument d'encadrement d'un état d'exception

Il existe différentes appréhensions des états d'exception dans une démocratie[10]. Dans une conception

Presses universitaires de Paris Nanterre

9. Sorel Jean-Marc, « Paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international – Le Côté obscur de la force », in *Les Droits de l'Homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, Hennette-Vauchez Stéphanie et Sorel Jean-Marc (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 218.

10. Saint Bonnet François, *L'État d'exception*, Paris, PUF, 2001 ; Basilien-Gainche Marie-Laure, *État de droit et états d'exception : une conception de l'État*, Paris, PUF, 2013.

radicale – défendue en particulier par Carl Schmitt[11] ou Giorgio Agamben – il existerait par essence une incompatibilité intrinsèque entre l'état d'exception et l'État de droit. L'état d'urgence ne serait en aucun cas un « bouclier qui protège la démocratie[12] » et ne pourrait être constitutionnalisé car il s'agit d'un « espace vide de droit[13] ». Mais dans un autre versant théorique, kelsénien et constitutionnaliste, on peut faire confiance à la Constitution dans un État de droit et aux acteurs institutionnels chargés de l'appliquer. Dans cette conception, il est donc possible de concevoir un état d'exception constitutionnel.

Opposés à la constitutionnalisation de l'état d'urgence, Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues soulignent pourtant eux-mêmes que l'état d'urgence intéresse le droit constitutionnel. D'une part parce qu'il appartient, avec les pouvoirs exceptionnels de l'article 16 de la Constitution et l'état de siège de l'article 36, à la catégorie des « pouvoirs de crise[14] ». D'autre part, parce qu'il permet de déroger ou de suspendre des droits et libertés constitutionnels. Enfin, parce qu'il s'agit « indirectement, mais nécessairement, [d'une question] constitutionnelle car elle affecte la nature et l'évolution des rapports entre pouvoirs publics[15] ». Or, à notre sens,

Presses Universitaires de Paris Nanterre

11. Schmitt Carl, *La Dictature*, Paris, Éditions du Seuil, 2000 ; *Théologie Politique*, [1922], Paris, Gallimard, 1989, p. 7.

12. *Le Monde*, 23 déc. 2015.

13. Agamben Giorgio, *État d'exception. Homo Sacer*, II, 1, Paris, Éditions du Seuil, 2003, p. 86.

14. Voiset Michèle, « Pouvoirs de crise », in *Dictionnaire constitutionnel*, Duhamel Olivier et Meny Yves (dir.), Paris, PUF, 1992, p. 785.

15. Beaud Olivier et Guerin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence…*, *op. cit.*, p. 13.

l'ensemble de ces arguments militent en faveur de l'idée que l'état d'urgence aurait davantage sa place dans la Constitution que dans une simple loi adoptée dans le contexte de la guerre d'Algérie et modifiable à l'envi…

Dans sa décision *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* de 1985, le Conseil constitutionnel a certes estimé, par une formulation négative, que l'article 34 de la Constitution « n'exclut pas la possibilité » pour le législateur d'adopter un « régime d'état d'urgence » et que l'article 36 n'avait pas pour effet d'abroger la loi de 1955 (**déc. n° 85-187 DC du 25 janv. 1985, cons. 4**). Mais, ce faisant, le juge constitutionnel n'a pas positivement identifié de base constitutionnelle à l'état d'urgence. Tout au plus, par un raisonnement certes habile mais pour le moins contestable, a-t-il identifié « une sorte d'habilitation négative » n'interdisant pas au législateur, dans le silence de la Constitution sur les régimes civils de crise, d'instaurer un tel régime[16]. Il s'agit là d'une inversion de la perspective classique : en effet, sous la Ve République et dans la mesure où le législateur ne bénéficie en vertu de l'article 34 de la Constitution que d'une compétence d'attribution, le juge constitutionnel interprète généralement limitativement ses compétences – surtout lorsqu'il s'agit d'instaurer un régime de limitation des libertés.

Même si elle tient encore vingt ans plus tard, cette rustine constitutionnelle, posée en moins de quatre heures[17] (**décision 22 déc. 2015, n° 2015-**

16. Baranger Denis, « L'état d'urgence dans la durée », in *RFDA*, 2016, p. 447.

17. Beaud Olivier et Guerin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence…*, *op. cit.*, p. 95.

Passeur Université de Paris Nanterre

527 QPC, Cédric D., cons. 8.), ne donne pas pour autant une vraie base constitutionnelle à l'état d'urgence. La seule aptitude reconnue au législateur par le juge constitutionnel sur le fondement de l'article 34 – qui l'habilite, rappelons-le, à fixer « les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » – c'est la possibilité « d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public […] » (**déc. n° 85-187 DC, cons. 3**). Mais il dispose en tout état de cause de cette compétence en temps normal et cela ne lui permet pas de porter atteinte aux règles et principes constitutionnels de détermination de compétence ou aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Le cadre constitutionnel n'est donc pas satisfaisant – même s'il a pu être utilement renforcé, depuis le début de l'actuel état d'urgence, par un ensemble de questions prioritaires de constitutionnalité[18]. Reste que la quasi-totalité des censures prononcées dans ce cadre ont été purement platoniques du fait de la modulation des effets dans le temps, faisant ainsi apparaître comme largement infondées les craintes exprimées par Manuel Valls devant le Sénat.

En tout état de cause, il nous semble que la constitutionnalisation de l'état d'urgence permettrait de consolider et renforcer ces avancées jurisprudentielles. Nous ne partageons pas l'analyse de la CNCDH

18. Sur les perquisitions : Cons. constit., déc. n° 2016-536 QPC, 19 fév. 2016, *LDH* ; déc. n° 2016-567/568 QPC, 23 sept. 2016, M. Georges F. *et al.*, cons. 11 ; déc. n° 2016-600 QPC, 2 déc. 2016, M. Raïme A. ; Sur la liberté de réunion : Déc. n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, *LDH*. Une QPC devrait également être rendue sur les interdictions de séjour.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

lorsqu'elle estime dans son avis du 18 février 2016, que constitutionnaliser l'état d'urgence c'est nécessairement « banaliser toutes les restrictions aux libertés avec leurs dérives ». Comme le fait valoir Pierre Rosanvallon, constitutionnaliser l'exception, c'est au contraire « limiter les risques de débordement. C'est donner un cadre pour faire en sorte que les circonstances exceptionnelles ne soient pas gérées en dehors de règles. Tous ceux qui ont pensé la constitutionnalisation de l'exception ont pensé en même temps son encadrement[19] ».

Précisément, pour éviter l'abus d'état d'urgence et les abus de l'état d'urgence, une constitutionnalisation acceptable suppose de poser suffisamment de garde-fous.

2. L'intégration de garde-fous pour une constitutionnalisation satisfaisante

On peut dégager, à partir des enseignements du droit comparé[20] et des prises de position de partisans de la constitutionnalisation[21], comme Bernard Manin[22], un certain nombre d'éléments incontournables d'une

Presses universitaires de Paris Nanterre

19. *Le Monde*, 3 déc. 2015.

20. Souty Vincent, *La Constitutionnalisation des pouvoirs de crise. Essai de droit comparé*, thèse, Paris, université Sorbonne nouvelle, 2015.

21. Duhamel Olivier, « Y a-t-il un danger à constitutionnaliser l'état d'urgence ? » (entretien), in *L'Humanité*, 18 déc. 2015 ; Rousseau Dominique, « Un projet de révision constitutionnelle recevable, mais qui doit être réécrit », in *Le Monde*, 21 déc. 2015 ; Gossement Arnaud, « La constitutionnalité de l'état d'urgence : juridiquement justifiable, politique contestable », in *Blog d'A. Gossement/Médiapart*, 23 déc. 2015.

22. Manin Bernard, « Le paradigme de l'exception. L'État face au nouveau terrorisme », *http://www.laviedesidees.fr*, 15 déc. 2015.

constitutionnalisation « libérale[23] » conciliable avec l'État de droit :

– Une norme d'habilitation suprême

L'autorité qui décide du déclenchement de l'état d'urgence et celle qui est récipiendaire d'une extension de ses pouvoirs doivent être habilitées par une norme supérieure à cette fin. Cela exclut donc nécessairement l'auto-habilitation de compétences. De ce point de vue, l'état d'urgence à la française n'est pas du tout satisfaisant, particulièrement depuis la modification de la loi de 1955 par une ordonnance du 15 avril 1960 qui a transféré le pouvoir de promulguer l'état d'urgence du législateur au président de la République par décret en conseil des ministres.

Dans une logique kelsénienne, nous concevons mal comment une telle habilitation à déroger aux règles et principes constitutionnels puisse émaner d'une simple loi et non de la Constitution qui constitue la norme suprême et, par suite, la norme d'habilitation[24]. En ce sens, dans les constitutions les plus « modernes », les états d'exception ont en règle générale été intégrés à la loi fondamentale[25]. Comme le résume Bastien François : « dans le meilleur des mondes juridiques possibles, quand on prévoit de déroger à la légalité ordinaire en mettant en oeuvre un état d'exception, fût-il temporaire, il vaut mieux que le principe et le cadre de cette

Presses Universitaires de Paris Nanterre

23. Beaud Olivier et Guerin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence…*, *op. cit.*, p. 177.

24. Tusseau Guillaume, *Les Normes d'habilitation*, Paris, *LGDJ*, 2006.

25. Sénat, *Le Régime de l'état d'urgence,* note réalisée à la demande de P. Bas, 3 mars 2016, p. 10.

dérogation soient prévus au sommet de la hiérarchie des normes[26] ».

Ainsi, dès lors que l'état d'urgence serait constitutionnalisé, on surmonterait l'écueil de l'auto-habilitation. C'était d'ailleurs l'un des seuls aspects non critiquable du projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, dans la mesure où il consacrait à l'article 36-1 de la Constitution les conditions de déclenchement de l'état d'urgence de l'article 1er de la loi de 1955 dans sa rédaction issue de l'ordonnance de 1960. Le 22 mars, le Sénat avait même apporté une garantie supplémentaire en prévoyant qu'il n'aurait pu être décrété en Conseil des ministres qu'« après consultation des présidents des assemblées ».

– La définition stricte des circonstances justifiant le recours

Pour éviter les abus d'état d'urgence, il est nécessaire de définir précisément les circonstances dans lesquelles il est possible d'y recourir. En se contentant de reprendre les deux cas d'ouverture de l'article 1er de la loi de 1955, le projet de loi constitutionnelle n'a pas adopté un niveau d'exigence suffisant. Certes, comme le note l'exposé des motifs, cette constitutionnalisation offre, à tout le moins, « la garantie la plus haute que, sous le choc de circonstances, la loi ordinaire ne pourra pas étendre [c]es conditions d'ouverture ». Mais d'une part celles-ci sont bien trop larges et vagues pour qu'on puisse être assuré que l'état d'urgence reste réellement exceptionnel. D'autre part, elles sont très liées au

26. *Le Monde*, 22 déc. 2015.

Presses universitaires de Paris Nanterre

contexte de la guerre d'Algérie[27]. Dans le texte adopté le 22 mars 2016, le Sénat avait d'ailleurs fait un premier pas en ce sens en supprimant purement et simplement le second cas d'ouverture (la « calamité publique »).

À l'occasion d'une constitutionnalisation, on pourrait donc espérer une « modernisation » de ces cas d'ouverture qui pourraient à la fois correspondre à des circonstances plus précises mais aussi être modulés selon l'importance ou la gravité de l'événement catastrophique, dramatique ou du trouble à l'ordre public ou à la paix civile. Les autorités civiles n'ont pas besoin des mêmes pouvoirs et du même degré d'état d'exception pour une grave catastrophe naturelle que pour des émeutes urbaines, une série d'attentats terroristes ou des graves troubles civils ou autonomistes.

On pourrait aussi, à l'instar de la plupart des constitutions prévoyant la possibilité de recourir à un état d'urgence, poser une obligation de motivation au regard des circonstances justifiant le recours à l'état d'urgence[28]. En outre, son recours doit être nécessaire et proportionné à la situation et les mesures prises et la durée de celles-ci doivent être strictement indispensables pour assurer le retour de la situation à la normale.

Or, si depuis l'arrêt *Domenjoud* (**CE, ord., 11 déc. 2015**), le Conseil d'État, adoubé par le Conseil constitutionnel (**Cons. const., 22 déc. 2015, n° 2015-527 QPC, cons. 12**), soumet désormais au triple test

Presses Universitaires de Paris Nanterre

27. Thenault Sylvie, « L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi », in *Le Mouvement Social*, 1/2007, p. 63-78 ; Blanchard Emmanuel, « État d'urgence et spectres de la guerre d'Algérie », in *La Vie des idées*, 16 fév. 2016.

28. Sénat, *Le Régime de l'état d'urgence, op. cit.*, p. 12.

de proportionnalité les mesures administratives prises dans le cadre de l'état d'urgence, celui-ci ne caractérise absolument pas le contrôle exercé par le juge administratif suprême sur la décision présidentielle déclarant l'état d'urgence (**CE, ord., 14 nov. 2005, Rolin**) ou sur la faculté d'y mettre fin (**CE, ord., 9 déc. 2005, Allouache ; CE, ord., 27 janv. 2016, LDH**).

Une constitutionnalisation supposerait aussi l'abandon de la jurisprudence du Conseil d'État, esquissée dans l'ordonnance *Allouache* et consolidée avec l'arrêt *Domenjoud*, admettant que les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence puissent être dénuées de tout lien avec le péril imminent ayant justifié son déclenchement compte tenu des nécessités opérationnelles[29]. Cela permet en effet toutes sortes d'abus et d'instrumentalisation par les pouvoirs publics de l'état d'urgence, notamment pour canaliser les mobilisations sociales ou militantes. Dans un contexte électoral une telle possibilité peut avoir aussi des effets dévastateurs pour les libertés politiques.

– Le caractère temporaire

Le caractère temporaire de l'état d'urgence est inhérent au fait qu'il s'agit d'un état d'exception qui vise précisément, dans un État de droit, au retour à la normale[30]. Le principal risque d'un état d'urgence est, outre les abus qu'il génère, qu'il devienne permanent[31]

29. Concl. X. Domino, in *RFDA*, 2016 p. 105.

30. Troper Michel, *Le Droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 99.

31. Voir en ce sens la tribune collective : « Non à l'état d'urgence permanent », in *Le Monde*, 20 déc. 2015.

Presses universitaires de Paris Nanterre

et permette le basculement dans un État de police, voire dans un État totalitaire ou une dictature.

Ce caractère temporaire a constamment été affirmé. D'abord par la loi de 1955 elle-même qui prévoit – en vain – que la loi autorisant la prorogation au-delà de douze jours de l'état d'urgence fixe « sa durée définitive ». Mais aussi par le Conseil d'État, comme juge ou comme conseiller du gouvernement, ainsi que par le Conseil constitutionnel ou par le gouvernement lui-même. Le vice-président Sauvé a même assuré, peu avant le plus long renouvellement (7 mois) du plus long état d'urgence (19 mois au moins), dans une pleine page du *Monde* du 18 novembre 2016 que : « L'état d'urgence ne peut être renouvelé indéfiniment » et, surtout, que l'assemblée générale de l'institution qu'il préside « prendrait ses responsabilités ». Mais, comme tout bon *running gag*, la chute était écrite d'avance – il est en effet difficile d'imaginer une aventure d'Astérix sans que le barde Assurancetourix finisse ligoté et bâillonné lors du banquet final.

Dans son avis du 8 décembre 2016 sur le projet de loi de prolongation, le Conseil d'État s'est contenté de répéter, sans trop savoir quels arguments mobiliser pour ne pas paraître se déjuger, que « comme il l'avait déjà souligné dans ses avis du 2 février, du 28 avril, et du 18 juillet 2016 sur les projets de loi autorisant une deuxième, une troisième et une quatrième fois la prorogation de l'état d'urgence, [il] rappelle que les renouvellements de l'état d'urgence ne sauraient se succéder indéfiniment et que l'état d'urgence doit demeurer temporaire. Les menaces durables ou permanentes doivent être traitées, dans le cadre de l'État de droit,

Presses Universitaires de Paris Nanterre

par les instruments permanents de la lutte contre le terrorisme […] ».

S'il était de nouveau saisi début 2017 d'un référé-liberté visant à ce que l'état d'urgence soit interrompu de manière anticipée, le juge des référés du Conseil d'État répéterait sûrement lui aussi à nouveau qu'« eu égard à la circonstance qu'un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui, dans un État de droit, sont par nature limités dans le temps et dans l'espace […] il [lui] appartient […] de se prononcer sur les conclusions » en ce sens (**CE, ord., 27 janv. 2016, LDH, cons. 7**). Pourtant il y a fort à parier qu'il se contenterait à nouveau de l'invocation par le Gouvernement d'une menace diffuse et permanente pour estimer établi l'existence d'un péril… imminent. Et si le législateur n'insérait pas dans une loi de prolongation la clause de cessation anticipée par décret présidentiel, il n'existerait plus aucun levier pour saisir le Conseil d'État. Pourtant, le Conseil constitutionnel a lui-même ouvert la possibilité d'un contrôle sur le caractère « excessif » de la prorogation législative (**déc. n° 2015-527 QPC, cons. 13**).

La constitutionnalisation des modalités de sortie de l'état d'urgence est d'autant plus impérieuse que les modalités actuelles résultant de la loi de 1955 peuvent être modifiées à tout moment, comme l'a montré le récent épisode burlesque d'adoption de manière anticipée de la cinquième loi de prorogation pour surmonter la caducité consécutive à la démission du gouvernement « Valls ». Cette loi du 19 décembre 2016 comprend aussi une disposition purement circonstancielle visant à prévenir la caducité qui n'aurait pas manqué de se réaliser

Presses universitaires de Franche-Comté

avec la démission du Gouvernement au lendemain des élections présidentielles et législatives.

Le défunt projet de loi constitutionnelle, approuvé par l'avis du Conseil d'État du 11 décembre 2015, ne résolvait pourtant pas cette équation en laissant au législateur décider, « au cas par cas », de l'opportunité de la prolongation, au risque que, par effet d'inertie, il s'éternise. Le Conseil d'État s'était néanmoins opposé à une disposition de l'avant-projet prévoyant que, si un risque d'attentat terroriste demeurait, il était possible pour le Gouvernement, à titre transitoire, de maintenir, au-delà de l'état d'urgence, certaines décisions individuelles (assignations principalement) ou de prendre de nouvelles mesures générales pour prévenir le risque subsistant.

Le Sénat avait, de son côté, tenté d'encadrer les modalités de sortie en soumettant, d'une part, la prorogation au principe de nécessité, et en fixant, d'autre part, la durée de chaque prolongation à un maximum de trois mois. Il n'avait toutefois pas pu se résoudre à fixer une durée maximale d'un état d'urgence. Comme le note D. Baranger, la constitutionnalisation de cette clause de « non-éternité » semble, tout simplement, « impossible » car une telle idée se « heurte aux réalités[32] ». On peut néanmoins estimer que la fonction de la norme suprême est justement de fixer, y compris contre l'opinion publique du moment, le cadre et les bornes de l'action des gouvernants afin de protéger l'État de droit et la démocratie. Une clause couperet est la seule possibilité, avec un contrôle juridictionnel

32. Baranger Denis, « L'état d'urgence dans la durée », in *RFDA*, *op. cit.*

Presses universitaires de Paris Nanterre

de la nécessité de la prolongation, permettant d'éviter le basculement dans un état d'exception permanent. Plus généralement, souhaite-t-on vraiment en France vivre dans un état d'urgence permanent, renouvelé annuellement, comme l'État d'Israël depuis sa création en 1948 ?

– Le renvoi à la loi organique

Ce renvoi à une loi organique, promis par le président de la République dans son discours de Versailles, mais « oublié » par le Gouvernement dans son projet, nous paraît important pour au moins deux raisons : d'une part, il permet d'éviter que les « règles du jeu » de l'état d'urgence puissent aisément être modifiées en cours d'application de celui – comme cela a été presque systématiquement le cas pour celui de 2015/2017 avec l'escalade sécuritaire qui l'accompagne. D'autre part, dans la mesure où les lois organiques sont systématiquement soumises au contrôle de constitutionnalité, cela « sécurise » le cadre légal : du fait de ce brevet préventif de constitutionnalité, ces lois organiques ne pourront pas faire l'objet de QPC.

– Le caractère indérogeable de certains droits et libertés fondamentaux

Dans de nombreux pays où la Constitution prévoit un régime d'état d'urgence, celle-ci garantit, à l'image de l'article 15 de la CEDH, un certain nombre de droits et libertés fondamentaux dont l'application ne peut être suspendue. Au demeurant, en France, l'article 34 de la Constitution n'habilite pas le législateur à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnels mais

Presses Universitaires de Paris Nanterre

le charge au contraire de les garantir (en les conciliant avec d'autres exigences).

Alors que le projet de loi constitutionnelle visait, par l'effet utile de la révision, à permettre l'adoption d'une nouvelle législation repoussant la frontière de la compétence entre les deux ordres de juridiction **ou** contenant des dispositions normalement contraires à la jurisprudence constitutionnelle (contrôles d'identité généralisés, fouilles des véhicules avec ouverture des coffres, etc.), le Sénat avait opportunément précisé, dans le texte adopté le 22 mars, qu'il « ne peut être dérogé à la compétence que l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, tient de l'article 66 ». Du reste, toutes ces mesures ont été introduites dans la loi du 21 juillet 2016 sans que la Constitution ne soit modifiée.

– L'absence de modification constitutionnelle pendant l'état d'urgence

Il n'est pas approprié de procéder à une révision constitutionnelle des régimes de crise pendant un état d'urgence. Il aurait donc mieux valu constitutionnaliser l'état d'urgence à l'occasion de la révision constitutionnelle de 2008, comme l'avait suggéré de manière consensuelle le comité Balladur. Mais, à l'époque, le Conseil d'État s'y était opposé en l'estimant inutile (avant d'estimer exactement l'inverse dans son avis de 2015[33]). Certes, formellement rien n'interdit au constituant de procéder à une révision dans une période d'application d'une législation d'exception et comme le soulignait Roland Drago ; en France, les textes d'exception

33. Commission des lois du Sénat, rapport de P. Bas, n° 447 du 9 mars 2016, p. 37.

Propriété universitaire de Paris Nanterre

sont rarement votés « dans le calme d'une période de stabilité politique, en prévision d'un temps de crise[34] ».

Mais on pourrait envisager d'introduire dans une réforme constitutionnelle une clause empêchant la modification de la Constitution pendant un état d'urgence, comme cela existe en Espagne et au Portugal. Une telle clause serait largement illusoire et, même s'il y avait un consensus politique pour procéder à une telle révision, des mécanismes procéduraux pourraient limiter cette tentation, comme par exemple un mécanisme de fin de non-recevoir ouvert aux parlementaires devant le Conseil constitutionnel.

– Le contrôle parlementaire

Le contrôle parlementaire constitue une des seules avancées de l'état d'urgence actuel. Oublié par le Gouvernement dans le projet de loi constitutionnelle, il avait, lui aussi, été consacré dans le texte adopté par le Sénat le 22 mars. On ne peut qu'approuver cette évolution ; mais encore faudrait-il que ce contrôle soit efficace et que le Gouvernement suive les préconisations des rapports parlementaires…

Il est à craindre que dans l'avenir, compte tenu de l'instabilité du monde, la tentation autoritaire de recourir à des régimes d'exception se multiplie et s'accélère. Entre les états d'urgence de la guerre d'Algérie et celui de la Nouvelle-Calédonie, il s'est passé vingt-cinq ans. Il a fallu ensuite attendre vingt ans pour celui de fin 2005 et seulement dix ans avec l'actuel état d'urgence. Si on ne souhaite pas voir l'état d'urgence s'installer dans notre

34. Drago Roland, « L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques », in *RDP*, 1955, p. 671.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

société démocratique et se banaliser, faisons le pari d'un encadrement constitutionnel exigeant. Pour reprendre une expression chère aux théoriciens réalistes, une telle constitutionnalisation constituerait une « contrainte » supplémentaire pour les pouvoirs législatif et exécutif et un levier complémentaire devant les juridictions pour tenter de limiter la tendance naturelle de l'Exécutif à étendre ses pouvoirs dans le cadre de l'état d'urgence, au caractère contaminant sur le reste de l'action publique de celui-ci ou au fait qu'il tende à la permanence. Comme le sparadrap du Capitaine Haddock il est en effet plus aisé d'entrer dans un état d'urgence que de s'en défaire…

Serge Slama
Université Paris Nanterre, CTAD

Presses universitaires de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre

Tout questionnement relatif à l'état d'urgence s'inscrit nécessairement dans une double dimension internationale et européenne. Dans une dimension internationale, car le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques (PIDCP) dans son article 4 prévoit une « clause de sauvegarde », laquelle permet une atténuation de la charge conventionnelle pour faire face à une situation de crise, les États pouvant, dans ce cas exceptionnel, déroger temporairement et sous respect de certaines conditions aux obligations énoncées dans le Pacte. Dimension européenne également, puisque la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) dans son article 15 consacre la même possibilité de dérogation, dans des termes d'ailleurs très proches de ceux utilisés dans le Pacte et qui amènent souvent à considérer l'article 15 comme le « pendant » de l'article 4, ou inversement.

L'article 15 de la CESDH est intitulé « Dérogation en cas d'état d'urgence ». Le terme « urgence » n'apparaît cependant pas dans la lettre même de l'article 15, qui dispose :

> 1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux

Presses Universitaires du Mont-St-Aignan

obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2 (droit à la vie), sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre et aux articles 3 (interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants), 4, paragraphe 1 (interdiction de l'esclavage et de la servitude), et 7 (pas de peine sans loi).

3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.

À titre introductif, deux éléments méritent d'être rappelés, lesquels permettent de situer l'article dans un contexte à la fois historique et actuel.

D'un point de vue historique, l'introduction de l'article 15 dans la Convention n'est pas allée de soi, et c'est là un point intéressant qui en dit long sur la philosophie portée par le système conventionnel européen. Les travaux préparatoires montrent que les premiers projets conventionnels ne font pas mention d'une possibilité de dérogation spécifique en cas d'urgence. La toute première recommandation de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, en date du 8 septembre 1949, ne contient aucun article à ce sujet, et pour nombre d'experts à l'époque, une telle disposition est inutile car redondante avec l'article 6 de la recommandation, qui prévoit que « dans l'exercice des droits et dans la jouissance des libertés garantis par

Presses universitaires de Paris Nanterre

la Convention, chacun ne sera soumis qu'aux limitations établies par la loi, exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui ou afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre et de la sécurité publique dans une société démocratique ».

C'était donc dans ce texte la référence à l'ordre public qui permettait, par sa souplesse, de renvoyer aussi à des circonstances exceptionnelles justifiant des dérogations temporaires au texte conventionnel.

Plus instructif encore, le principe d'une clause de sauvegarde n'est pas retenu lors des premières réunions du Comité d'experts des droits de l'homme, qui doit donc travailler sur un avant-projet de convention à partir d'un rapport préparatoire transmis par le secrétariat général du Conseil de l'Europe. Dans ce rapport préparatoire, examiné par le Comité d'experts lors de sa réunion de février 1950, figure une comparaison de l'avant-projet conventionnel avec le projet de PIDCP, et donc avec l'article 4 sur la clause de dérogation. Pour le secrétaire général du Conseil de l'Europe, « il semble que cette disposition n'ait pas de place dans le système européen ». Le Comité d'experts ne retient pas la clause dans cette première réunion, alors même que les Britanniques proposent un amendement reprenant quasi-textuellement l'article 4 du PIDCP. L'amendement ne sera repris, après discussion notamment sur l'actuel paragraphe 2 de l'article 15, que plusieurs mois plus tard.

Beaucoup plus près de nous, l'usage fréquent de l'article 15 depuis 2015 doit être souligné. De 1953 à 2015 en effet, seuls huit États parties se sont prévalus

Réseau universitaire de droit humanitaire

du droit de dérogation (l'Albanie, l'Arménie, la France, la Géorgie, la Grèce, l'Irlande, le Royaume-Uni et la Turquie), et quatre d'entre eux ont été soumis à contentieux (les quatre derniers précités). Cette relative rareté de l'invocation de l'article 15 contraste fortement avec la situation actuelle, puisque depuis juin 2015, pas moins de trois États ont fait part de leur souhait de se prévaloir de la clause de sauvegarde (l'Ukraine, le 5 juin 2015 ; la France, le 24 novembre 2015, puis tout récemment, la Turquie, le 21 juillet 2016). C'est donc dans ce contexte très particulier qu'il faut s'interroger d'une manière générale sur les exigences posées par la Convention quand un État partie invoque l'état d'urgence, et sans doute aussi, singulièrement cette fois, sur la compatibilité des mesures prises par les autorités françaises avec le système conventionnel européen. Toute conclusion tranchée est cependant délicate, car la jurisprudence reste très parcellaire, alors même que de nombreuses situations auraient pu donner lieu à l'activation de l'article 15, et donc possiblement, à des prises de position de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) ; on pense bien sûr à la Russie et au conflit tchétchène, mais aussi par exemple à la France en 2005 qui, suite à des émeutes urbaines, décide de ne pas activer la dérogation, avec l'aval du Conseil d'État[1].

L'examen de la pratique révèle cependant une constante, celle d'un encadrement singulièrement souple du droit européen. D'abord parce que d'une manière générale, la jurisprudence relative à l'article 15 réserve une place absolument prépondérante à la marge nationale d'appréciation (1). Ensuite, parce que

1. CE, Ass., 24 mars 2006, Rolin et Boisvert.

Presses universitaires du Mirail

la France est dans une situation singulière : elle a fait une réserve à l'article 15, ce qui, nécessairement, a ou aurait un impact, quoique possiblement limité nous le verrons, sur l'appréciation par la Cour EDH des mesures dérogatoires françaises (2).

1. Un contrôle européen très souple sur les exigences posées par l'article 15 de la Cesdh

Le contrôle européen apparaît limité, tant sur les conditions de mise en œuvre de l'article 15 (a) que sur le fond des mesures nationales adoptées sur ce fondement (b).

a. Deux obligations juridiques sont posées par l'article 15 § 3 de la Convention. La première est une obligation procédurale d'information préalable, l'État devant avertir le secrétaire général du Conseil de l'Europe à la fois des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. La Cour EDH fait preuve d'une certaine souplesse dans l'appréciation des formalités d'information, estimant notamment dans l'arrêt Lawless contre Irlande du 1er juillet 1961 que l'information peut prendre la forme d'une simple lettre et non d'un avis de dérogation, et qu'un délai de douze jours est satisfaisant. En outre, la Cour précise qu'aucune disposition de la Convention ne prescrit à l'État contractant intéressé de promulguer sur son territoire l'avis de dérogation. Dès la première affaire relative à l'article 15, Grèce contre Royaume-Uni, laquelle a donné lieu à un rapport de la Commission européenne des droits de l'homme, cette dernière conclut que le délai de trois mois entre l'adoption des mesures prises par le gouvernement britannique et la notification est indiscutablement trop long, et que la note verbale

Presses Universitaires de Paris Nanterre

du Royaume-Uni, parce que non accompagnée du texte précisant le contenu des mesures dérogatoires prises, n'est pas suffisante pour satisfaire aux exigences conventionnelles. Cependant, estimant que l'article 15 § 3 ne fournit pas d'instructions claires quant aux informations requises dans la notification, la Commission ne se prononce pas sur la conformité des mesures avec cette disposition juridique.

Interprétée souplement, l'exigence de notification est cependant une obligation procédurale importante, car elle permet à l'État de déroger « régulièrement » à la Convention. Les notifications étatiques sont, en règle générale, particulièrement soignées, comme l'attestent par exemple les notifications de la France en 1985 et en 2015. On peut aussi mentionner le cas du Royaume-Uni, condamné une première fois en 1988 pour des gardes à vues de sept jours sans présentation à un juge dans le cadre du conflit avec l'Irlande du Nord[2]. Quelques années plus tard, et parce que les démarches pour informer le secrétaire général du Conseil de l'Europe ont été faites, les mêmes pratiques privatives de liberté sont finalement tolérées par la Cour EDH[3].

La deuxième obligation posée par l'article 15 § 3, paraît tout aussi essentielle : l'État « doit également informer le Secrétaire général […] de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application ». L'État doit donc constamment procéder à une évaluation du danger, afin de mesurer la nécessité

2. Cour EDH, Brogan et autres contre Royaume-Uni, *op. cit.*

3. Cour EDH, 26 mai 1993, Brannigan et Mc Bride contre Royaume-Uni.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

de mesures dérogatoires dont il convient d'assurer, dans l'esprit de la Convention, le caractère provisoire. On pourrait attendre un examen plus circonstancié sur ce point de la Cour européenne, qui a bien précisé que l'article 15 § 3, commande « un réexamen constant de la nécessité de mesures d'exception[4] ». Mais là encore, la Cour n'a jusqu'à présent que faiblement limité la marge de manœuvre étatique. Sans beaucoup de surprise, la Cour accepte généralement la réalité du danger invoqué par l'État et fixe dès l'arrêt Lawless contre Irlande que dans le contexte général de l'article 15 de la Convention, les termes « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation » désignent « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État[5] ». Une seule fois, la Commission européenne des droits de l'homme n'a pas identifié la situation de péril, dans « l'affaire grecque » et au sujet de la dictature des colonels[6].

S'il paraît logique et légitime de considérer l'État comme le mieux placé pour évaluer la réalité d'un danger exceptionnel, la position de la Cour ne manque pas de poser certaines questions cruciales, non pas tant quant à la réalité de la situation d'urgence qu'à sa prolongation dans le temps. À en croire les termes utilisés par la Cour EDH dans son arrêt de principe Lawless contre Irlande, la prolongation des mesures d'urgence

4. *Ibid.*, § 54.

5. Cour EDH, 1er juillet 1961, arrêt Lawless contre Irlande, § 28.

6. Commission EDH, rapport du 5 novembre 1969, Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas contre Grèce.

Paris 1 Université de Paris Nanterre

n'est possible que dans le cas d'une « situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent ». En réalité, la Cour EDH accepte les prolongations de l'état d'urgence, au nom de la réalité de l'existence d'un danger public « menaçant la vie de la nation », dont la Cour pense qu'il peut être mieux évalué par les États que par elle. Dans un important arrêt de grande chambre du 19 février 2009, A. et autres contre Royaume-Uni, dans une affaire relative à l'activation par cet État de l'article 15 suite aux attentats du 11 septembre 2001, la Cour EDH juge que « l'exigence d'imminence ne doit pas recevoir une interprétation étroite au point d'obliger les États à attendre qu'un désastre survienne pour prendre des mesures propres à le conjurer[7] ». Elle estime par conséquent, contrairement au Comité des droits de l'homme des Nations unies, qu'elle « n'a encore jamais expressément jugé que le danger invoqué devait être de nature temporaire, quoique la durée de celui-ci puisse entrer en ligne de compte pour la question de la proportionnalité de la riposte qui lui est apportée. […] Au contraire, […] un "danger public" au sens de l'article 15 peut persister plusieurs années[8] ».

Compréhensible, une telle position n'en est pas moins très problématique, tant l'on sait que le contrôle du juge interne sur cette question paraît le plus souvent formel et insuffisant. La situation actuelle de la France le montre à l'envi, le Conseil d'État scandant la nécessité du caractère provisoire des mesures d'urgence adoptées

7. Cour EDH, gr. ch., 19 février 2009, A. et autres contre Royaume-Uni, § 177.

8. *Ibid.*, § 178.

Presses universitaires de Paris Nanterre

sans pour autant entrer dans un contrôle poussé de la nécessité de les prolonger[9].

b. Le contrôle au fond exercé par la Cour EDH des mesures nationales adoptées obéit aux mêmes caractéristiques. Il est, il est vrai, plus strict à certains égards, la Cour EDH ayant posé dès 1978 que si l'article 15 § 1, laisse aux États une large marge d'appréciation, ils ne « jouissent pas d'un pouvoir illimité en ce domaine ». La Cour « a compétence pour décider s'ils ont excédé la "stricte mesure" des exigences de la crise. La marge nationale d'appréciation s'accompagne donc d'un contrôle européen[10] ». La Cour a précisé par la suite les facteurs qu'elle entend prendre en compte dans l'exercice de son contrôle, notamment la nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créé[11].

Cependant, le renvoi à la marge nationale d'appréciation, y compris dans ce contrôle de nécessité et de proportionnalité, apparaît bel et bien comme une constante. On notera d'ailleurs avec intérêt que c'est précisément dans le contexte de l'article 15 que cette doctrine est née, l'expression apparaissant pour la première fois non pas dans le texte conventionnel ou les travaux préparatoires, mais dans le rapport de la Commission publié le 26 septembre 1958 au sujet

Presses Universitaires de Paris Nanterre

9. Voir sur ce point Baranger Denis, « L'état d'urgence dans la durée », in *RFDA*, 2016, p. 447 et suiv. Voir aussi les autres contributions du présent colloque, notamment celles de S. Hennette-Vauchez, V. Champeil-Desplats et E. Millard.

10. Cour EDH, 18 janvier 1978, Irlande contre Royaume-Uni.

11. Cour EDH, 26 mai 1993, arrêt Brannigan et Mc Bride contre Royaume-Uni, § 43.

de l'affaire Grèce contre Royaume-Uni, laquelle fournit la première occasion d'activation de l'article 15 par un État[12]. Les arrêts ultérieurs ne feront que confirmer la place tout à fait centrale de la marge nationale d'appréciation dans le contexte de l'article 15 de la Convention, car, selon la Cour, « en contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer[13] ».

Le contrôle de la Cour se trouve donc réduit, non pas seulement sur la réalité du danger, mais aussi et surtout sur « la nature et l'étendue » des dérogations à la Convention. Dans plusieurs affaires, notamment certaines impliquant le Royaume-Uni au sujet du conflit en Irlande du Nord, la Cour a montré de fait une compréhension singulièrement grande vis-à-vis de dérogations considérables, comme des privations de liberté extrajudiciaires ou l'arrestation de simples témoins, nullement soupçonnés de crime, admettant que l'article 15 doit laisser place à des « adaptations progressives » et que l'on ne peut exiger d'un État, dans des circonstances exceptionnelles, « de tout faire à la fois », et « d'assortir d'emblée chacun des moyens d'action dont il se dote de chacune des sauvegardes conciliables

Presses universitaires de Paris Nanterre

12. Affaire Grèce contre Royaume-Uni précitée. Voir sur ce point Greer Steven, « La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Dossiers sur les droits de l'homme n° 17*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2000, p. 5.

13. Cour EDH, arrêt Irlande contre Royaume-Uni, *op. cit.*, § 207. Voir aussi Cour EDH, 26 novembre 1996, Aksoy contre Turquie, § 68.

avec les impératifs prioritaires du fonctionnement des pouvoirs publics[14] ».

La Cour paraît cependant resserrer son contrôle dans une situation, celle où seraient en cause, directement ou indirectement, des droits indérogeables au sens de l'article 15 § 2 de la Convention. Bien évidemment, la Cour l'a répété à de nombreuses reprises[15], même les circonstances les plus difficiles, telles la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, ne sauraient justifier des dérogations aux droits listés par l'article 15 § 2. La Cour est cependant allée plus loin, estimant, dans l'affaire Aksoy contre Turquie, que quatorze jours en détention sans intervention judiciaire était un temps exceptionnellement long qui laissait le requérant à la merci « non seulement d'atteintes arbitraires à son droit à la liberté, mais également de la torture[16] ». C'est donc en raison du risque d'atteinte à un droit indérogeable que la Turquie est ici condamnée.

Une atteinte au principe de non-discrimination entraîne également un contrôle de proportionnalité et de nécessité plus strict. Non inclus dans la liste des droits indérogeables, le principe de non-discrimination innerve cependant l'ensemble du texte conventionnel, au point qu'il peut être considéré comme non susceptible de dérogations. Il est vrai que, de ce point de vue, l'article 4 § 1 du PIDCP paraît plus explicite, puisqu'il précise que les mesures dérogatoires ne doivent pas entraîner une discrimination fondée uniquement sur

Paris 1 Université de Paris Panthéon

14. Cour EDH, Irlande contre Royaume-Uni, *op. cit.*, § 220.

15. Entre autres, voir Cour EDH, 18 mars 2014, Öcalan contre Turquie ; Irlande contre Royaume-Uni, *op. cit.*, § 163.

16. Cour EDH, Aksoy contre Turquie, *op. cit.*, § 78.

la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale. Le Comité des droits de l'homme a par ailleurs donné une interprétation constructive de cette disposition, estimant que bien que les dispositions du Pacte concernant la non-discrimination ne figurent pas parmi les dispositions non susceptibles de dérogation énoncées à l'article 4 § 2, certains éléments ou aspects du droit à la non-discrimination étaient insusceptibles de dérogation, quelles que soient les circonstances[17].

Sans le dire expressément, la Cour EDH fait bel et bien preuve d'une exigence renforcée quand ce principe est en cause. C'est en effet pour violation de l'exigence de non-discrimination que le Royaume-Uni a été condamné en 2009, du fait d'une loi adoptée dans le cadre de la lutte contre le terrorisme après le 11 septembre 2001. En effet, en faisant le choix d'une loi relevant du droit des étrangers pour traiter un problème d'ordre sécuritaire, les autorités nationales « ont exposé un groupe particulier de terroristes présumés au risque disproportionné et discriminatoire d'une détention à durée indéterminée[18] ».

Il reste cependant difficile de dégager une parfaite cohérence de la jurisprudence de la Cour. S'il est vrai qu'elle semble souvent tenir compte de l'existence de certaines garanties susceptibles de protéger les individus de l'arbitraire dans ces circonstances exceptionnelles, la Cour tient aussi nécessairement compte, sans pouvoir l'assumer sans doute, d'un contexte politique donné, et on ne sera point étonné que l'appréhension

17. Observation générale n° 29 du Comité des droits de l'homme, 24 juillet 2001, § 8.

18. Cour EDH, arrêt A. et autres contre Royaume-Uni, *op. cit.*, § 186.

Propriété Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne

des dérogations à la Convention dans un contexte tel celui de la Turquie soit nettement plus sévère que dans d'autres situations[19].

2. La spécificité de la situation de la France au regard de l'article 15. Quelques propos relatifs à la réserve française

La réforme de l'état d'urgence et les lois qui se succèdent depuis novembre 2015 soulèvent sous l'angle du droit international une question intéressante, celle de l'impact de la réserve formulée par la France sur l'article 15 lors de la ratification de la CESDH. Le silence à ce sujet dans les avis ou prises de position du Conseil d'État, ainsi que dans les projets du gouvernement et les débats parlementaires, ne manquent pas d'étonner, tant l'enjeu est de taille. En effet, la teneur de cette réserve et sa validité au regard du système conventionnel européen interrogent (a), tout comme les conséquences, sur cette réserve, de la modification de la réglementation française (b).

a. La première question est ancienne, mais elle n'a jamais à ce jour reçu de réponse de la Cour EDH. On rappellera que la France a formulé deux réserves

Presses universitaires de Paris Nanterre

19. En ce sens, Gonzalez Gérard, « L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2007, n° 6, p. 100. Voir entre autres les arrêts Aksoy contre Turquie précité, et Sakik et autres contre Turquie, 26 novembre 1997 ; Bilen contre Turquie, 21 février 2006. Voir aussi la prise de position récente du Commissaire aux droits de l'homme, comparant les mesures adoptées par la Turquie et les mesures françaises, http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/measures-taken-under-the-state-of-emergency-in-turkey

substantiellement identiques à l'article 4 du PIDCP et 15 de la CESDH. Aux termes de ces réserves,

> Le gouvernement de la République française, conformément à l'article 64 de la Convention, émet une réserve concernant le paragraphe 1 de l'article 15 en ce sens d'une part, que les circonstances énumérées par l'article 16 de la Constitution pour sa mise en œuvre, par l'article 1er de la loi du 3 avril 1878 et par la loi du 9 août 1849 pour la déclaration de l'état de siège, par l'article 1er de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 pour la déclaration de l'état d'urgence, et qui permettent la mise en application des dispositions de ces textes, doivent être comprises comme correspondant à l'objet de l'article 15 de la Convention et, d'autre part, que pour l'interprétation et l'application de l'article 16 de la Constitution de la République, les termes dans la stricte mesure où la situation l'exige ne sauraient limiter le pouvoir du président de la République de prendre les mesures exigées par les circonstances.

L'objectif poursuivi paraît clair : il s'agit de soustraire autant que possible au contrôle des organes conventionnels internationaux les mesures adoptées en vertu de régimes d'exception qui existaient au moment de la ratification. La réserve pose en effet une équivalence entre les circonstances invoquées par la France et celles qui justifient le régime d'exception au sens du texte international. C'est d'ailleurs tout à fait clair et assumé par le gouvernement français de l'époque qui estime que l'application de l'article 15 est soumise « à un contrôle international plus étendu, à certains égards, que celui qui peut être exercé en application de notre droit interne sur les mesures prises en vertu de l'article 16 » de la Constitution[20]. La France entend donc pouvoir

20. Exposé des motifs de la loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973, in *JO*, 3 janvier 1974, p. 3.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

activer l'article 15 dès que, selon ses propres critères, elle rentre dans un régime exceptionnel au sens du droit français. La réserve ne porte que sur le premier paragraphe de l'article 15.

La Cour EDH ne s'est jamais prononcée sur la validité de cette réserve. Il y aurait pourtant sans doute matière à discussion. Les réserves à portée générale sont interdites par l'article 57 de la Convention, et la Cour EDH a affirmé, tout comme d'ailleurs le Comité des droits de l'homme pour le PIDCP, sa compétence pour se prononcer sur la compatibilité des réserves à la Convention[21]. Or, sous les apparences d'une déclaration portant sur une disposition spécialement identifiée, la réserve française affecte en réalité l'ensemble des obligations conventionnelles susceptibles d'inexécution au titre de l'urgence.

Il n'y a pas à proprement parler de précédent dans la jurisprudence européenne. Certes, on pourrait se référer à l'affaire Loizidou contre Turquie[22], à l'occasion de laquelle la Cour formule une réserve à l'article 15 qui entretient des similitudes avec la réserve française : « les circonstances et les conditions dans lesquelles la Turquie, en application de l'article 15 de la Convention, déroge à ses obligations conventionnelles dans des circonstances spéciales, doivent être interprétées à la lumière des articles 119 à 122 de la Constitution turque ».

Presses Universitaires de Paris Nanterre

21. Cour EDH, 29 avril 1988, Belilos contre Suisse ; Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 24, 2 novembre 1994.

22. Cour EDH, gr. ch., 23 mars 1995, Loizidou contre Turquie, exceptions préliminaires.

Dans l'affaire Loizidou, la Cour se prononce sur certains aspects de la réserve turque, mais pas sur ceux liés à l'application de l'article 15.

b. La deuxième question posée par la réserve française est plus inédite. Elle concerne les conséquences sur ladite réserve qu'il convient d'attacher à la modification de la réglementation française sur l'état d'urgence. Plus précisément, si, comme c'est le cas en l'espèce, une réserve à un traité se réfère à un élément du droit interne pour en fixer l'étendue (donc ici les régimes d'exception français en vigueur à l'époque), quelles sont les conséquences d'une modification de cette règle interne ? Le renvoi au droit interne, pour reprendre une expression parlante utilisée par Carlo Santulli[23], est-il mobile, ce qui signifierait que la réforme législative entraîne une modification des effets de la réserve ?

La rédaction de l'article 57 de la CESDH ne paraît pas accepter une telle interprétation, et l'extension de la réserve serait exclue aux modifications nationales ultérieures. Si le soin très particulier des autorités françaises à préciser ces modifications lors de la notification au secrétaire général du Conseil de l'Europe montre bien qu'elles ont pris la mesure de la difficulté juridique, il ne saurait cependant suffire. On ne saurait être trop affirmatif sur ce point puisque la Cour ne s'est jamais prononcée dans un tel cas de figure, mais il paraît juridiquement difficile d'admettre la possibilité pour la France d'invoquer des décennies plus tard une réserve supposée couvrir des mesures fondées sur des textes postérieurs à la formulation de celle-ci. La réserve

23. Santulli Carlo, « Chronique de droit administratif et droit international », in *RFDA*, 2016, p. 161.

Presses Universitaires de Paris Ouest

est bel et bien liée à l'application des dispositions du texte visé, à savoir, en ce qui concerne l'urgence, la loi de 1955. La Cour EDH devrait donc retrouver la plénitude de son contrôle et considérer que la réserve, même légale, n'a plus cours.

La Cour EDH pourrait donc être amenée, sans tenir compte de la réserve, à examiner dans quelle mesure les prorogations successives de l'état d'urgence en France sont compatibles avec les exigences posées par l'article 15. On doute d'un contrôle sévère de la Cour EDH, tant sa jurisprudence apparaît à ce jour particulièrement compréhensive de la marge de manœuvre des États confrontés à des situations de crise ou de danger exceptionnel.

Myriam Benlolo Carabot
Université Paris Nanterre, CEDIN

Presses universitaires de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre

État d'urgence au dedans, unilatéralisme au dehors ?

Autant que se peut, enseigne à devenir efficace,
pour le but à atteindre mais pas au-delà. Au-delà est fumée.
Où il y a fumée il y a changement. […] L'implantation des concepts
politiques se poursuivra contradictoirement, dans les convulsions
et sous le couvert d'une hypocrisie sûre de ses droits.
Ne souriez pas. Écartez le scepticisme et la résignation,
et préparez votre âme mortelle en vue d'affronter intra-muros
des démons glacés analogues aux génies microbiens[1].

Presses universitaires de Rennes

Il existe une similarité entre le déclenchement de l'état d'urgence au sein d'un État, et le recours à l'unilatéralisme dans les relations internationales. On peut également noter que, bien souvent, le recours à l'état d'urgence en interne pousse à l'adoption de mesures internationales unilatérales, à la fois par une forme de mimétisme et par application de règles internationales universelles ou régionales. J'essaierai de le montrer à partir du cas de la République Française à la suite des attentats du 13 novembre 2015. À la suite de ces attentats,

1. Char René, « Feuillets d'Hypnos » (1943-1944), in *Fureur et mystère*, Paris, Gallimard, « Poésie », 1987 [1962 pour le recueil, 1967 pour la préface], p. 86 et p. 87.

il est connu que le président de la République a proclamé l'état d'urgence, qui a été confirmé par décret dès le 14 novembre, et prolongé par la loi dès le 20 novembre. Les mesures prises sur le plan international sont un peu moins connues.

Naturellement, certaines mesures « internationales » ont été des mesures de coopération interétatique. Toutefois, elles ont été assez peu nombreuses, et celles qui ont été prises ont surtout revêtu une portée symbolique. Par exemple, la France n'a pas demandé l'application de l'article 5 du traité de l'Atlantique nord. Cet article prévoit que tous les États membres de l'OTAN assistent un État partie ayant subi une attaque ou agression armée, et qu'ils peuvent exercer sur cette base un droit de légitime défense collective, donc en l'espèce qu'ils pouvaient, voire devaient aider la France à prendre des mesures militaires de réaction. Or, probablement afin d'obtenir le soutien de la Russie à ses frappes contre Daesh, la France n'a pas demandé l'application de cet article. À l'inverse, elle a bien demandé l'application de l'article 42.7 du traité sur l'Union européenne, qui prévoit l'aide et l'assistance des États membres à l'égard d'un État membre qui subirait une attaque armée. La France a demandé l'application de ce mécanisme et sa demande a été acceptée à l'unanimité, mais on chercherait en vain les mesures concrètes de quelque importance prises sur sa base. Ce qui est donc remarquable, c'est que, malgré le déclenchement de certaines procédures de coopération, la France a surtout réagi aux attentats, sur le plan international, de manière unilatérale.

Ce qu'on peut appeler le « niveau d'unilatéralisme » de ces mesures internationales a cependant été

Presses Universitaires de Paris Nanterre

variable, et on peut donc classer ces mesures par degré d'unilatéralisme, ou par degré de dérogation par rapport à l'ordinaire des relations internationales. Ici, j'en distinguerai trois types, en allant de la mesure internationale la moins unilatérale ou dérogatoire, à la plus unilatérale ou dérogatoire. Chaque fois, j'effectuerai un parallèle entre le degré d'unilatéralisme ou de dérogation de la mesure internationale, avec le degré de dérogation d'une mesure prise par la France « en interne », en même temps ou peu de temps auparavant.

1. Un premier niveau est celui de la mise en œuvre d'une disposition positive du droit en vigueur, relative à l'état d'urgence ou à un état apparenté. En droit international, différentes conventions universelles et régionales des droits de l'homme prévoient la possibilité, pour une partie, de se prévaloir de circonstances exceptionnelles, et ainsi de modifier unilatéralement le régime conventionnel qui lui est applicable. C'est ainsi que l'article 4 du Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) et l'article 15 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) offrent la possibilité à chaque partie, de réduire, par un acte unilatéral, certaines des exigences pesant conventionnellement sur elle. Ces articles déterminent cependant les conditions d'opposabilité de ces actes unilatéraux – il faut évidemment qu'ils répondent à une situation exceptionnelle –, la procédure selon laquelle ils doivent être émis – il s'agit essentiellement d'une exigence de notification –, et les effets qu'ils produisent – certains droits individuels ne pouvant pas faire l'objet de restriction.

Or, dans un courrier en date du 23 novembre 2015 adressé au secrétaire général des Nations Unies, puis

Presses Universitaires de Paris Nanterre

dans un courrier similaire en date du 24 novembre adressé au Secrétariat général du Conseil de l'Europe, la République Française a informé que certaines mesures prises sur le fondement des décrets et lois relatifs à l'état d'urgence étaient « susceptibles d'impliquer une dérogation aux obligations résultant de » ces deux traités. Elle a ainsi déclaré mettre en œuvre les dérogations prévues aux articles 4 du PIDCP, et 15 § 1 de la CEDH. La France a demandé la prolongation de cette demande de dérogation à chaque fois que l'état d'urgence a été prorogé en droit français : sa demande au plan international a été réitérée le 26 février puis le 22 juillet 2016 pour le PIDCP, et le 25 février, le 25 mai et le 22 juillet 2016 pour la CEDH. La justification de la mise en œuvre de la dérogation que prévoient ces deux traités par rapport au régime ordinaire des droits individuels, est évidemment l'application, en droit français, de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. On doit alors souligner, premièrement, la similarité des deux mécanismes de dérogation – similarité d'ailleurs renforcée par les réserves françaises au PIDCP et à la CEDH –, et deuxièmement, une logique de mise en œuvre de mécanismes internationaux de dérogation, dès lors que ceux prévus en droit national sont eux-mêmes déclenchés.

2. Le deuxième niveau d'unilatéralisme et de dérogation est déjà plus problématique : il consiste en la menace ou en la proposition de banaliser ce qui est, en principe, exceptionnel, à savoir le basculement d'un régime de droit commun à un régime dérogatoire. Au plan du droit français, on pense avant tout au projet de loi constitutionnelle, dit « de protection de la nation », qui visait à faire inscrire, à côté des circonstances exceptionnelles

Presses Universitaires de Paris Nanterre

et de l'état de siège, l'état d'urgence comme situation autorisant l'exercice de compétences exécutives dans des conditions exorbitantes du droit commun. Cette proposition a en effet été dénoncée par de nombreuses associations et de nombreux juristes, par exemple Cécile Guérin-Bargues et Olivier Beaud[2], comme emportant ou risquant d'emporter une certaine banalisation de l'état d'urgence, état en principe exceptionnel et uniquement applicable en situation de crise. Ce danger s'ajoute, ou plutôt rejoint le danger également dénoncé depuis longtemps, d'une contamination du droit commun et en particulier du régime pénal ordinaire, par un régime pénal dérogatoire, spécialement applicable aux infractions terroristes, et que d'aucuns ont considéré comme un véritable « droit pénal de l'ennemi[3] ».

L'idéologie qui sous-tend ces deux évolutions – une idéologie de la méfiance, et de la nécessité de se servir du droit, non pour travailler à établir une société conviviale,

Presses universitaires de Paris Nanterre

2. Voir Beaud Olivier et Guerin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, LGDJ, 2016 ; ou encore *L'Urgence d'en sortir – Analyse approfondie du régime juridique de l'état d'urgence et des enjeux de sa constitutionnalisation dans le projet de loi dit « de protection de la nation »*, ouvrage d'un collectif de juristes disponible en ligne sur https://www.laquadrature.net/fr/urgence-en-sortir-analyse-etat-urgence, p. 53-55, et dans la presse : http://www.lemonde.fr/idees/article/2015/12/01/il-ne-faut-pas-constitutionnaliser-l-etat-d-urgence_4821030_3232.html ; Pour une autre analyse critique, voir Cassia Paul, *Contre l'état d'urgence*, Paris, Dalloz, 2016 et dans la presse : https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/181215/contre-la-constitutionnalisation-de-l-etat-d-urgence.

3. Voir l'article précurseur de Jakobs Günther : « Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung [Criminalisation avant toute violation du Droit] », in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, vol. 97, p. 751-785.

où la confiance peut se développer et les décisions êtres prises en commun, mais pour effacer par la force tout danger et toute atteinte à la sécurité et au confort matériel des individus – s'est traduite dans des propositions faites en droit national mais également en droit international. Plus exactement, certains hommes politiques français ont proposé de soustraire la décision de mener des politiques internationales unilatérales et exceptionnelles au débat politique. Ils ont essayé d'automatiser le déclenchement de telles politiques, afin d'empêcher qu'elles fassent l'objet de discussions démocratiques sur ce qui est proportionné, au moment où la question se pose. En effet, durant les débats relatifs à la loi constitutionnelle « de protection de la nation », deux amendements ont été déposés par le député Jacques Bompard le 2 février 2016, en vue de modifier l'article 36-2 de la Constitution. L'amendement n° 171 proposait d'insérer dans le texte de la Constitution un article 36-2 ainsi rédigé « Art. 36-2. – Les conventions internationales et les accords européens qui engagent la France sont suspendus pendant l'état d'urgence. » Quant à l'amendement 166, il prévoyait qu'« [e]n période d'état d'urgence, tous les accords bilatéraux concernant l'acquisition de la nationalité, l'entrée et la sortie des personnes, sont suspendus ».

Comme on s'en doute, ces amendements n'ont pas été adoptés, ni même soutenus ; ils émanent d'un parlementaire membre d'un parti d'extrême-droite ; enfin, ils vont évidemment plus loin que la proposition de constitutionnalisation de l'état d'urgence. Ils vont plus loin dans la mesure où ils ne font pas que présenter comme « normale » l'extension des pouvoirs

Presses Universitaires de Paris Nanterre

de l'exécutif, mais où ils visent à automatiser cette extension, quelle que puisse être la position de l'exécutif – peut-être plus mesurée –, au moment où la question se pose. On doit ajouter que, lorsqu'une convention internationale ne prévoit la suspension de son application ni explicitement, ni implicitement[4], et que l'ensemble des États parties ne s'entend pas sur sa suspension[5], celle-ci est en principe illicite.

Néanmoins, ces amendements se situent en quelque sorte dans le prolongement d'une proposition de constitutionnalisation de l'état d'urgence, au lendemain d'un attentat plutôt que dans une période apaisée. En effet, ils manifestent la tentation, commune aux titulaires actuels des pouvoirs exécutif et législatif français, de profiter de l'état de stupeur d'une population pour inscrire dans la normalité la sortie même du cadre des principes de droit commun. Plus précisément, ils tentent de présenter comme naturel le déclenchement de cette extension, dès lors que la déstabilisation d'une population en état de choc l'empêche en pratique de s'opposer efficacement à des mesures d'exception (ceci parce que le souci d'un peuple de réagir à l'urgence est alors temporairement plus prégnant que son souci de préserver ses intérêts et valeurs à long terme).

Le risque politique spécifique exploité ici est celui qui a été fameusement décrit par Naomi Klein dans son ouvrage, *La Stratégie du choc*[6]. Son exploitation

Presses universitaires de Paris Nanterre

4. Articles 42.2, 57.a, 58.1.a de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

5. *Ibid*, articles 57.b, 58.1, 59.1 et 59.2.

6. Klein Naomi, *La Stratégie du choc : la montée d'un capitalisme du désastre*, trad. L. Saint-Martin et P. Gagné, Arles, Actes Sud, « Babel », 2010.

maximale culmine avec l'adoption de mesures qu'on peut dire « de niveau trois ».

3. Ce troisième niveau se distingue des mesures unilatérales ou dérogatoires de niveau un, qui sont prévues par le droit, et des mesures de niveau deux, qui consistent à essayer de consacrer ou de banaliser en droit un régime juridique exceptionnel, voire d'automatiser un certain nombre de mesures dérogatoires. Au niveau trois se trouvent en effet des mesures qui sont non seulement unilatérales ou dérogatoires, mais qui sont contraires au droit et néanmoins politiquement tolérées.

Au plan international, on pense principalement aux bombardements menés par la France sur le territoire syrien. Ces derniers étaient menés par la France depuis le 27 septembre 2015, mais ils se sont intensifiés le 15 novembre, deux jours après les attentats qui ont frappé la France. Dès le début, ces bombardements ont été menés sans le consentement exprès de Bachar el-Assad, et sans l'autorisation que peut conférer une décision du Conseil de sécurité (au sens de l'article 25 de la Charte des Nations Unies). Les frappes françaises ne visant pas une entité reconnue comme un État, elles ne peuvent pas être couvertes par la légitime défense, si du moins on comprend cette dernière telle qu'elle est actuellement positivement définie. Et pourtant, tout comme beaucoup d'autres interventions occidentales sur le territoire syrien, elles ont été, et restent, aussi tolérées politiquement qu'elles sont illégales.

Pour la première fois, la France a affirmé de manière claire la possibilité de mener des attaques armées contre des personnes privées à l'étranger (dans certains cas ? Dans tous ? On ne le sait…), sans l'autorisation

Presses universitaires de Paris Nanterre

de l'État territorialement compétent ou du Conseil de sécurité. Avant les attentats, dans la lettre en date du 8 septembre 2015, adressée par le représentant permanent de la France au président du Conseil de Sécurité et au secrétaire général des Nations Unies[7] pour justifier les bombardements, l'argumentation était encore elliptique et embrouillée. Il y était question d'une « menace directe et exceptionnelle à la sécurité de la France », qui semblait justifier l'usage de la force, probablement en légitime défense. Mais comment était-il possible de considérer que la France avait, en septembre 2015, subi une attaque armée au sens de l'article 2 § 4 de la Charte des Nations Unies ? Fallait-il vraiment comprendre qu'en constituaient une, des crimes de droit commun comme ceux de Sid Ahmed Ghlam à Villejuif, Yassin Salhi en Isère, ou Ayoub El-Khazzani dans le Thalys Amsterdam-Paris ? En vérité, la « menace » évoquée n'a de sens que comprise à la lueur du fait *a priori* surprenant que la lettre française du 8 septembre n'a été mise en ligne que beaucoup plus tard, à la fin du mois de septembre, que la lettre britannique du même type[8] évoque des attentats de grande ampleur préparés par Daesh depuis le territoire syrien, et que c'est aussi ce que suggérait un discours du Premier ministre Manuel Valls (mais pas la plupart des autres discours officiels). Au regard de ces éléments, ce qu'a fait la France s'éclaircit : elle a tout simplement endossé, en pratique, les théories « bushiennes » de la légitime défense préventive, et de la possibilité d'en user contre des personnes privées.

7. S/2015/745.

8. S/2015/688.

Presses universitaires de Paris Nanterre

Après les attentats, le 20 novembre 2015, le Conseil de sécurité n'a pas estimé que la France avait subi une agression armée, ou qu'elle pouvait agir en légitime défense. Mais pour sa part, la France a clairement considéré que tel était le cas, et elle a été appuyée sur ces deux points par l'ensemble des États membres de l'Union européenne, puisqu'ils ont accepté la mise en œuvre de l'article 42.7 du traité sur l'Union européenne, qui suppose une agression armée. François Hollande a qualifié les attentats d'« actes de guerre » commis par une « armée terroriste ». Autrement dit, après l'opposition flamboyante de la France et d'une grande partie de l'Europe à ce vocabulaire et à ces théories en 2003, opposition qui avait tant fait pour leur rayonnement international, ces termes, représentations et politiques d'origine états-unienne et israélienne se sont infiltrés dans les discours et pratiques politiques et diplomatiques français dans les années 2010[9], pour s'épanouir complètement, et dans une indifférence à peu près complète, en 2015-2016. L'argumentation de la France a ainsi rejoint celles des États-Unis d'Amérique ou du Royaume-Uni pour l'Afghanistan ou pour l'Irak hier, comme pour la Syrie aujourd'hui[10]. En résumé, l'état d'urgence en France a coïncidé, premièrement, avec une sortie assumée de la légalité internationale de la part de la République française, et deuxièmement, avec une tolérance généralisée de ces comportements par des États européens qui, par ailleurs, maintiennent

9. « Géopolitique et géostratégie de la France », in *Les Grands Dossiers de Diplomatie,* n° 27, juin-juillet 2015, p. 54-55.

10. Procès verbal de la 7 565e séance du Conseil de sécurité, 20 novembre 2015, S/PV.7565.

Presses universitaires de Paris Nanterre

la validité des principes qui sont violés de manière patente. Quoi qu'on puisse penser de l'opportunité de réviser ces principes, le choix de mener des politiques illégales et celui de les tolérer politiquement ne peuvent qu'inquiéter, de même qu'une évolution manifestement peu maîtrisée et pensée sur le long terme de la politique française sur la question de la légalité du recours à la force armée.

Les mesures prises par l'État français au niveau national n'ont heureusement pas atteint le niveau de violence des actions internationales sus-évoquées. On peut certes se demander si certaines décisions administratives – par exemple des assignations à résidence de militants écologistes durant la COP21 – n'ont pas également été tolérées par les pouvoirs politiques et juridictionnels français[11], alors que le lien de ces assignations avec le terrorisme, cause officielle du déclenchement de l'état d'urgence, n'était pas avéré. Mais il ne serait certainement pas pertinent de pousser le parallèle trop loin.

Conclusion

Qu'elles soient prises sur le plan du droit français ou international, dans les relations de l'État français avec ses citoyens ou avec ses pairs au plan mondial, l'ensemble des mesures adoptées posent la question de l'opportunité de sortir des principes du droit, ou d'ailleurs de ceux de la morale, pour réagir en cas de crise.

11. Voir not. CC, n° 2015-527QPC, 22 décembre 2015, M. Cédric D. ; CE, 11 décembre 2015, aff. n° 394993, 394992, 395002, 394990, 394989, 394991, et auparavant TA Melun, 3 décembre 2015, n° 1509659.

Presses universitaires de Paris Nanterre

Elles posent aussi la question, distincte mais connexe, de la représentation ou de la compréhension de l'homme, de ses obligations et donc de la politique et du droit, qui explique la tendance croissante à sacrifier, au nom de la sécurité et du confort matériel, toutes les autres aspirations des hommes.

À la première question, on peut commencer par répondre classiquement, par exemple avec Léo Strauss, que s'il est peut-être nécessaire de placer le salut national et la garantie d'un ordre stable et sûr au-dessus des considérations légales ordinaires, lorsqu'on se trouve en temps de crise, l'honneur d'un véritable homme politique est de revenir dès qu'il le peut (ici, il se serait probablement agi du 26 février 2016), à la situation normale, où prime le droit commun.

La situation rétablie, que faut-il cependant penser des moyens employés à cette fin ? À notre sens, rien de plus profond n'a été écrit sur ce point que l'analyse par Christopher Lasch, des réflexions de Max Weber sur les fins et les moyens[12]. Selon ces deux auteurs, il existe des cas où la passivité est intenable moralement, et où l'action est préférable même lorsqu'elle n'est possible que par la mise en œuvre de moyens coercitifs, qui sont pourtant toujours moralement ambigus. Ceci étant dit, la nécessité de recourir, pour éviter des maux graves et évidents, à des moyens moralement ambigus, ne doit pas faire penser, une fois les maux conjurés, que le caractère moralement ambigu de ces moyens est effacé. Ceux-ci ne cessent pas d'avoir été violents,

Presses universitaires de Paris Nanterre

12. Lasch Christopher, *Le Seul et vrai paradis – Une histoire de l'idéologie du progrès et de ses critiques*, prés. et trad. F. Joly, Paris, Flammarion, « Champs essais », 2002, p. 177-178.

grossiers, et discutables moralement. Ils étaient peut-être un moindre mal, mais la réussite obtenue grâce à leur emploi ne les purge pas de toute ambiguïté morale (ou d'ailleurs de leur éventuelle illégalité).

Cette compréhension de la moralité de l'action politique exclut à la fois une position simpliste et angélique, suivant laquelle il faudrait nécessairement employer les mêmes moyens quelle que soit la situation parce qu'un bon moyen ne peut être bon qu'« universellement », et une position naïve et dangereuse, suivant laquelle la fin justifie parfaitement n'importe quel moyen, tant que cette fin est effectivement atteinte. Mais surtout, la position équilibrée des deux éminents auteurs s'oppose de front, non seulement au décisionnisme d'un Nietzsche ou d'un Heidegger ou de leurs épigones dans le domaine du droit, mais encore aux philosophies de l'Histoire d'un Kant ou d'un Hegel – qui justifient *a posteriori* l'immoralité des moyens employés par la rationalité du processus historique[13] –, ou encore aux théories de la raison d'État d'un Machiavel ou d'un Hobbes, qui justifient quant à eux *a priori* l'emploi massif de moyens répressifs. Ce qu'on veut dire est que l'idéologie qui présente comme rationnel et indispensable l'usage politique de moyens violents en temps ordinaire, donc qui fonde la banalisation de mesures exceptionnelles et dérogatoires, ou encore l'alignement du droit commun sur de telles mesures, n'est pas une pensée classique, traditionnelle ou même conservatrice ; c'est une idéologie qui se trouve

Presses universitaires de Paris Nanterre

13. Voir par exemple sur ce point Hassner Pierre, « Les concepts de guerre et de paix chez Kant », in *Revue française de science politique*, 1961, 11e année, n° 3, p. 666.

au cœur de la pensée politique et juridique moderne et singulièrement de sa branche libérale. Selon cette dernière, l'homme est d'abord un être dangereux pour son prochain et inquiet pour sa propre survie ; le droit ne doit en conséquence pas être envisagé à partir de l'ensemble des passions, responsabilités et possibilités de l'homme, mais à partir d'une passion dominante – qui, chez Hobbes, est le droit à la sécurité, ou chez Locke un droit à la conservation de soi dans le confort – qui justifie *in fine* qu'on tienne pour légitime toute autorité extérieure qui prétend, de manière plus ou moins crédible, maintenir par sa propre force la paix et la tranquillité publique, voire l'ensommeillement des esprits par un mélange d'endoctrinement et de confort matériel. On est en tous les cas ici à l'opposé de la pensée politique qui poursuit un idéal démocratique, car cet idéal (comme d'ailleurs l'idéal de la philosophie) repose pour sa part sur la confiance en l'autonomie de la personne et du peuple, à partir du moment où les lois et l'éducation les mettent en situation de décider de manière éclairée de leur propre destin.

Le fond du problème de l'extension indéfinie de l'état d'urgence ou de la multiplication des mesures d'exception est donc peut-être le refus obstiné de conserver la moindre confiance dans l'autre homme, même dans le concitoyen. Et ce reflux de la confiance en l'autre homme vient lui-même probablement de la perte de foi – caractéristique de la pensée libérale et plus encore ultralibérale – dans la capacité de l'éducation et des règles de droit à faire plus, ou plutôt autre chose que réduire la liberté humaine. Dans la perspective de l'éducation et du droit, la liberté humaine ne doit en effet pas

Presses Universitaires de Paris Nanterre

tant être comprise comme un état où l'on exerce sans s'interroger ou sans maîtriser des pouvoirs illimités, que comme la capacité réelle d'un homme de se réaliser pleinement en tant qu'être humain, ou un peuple en tant que peuple – au sens que l'homme lui-même, ou le peuple lui-même, donne à cette réalisation à travers un travail réflexif.

Florian Couveinhes Matsumoto
ENS, CTAD

Presses universitaires de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre

Témoigner

Presses universitaires de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre

Témoignage de Monsieur Jacques Toubon Défenseur des droits[1]

Depuis l'instauration de l'état d'urgence le 14 novembre 2015, j'ai exprimé à plusieurs reprises mes craintes quant au risque de pérennisation de ce régime d'exception restrictif des droits et libertés face à la menace terroriste.

L'état d'urgence rompt en effet l'équilibre entre les exigences de sécurité et la protection des droits et libertés.

Par une loi du 21 juillet 2016, l'état d'urgence a été prorogé, pour la 3e fois et pour une période de 6 mois, et il a encore été prorogé, le 12 décembre 2016, pour couvrir toute la période électorale jusqu'au 15 juillet 2017.

Aujourd'hui, on peut légitimement s'interroger sur ces prorogations successives et leur combinaison avec l'arsenal législatif antiterroriste considérablement renforcé par les textes adoptés en 2015 et 2016, notamment par les récentes lois du 3 juin et 21 juillet 2016. L'adoption de ces textes m'a amené à me prononcer à plusieurs reprises sur les dangers de l'orientation sécuritaire des mesures prises et des conditions de mise en œuvre de l'état d'urgence.

1. Ce témoignage, rédigé postérieurement au colloque qui a servi de base au présent ouvrage, ne reprend pas littéralement les propos de Monsieur Jacques Toubon mais présente davantage un point de synthèse sur les travaux du Défenseur des droits (Ddd).

Presses universitaires de Paris Nanterre

Dans ce contexte exceptionnel de restriction des libertés et au titre des missions que me confère la loi organique (mission de défense des droits et libertés, lutte contre les discriminations, défense et promotion des droits de l'enfant, contrôle du respect de la déontologie par les forces de sécurité), j'ai décidé d'exercer une veille sur le dispositif d'état d'urgence, notamment par le réseau des 450 délégués territoriaux du Défenseur des droits et l'espace d'information juridique qui a été mis en place sur le site de l'institution.

Ce dispositif a permis de relayer plusieurs réclamations et d'informer le Parlement de ces observations dans sa mission de contrôle et d'évaluation des mesures prises par le gouvernement dans le cadre de l'état d'urgence. J'ai d'ailleurs été régulièrement auditionné par la Commission des lois du Sénat et j'ai pu formuler des recommandations précises.

Les services de l'institution ont traité en toute indépendance et en toute impartialité chacune des situations dont j'ai été saisi relevant de mes domaines de compétence et relatives aux problèmes liés à la mise en œuvre des mesures prises en vertu de la législation sur l'état d'urgence.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

Bilan et typologie des saisines du Ddd

Selon le comité de suivi de l'Assemblée nationale, sur la base des données du ministère de l'intérieur au 21 décembre 2016, pendant la période du 14 novembre au 21 juillet 2016, 3594 perquisitions à domiciles ont été effectuées, qui ont donné lieu à 70 procédures en annulation et 22 actions indemnitaires. Par ailleurs,

37 poursuites avaient été engagées, 9 procédures alternatives prononcées et 20 peines prononcées.

De plus, entre le 14 novembre 2015 et le 25 février 2016, 400 assignations à résidence ont été prononcées, qui ont donné lieu à 179 référés liberté et 12 annulations, et entre le 26 février et le 26 mai 2016, 72 assignations ont été prononcées qui ont fait l'objet de 14 recours pour excès de pouvoir et 11 référés liberté, qui ont donné lieu à 3 annulations, et entre le 27 mai 2016 et le 21 juillet 2016, 82 assignations à résidence ont été prononcées et aucune n'a été annulée. Enfin depuis le 14 novembre 2015, 540 interdictions de séjour ont été prononcées, dont 25 ont fait l'objet de recours et 13 avaient été suspendues, à 4 fermetures provisoires de salles de spectacles, débits de boisson et de réunion.

Au 21 décembre 2016, entre le 22 juillet et le 12 décembre 2016, 93 assignations à résidence ont été prononcées, 591 perquisitions avaient été réalisées, suite auxquelles 21 poursuites avaient été engagées, 72 saisies informatiques effectuées et 8 peines prononcées. Par ailleurs, 31 interdictions de séjour ou d'accès au territoire prononcées, 4 remises d'armes et 13 actes relatifs à la fermeture d'un site ou lieu de réunion. Par ailleurs, 1974 contrôles d'identité et fouilles de bagages ou véhicules avaient été réalisées, 23 interdictions de manifestation et 22 zones avaient fait l'objet de protection de sécurité.

Du 26 novembre 2015 à la fin de l'année 2016, les services du Défenseur des droits ont reçu 82 réclamations au total, dont 60 saisines concernant des mesures expressément prises au titre de l'état d'urgence (38 perquisitions ; 19 assignations à résidence ;

Presses universitaires de Paris Nanterre

2 perquisitions suivies d'une assignation à résidence et d'une interdiction de sortie de territoire ; 1 perquisition suivie d'une assignation à résidence et d'une demande de suppression de protection subsidiaire) ; 22 saisines concernant des situations indirectement liées à l'état d'urgence et ayant eu des conséquences professionnelles ou portant sur la liberté d'aller et venir, ainsi que des témoignages et réclamations relatifs au déroulement des perquisitions et à leur impact sur les personnes.

Sur les perquisitions administratives

Les réclamations mettant en cause le déroulement des perquisitions, visaient toutes les phases du processus : préparation, investissement des lieux, contact avec les occupants, déroulement de la perquisition, précautions à prendre à l'égard des enfants, documents légaux à remettre, et leurs conséquences sur la vie privée et professionnelle des réclamants.

Sur les assignations à résidence

Les réclamations reçues portent majoritairement sur la fausseté alléguée des éléments mentionnés mettant en cause ces personnes comme appartenant à la mouvance djihadiste ou encore, les modalités d'assignation (nécessité d'un allégement de la mesure soit en raison d'un travail, d'une maladie, d'un handicap ou d'enfants à charge).

Dans un certain nombre de cas, ces modalités ont pour conséquences des contraintes particulièrement pénalisantes pour les personnes concernées, les assignés à résidence font état de difficultés à poursuivre une activité professionnelle ou leur scolarité en devant

Presses universitaires de Paris Nanterre

demeurer sur leur commune et en ayant obligation de pointer.

Le Défenseur des droits est intervenu afin de s'assurer que les contraintes résultant de la mesure d'assignation à résidence soient aménagées et tiennent compte des réalités quotidiennes du réclamant. Les alertes du Défenseur des droits sur les atteintes à la liberté d'aller et venir ont d'ailleurs été entendues, car dans la loi de renouvellement de l'état d'urgence du 12 décembre 2016 le législateur a introduit une durée maximale de quinze mois ne pouvant être étendue qu'une seule fois, et l'on constate par ailleurs que les assignations à résidence sont passées de 400 assignations à résidence pendant la période du 14 novembre 2015 au 25 février 2016, à 63 assignations à résidence en vigueur au 12 janvier 2017.

Sur les « dommages collatéraux »

Les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence peuvent avoir des conséquences professionnelles pour les personnes concernées. Le Défenseur des droits a ainsi été saisi de plusieurs cas de licenciement. Ainsi, par exemple, une personne a fait l'objet d'une procédure de licenciement pour faute lourde en raison des « évènements qui ont été portés à la connaissance » de son employeur. Cette personne a transigé avec son ancien employeur suite à notre courrier d'instruction.

Ces mesures peuvent aussi avoir des conséquences sur la liberté d'aller et venir des personnes. Ainsi, une femme s'est plainte auprès du Défenseur des droits de s'être vue refuser l'accès à un commissariat de police pour déposer plainte, au motif qu'elle portait le voile.

Pages intérieures de bonis Nouveau

Elle précise qu'elle portait effectivement un voile sur les cheveux mais non un *niqab*. Il lui aurait été demandé de se dévoiler pour pouvoir entrer et déposer plainte. Une demande d'explications a été faite au préfet.

Le Défenseur des droits est également intervenu pour accompagner juridiquement les réclamants dans leurs démarches (information sur les recours permettant de contester une mesure, etc.) et obtenir des autorités les documents autorisant les mesures d'assignation à résidence ou de perquisition (arrêtés, procès-verbaux…).

Recommandations du Défenseur des droits et avancées

Depuis le début de l'état d'urgence, le Défenseur des droits a rendu 2 avis et 2 décisions[2] sur le déroulement des perquisitions et la protection des enfants en cours de perquisition.

Protection des enfants au cours des perquisitions

Le Défenseur des droits a relevé que les interventions des forces de police et de gendarmerie dans les domiciles en présence d'enfants peuvent avoir des conséquences néfastes sur ces derniers. Plusieurs

2. Avis 16-03 du 16 janvier 2016 (bilan liminaire) ; Avis n° 16-06 du 26 février 2016 (bilan initial de la première période d'état d'urgence) ; Décision MDS-MDE n° 2016-069 du 26 février 2016 portant recommandations générales relatives à l'usage des forces de police et de gendarmerie lorsqu'elles interviennent dans un domicile où sont présents des enfants, dans le cadre de l'état d'urgence ; Décision n° 2016-153 du 26 mai 2016 relative à la mise en œuvre des mesures de perquisitions administratives et à l'indemnisation des personnes dans le cadre de l'état d'urgence.

Presses universitaires de Paris Nanterre

saisines ont fait état de la mise en œuvre de perquisitions en pleine nuit et en présence d'enfants, sans qu'aucune précaution n'ait été prise. Une circulaire du 25 novembre 2015, prise par le ministre de l'Intérieur rappelait fermement aux policiers ou aux gendarmes qui procèdent aux perquisitions leur devoir d'exemplarité et qu'ils se doivent d'être attentifs au respect de la dignité et de la sécurité des personnes qui sont placées sous leur responsabilité.

Dans une décision du 26 février 2016[3], le Défenseur des droits a donc formulé des recommandations à cet égard, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[4] qui condamne les autorités lorsque la présence éventuelle d'enfants n'est pas prise en compte dans la planification et l'exécution de l'opération policière.

Il est essentiel d'éviter que les interventions soient traumatisantes pour les enfants afin qu'eux–mêmes ne soient pas durablement perturbés et que la représentation qu'ils auront des fonctionnaires de police ou des militaires de la gendarmerie ne soit pas négative. Un certain nombre de précautions doivent être prises avant, pendant et après l'opération.

Le Défenseur des droits préconise, par exemple, qu'avant l'intervention, des informations sur la présence, le nombre et l'âge du ou des enfants présents soient recueillies et de prévoir, si possible, dans l'équipage un intervenant social ou un psychologue, ou un fonctionnaire de police ou militaire de la gendarmerie

3. Décision 2016-69.

4. Gutsanovi c. Bulgarie, 15 octobre 2013.

Presses universitaires de Paris Nanterre

de la brigade de protection des familles. À tout le moins, une personne, au sein de l'équipage intervenant, doit se charger plus spécifiquement de la protection du mineur.

Le Défenseur des droits recommande enfin que la formation initiale et continue des forces de l'ordre, et notamment des unités spécifiques et cagoulées tels que le RAID, le GIPN, le GIGN, fasse spécialement état, outre le placement des enfants dans une pièce séparée, de la nécessité de privilégier leur surveillance et le dialogue par des effectifs spécialement dédiés à la protection des mineurs.

Le 23 mars 2016, le garde des Sceaux a manifesté son intérêt pour ses recommandations et le préfet de police de Paris y a donné suite.

Sur le déroulement des perquisitions

Constatant une confusion autour du compte-rendu de perquisition à établir à l'issue de l'opération, le Défenseur des droits a recommandé d'uniformiser les pratiques par la voie d'une circulaire du ministre de l'Intérieur, et recommande la rédaction de deux documents distincts[5] : un procès-verbal de perquisition circonstancié, à transmettre sans délai au procureur de la République à titre de compte-rendu[6] et un procès-verbal de perquisition à faire signer par l'occupant du domicile perquisitionné.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

5. Décision 2016-153 du 26 mai 2016.

6. Compte-rendu circonstancié et précis du déroulement d'une perquisition, en particulier lors de la phase d'investissement du logement (en précisant l'usage d'armes, l'usage éventuel de la contrainte physique et les conditions dans lesquelles elle a dû être exercée, l'usage éventuel de menottes, les propos significatifs échangés, sur le même mode

Il a recommandé en outre de compléter les obligations qui s'imposent aux forces de l'ordre dans le cadre d'une perquisition administrative liée à l'état d'urgence, par la notification systématique de l'arrêté préfectoral à la personne perquisitionnée, la remise d'une copie du procès-verbal de perquisition signé par l'intéressé et la remise d'un document d'information sur le droit applicable en matière d'indemnisation des éventuels dommages. Le Défenseur des droits a également alerté le gouvernement sur les motivations stéréotypées des arrêtés de perquisition, qui semblent être aussi utilisées pour les retenues[7].

La loi du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste a imposé la remise de la copie de l'ordre de perquisition aux intéressés[8]. Mais cela apparait insuffisant. La loi reste imprécise ; les recommandations du Ddd demandent la rédaction systématique des procès-verbaux de perquisition ainsi qu'un compte-rendu circonstancié et précis du déroulement de la perquisition, en particulier lors de la phase d'investissement du logement (en précisant l'usage d'armes, l'usage éventuel de la contrainte physique et les conditions dans lesquelles

Presses universitaires de Paris Nanterre

rédactionnel que celui utilisé lors de la rédaction des procès-verbaux relatifs aux opérations de police judiciaire) et indiquant les bris éventuels.

7. « raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics… ».

8. Elle prévoit que « la perquisition donne lieu à l'établissement d'un compte rendu communiqué sans délai au procureur de la République, auquel est jointe, le cas échéant, copie du procès-verbal de saisie. Une copie de l'ordre de perquisition est remise à la personne faisant l'objet d'une perquisition ».

elle a dû être exercée, l'usage éventuel de menottes, les propos significatifs échangés, sur le même mode rédactionnel que celui utilisé lors de la rédaction des procès-verbaux relatifs aux opérations de police judiciaire) et l'obligation de faire signer le procès-verbal aux personnes présentes[9].

Sur le recours à l'usage de la force

Rappelant les observations du Comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du Conseil de l'Europe du 4 mai 2016, le Défenseur des droits a recommandé que l'exécution des mesures de perquisitions se déroule dans le strict respect de la Convention européenne pour la prévention de la torture ; et de s'assurer que les personnes victimes d'un usage excessif de la force au cours de ces perquisitions puissent avoir la possibilité de porter plainte, que les enquêtes soient menées, les poursuites éventuelles engagées et les sanctions prononcées contre les responsables.

Faciliter l'accès à l'indemnisation en cas de perquisition

Le Défenseur des droits a recommandé de faciliter l'accès au droit à l'indemnisation en prévoyant des mécanismes exceptionnels de réparation des dommages causés par des mesures de police administrative prises en application de l'état d'urgence à l'origine d'un trouble anormal et d'en informer les personnes intéressées[10].

Presses universitaires de Paris Nanterre

9. Décision MSP-MDS n° 2016-153 du 26 mai 2016.

10. Voir notamment Décision MSP-MDS-2016-153 du 26 mai 2016

Le 6 juillet 2016, le Conseil d'État a rendu un avis[11] venant préciser le régime juridique des perquisitions effectuées sur le fondement de l'état d'urgence. Cet avis va très exactement dans le sens de mes recommandations en ce qui concerne la formalisation de la motivation de l'ordre de perquisition, le soin particulier à apporter quand des enfants sont présents et l'accès à une indemnisation sans faute.

Exigence de formalisation de la motivation de l'ordre de perquisition

La motivation doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit ainsi que des motifs de fait faisant apparaître les raisons sérieuses qui ont conduit l'autorité administrative à penser que le lieu visé par la perquisition est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics. L'ordre de perquisition doit en outre porter mention du lieu et du moment de la perquisition.

• Les conditions matérielles d'exécution des perquisitions à respecter

– le Conseil d'État précise qu'il est important de veiller au respect de la dignité des personnes et de prêter une attention toute particulière à la situation des enfants mineurs qui seraient présents ;

Presses Universitaires de Paris Nanterre

relative à la mise en œuvre des mesures de perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence ; Recommandations générales : police, gendarmerie et enfants, 26 février 2016.

11. CE, avis, 6 juillet 2016, M.E… et autres, M.H… et autres, n° s 398234, 399135 ; produit à la demande des tribunaux administratifs de Cergy-Pontoise et de Melun.

– l'usage de la force ou de la contrainte doit être strictement limité à ce qui est nécessaire au déroulement de l'opération et à la protection des personnes ;

– l'ouverture volontaire du lieu faisant l'objet de la perquisition doit être recherchée et il ne peut être fait usage de la force pour pénétrer dans le lieu qu'à défaut d'autre possibilité, sauf s'il existe des raisons sérieuses de penser que les occupants du lieu sont susceptibles de réagir à la perquisition par un comportement dangereux ou de détruire ou dissimuler des éléments matériels ;

– les atteintes aux biens doivent être strictement proportionnées à la finalité de l'opération (aucune dégradation ne doit être commise qui ne serait justifiée par la recherche d'éléments en rapport avec l'objet de la perquisition) ;

– le recours à la perquisition de nuit ne peut être justifié que par l'urgence ou l'impossibilité de l'effectuer de jour.

• Faciliter l'accès à une indemnisation en cas de perquisition

Les personnes concernées par une perquisition pourront demander réparation des préjudices subis dans 2 cas :

– lorsque la perquisition est illégale, celle-ci étant constitutive d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État ;

– lorsque les conditions matérielles d'exécution de la perquisition précisées ci-dessus sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'État. Elle sera engagée, par exemple, si les conditions de mise en œuvre n'ont pas été justifiées et proportionnées aux raisons ayant

Presses universitaires de Paris Nanterre

motivé la mesure, ou si l'ouverture volontaire du lieu n'a pas été recherchée sans justification objective.

En revanche, en l'absence de faute, les personnes concernées par une perquisition ne sont pas susceptibles d'être indemnisées des conséquences de cette perquisition.

Les tiers quant à eux seront indemnisés même s'il n'y a aucune faute, en application du principe selon lequel les charges publiques doivent être réparties également entre les citoyens.

Dispositions nouvelles de la loi du 21 juillet 2016

La loi du 21 juillet 2016 prorogeant l'état d'urgence a vu le régime dérogatoire s'enrichir de nombre de mesures nouvelles et d'un élargissement des pouvoirs administratifs conférés au préfet et à la police administrative sur les restrictions autorisées à la liberté d'aller et venir.

Interdiction de rassemblements (art. 8, loi de 1955)

À la suite de la décision du 19 février 2016 du Conseil constitutionnel qui a jugé que l'article 8 de la loi de 1955 n'avait « ni pour objet, ni pour effet de régir les conditions dans lesquelles sont interdites les manifestations sur la voie publique[12] », la loi du 21 juillet 2016 est venue modifier l'article 8, en ajoutant que « les cortèges, défilés et rassemblements de personnes sur la voie publique peuvent être interdits dès lors que l'autorité administrative justifie ne pas être en

12. Conseil constitutionnel, décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, Ligue des droits de l'homme.

Presses universitaires de Paris Nanterre

mesure d'en assurer la sécurité compte tenu des moyens dont elle dispose ». Ce dispositif vient compléter le droit commun défini à l'article L.211-4 du CSI.

Ces nouvelles dispositions semblent reprendre la jurisprudence *Benjamin* du Conseil d'État[13] selon laquelle une manifestation ne peut être interdite que si les autorités ne peuvent matériellement assurer l'ordre public. Si le texte ne semble pas appeler de critique, j'ai souligné aux plus hautes autorités de l'État que sa mise en œuvre ne devra pas conduire à un recours systématique à l'article 8, entraînant des interdictions générales de manifester. Il est impératif de veiller à ce que les mesures d'interdiction soient dûment motivées et respectent les principes de nécessité et de proportionnalité.

Pouvoirs du préfet d'ordonner contrôles d'identité, inspection visuelle et fouilles des bagages (nouvel article 8-1, loi de 1955)

La loi du 21 juillet 2016 a également prévu que le préfet peut autoriser, par décision motivée, [ces agents] à procéder aux contrôles d'identité prévus au huitième alinéa de l'article 78-2 du CPP, à l'inspection visuelle et à la fouille des bagages ainsi qu'à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public. La décision du préfet désigne les lieux concernés, qui doivent être précisément définis, ainsi que la durée de l'autorisation, qui ne peut excéder 24 heures.

L'article 78-2 al. 8 renvoie aux contrôles d'identité dits administratifs ou préventifs, en dehors du comportement de la personne : « pour prévenir une

13. CE, 19 mai 1933, *Benjamin*.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens ». Ainsi, le contrôle d'identité n'est donc pas nécessairement subordonné à un risque d'atteinte aux personnes ou aux biens.

Sur les pouvoirs conférés au préfet :

Cette disposition, qui avait déjà été insérée dans le projet de loi initial renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, avait fait l'objet d'une censure du Conseil d'État, lequel dans son avis du 28 janvier 2016 avait estimé nécessaire que ce nouveau dispositif de contrôles d'identité et de fouilles soit décidé par le procureur de la République, le cas échéant sur demande du préfet et soit placé, comme les autres dispositifs, sous le contrôle de ce magistrat.

Cependant, en rattachant ces contrôles d'identité décidés par le préfet à l'article 78-2 al. 8, on peut penser que cela les soumet *de facto* au contrôle de l'autorité judiciaire, conformément aux termes de l'article 78-1 du CPP qui dispose que l'application des règles prévues par le présent chapitre est soumise au contrôle des autorités judiciaires, dont le procureur de la République.

Sur la mise en œuvre des contrôles d'identité :

Dans sa décision sur la loi n° 93-992 du 10 août 1993, le Conseil constitutionnel a validé ces contrôles sous la réserve d'une justification des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public. Il a également assorti sa décision d'une réserve d'interprétation en estimant que « la pratique des contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle »

Presses Universitaires du Mont Blanc

et que pour cette raison « l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle ».

Selon le Défenseur des droits, et comme il a eu l'occasion de le rappeler dans ses observations devant la Cour d'appel de Paris et devant la Cour de cassation, dans le cadre du contentieux sur les « contrôles d'identité au faciès », il apparaît que les contrôles d'identité qui posent problème sont ceux effectués non pas à partir de critères objectifs (comme le comportement), mais à partir de critères appréciés subjectivement par le fonctionnaire de police ou le militaire de la gendarmerie.

La question du motif du contrôle soulève la difficulté d'objectiver le choix de la personne contrôlée dans le cadre des contrôles requis et des contrôles administratifs, qui peuvent être pratiqués sur toute personne indépendamment de son comportement. La question se pose de savoir sur quels critères les agents se fondent pour choisir les personnes qu'ils contrôlent. Il ressort des travaux du Défenseur des droits que ces derniers se fondent en grande partie sur des critères subjectifs tels que leur ressenti ou leur « instinct ». Il revient alors aux agents d'apprécier librement quelles sont les personnes qu'ils contrôlent indépendamment de leur comportement. Ces critères sont propres à chaque agent qui construit son propre « instinct policier », c'est-à-dire sa grille de lecture. Celle-ci peut se fonder sur des facteurs multiples tels que le profil de la personne, son origine ethnique supposée, sa tenue vestimentaire ou autres, et/ou selon des stéréotypes.

Presses universitaires de Paris Nanterre

Dès lors, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel (ci-dessus), s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle.

La saisie des données informatiques

La loi du 21 juillet 2016 autorise à nouveau le recours aux perquisitions administratives (art. 11 de la loi de 1955), en ajoutant la possibilité de saisir et d'exploiter les données informatiques collectées au cours de la perquisition ainsi que les systèmes informatiques et terminaux. À la suite de la censure du Conseil constitutionnel le 19 février 2016, des garanties ont été prévues par la loi : la nécessité d'un lien entre les éléments collectés et la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne perquisitionnée ; les modalités de conservation et de destruction des données, et de restitution du matériel saisi.

Cependant, des réserves pouvaient être émises sur le contrôle juridictionnel prévu : le contrôle juridictionnel n'intervient qu'*a posteriori* et n'est que partiel ; il ne porte en effet que sur la régularité de la saisie et la demande d'exploitation des données de l'autorité administrative, non sur la légalité de la décision.

Le Conseil constitutionnel a été saisi par le Conseil d'État d'une QPC mettant en cause le dispositif d'autorisation *a posteriori* par un juge et l'encadrement des conditions d'accès aux données contenues dans les équipements. Le Conseil constitutionnel a décidé dans

Presses Universitaires de Paris Nanterre

la décision 2016-600 QPC du 2 décembre 2016 que la saisie était soumise à des conditions procédurales suffisantes qui permettent le contrôle du juge et protègent les données avant l'obtention de l'autorisation. Il censure toutefois l'absence de délai de conservation prévu par la loi en ce qui concerne les données copiées caractérisant une menace sans conduire à la constatation d'une infraction. Au 12 décembre 2016 les perquisitions intervenues depuis le 21 juillet 2016 avaient donné lieu à 72 saisies informatiques.

⁂

Le 12 décembre 2016, le régime de l'état d'urgence a été prorogé pour une 4e fois et cette fois-ci pour une période allongée de plus de six mois. Or, comme le rappelait le vice-président du Conseil d'État, l'état d'urgence n'a pas vocation à être permanent. Les mesures dérogatoires qu'il prévoit ne doivent être prises que « dans la stricte mesure où la situation de crise l'exige » ; c'est une exigence posée par la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres conventions internationales auxquelles la France est partie.

Lors du congrès de l'Union syndicale des Magistrats le 7 octobre 2016, le président de la République a lui-même rappelé que l'état d'urgence doit être limité et que dans la lutte contre le terrorisme, notre arsenal était complet.

Pendant cette période, le Défenseur des droits continuera à accueillir et instruire les réclamations relatives aux problèmes posés par les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence et de la lutte antiterrorisme. Il en a déjà reçu depuis le 21 décembre 2016. Ses interventions

Presses Universitaires de Paris Nanterre

et avis, au fil des projets de textes, veilleront à évaluer la portée et les risques afférents aux mécanismes qui peu à peu restreignent les libertés publiques et individuelles, déplacent la frontière entre l'autorité judiciaire et la police administrative, et au total affaiblissaient l'État de droit.

Jacques Toubon
Défenseur des droits

Presses universitaires de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre

Comparer

Presses universitaires de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre

Changement climatique et urgence environnementale. L'hypothèse de l'état d'urgence écologique

Dans son article 1er, la loi du 3 avril 1955 autorise le gouvernement à déclarer l'état d'urgence « 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 ». Depuis sa mise en place et parmi la grande quantité de débats, un aspect de l'état d'urgence est cependant négligé : l'état d'urgence écologique. Le sujet n'étant pas d'actualité, cette omission est légitime mais, parmi les différentes justifications de l'état d'urgence utilisées dans les discours politico-juridiques, l'on ne saurait exclure cette hypothèse. Une réflexion plus large nous invite donc à traiter cette seconde condition formellement consacrée pour justifier l'état d'urgence. La notion, par ailleurs très floue, de « calamités publiques », contenue dans ladite loi, coexiste aujourd'hui avec un contexte global où le mot « environnement » est presque toujours synonyme de préoccupation et de crise. Nombreuses sont les études qui portent sur le thème de la sécurité et de l'environnement. Les réflexions, répandues tant chez les politiques, les militants, que les philosophes et les juristes[1],

1. Clinchamps Nicolas, Cournil Christel et Fabregoule Catherine, *Sécurité et environnement*, Ganapathy-Dore Geetha (dir.), Bruxelles,

Presses universitaires de Paris Nanterre

se focalisent, certes, sur la gestion préventive ou curative des crises environnementales et écologiques, mais aussi, de manière plus générale, sur la dérive sécuritaire que les mesures choisies pourraient impliquer.

Il est frappant de constater que le succès médiatique de l'expression « état d'urgence écologique ou environnementale », qui s'est diffusée avec force, doit beaucoup à son imprécision. Si généralement l'expression désigne un état de faits et appelle à prendre conscience de la crise environnementale, elle peut renvoyer, sous un angle plus juridique, soit à une action déployée par les pouvoirs publics pour venir en aide aux populations sinistrées (Pérou, Italie), soit à un niveau d'alerte en matière de pollution (Chili, Pérou), soit à une répartition exceptionnelle des pouvoirs en temps de crise environnementale (Italie), soit à un régime juridique qui autorise le gouvernement à prendre des mesures exceptionnelles de police (Japon, Colombie et éventuellement France).

Dans cette contribution, c'est ce dernier emploi de l'expression « état d'urgence » qui sera retenu car il nous permet d'inscrire l'hypothèse de l'état d'urgence écologique ou environnementale dans le cadre de la loi de 1955. Il faut entendre, d'après notamment les discussions sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, par « état d'urgence écologique » un état d'urgence décrété à la suite d'une action humaine ayant une conséquence sur l'environnement (explosion d'une centrale nucléaire par exemple) et par « état d'urgence environnementale » un état d'urgence

Pages universitaires de Dijon – Confidentiel

Éditions Bruylant, collection « Droit(s) et développement durable », 2016.

décrété après une catastrophe naturelle (tremblement de terre, intempéries, ouragan etc.). La loi de 1955 n'ayant pas eu pour vocation de traiter de la gestion des crises écologiques et environnementales, le sens que nous retenons de l'état d'urgence – comme synonyme de mesures exceptionnelles de police – est cependant plus large que celui de la loi de 1955, car la mutation des mesures connues afin de répondre à ce type particulier de crises n'est pas à exclure. Le point de savoir si ladite loi est adaptée pour faire face à de tels événements n'est ainsi pas le sujet de cette étude : à cette question, la réponse serait clairement négative. D'abord, parce que la notion de calamités publiques, qui pourrait laisser penser que cette hypothèse a été envisagée, a été introduite pour donner en 1955 un semblant d'objectivité au but poursuivi par le législateur de l'époque[2], mais aussi parce que l'arsenal juridique prévu par la loi est entièrement orienté vers les menaces à l'ordre public. La quasi-totalité des mesures de police qu'elle prévoit seraient inadaptées, *a priori*, à la gestion ou à la prévention des crises écologiques et environnementales.

La seule question que nous posons est celle de savoir si cette loi pourrait éventuellement être mobilisée par le gouvernement ; le recours à l'état d'urgence étant entièrement indépendant de la question de son efficacité et/ou de son adaptabilité aux événements. Nous tenterons donc de répondre à deux questions successivement : un état d'urgence écologique ou environnementale est-il possible ? Si oui, quel serait cet état d'urgence ?

2. Beaud Olivier et Guerin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, LGDJ, 2016, p. 54.

Presses universitaires de Paris Nanterre

Le caractère flou du seul mot d'urgence semble à première vue autoriser sa mise en place pour n'importe quel événement, que celui-ci soit politique, environnemental ou de toute autre nature. Mais plus encore que la notion d'urgence, celles, contenues dans la loi de 1955, de calamités publiques (A) et d'ordre public (B) semblent plus fertiles encore pour une éventuelle justification de l'état d'urgence en cas de crise écologique ou environnementale.

Les calamités publiques

Introduite de manière accidentelle, la notion de calamités publiques n'a jamais été utilisée pour justifier l'état d'urgence. Elle est d'ailleurs le plus souvent négligée soit en raison du caractère conjoncturel de sa présence dans la loi[3], soit en raison du caractère instable de son contenu (Philippe Bas, Rapport de la Commission des lois n° 447/2015-2016, Sénat, projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation). La notion englobe en effet différents contenus. Elle renvoie parfois à la nature particulière de certains événements – catastrophes naturelles ou événements politiques – qui touchent un grand nombre de personnes[4]. Dans une décision QPC la guerre d'Algérie est, par exemple, qualifiée de « calamité nationale » au sens du préambule de la constitution de 1946, impliquant ainsi le principe d'égalité

Université Paris Nanterre

3. *Ibid.*, p. 167.

4. Pontier Jean-Marie, *Les Calamités publiques*, Paris, Berger-Levrault, 1980, p. 33-41.

entre les citoyens (QPC n° 2015-530). Elle peut renvoyer également à un type grave de dommage, le plus souvent non assurable[5]. Mais en réalité on retrouve de plus en plus d'occurrences de l'expression dans le code des assurances, notamment en ce qui concerne les collectivités territoriales. Encore plus troublant est le fait que derrière cette notion, à l'exception du cas de la loi de 1955 où la notion est susceptible de justifier des mesures de police, il existe toujours l'idée d'une politique de secours[6]. Ceci implique que la notion, même lorsqu'elle est utilisée pour éventuellement justifier des mesures de police, se confondra à une politique de secours. Si, par exemple, le gouvernement ne procède pas à l'évacuation de la population ou encore à la fixation d'un périmètre de sécurité dans lequel il est interdit de pénétrer, il lui sera reproché de ne pas avoir protégé ou informé la population. L'état d'urgence serait, dans ce cas, potentiellement plus légitime aux yeux des citoyens qu'en cas de troubles à l'ordre public, qui eux, étant parfois invisibles, sont davantage discutables dans leur degré et leur intensité.

Lors de la discussion sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, dont la première version avait retenu la notion de calamités publiques, la question de l'éventuelle déclaration de l'état d'urgence en cas de catastrophes naturelles ou écologiques n'a pas échappé au gouvernement et aux parlementaires. Bien que le projet n'ait pas abouti, la notion a été maintenue dans la loi de 1955 et n'a pas été supprimée avec la vague de révisions.

Presses universitaires de Paris Nanterre

5. *Ibid.*, p. 41-43.

6. *Ibid.*, p. 62 et suiv.

À l'Assemblée nationale, on a appris alors que l'état d'urgence pouvait être décrété en raison de circonstances très diverses, parmi lesquelles, tout particulièrement, un accident nucléaire. En effet, selon Dominique Raimbourg, rapporteur de la commission des lois, « l'état d'urgence couvre non seulement les atteintes à l'ordre public mais aussi ce que l'on appelle les "calamités publiques" : catastrophes écologiques, catastrophes naturelles, catastrophes liées à des épidémies » (AN, séance du 8 Février 2016). De la même manière selon Jean-Jacques Urvoas, « la notion de calamité publique englobe les événements d'une gravité extrême, y compris ceux dans lesquels l'activité humaine aurait joué un rôle, comme un accident dans une centrale nucléaire, par exemple » (AN, séance du 8 Février 2016). La députée Delphine Batho, proposant, quant à elle, une modification du projet, expliquait : « le remplacement du mot "événements" par les mots "dommages majeurs" empêcherait de déclencher l'état d'urgence pour prévenir les conséquences d'une catastrophe naturelle ou d'un accident technologique majeur, en termes d'ordre public et de protection de la population ». Selon elle, « parler de "dommages majeurs" empêcherait de recourir à l'état d'urgence lorsqu'un accident nucléaire ne s'est pas encore produit mais qu'il faut d'ores et déjà prendre des décisions visant à assurer l'ordre public » (AN, séance du 8 Février 2016). Elle voyait donc dans le projet de loi constitutionnelle, et *a fortiori* dans la loi de 1955, la possibilité d'un recours à l'état d'urgence de manière même préventive.

Encore plus intéressant, devant le Sénat, la notion de calamités publiques a été tout simplement supprimée

Presses Universitaires de Paris Nanterre

dans le projet de loi constitutionnelle. Les raisons évoquées dans le rapport de la commission des lois bien que contradictoires demeurent vraies. Le rapport du Sénat précise que cette notion, n'ayant pas de définition satisfaisante, est susceptible d'être facilement malléable dans une loi portant sur l'état d'urgence. Deuxième raison de la suppression, la notion est inutile. Ici le Sénat s'appuie sur plusieurs arguments : le contexte historique de la loi de 1955, le fait que cette notion d'une part n'a jamais été utilisée et d'autre part ne l'a été qu'au niveau local, la préférence pour la théorie des circonstances exceptionnelles, qui serait mieux adaptée, et, enfin, dernier argument, le gouvernement pourrait toujours justifier l'état d'urgence par les menaces à l'ordre public, si, à la suite d'une catastrophe naturelle ou écologique, des troubles se produisent (menaces à la sécurité des biens et des personnes, pillages etc.).

L'ordre public écologique

La notion d'ordre public pourrait être mobilisée de deux façons. Premièrement, elle pourrait être employée dans le sens que préconise le Sénat, afin de neutraliser les troubles à l'ordre public que la survenue d'une catastrophe naturelle ou environnementale entraînerait et qui justifieraient la mise en place de l'état d'urgence. Or cette hypothèse proposée par le Sénat est tout à fait possible. Il n'est pas rare qu'après une catastrophe naturelle, des cas de pillage marginaux soient utilisés pour justifier une action policière musclée – qui peut, d'ailleurs, être ouvertement discriminatoire, comme ce fut le cas après l'ouragan Katrina à La Nouvelle-Orléans (2005). Le risque est que de telles

Presses Universitaires de Paris Nanterre

atteintes à l'ordre public soient présentées de façon biaisée par les médias comme par le gouvernement et que seule une telle manipulation soit la vraie justification de l'état d'urgence suscité par la catastrophe naturelle ou écologique. Paradoxalement, l'hypothèse avancée par le Sénat semble à cette aune d'autant plus dangereuse qu'elle est voilée.

La notion de l'ordre public écologique aussi permettrait éventuellement le recours à l'état d'urgence. Cette notion purement doctrinale renvoie, selon les auteurs, à deux idées différentes. Pour certains il s'agit de regrouper les polices spéciales de l'environnement dans une sorte de police générale qui aurait pour finalité la préservation de l'ordre public écologique[7] ; pour d'autres il s'agit d'intégrer l'environnement comme un élément matériel de la notion traditionnelle d'ordre public[8]. Cette dernière interprétation pourrait servir dans un contexte de crise et d'émotion forte. Il s'agit, bien évidemment, d'une notion purement doctrinale, mais puisque nous explorons l'idée d'une mobilisation éventuelle de l'état d'urgence en cas de catastrophes naturelles et écologiques, et même si aujourd'hui cela peut paraître peu pertinent, cette variante de l'ordre public pourrait influencer le gouvernement.

Reste cependant à savoir quel visage prendrait cet état d'urgence.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

7. Prieur Michel, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 7e édition, 2016, p. 84-86.

8. Belaidi Nadia, « Identité et perspectives d'un ordre public écologique », in *Droit et Culture*, [En ligne : https://droitcultures.revues.org/3401], 68/2014-2.

Afin de répondre à cette question, il est nécessaire d'identifier les mesures de police, celles qui sont prévues par la loi de 1955 ou d'autres à venir, qui pourraient être mises en place face à une catastrophe naturelle ou écologique (A). La banalisation de l'état d'urgence dans de telles circonstances sera la dernière hypothèse de cette contribution (B).

Quelles mesures de police ?

Les mesures de police sont toujours prises en fonction des événements. Avec le réchauffement climatique, les spécialistes prédisent sécheresses, intempéries, canicules, tsunamis, ouragans, déplacements de populations, épidémies nouvelles, etc. Étant entièrement orientées vers les menaces à l'ordre public, les mesures de police prévues par la loi de 1955 ne semblent pas, *a priori*, les plus adaptées. Il convient ici cependant de distinguer les situations de catastrophes naturelles et de catastrophes écologiques. Il ressort des débats sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation que les mesures de police actuelles pourraient être très utiles en cas de catastrophe écologique (voir AN, séance du 8 Février 2016). Plusieurs de ces mesures (interdiction de circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté, zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé, interdiction de séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics) sont tout à fait envisageables en cas de catastrophe écologique.

Presses universitaires de Paris Nanterre

C'est d'ailleurs la façon dont le gouvernement japonais a réagi à Fukushima.

Il est en revanche difficile de justifier de telles mesures de police en cas de canicules ou d'intempéries, bien que le recours à l'état d'urgence puisse être indépendant de l'adaptabilité des mesures aux événements. Mais à titre d'exemple, deux mesures plausibles aujourd'hui pourraient affecter les citoyens.

La première est celle de la rétention d'information voire de la désinformation. Le cas des nuages de Tchernobyl qui s'arrêtent à la frontière française est bien connu comme une vaste campagne de désinformation du gouvernement français (1986). De la même façon, le fait pour le gouvernement japonais d'avoir engagé l'armée pour nettoyer le sol à Fukushima afin de faire baisser le taux de radioactivité rentre dans cette catégorie de désinformation (2011). Dernier exemple : celui du gouvernement brésilien qui, à la suite de l'explosion de la mine de Mariana, a fait circuler l'information selon laquelle les eaux de la rivière n'étaient pas polluées alors que quelques semaines plus tard le taux de mercure – une des substances les plus dangereuses – s'est révélé extrêmement élevé (2015). Une telle désinformation est même parfois justifiée par le devoir du gouvernement d'éviter la panique – idée d'ailleurs qui est largement nourrie par le cinéma. La panique serait l'instinct premier des foules. Il est vrai cependant que le contrôle de la presse a été a supprimé dans la loi de 1955, mais cette suppression est liée au fait, à notre avis, qu'une telle mesure était devenue inutile dans le sens où il est possible aujourd'hui de contrôler les médias ou de désinformer de manière

Presses universitaires de France / Humensis

beaucoup plus subtile que de passer par un décret formel et officiel.

L'autre mesure susceptible d'être utilisée concerne le cas des réfugiés climatiques qui aujourd'hui sont beaucoup plus nombreux que les réfugiés politiques et dont le statut est discuté au niveau international. Les spécialistes attendent donc dans les années à venir davantage de déplacements de populations. Si ces déplacements s'accompagnent de l'apparition de nouvelles épidémies, il est fort possible aussi que les rétentions administratives massives et les mises en quarantaine deviennent assez courantes.

Une question demeure cependant. Elle concerne l'expansion de la logique sécuritaire qu'implique l'état d'urgence. Cette logique peut se concevoir non seulement dans le cadre de la déclaration officielle de l'état d'urgence écologique ou environnementale mais aussi en dehors d'un tel cadre comme réflexe politique de gestion préventive ou curative de telles crises jusqu'à être banalisé.

Vers la banalisation de l'état d'urgence ?

L'idée de banalisation de l'état d'urgence et surtout de sa logique sécuritaire peut prendre plusieurs formes. La première est celle qu'on pourrait qualifier de banalisation-fréquence. Cela implique l'idée que les crises environnementales ou écologiques pourraient déclencher de façon systématique la mise en place de l'état d'urgence. Cette banalisation se fera en fonction de la fréquence des catastrophes naturelles et écologiques elles-mêmes. Si ces catastrophes venaient à être fréquentes et si les pouvoirs ne trouvaient d'autre

Presses universitaires de Paris Nanterre

forme de réponse que l'état d'urgence, pourrait se dégager alors une tendance à la banalisation. L'idée de banalisation renvoie donc ici à un recours systématique à un « état » supposé être, si ce n'est forcément exceptionnel – au sens de l'état d'exception – en tout cas, rare et provisoire.

L'autre façon d'appréhender l'idée de banalisation est d'envisager l'irrigation de l'ensemble du droit par un réflexe sécuritaire, en dehors même de la seule déclaration formelle d'un état d'urgence. Cette banalisation-irrigation de la logique sécuritaire en cas de crises naturelles et écologiques peut être mise en parallèle avec la législation actuelle de lutte contre le terrorisme. Elle pourrait, davantage encore que la première hypothèse, prendre un aspect plus préventif que curatif. Ici les frontières entre état dit « normal » et état d'urgence seraient fortement brouillées. La politique environnementale aujourd'hui, faute d'ailleurs d'une vue d'ensemble – nationale et internationale – sur les problèmes liés à l'environnement, n'est efficace que dans son volet répressif. Il est possible que face aux changements climatiques de plus en plus visibles, ce volet devienne le seul moyen d'action.

La troisième façon d'appréhender l'idée de banalisation, qui est en réalité un prolongement de la deuxième hypothèse, est une sorte de banalisation structurelle de la logique sécuritaire. Cette banalisation se distingue de la deuxième dans la mesure où l'impact de cette logique serait beaucoup plus profond et conduirait à une mutation lente des régimes politiques libéraux et démocratiques. Ce thème est très discuté par les philosophes et les militants. Il se cristallise autour de la notion

Presses Universitaires de Paris Nanterre

de « dictature verte » ou d'« éco-fascisme ». Il faut préciser cependant qu'une telle notion est très floue ; elle est le plus souvent brandie comme un slogan voire un épouvantail, mais elle permet de positionner les différents courants qui s'inquiètent – pour des motifs différents – de la dérive sécuritaire des régimes politiques face aux changements climatiques. Il est ainsi possible de manière très schématique d'identifier quatre courants. Les idées de chacun de ces courants sont parfois plus subtiles que la façon dont nous les présentons mais ce schéma permet d'expliquer les enjeux du débat.

Le premier courant que nous qualifions être celui des climato-sceptiques radicaux (la plupart du temps lobbyistes des industriels), réduit les problèmes environnementaux actuels et futurs à un simple discours politique. Pour eux ce discours a été inventé pour remettre en cause les libertés individuelles et économiques. Si, selon eux, nous continuons à intégrer des mesures contraignantes visant à protéger l'environnement nous allons petit à petit vers une dictature verte.

Le deuxième courant, que nous qualifions de climato-sceptique modéré, s'identifie par sa foi dans les démocraties libérales et le capitalisme. Le système politique et économique actuel saura selon eux s'adapter et inventer les moyens nécessaires pour faire face aux changements climatiques. En revanche, l'écologie politique telle qu'elle est promue aujourd'hui a des relents « totalitaires[9] » et la « peur comme passion politique[10] ».

9. Allegre Claude, *L'Imposture climatique*, Paris, Plon, 2010, p. 263.

10. Ferry Luc, *Nouvel ordre écologique. L'arbre, l'animal, l'homme*, Paris, Grasset, 1992, p. 167.

Presses universitaires de Lyon Numérique

Le troisième courant que nous pensons être celui des écologistes modérés consiste quant à lui à remettre en cause le système politique et économique actuel. Pour eux, la démocratie libérale et le système économique capitaliste sont inadaptés pour faire face aux changements climatiques car ce système est à l'origine de la dégradation de l'environnement. Ce courant, le plus répandu, est à l'origine, depuis, au moins, le sommet de la terre de Rio en 1992, des « principes fondamentaux » du droit de l'environnement, que l'on retrouve dans les différentes législations et notamment dans la charte française de l'environnement de 2004. Afin de sauver la planète, il faut conduire nos systèmes politiques vers des démocraties plus participatives, de proximité et modifier notre mode de production et de consommation. En bref, plus d'information, plus de participation et donc plus de démocratie[11].

Le quatrième courant que nous jugeons être celui des écologistes radicaux rejette la démocratie quelle que soit sa forme car elle est jugée incapable de faire face aux changements climatiques du fait notamment de son anthropocentrisme. Il faut donc, pour ce courant, faire appel dès maintenant à une sorte de dictature verte avec un gouvernement de scientifiques[12]. Dans une version plus souple de ce courant apparaît aussi l'idée d'organes spécialisés et quasi aristocratiques qui deviendraient la nouvelle forme de l'expression politique[13].

Presses universitaires de Paris Nanterre

11. Bourg Dominique et Whiteside Kerry, « Pour une démocratie écologique », in *La Vie des idées*, 1er septembre 2009. ISSN : 2105-3030. [en ligne : http://www.laviedesidees.fr/Pour-une-democratie-ecologique.html]

12. Smith Joseph Wayne et Shearman David, *The Climate Change Challenge and the Failure of Democracy*, Santa Barbara, Praeger, 2007.

13. Jonas Hans, *Le Principe de responsabilité. Une éthique pour*

Il y aurait beaucoup de réflexions à mener sur la pertinence de chacun de ces courants, sur leurs soubassements idéologiques etc. Ce que l'on peut constater est un fond commun à tous ces courants aussi différents soient-ils : l'exercice du pouvoir politique est étroitement lié à l'idée que l'on se fait de notre environnement. Ainsi la gestion *a priori* ou *a posteriori* des crises environnementales, supposées ou réelles, en intégrant ou non une nouvelle éthique de l'environnement – au sens de l'écologie profonde – produirait un effet sur les régimes politiques eux-mêmes – ou bien trouverait une solution grâce aux régimes politiques. Ces débats vont au-delà de la banalisation du penchant sécuritaire des pouvoirs, nous serions ici davantage dans une mutation de l'exercice du pouvoir et des libertés.

Faut-il rappeler ne serait-ce que la théorie des climats de Montesquieu pour préciser à quel point le débat sur les liens entre régimes politiques et climat est vieux comme le monde ? Mais ces préoccupations politiques et philosophiques, entièrement dépendantes des questions environnementales actuelles, ont pris un nouvel élan qui ne pourrait nous laisser indifférent.

Patricia Rrapi
Université Paris Nanterre, CTAD

Presses universitaires de Paris Nanterre

---

la civilisation technologique, Paris, Flammarion, rééd. 2013 (année de parution 1979).

Presses universitaires de Paris Nanterre

La réticence allemande à l'égard de l'état d'urgence

Presses universitaires de Paris Nanterre

Introduction

Les réflexions sur l'état d'urgence peuvent profiter d'un coup d'œil au plus grand voisin de la France. Quant à la menace terroriste, la situation dans laquelle se retrouve l'Allemagne peut être comparée à celle de la France à maints égards, même si jusqu'à présent l'Allemagne n'a heureusement pas été l'objet d'une attaque terroriste aussi importante que celles visant *Charlie Hebdo* ou le Bataclan. En même temps, en étant État membre de l'Union européenne et État partie à la CEDH, l'Allemagne se voit soumise au même cadre juridique émanant du droit international et supranational. Et pourtant, pour le voisin d'outre-Rhin, l'« état d'urgence » en tant que concept juridique ne joue aucun rôle face à la menace terroriste entrée dans une phase post 11/9. L'Allemagne ne recourt pas à ce régime juridique tellement contesté, mais se sert de moyens différents. Dans ce qui suit, j'essaierai d'examiner ces moyens et notamment d'en donner des raisons.

Il faut commencer par ce contexte historique pour expliquer en quelques mots pourquoi le concept juridique d'« état d'urgence » a une mauvaise réputation en Allemagne. La Loi fondamentale (LF) du 23 mai 1949 se comprend comme une réaction aux « circonstances de Weimar » d'une part et à la catastrophe politique, morale, juridique, culturelle et sociale du national-socialisme d'autre part. Cela concerne la Loi fondamentale dans son ensemble, mais aussi les règles sur la protection de l'ordre étatique face à des menaces. La Constitution de Weimar de 1919 prévoyait notamment deux instruments pour contrer des situations de crise extraordinaires : d'un côté le moyen qualifié de « ruptures » de la Constitution (*Verfassungsdurchbrechungen*) et de l'autre côté le moyen des « décrets d'urgence » ayant force législative (*Notverordnungen*). Les « ruptures » de la Constitution étaient des lois adoptées à une majorité qualifiée, qui correspondait à la majorité nécessaire pour modifier la Constitution. En réglant une situation concrète, ces lois pouvaient abroger des dispositions constitutionnelles. Elles peuvent donc être décrites comme des révisions constitutionnelles conditionnées et limitées à une situation déterminée, qui ne se reflètent pourtant pas dans le texte même de la Constitution. Les « décrets d'urgence » régis par le fameux article 48 alinéa 2 de la Constitution de Weimar jouaient un rôle plus important et tristement célèbre. Selon cet article, le président du Reich pouvait, lorsque la sûreté et l'ordre public étaient gravement troublés ou compromis au sein du Reich, prendre les mesures nécessaires à leur rétablissement, en cas de besoin en

Presses universitaires du Mirail Toulouse

recourant à la force. À cette fin, il pouvait suspendre par voie de décrets ayant force législative l'exercice de plusieurs droits fondamentaux, à savoir la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile, le secret des correspondances, les libertés d'opinion, de réunion et d'association et le droit de propriété. À partir de 1930, le président du Reich Paul von Hindenburg s'est de plus en plus servi de ces instruments. La pratique de la suspension des droits fondamentaux fut poussée à l'extrême par la « loi des pleins pouvoirs » du 24 mars 1933, officiellement nommée « loi de réparation de la détresse du peuple et du Reich » (« *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* »). Cette loi donnait au gouvernement du Reich dirigé par Adolf Hitler le pouvoir de gouverner par décret – et ainsi supprimer les organes législatifs au sens propre, le Reichstag et le Reichsrat. En agissant ainsi, plus rien ne pouvait arrêter le passage à un État de non-droit.

À l'aide des alliés occidentaux, les pères fondateurs (en allemand on dirait plutôt : les mères et pères de la Loi fondamentale) y répondaient de manières multiples. Premièrement, les « ruptures de la Constitution » n'étaient plus admises ; désormais, la Loi fondamentale ne peut être modifiée que par une loi qui en modifie ou en complète expressément le texte (voir art. 79, al. 1, phrase 1[1]). Deuxièmement, le régime juridique de « décrets d'urgence » ayant force législative fut supprimé

1. Une traduction fiable de la LF est éditée par le Deutscher Bundestag : Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, 2014 (traducteurs : Christian Autexier, Michel Fromont, Constance Grewe, Olivier Jouanjan ; disponible sur https://www.bundestag.de/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf).

Presses universitaires de Paris Nanterre

sans remplacement. Troisièmement, toute clause générale encadrant un régime de crise d'État fut écartée. Au contraire, la version originale de la Loi fondamentale de 1949 ne comportait aucun régime spécial adapté à des situations d'urgence – à l'exception de l'état de nécessité législative (art. 81), qui ne règle que la situation particulière de la perte de confiance parlementaire du chancelier fédéral, ainsi que l'état de crise intérieure (art. 91), qui contient des dispositions fédérales pour l'engagement des forces de police dépassant les frontières des États fédérés. Quatrièmement, l'État de droit est lié de façon prononcée au contrôle juridictionnel : d'une part on instaurait la garantie de la protection juridique contre tout acte des pouvoirs publics (art. 19, al. 4), d'autre part la Cour constitutionnelle fédérale fut créée et dotée de pouvoirs de contrôle étendus et inédits. Et cinquièmement, la Loi fondamentale fonde une « démocratie capable de se défendre » (*wehrhafte Demokratie*), en d'autres termes : un régime pour la protection de l'ordre constitutionnel libéral et démocratique. Par conséquent, les deux restrictions des droits politiques les plus importantes, soit la déchéance des droits fondamentaux (art. 18) et l'interdiction des partis politiques (art. 21, al. 2), ne peuvent qu'être prononcées par la Cour constitutionnelle fédérale elle-même.

De ce fait, le ton général de l'état constitutionnel allemand après la seconde guerre mondiale est donné : L'ordre constitutionnel libéral et démocratique sera défendu offensivement contre ses ennemis – mais cela sans transfert de compétences législatives en faveur de l'Exécutif et sous la condition de la préservation des standards de protection juridique les plus élevés.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

Les révisions constitutionnelles ultérieures concernant le réarmement et l'état de défense (*Wehrverfassung* et *Notstandsverfassung*)

En quelque sorte, la Loi fondamentale pouvait se permettre de renoncer à un régime de gestion de crise et ne quasiment pas régler l'état d'urgence dans sa version originale. Car l'Allemagne était toujours soumise à la curatelle des alliés occidentaux. Plus précisément, jusqu'au 5 mai 1955, l'Allemagne était soumise au régime d'occupation. Au gré du regain de sa souveraineté, se posait la question de la réaction aux menaces pesant sur la souveraineté intérieure et extérieure. Ainsi en 1956 et en 1968, la Loi fondamentale a connu deux révisions importantes, qui concernaient, d'une part, le réarmement et, de l'autre, la gestion de l'état de défense (*Wehrnovelle* et *Notstandsnovelle*).

La modification de la LF (Loi fondamentale) en 1956 permettait le réarmement de l'Allemagne après son adhésion à l'Union de l'Europe occidentale et à l'OTAN en 1955. La modification de 1968 ne fut adoptée que par la Grande Coalition de l'union chrétienne-démocrate et des sociaux-démocrates. En modifiant – ou mieux, en renouvelant – presque 30 dispositions de la Loi fondamentale, elle représente l'une des plus étendues des 60 modifications de la LF. Son cœur consiste en trois complexes normatifs : premièrement l'état de défense exigeant le constat que le territoire fédéral fait l'objet d'une agression armée (art. 15a et suiv. – 11 dispositions au total), deuxièmement l'état de tension (art. 80a), une sorte de stade préliminaire précédant la déclaration de l'état de défense qui exige une situation interétatique de conflit accru avec le risque

Presses universitaires de Lyon (Lyonne)

d'escalade, et troisièmement la disposition selon laquelle « les forces armées allemandes ne doivent être engagées que dans la mesure où la présente Loi fondamentale l'autorise expressément » (art. 87a, al. 2).

En cas d'une agression armée de l'extérieur contre le territoire fédéral, l'article 115c, al. 2 autorise le législateur à restreindre deux droits fondamentaux particuliers d'une manière plus facile et plus étendue que dans les conditions de droit commun ; il s'agit d'une part de la facilitation temporaire des confiscations et d'autre part de l'allongement de la durée des détentions. Des restrictions de la garantie judiciaire ne sont pourtant pas prévues dans ce cas d'agression – qui, d'autant plus, n'a jamais été mis en pratique jusqu'à présent. Selon la conception de la Loi fondamentale, l'État de droit, qui est aussi et justement un État de recours au droit, demeure intact même en cas d'une agression armée de l'extérieur.

Le proverbe allemand *Not kennt kein Gebot* (traduit littéralement « L'urgence ne connaît pas de loi », avec un grain de sel équivalent au proverbe français « Nécessité fait loi ») ne trouve pas de base dans l'ordre constitutionnel allemand. En d'autres termes : le pays de Carl Schmitt, le théoricien de l'état d'urgence et de l'exception par excellence[2], a trouvé son chemin

2. Voir Schmitt Carl, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin, Duncker & Humblot, 1920, p. 21 : « Die Ausnahme ist interessanter als der Normalfall. Das Normale beweist nichts, die Ausnahme beweist alles; sie bestätigt nicht nur die Regel, die Regel lebt überhaupt nur von der Ausnahme. In der Ausnahme durchbricht die Kraft des wirklichen Lebens die Kruste einer in der Wiederholung erstarrten Mechanik » (Schmitt C., *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, p. 25 : « L'exception est plus intéressante que le cas normal. Le cas normal

Presses universitaires de Liège

de Damas après une expérience intense et dissuasive avec l'état d'urgence dans les années trente, c'est-à-dire dans la phase finale de la République de Weimar et du passage au régime nazi. Avec son ordre constitutionnel, la République fédérale met tout en œuvre pour capturer et désamorcer toute situation d'urgence par l'application des standards constitutionnels réguliers.

Le terrorisme de la Fraction armée rouge et la mise en écoute à domicile (Grosser Lauschangriff)

Presses Universitaires de Paris Nanterre

Durant la période entre 1970 et 2000, deux aspects ont une importance primordiale pour notre propos : d'une part, la lutte contre le terrorisme de l'extrême gauche sous la forme de la Fraction armée rouge (FAR) et des organisations qui lui ont succédé, et d'autre part, l'introduction de la mise en écoute à domicile en 1998.

Dans les années 1970, la Fraction armée rouge a soumis la République fédérale à une sérieuse épreuve de politique intérieure en commettant des attentats et en enlevant des membres de l'élite politique, juridique et économique. La RFA a réagi en adoptant plusieurs lois de sécurité – notamment la loi d'interdiction totale de contacts des détenus du 30 septembre 1977 – mais sans modifier la Loi fondamentale et ses garanties. À la fin des années 1990, la situation se présente de façon différente : la constitutionnalisation de l'instrument de la mise sur écoute à domicile, soit une mise sur écoute ciblée dans des espaces fermés (« surveillance

ne prouve rien, l'exception prouve tout ; elle ne fait pas que confirmer la règle : en réalité la règle ne vit que par l'exception. Avec l'exception, la force de la vie réelle brise la carapace d'une mécanique figée dans la répétition »).

acoustique de domiciles »), dans lesquels séjournent des perturbateurs présumés, faisait suite aux défis de sécurité émanant notamment de la criminalité organisée : en 1998, le droit fondamental de l'inviolabilité du domicile (art. 13) fut modifié en permettant sous certaines conditions une surveillance acoustique en dehors de l'espace concerné (*Kleiner Lauschangriff*) et au domicile (*Großer Lauschangriff*) pour lutter contre des infractions pénales particulièrement graves.

Ce qui lie ces deux développements, c'est le rôle moteur de la jurisprudence, notamment de la Cour constitutionnelle fédérale. Par ailleurs, ce rôle trace une route pour la période suivante, soit les changements intervenus dans la législation de sécurité après le 11 septembre 2001. Depuis les années 1950, la Cour constitutionnelle fédérale s'est transformée en un gardien puissant de la Constitution qui s'est auto-proclamée en organe constitutionnel. Avec ses compétences vastes, notamment en face du législateur et de la juridiction spécialisée, la Cour a assumé son mandat de protection de la Constitution – avant tout la protection des droits fondamentaux – de manière vigoureuse et offensive[3]. Elle a donné effet à la réticence de la Loi fondamentale à l'égard de l'état d'urgence dans l'ensemble de l'ordre juridique. Et elle a renforcé cet effet surtout en niant l'existence une réserve d'état d'urgence non-écrite qui permettrait de restreindre les droits fondamentaux dans des situations de crise imminente. Par là, elle soulignait l'intangibilité de l'ordre constitutionnel, pour lequel les criminels

3. Voir Jestaedt Matthias, Lepsius Oliver, Möllers Christoph, et Schönberger Christoph, *Das entgrenzte Gericht*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2011.

Presses universitaires de Paris Nanterre

sont des perturbateurs devant être sanctionnés en raison de leurs transgressions de la loi dans une procédure conforme au principe d'État de droit et non pas des ennemis dénués de droits devant être éliminés par tout moyen. L'État constitutionnel montre sa force en ne se laissant pas imposer la perspective de ceux qui luttent contre l'ordre fondamental libéral et démocratique.

Même quand le législateur a souhaité modifier la Loi fondamentale, la Cour constitutionnelle fédérale a fait prévaloir les contraintes de l'état constitutionnel. Ainsi, la Cour a réinterprété la disposition constitutionnelle qui introduisait dans la LF la surveillance acoustique du domicile en visant l'inviolable dignité humaine de l'article 1 de la LF et en argumentant qu'une mise sur écoute dans des aspects essentiels de la sphère privée n'était pas admissible – même si cela signifiait des restrictions dans la poursuite pénale de la criminalité organisée[4]. Cependant, cette argumentation juridique fut critiquée par la pratique et la doctrine juridique à maints égards quant à sa légitimité et sa praticabilité.

La législation de sécurité après le 11 septembre 2001 et la Cour constitutionnelle fédérale

Avec les décisions de la Cour constitutionnelle, on entre dans la phase la plus récente qui commence par les attaques terroristes visant les Twin Towers à New York et le Pentagone à Washington le 11 septembre 2001. Au niveau national, la stratégie de l'Allemagne face au « war on terror » se caractérise par une notable extension

4. Voir BVerfGE (= Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale) 109 (= tome), 279 (310–325, notamment 318–324) (= pages) [2004].

Presses universitaires de Paris-Nanterre

quantitative et surtout qualitative des autorisations d'intervention des autorités de sécurité qui n'a pourtant pas mené à une modification (textuelle) de la LF. La Cour a désormais été saisie de quasiment toutes les lois de sécurité nouvellement adoptées. Dans cette jurisprudence, la Cour a appliqué un contrôle des droits fondamentaux régulier, strict et entier. Ce qui est plus important encore, la Cour constitutionnelle fédérale, dans l'année 2008, a tiré du droit de la personne un nouveau droit dit « d'ordinateur » (*Computergrundrecht*) qui sert à la protection de la vie privée face aux perquisitions et manipulations en ligne et qui porte le nom incommode de « droit à la garantie de la confidentialité et de l'intégrité des systèmes informatiques » (« *Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*[5] »).

Depuis 2003, il ne s'est passé presque aucune année sans au moins une grande décision de la Cour relative aux nouvelles mesures de sécurité ; jusqu'à maintenant le nombre de décisions s'élève à environ 20[6] – en excédant ainsi le nombre des décisions que la Cour a prises relativement aux questions de l'intégration européenne depuis 2000. Dans la grande majorité des décisions prises par la Première Chambre, celles-ci traitent des pouvoirs

Presses universitaires de Paris Nanterre

5. Voir. BVerfGE 120, 274 (274 [dispositif 1], 302 et passim) [2008].

6. 2003 : BVerfGE 107, 299–339. – 2004 : BVerfGE 109, 279–391; 110, 33–76. – 2005 : BVerfGE 112, 304–321; 113, 348–392. – 2006 : BVerfGE 115, 118–166; 115, 320–381. – 2007 : BVerfGE 118, 168–211. – 2008 : BVerfGE 120, 274–350; 120, 378–433. – 2010 : BVerfGE 125, 260–385. – 2011 : BVerfGE 129, 208–268; 130, 1–51. – 2012 : BVerfGE 130, 151–212; 132, 1–39. – 2013 : BVerfGE 133, 241–272; 133, 277–377. – 2015 : BVerfGE 139, 245–285; 140, 160–211. – 2016 : BVerfG, arrêt du 20 avril 2016, 1 BvR 966/09 et 1 BvR 1140/09 (= références du dossier), disponible sur <http://www.bverfg.de/e/rs20160420_1bvr096609.html>

d'intervention nombreux et divers nouvellement introduits depuis le 11 septembre, comme notamment (et par ordre chronologique) l'accès aux données des liaisons des téléphones mobiles[7], la surveillance de la télécommunication[8], l'observation des coordonnées GPS[9], la recherche par quadrillage[10], la loi sur la sécurité aérienne (avec la permission d'abattre un avion de passagers détourné par des terroristes et utilisé comme arme[11]), la consultation des comptes par les autorités de poursuite pénale ou financière[12], la perquisition en ligne[13], la lecture automatisée de plaques d'immatriculation (LAPI[14]), la conservation des données[15], la mise en place d'un fichier antiterroriste[16] ainsi que les pouvoirs élargis de l'Office fédéral de police criminelle (le *Bundeskriminalamt*[17]). En outre, la Cour constitutionnelle a été saisie de plusieurs dispositions législatives, comme celles réglant la loi sur la sécurité aérienne et la conservation des données, à plusieurs reprises.

Sans analyser ces décisions en détail (environ 15 d'entre elles englobent plus de 40 pages imprimées de motivation, dont quatre même plus de 100 pages !),

7. Voir BVerfGE 107, 299–339 [2003].
8. Voir BVerfGE 110, 33–76 [2004].
9. Voir BVerfGE 112, 304–321 [2005].
10. Voir BVerfGE 115, 320–381 [2006].
11. Voir BVerfGE 115, 118–166 [2006].
12. Voir BVerfGE 118, 168–211 [2007].
13. Voir BVerfGE 120, 274–350 [2008].
14. Voir Cf. BVerfGE 120, 378–433 [2008].
15. Voir BVerfGE 125, 260–385 [2010]; 130, 151–212 [2012].
16. Voir BVerfGE 133, 277–377 [2013].
17. Voir BVerfG, arrêt du 20 avril 2016, 1 BvR 966/09 et 1 BvR 1140/09, disponible sur <http://www.bverfg.de/e/rs20160420_1bvr096609.html>

Presses universitaires de France

on peut en tirer quatre constats généraux qui se comprennent comme un signe clair à l'égard de l'état d'urgence :

– Premièrement, un régime spécial de droit constitutionnel qui serait lié à l'existence du défi de la menace terroriste pour l'État et la société, en quelque sorte une « réduction » de l'État de droit en réaction aux menaces terroristes, est rejeté catégoriquement. Le « war on terror » ne suspend pas l'applicabilité régulière des droits fondamentaux et la protection juridique en recours constitutionnel y est associée.

– Deuxièmement, le principe de proportionnalité constitue le critère décisif pour mesurer les atteintes aux droits fondamentaux commises par les autorités de sécurité – et cela jusqu'au (dernier) détail des dispositions contrôlées. À cet égard, la décision récente de la Première Chambre relative à la Loi d'Office fédéral de police criminelle (la loi « BKA ») du 20 avril 2016 est particulièrement impressionnante : plus de 250 paragraphes de la décision sont dédiées au principe de proportionnalité avec ses (quatre) éléments qui sont le « but légitime de l'ingérence », « l'adéquation », « la nécessité des moyens au but recherché » et « la proportionnalité au sens propre[18] ». La portée de l'orientation autour du principe de proportionnalité se transmet dans la motivation de la plupart des décisions de la Cour qui suivent un modèle de « Oui, mais… » : en principe, le choix législatif est admis – et par ceci, ses moyens et buts énoncés – mais en détail, l'usage du moyen est rejeté

18. Voir BVerfG, arrêt du 20 avril 2016, 1 BvR 966/09 et 1 BvR 1140/09, disponible sur <http://www.bverfg.de/e/rs20160420_1bvr096609.html> ; § 93–97, 98–102, 103–144, 145–354.

Impressum Institut des Droits Numériques

en argumentant soit qu'il existait un moyen plus doux, c'est-à-dire aussi efficace, mais moins contraignant, soit que l'ingérence conduisait à des préjudices juridiques disproportionnés au but recherché[19]. Par cela, la Cour reconnaît l'État de droit qui sert à se défendre lui-même et ses citoyens contre des menaces terroristes, mais qui ne peut pas utiliser tous les moyens.

– Troisièmement, le traitement des lois de sécurité post 11/9 qui perdure depuis plus d'une décennie n'a pas conduit à une réduction de la rigueur du contrôle des droits fondamentaux, c'est-à-dire de la densité du contrôle et de la rigueur des critères. Au contraire, on peut plutôt observer un développement en sens inverse. Ainsi, la Cour constitutionnelle a traité des tentatives du législateur de régler la conservation des données de façon conforme à la Constitution à trois reprises[20]. En faisant cela, la Cour n'épargne pas le législateur mais persiste dans le respect des standards des droits fondamentaux proprement établis.

– Et quatrièmement, une restriction de la protection juridique, soit la réduction du contrôle juridique des mesures exécutives de sécurité, n'est pas acceptée par principe. Les tentatives (pas très nombreuses) du législateur à cet égard sont toutes condamnées comme des violations des droits fondamentaux.

Page non numérotée

19. Paradigmatique : BVerfG, arrêt du 20 avril 2016, 1 BvR 966/09 et 1 BvR 1140/09, disponible sur <http://www.bverfg.de/e/rs20160420_1bvr096609.html>, § 90 et suiv.

20. Voir BVerfGE 125, 260–385 [2010]; 130, 151–212 [2012]; BVerfG (3e section de la Première Chambre), arrêt du 8 juin 2016, 1 BvQ 42/15, disponible sur <http://www.bverfg.de/e/qk20160608_1bvq004215.html>; arrêt du 8 juin 2016, 1 BvR 229/16, disponible sur <http://www.bverfg.de/e/rk20160608_1bvr022916.html>

En Allemagne, l'État de droit fait ses preuves aussi et justement comme État de recours au droit.

Pour résumer en une phrase : l'Allemagne remédie aux menaces nouvelles émanant du terrorisme international par une notable extension des pouvoirs d'intervention légaux des autorités de sécurité – aussi bien sur le plan quantitatif que qualitatif ; cependant, cela est accompagné d'une jurisprudence constitutionnelle étroite et rigoureuse qui se traduit par des mesures correctives et par des réserves d'interprétation défendant la protection des droits fondamentaux y compris en présence de menaces inconnues.

Conclusion

En guise de conclusion, je reviens au titre de mes réflexions, qui est « la réticence allemande à l'égard de l'état d'urgence ». En vertu de la Loi fondamentale, qui prévaut depuis plus de 65 ans, l'Allemagne a toujours montré une réserve claire face à l'admission de l'état d'urgence comme régime juridique propre, en le percevant comme une sorte de forme inférieure de l'État de droit. La façon dans laquelle cette réticence s'est manifestée a évolué dans les différentes phases de son histoire, autrement dit, s'est développée et différenciée au fur et à mesure des défis divers. La confiance, presque la croyance des Allemands, que l'État de droit ne s'auto-affirme que par les moyens de l'État de droit reste forte. Dans l'ensemble, cette conviction a fait ses preuves. Puisse-t-elle durer !

Matthias Jestaedt
Université de Fribourg
Professeur invité au CTAD

Presses Universitaires de Paris Nanterre

Le genre comme catégorie utile d'analyse de la justice transitionnelle : le cas du Brésil[1]

De 1964 à 1985, le Brésil a vécu sous dictature militaire, avec un fort soutien de la population civile. Cette dictature était le résultat du premier d'une longue série de coups d'État en Amérique du Sud ; cela allait aussi être le plus durable : le régime dura vingt et une années avant l'installation d'un président civil (bien que non élu par la population). Ce n'est qu'en 1988, vingt-quatre ans après le coup d'État, qu'une nouvelle constitution fut promulguée et des élections directes et libres organisées. Il y a de nombreuses raisons d'étudier ce régime aujourd'hui, vingt-huit ans après la promulgation de la Constitution ; mais deux d'entre elles seront particulièrement mises en avant ici.

La première tient au fait que le Brésil fut l'un des derniers États d'Amérique latine à revisiter son passé autoritaire : ce n'est qu'en 2011 que la Commission Nationale de Vérité (CNV) fut installée, suite à une décennie de mobilisations de la société civile qui menèrent notamment à la décision rendue en 2010 par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme dans l'affaire Araguaia. La CNV travailla pendant trois années,

1. Le présent texte a été traduit de l'anglais par Stéphanie Hennette-Vauchez.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

et plusieurs commissions étatiques furent installées durant ce même laps de temps. Tout ceci stimula divers retours réflexifs, académiques et officiels ; ce n'est donc que récemment que divers aspects de ce qui s'était produit dans les « donjons de la dictature » furent révélés. On commença à discuter de la manière dont la répression avait opéré, de quelles avaient été les chaînes de commandement, des endroits où les personnes avaient été torturées et déplacées, des *modus operandi*, des financements dont avait bénéficié le régime, des collaborations médiatiques, internationales, etc. Les rapports de ces commissions furent remis en 2014 et 2015 (CNV 2014 ; CEV-Rio, 2015) – reste encore à ce que leur diffusion atteigne effectivement la population.

La seconde raison tient à la grande actualité de l'héritage de la dictature : la violence policière (bien qu'elle s'exerce aujourd'hui majoritairement contre les trafiquants de drogue qui vivent dans les zones paupérisées, plutôt que, comme autrefois, contre les communistes et les terroristes), les relations de promiscuité entre les institutions publiques et certains secteurs économiques, des médias peu indépendants… constituent autant d'exemples de cet héritage. De fait, l'*impeachment* récent (août 2016) de Dilma Roussef suite à sa réélection au poste de présidente de la République est analysé par nombre d'acteurs comme un coup d'État. Le Brésil fait face, comme d'autres parties du monde, à la montée d'une vague conservatrice qui est particulièrement répressive à l'égard des femmes, des pauvres, des minorités raciales et des communautés LGBT.

Il se trouve qu'une partie de ce qui a été remis au centre du débat récemment tient à la participation des femmes

Presses Universitaires de Paris Nanterre

à la résistance au régime autoritaire, et à la manière dont l'appareil répressif d'État y a, à l'époque, réagi. Il ne fait guère de doute que, dans les années 1980 et 1990, ceux qui comme moi étaient lycéen-nes et étudiant-es se voyaient enseigner l'idée que le rôle des femmes dans la résistance avait été essentiellement un rôle d'épouses, de sœurs, de filles, ou de mères des hommes qui avaient disparus, été arrêtés, torturés, tués ou forcés à l'exil ou à la vie clandestine. Ces femmes s'étaient organisées en réseaux afin de localiser leurs hommes ou leurs cadavres, de les cacher, les envoyer à l'étranger ou, plus tard, de les rapatrier. De fait, ce sont des femmes qui furent à l'origine de la création de plusieurs Comités brésiliens d'amnistie après 1975 et qui militèrent en faveur de la loi d'amnistie de 1979 – la loi qui permit aux dissidents politiques de revenir dans le pays à leur vie civile en retrouvant leurs emplois, leurs universités et leurs familles[2]. D'ailleurs, les requérants dans l'affaire Araguaia devant la Cour interaméricaine des droits de l'Homme sont, pour l'essentiel, des femmes.

Bien sûr, tout ceci mérite d'être noté : l'engagement des femmes a contribué à ce que les mouvements issus de la société civile brésilienne se développent à la fin des années 1970, et aujourd'hui encore, l'on voit des femmes prendre le leadership de nombre de mouvements exigeant de meilleures politiques de sécurité ou de logement – des politiques qui protègent mieux leurs familles. Le mouvement des droits de l'Homme au Brésil doit beaucoup aux femmes[3].

Presses universitaires de Pondichéry

2. Sarti Cynthia A., « O feminismo brasileiro desde os anos 1970 : revisitando uma trajetória », in *Revista Estudos Femininos*, Florianópolis, vol. 12, n° 2, 2004.

3. *Ibid*.

Mais il est également frappant que la participation directe des femmes à la résistance organisée ait été pour l'essentiel tue ; il y a pourtant beaucoup à dire de leurs rôles de leaders, comme du sexisme de leurs homologues masculins. De même, peu de choses ont été dites sur la réaction du régime à cette présence des femmes dans la résistance organisée. Ce n'est que récemment que des chercheuses féministes, répondant en cela à l'appel de l'historiographie féministe à prendre appui sur le témoignage de femmes, ont entrepris de revisiter ce chapitre de l'histoire du Brésil, en mettant au jour des éléments intéressants qui jettent une nouvelle lumière sur le régime autoritaire. On souhaite ici prendre appui à titre principal sur un travail de recherche en particulier, celui conduit par Ingrid Gianordoli-Nascimento, Zeidi Trindade et Maria de Fátima Santos[4] sur la base d'entretiens avec des femmes de différents milieux sociaux ayant pris part à la résistance organisée dans l'État du Minas Gerais, ainsi que, à titre secondaire, sur les rapports de la CNV ainsi que sur une étude de Fernando Cardoso basée sur des témoignages de femmes devant la Commission Vérité de l'État du Pernambouc[5].

À propos de la participation des femmes à la résistance, il importe de rappeler que, si la résistance débuta dès 1964, suite au coup d'État, c'est surtout après l'acte institutionnel n° 5 de 1968, qui suspendit

Presses universitaires de Paris-Ouest

4. Gianordoli-Nascimento Ingrid, Trindade Zeidi et Santos Maria de Fatima de Souza, « Mulheres brasileiras e militância política durante a ditadura militar : a complexa dinâmica dos processos identitários », in *Interam. j. psychol.* [online], vol. 41, n° 3, 2007, p. 359-370.

5. Cardoso Fernando, « Para não dizer que não falei das flores : gênero no discursos de mulheres pernambucanas torturadas durante a ditadura military no Brasil », 2017, à paraître.

la plupart des droits civils, que les choses devinrent réellement dangereuses. Il y eut, en d'autres termes, une coïncidence temporelle entre la résistance au régime militaire d'une part et la montée en puissance, à l'échelle mondiale, des mouvements de la contre-culture et du féminisme de la deuxième vague d'autre part. Nombre de femmes engagées dans la résistance à cette époque n'étaient pas, à proprement parler, des féministes ; elles ne se seraient pas identifiées de cette manière. Il n'en reste pas moins vrai que leur implication politique, et la manière dont elles ont endossé des rôles typiquement masculins, leur ont donné le sentiment d'être avant-gardistes et libres vis-à-vis des attentes sociales qui pesaient sur elles. L'étude de Gianordoli-Nascimento, Trindade et Santos établit clairement ce point pour l'ensemble des femmes interviewées.

Ces femmes étaient fort jeunes lorsqu'elles devinrent activistes contre le régime militaire. Toutes avaient commencé leurs activités politiques au sein d'organisations étudiantes au lycée ou au début de leurs études supérieures. Certaines indiquent même que c'est pour poursuivre leur engagement politique qu'elles entreprirent des études supérieures – une voie qui ne leur aurait autrement pas été naturelle. Certaines furent présidentes d'associations étudiantes, et d'autres rejoignirent des partis politiques d'opposition clandestins. Plus tard, dans le courant des années 1970, nombre d'entre elles durent partir à l'étranger afin d'échapper au régime, ou furent bannies par le gouvernement et durent prendre appui sur des groupes de femmes basées aux États-Unis et en France. Elles ne purent revenir au Brésil que vers la fin des années 1970

Presses Universitaires de Paris Nanterre

– ce qui eut pour effet de dynamiser considérablement le féminisme comme mouvement politique dans le pays. Il y a donc bel et bien une connexion entre le développement du féminisme et celui de la résistance politique au Brésil.

Les témoignages recueillis révèlent aussi que des clivages, contradictions et conflits intéressants ont marqué cette participation politique des femmes, et que nombre d'entre eux sont les produits de la société patriarcale. Ainsi, un important clivage a pu opposer ces femmes activistes aux femmes qui ne l'étaient pas et conservèrent des rôles féminins traditionnels. D'un certain côté, les premières cultivaient un sentiment de supériorité sur les secondes ; mais d'un autre côté, elles essuyaient critiques et discriminations dans les sphères non politisées, et finirent souvent par être mises à l'écart par leurs cercles familiaux et amicaux. Selon elles, cette discrimination n'était pas uniquement due au contenu de leur engagement politique mais, en amont, au fait qu'elles *aient* un engagement politique et que ce dernier les pousse à l'action[6]. Or, de manière intéressante, ce type d'analyse ne se retrouve pas dans les témoignages d'hommes engagés dans la résistance politique de l'époque.

Un autre conflit a vu le jour entre femmes activistes. Toutes les femmes du groupe étudié par Ingrid Gianordoli-Nascimento, Zeidi Santos et Maria Trindade avaient initié leur engagement au sein de

Presses universitaires de Paris Nanterre

6. Gianordoli-Nascimento Ingrid, Trindade Zeidi et Santos Maria de Fatima de Souza, « Mulheres brasileiras e militância política durante a ditadura militar : a complexa dinâmica dos processos identitários », in *Interam. j. psychol., op. cit.*

groupes catholiques de gauche. Elles n'appartenaient pas au mouvement de libération des femmes, et portaient volontiers un jugement sévère sur certaines de leurs co-activistes qui, elles, expérimentaient les drogues et la libération sexuelle et leur apparaissaient "trop modernes". En d'autres termes, elles récriminaient le comportement de ces femmes selon les lignes du même discours que celui qui servait aux femmes traditionnelles à les récriminer, elles.

En dernier lieu, toutes ces femmes ont dû lutter contre un sexisme puissant qui émanait de leurs homologues masculins au sein des organisations politiques. Elles durent résister contre la tendance à ne leur confier que des rôles secondaires, gérer la sous-estimation chronique de leur courage et de leurs capacités à raisonner comme à remplir les tâches qui leur étaient confiées. Elles indiquent également qu'elles devaient faire face à des pratiques constantes de harcèlement : soit qu'elles étaient sexuellement libérées, et étaient qualifiées de « putes », soit qu'elles ne l'étaient pas, et se voyaient alors moquées comme « saintes », « nonnes » ou « bourgeoises[7] ». On voit bien ici qu'alors même que l'émergence de sentiments d'identité, de solidarité et d'appartenance est tout à fait cruciale dans des circonstances aussi difficiles, les femmes avaient nombre d'obstacles supplémentaires à franchir pour ce faire.

Fernando Cardoso s'intéresse quant à lui à la réaction de l'appareil d'État répressif vis-à-vis de l'engagement politique des femmes dans la résistance. Il souligne d'abord combien est remarquable le silence durable au sujet des femmes arrêtés par l'appareil répressif.

7. *Ibid.*

Presses universitaires du Mirail - Toulouse

Les rares fois qu'elles sont, en effet, mentionnées dans les sources et registres officiels, c'est lorsqu'elles le sont en leur qualité de compagne d'un dissident politique – mais jamais comme personnes dissidentes autonomes.

En réalité, il apparaît que l'État brésilien ne s'intéresse initialement pas à ces femmes. Elles étaient perçues essentiellement comme déraisonnables et fragiles, et certainement comme incapables d'une authentique volonté de rejoindre la résistance armée au régime. Elles furent vite utilisées par l'appareil répressif comme appâts : arrêtées et torturées conjointement avec leurs partenaires de manière à ce qu'ils « confessent » ce que les militaires voulaient entendre. Une stratégie connue consistait ainsi à faire assister la femme et les enfants d'un détenu aux séances de torture qui lui étaient infligées, de manière à ce qu'il « passe aux aveux » plus rapidement, afin d'éviter le traumatisme aux membres de sa famille. Néanmoins, et en raison de leur propre implication, les femmes commencèrent bientôt à être arrêtées (CNV 2014).

Il importe de souligner combien il est difficile pour les femmes ayant été arrêtées par le régime de relater ce qu'elles ont enduré. Les premiers témoignages substantiels ne datent que de quelques années. Ils révèlent la cruauté extrême et la manière dont elle vise spécifiquement la condition féminine de ces femmes. Viols et menaces de viols étaient dès lors constants, de même que d'autres formes très cruelles de violences sexuelles : mutilations, avortements et autres formes de violence dont on sait aujourd'hui le rôle qu'elles jouent dans les conflits armés. Tout aussi révélatrices sont les insultes qu'elles ont enduré, qui révèlent une forme spécifique

Presses universitaires de Paris Nanterre

de « punition » infligée aux femmes ayant osé subvertir leur rôle traditionnel. En plus de l'extrême violence physique endurée, ces femmes étaient ainsi traitées de « salopes » et de « putes », au motif qu'elles ne vivaient pas « selon ce que leur avaient enseigné leurs pères ». Il y a donc bien un aspect « correctionnel » de la torture qui leur était infligée[8] (CNV 2014).

Il est aujourd'hui acquis que le genre est un outil conceptuel important pour la compréhension de la violence contre les femmes, ou pour celle de questions telles que droit de la famille en tant qu'elles concernent directement les femmes. Mais, en suivant l'historienne féministe américaine Joan Scott, on peut suggérer qu'il est utile bien au-delà. Ainsi, prendre le genre en compte dans l'analyse de la justice transitionnelle permet non seulement d'analyser l'histoire depuis une perspective non-hégémonique et de dire l'histoire de celles et ceux qui ont été invisibilisé-es, mais aussi de comprendre le contexte politique global avec plus de finesse. Joan Scott souligne que « le genre est une catégorie d'analyse historique utile car il nous fournit une perspective qui permet d'expliquer les continuités et discontinuités, et de rendre compte de la persistance des inégalités de même que de la différence radicale entre les expériences sociales. Les rôles de genre donnent sens à l'organisation et à la perception de la connaissance historique[9] ». De fait,

Presses universitaires de Paris Nanterre

8. Cardoso Fernando, « Para não dizer que não falei das flores : gênero no discursos de mulheres pernambucanas torturadas durante a ditadura military no Brasil », *op. cit.*

9. Scott Joan, *Gender and the Politics of History*. New York, Columbia University Press, 1988, p. 28-50.

le recours au concept de genre pour penser la justice transitionnelle nous permet de comprendre la mesure dans laquelle l'État est une construction patriarcale qui génère des formes de hiérarchie sociale et de modes de commandement spécifiques, qui affecte tout le monde dans la société – et pas seulement les femmes.

Marcia Nina Bernardes
Université pontificale catholique de Rio de Janeiro
professeure invitée au CTAD

Presses universitaires de Paris Nanterre

Interpréter

Presses universitaires de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre

Le régime juridique de l'état d'urgence entretient un rapport fuyant au temps[1], à commencer par celui de l'urgence si on le conçoit comme l'accélération d'une temporalité juridique de droit commun. De la lecture de la version initiale de la loi du 3 avril 1955 et de ses modifications par l'ordonnance du 17 avril 1960 ressortent trois références au temps. La première vise les conditions de mise en œuvre de l'état d'urgence, notamment la survenance d'« un péril imminent » (art. 1). La deuxième concerne la durée de ce régime. Tandis que la loi de 1955 ne donnait initialement aucune indication (« la loi fixe la durée de l'état d'urgence qui ne peut être prolongée que par une nouvelle », art. 3), l'ordonnance modificative du 17 avril 1960 prévoit que l'état d'urgence peut être proclamé jusqu'à 12 jours. Toute prorogation « au-delà » « ne peut être autorisée que par la loi » (art. 2) qui fixe « sa durée définitive » (art. 3). La troisième référence est relative à la caducité de la loi portant prorogation de l'état d'urgence. Celle-ci « est caduque à

1. En ce sens, Baranger Denis, « L'état d'urgence dans la durée », in *RFDA*, 2016, p. 447.

Presses universitaires de Paris Nanterre

l'issue d'un délai de quinze jours francs suivant la date de démission du Gouvernement ou de dissolution de l'Assemblée nationale » (art. 4).

Les modifications du régime de l'état d'urgence intégrées dans les lois destinées à le proroger depuis sa mise en œuvre le 14 novembre 2015 ont ajouté de nouvelles références au temps. L'art. 4 de la loi du 20 novembre 2015 précise que les mesures prises en application de l'état d'urgence « cessent d'avoir effet en même temps que prend fin l'état d'urgence ». L'art. 6 de la loi du 21 juillet 2016 introduit une présomption d'urgence pour les recours juridictionnels en référé formés « contre une mesure d'assignation à résidence ». Enfin, l'art. 2 de la loi du 19 décembre 2016 introduit des limitations spécifiques pour la durée des mesures d'assignation à résidence.

On ajoutera à ce panorama technique que les signes d'une accélération du temps juridique lié à l'état d'urgence résultent également d'une interprétation systémique des règles constitutionnelles relatives à la procédure législative. Les projets de lois portant sur les états de crise bénéficient d'une procédure accélérée et peuvent être inscrits à l'ordre du jour en priorité (art. 42 et 48 de la constitution). On le verra, depuis novembre 2015, le gouvernement a amplement sollicité cette possibilité d'accélération du temps du travail législatif.

S'il reste en revanche une dimension que l'état d'urgence n'accélère pas, c'est sa durée. Prévues pour être temporaires, les mises en œuvre de l'état d'urgence ont toujours été prorogées ou rétablies[2]. La situation actuelle

2. Voir Beaud Olivier et Guérin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence.*

Présses Universitaires de Paris Nanterre

n'est donc pas exceptionnelle. Son originalité réside toutefois dans les prorogations à répétition dont elle est le théâtre. Le 19 décembre 2016 a ainsi été promulguée une cinquième loi de prorogation qui maintient l'état d'urgence jusqu'au 16 juillet 2017. Cette loi porte à 20 mois sa durée depuis sa déclaration le 14 novembre 2015, soit deux mois de plus que la plus longue période précédente (22 avril 1961-24 octobre 1962).

En creux, quatre applications de l'état d'urgence ont fait l'objet d'une fin anticipée par démission gouvernementale en 1958 et 1962, par dissolution le 1er décembre 1955, par décret en conseil des ministres le 4 janvier 2006. La démission du Premier ministre Manuel Valls et de son gouvernement le 6 décembre 2016 aurait pu ajouter un exemple supplémentaire. Elle aurait en effet dû mettre fin à l'état d'urgence quinze jours plus tard. Toutefois, le Parlement a été sollicité pour éviter cette conséquence et pour proroger l'état d'urgence à compter du 22 décembre 2016 jusqu'au 15 juillet 2017. La loi promulguée le 19 décembre 2016 prévoit en outre que les démissions du gouvernement qui seraient consécutives aux prochaines élections présidentielles ou législatives n'emporteront pas la caducité prévue à l'art. 4 de la loi de 1955. À l'instar des lois du 20 novembre 2015 et du 21 juillet 2016 qui ont réformé le régime de l'état d'urgence en même temps qu'elles le prorogeaient, il y a là une nouvelle forme de modification des règles du jeu en train de jouer, une modification de l'acte-condition

---

Étude constitutionnelle, historique et critique, Paris, LGDJ, 2016, p. 87 et suiv.

Presses universitaires de Paris Nanterre

par les actes-règles qui le concrétisent pour reprendre la terminologie duguiste réactualisée par O. Beaud et C. Guérin-Bargues[3].

En dépit des affirmations de principe par les acteurs mêmes de sa prolongation que « l'état d'urgence n'a pas vocation à durer plus longtemps qu'il n'est nécessaire[4] », l'état d'urgence semble donc chaque fois avoir été déclaré pour durer. Du moins, une fois déclaré, le pouvoir exécutif a toujours ressenti le besoin d'en obtenir la prolongation. La formulation négative qui aurait pu inciter à la limitation (« La prorogation […] *ne peut être autorisée* que par la loi » qui en fixe la « durée définitive ») est au contraire le support de prolongations qui deviennent la règle. Dans quelle mesure un état dit d'urgence est-il alors compatible avec une inscription dans la durée ? Face à la répétition des lois prorogations, comment comprendre leur caractère définitif (I) ? Quel sens donner à un provisoire qui dure au regard des temporalités contemporaines de la normativité juridique (II) ?

Presses universitaires de Paris Nanterre

3. *Ibid.*, p. 35.

4. Ministre de l'Intérieur (B. Cazeneuve), *Débats au Sénat*, 9 février 2016, repris mot pour mot par le ministre de l'Intérieur (B. Leroux), *Débats Assemblée Nationale*, 13 décembre 2016. Voir aussi CE, ord., 9 décembre 2005, *Mme Allouache*, n° 287777 ; CE, ord., 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme*, n° 396220 ; CE, avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, 11 décembre 2015 ; avis sur le projet de loi prorogeant l'état d'urgence, 2 février 2016 ; Jean-Marc Sauvé : « L'état d'urgence ne peut être renouvelé indéfiniment », in *Le Monde,* 18 novembre 2016 ; CE, avis sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et modifiant son article 6, 8 décembre 2016.

La répétition des lois prorogations interroge la signification du caractère définitif de la durée de l'état d'urgence que chacune d'elle est supposée fixer aux termes de la loi de 1955. Au moyen de quelles méthodes et théories de l'interprétation s'en saisir (a) ? La répétition des lois prorogations conduit également à se demander qui maitrise la durée de l'état d'urgence : le wprésident de la République en Conseil des ministres, le Parlement ou leurs juges (b) ?

a. Définitif ?

Si l'on interprète la durée « définitive » de chacune des lois de prorogation au sens de « point final », « de "fusil à un coup" prohibant tout renouvellement[5] », c'est-à-dire en recourant à une méthode d'interprétation littérale qui conçoit l'interprétation comme un acte de connaissance, leur répétition successive heurte de prime abord la lettre de l'art. 3 de la loi du 3 avril 1955 (ce n'est sans doute pas un hasard si l'adjectif avait disparu du projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation). Or, dans la mesure où aucune autorité compétente n'a déclaré l'abrogation explicite ou implicite dudit art. 3, cette interprétation conduit à une contradiction systémique entre les lois de prorogation adoptées depuis la deuxième, le 19 février 2016, et leur « loi-condition ». Il existe alors trois façons de la surmonter.

Presses universitaires de Paris Nanterre

5. Baranger Denis, « L'état d'urgence dans la durée », in *RFDA, op. cit.*, p. 448 ; Cassia Paul, « L'avis du Conseil d'État sur la prorogation de l'état d'urgence : tout va très bien, madame la marquise », in blog *Mediapart*, 5 févr. 2016 ; CNCDH, avis, 15 janvier 2016.

La première est de conserver l'interprétation littérale et de recourir à des méta-principes de résolution des conflits normatifs tels que *lex posterior derogat priori* ou *lex specialis derogat generali*. Ces deux méta-principes permettent alors de justifier la primauté d'application des lois de prorogations sur la loi de 1955.

La deuxième façon est de rester dans le cadre d'une théorie de l'interprétation-connaissance mais de changer de méthode en procédant à une interprétation historique. En se replongeant dans le contexte de l'adoption de l'ordonnance modificative de 1960, la référence à la durée définitive se comprend par opposition à la rédaction de l'art. 3 de loi de 1955 qui ne donnait aucune indication sur la durée de l'état d'urgence (*supra*). Dès lors, l'insertion de l'adjectif « définitive » avait pour fonction d'atténuer l'indétermination initiale en invitant le législateur à fixer, désormais, une date-butoir. Pour autant, elle ne lui interdit pas « de prolonger la prolongation[6] ».

Une troisième façon de lever la contradiction est de changer de théorie de l'interprétation en optant pour une théorie réaliste. Celle-ci ne préjuge pas du sens des mots énoncés dans les textes juridiques mais considère que les acteurs leur confèrent celui qui justifie la solution qu'ils ont prédéterminée, et ce d'autant plus lorsque, comme en l'occurrence, c'est le législateur qui interprète ses propres textes. Dès lors, à supposer que les rédacteurs des projets de lois de prorogation se soient interrogés sur le sens à conférer à l'expression « durée définitive », la répétition de ce type de loi est

6. Derosier Jean-Philippe, « L'état d'urgence : un régime exceptionnel et provisoire », in *JCP-A*, 2015, AR, 957.

Presses universitaires de Paris Nanterre

possible du seul fait que le législateur en exprime la volonté, et qu'aucune instance ne le contrôle. Le Conseil constitutionnel n'a en effet pour le moment pas été saisi de la constitutionnalité des prorogations elles-mêmes. On pourrait aussi rendre compte de ce problème interprétatif au moyen du vocabulaire de la théorie des contraintes juridiques[7] : si le Parlement veut proroger à répétition l'état d'urgence, alors il est contraint d'interpréter la notion de durée définitive comme signifiant « date-butoir » pouvant être renouvelée. Ou encore, si l'on veut lever la possible contradiction entre le cadre sémantique de la loi-condition et ses applications, alors il faut interpréter la notion de durée définitive comme signifiant « date-butoir » pouvant être renouvelée.

b. Les maîtres du temps

La loi du 3 avril 1955 prévoit « plusieurs modalités de cessation de l'état d'urgence : l'« expiration » qui intervient au terme du délai fixé par le décret initial ou par une loi de prorogation qui ne serait pas elle-même prorogée, la caducité qui résulte, de plein droit, d'une démission du gouvernement ou d'une dissolution de l'Assemblée nationale et, enfin, « la cessation résultant d'une manifestation de volonté d'une autorité compétente, qu'il s'agisse du législateur ou de l'exécutif[8] ». À cet égard, l'actuelle mise en œuvre de l'état d'urgence est prédominée par la manifestation de la volonté des autorités compétentes de le prolonger plutôt que d'y mettre fin.

7. Troper Michel, Champeil-Desplats Véronique et Grzegorczyk Christophe (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005.

8. Baranger Denis, « L'état d'urgence dans la durée », in *RFDA, op. cit.*, p. 449.

Presses universitaires de Paris-Nanterre

D'un côté en effet, le Parlement, alors qu'il n'est pas tenu de renouveler l'état d'urgence, a jusqu'aujourd'hui adopté toutes les lois de prorogation qui lui ont été présentées par le gouvernement. Les parlementaires ont même porté, avec la loi du 21 juillet 2016, à six mois la durée de la prorogation qui n'était que pour trois mois dans le projet de loi initial. Le Parlement a aussi entériné mi-décembre 2016 une nouvelle prorogation jusqu'au 15 juillet 2017 et ainsi privé d'effet la caducité consécutive à la démission du gouvernement de M. Valls tout comme celles qui seraient consécutives à des prochaines élections nationales. Ces procédés n'ont fait l'objet d'aucun contrôle. Le Conseil d'État refuse de suspendre les prorogations législatives[9]. Le Conseil constitutionnel, on l'a évoqué, n'a pour le moment pas été saisi de la question.

D'un autre côté, le pouvoir exécutif est à l'initiative de toutes les lois de prorogation. Le premier ministre, M. Valls, en avait annoncé une nouvelle le 13 novembre 2016, deux mois avant l'expiration de celle alors en vigueur. Cette sollicitation anticipée du Parlement a permis d'éviter – heureuse coïncidence – la caducité qui devait résulter de la démission de son gouvernement. Pour sa part, le président de la République s'est abstenu de se saisir de sa faculté de mettre fin à l'état d'urgence par décret en Conseil des ministres avant la date prévue dans la loi de prorogation. Le Conseil d'État, s'il accepte d'exercer un contrôle sur cette abstention d'exercice d'une compétence légale, s'en tient à un contrôle minimum :

9. CE, 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme*, n° 396220.

Presses universitaires de Paris Nanterre

> le président de la République dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour faire ou non usage de la faculté qui lui est reconnue par la loi de mettre fin à l'état d'urgence avant l'expiration du délai[10],

fixé par la loi.

Dès lors, et la façon dont la caducité de l'état d'urgence qui devait résulter de plein droit de la démission du gouvernement de M. Valls a été neutralisée le confirme, la durée et la fin de l'état d'urgence dépendent d'une décision d'opportunité politique. Sous l'effet du fait majoritaire et des procédures législatives accélérées qui transforment le Parlement en chambre d'enregistrement, elle reste maitrisée par le pouvoir exécutif. Rien, dès lors, « dans le régime légal de l'état d'urgence ne fait obstacle à une "succession indéfinie" » de prorogations[11]. Cet obstacle pourrait peut-être venir de la constitution si, saisi d'une cinquième ou énième loi de prorogation, le Conseil constitutionnel venait à en faire une question de principe.

II. Répéter l'état d'urgence : le brouillage des temps juridiques

Le principe est partagé par tous : les situations d'exception doivent demeurer provisoires. Elles s'inscrivent dans un temps plus court que celui prêté à la normativité de droit commun. L'observation de la mise en œuvre de l'état d'urgence depuis plus d'un an bouscule toutefois certaines représentations classiques des temporalités juridiques. L'adoption rapide des prorogations

10. *Ibid.* ; CE, 9 décembre 2005, *Mme Allouache,* n° 287777 .

11. Baranger Denis, « L'état d'urgence dans la durée », in *RFDA, op. cit.,* p. 452.

Presses universitaires de Rennes

mais, surtout, les modifications législatives de fond qui les ont accompagnées en novembre 2015, juillet 2016 et décembre 2016, témoignent d'une tendance structurelle à l'accélération du temps juridique[12]. En accentuant les traits, les caractéristiques du paradigme de l'exception (célérité de la production normative, caractère temporaire de la norme[13]) pourraient bien exprimer l'idéal – limite des nouvelles temporalités du droit commun. Mais le renversement de perspective n'est pas encore à son comble. Il le côtoie lorsque les temps raccourcis de l'urgence en viennent à être considérés… comme trop courts, trop rapides pour produire les effets escomptés et sont appelés non plus seulement à se répéter mais à se pérenniser. La période contemporaine est ainsi marquée par un brouillage des temps normatifs. Alors que, sur le modèle de l'urgence (a), la durée de la norme du droit commun est souvent raccourcie, accélérée (b), celle de la norme d'exception, conçue pour être provisoire, est répétée jusqu'à être banalisée et institutionnalisée dans le droit commun (c).

a. Les aubaines des procédures accélérées

L'accélération de la procédure législative que permet la constitution pour adopter les lois de prorogation de l'état d'urgence est classique aux situations de crise, au paradigme de l'exception[14]. À moins d'en contester le principe même, elle n'appelle pas beaucoup de com-

12. Gérard Philippe, Ost François et Van de Kerchove Michel, *L'Accélération du temps juridique*, Bruxelles, Presses de l'université de Saint-Louis, 2000.

13. Manin Bernard, « Le paradigme de l'exception. L'État face au nouveau terrorisme », in *La Vie des idées*, 15 décembre 2015.

14. *Ibid.*

Presses universitaires de Rennes - reproduction

mentaire. En revanche plus remarquable est le large usage qui est fait de cette facilité procédurale depuis novembre 2015, et ce, sur deux aspects au moins.

Le premier relève presque de la gageure puisque le législateur parvient à accélérer une procédure déjà accélérée. Certains ont ainsi souligné la « célérité excessive[15] » (72 h) du vote de la loi du 20 novembre 2015 adoptée avant l'expiration du délai de 12 jours prévu dans le décret déclarant l'état d'urgence le 14 novembre 2015. Il est vrai que les parlementaires avaient anticipé une éventuelle saisine du Conseil constitutionnel mais qui n'a pas eu lieu. La même célérité a été observée s'agissant de la loi du 21 juillet 2016 adoptée en moins de 72 h et qui présente en outre la particularité d'entrer en vigueur immédiatement, c'est-à-dire sans attendre l'expiration de la loi précédente qui devait intervenir le 26 juillet 2016. Enfin, une prorogation jusqu'aux élections nationales, évoquée le 12 novembre 2016 par le député S. Pietrasanta, a été annoncée à la BBC le 13 par le Premier ministre, soit 3 mois avant le terme de la loi de prorogation en cours. Le tout, on le rappelle, a finalement été accéléré par la démission du Premier ministre conduisant à adopter une nouvelle loi de prorogation le 19 décembre 2016.

Par ailleurs, cette célérité a bénéficié non seulement aux dispositions de prorogation à strictement parler mais aussi aux modifications du régime de l'état d'urgence (lois des 20 novembre 2015, 21 juillet 2016 et du 19 décembre 2016) et, surtout, avec la loi du 21 juillet 2016, à des dispositions sortant de ce régime renforçant,

15. Beaud Olivier et Guérin-Bargues Cécile, *op. cit.*, p. 129.

Presses universitaires de Paris Nanterre

notamment, les dispositions antiterroristes du Code pénal et du Code de procédure pénale. Le procédé s'est imposé au double risque, d'une part, sur le plan procédural, d'un détournement de la procédure législative – plusieurs ont pointé « les cavaliers législatifs[16] » non sanctionnés puisque le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi d'un contrôle *a priori* – et, d'autre part, sur le fond, d'une assimilation problématique entre le régime de l'état d'urgence et la lutte contre le terrorisme.

b. L'institutionnalisation de la normativité « stroboscopique »

Ces usages du temps liés à la mise en œuvre de l'état d'urgence gagnent à être lus à la lumière de la métaphore du stroboscope qu'E. Dockès avait filée au sujet des réformes du droit du travail :

> […] le stroboscope est un appareil qui émet de brefs éclairs lumineux, à intervalles très rapides. Utilisé en boîte de nuit, il donne une perception saccadée, déformée du mouvement des danseurs. Son utilisation mal contrôlée peut déclencher des crises d'épilepsie[17]

La métaphore, éclairante s'agissant des nouvelles formes de législation de droit commun, l'est aussi pour celle de l'état d'urgence.

Le « mouvement stroboscopique » se manifeste en effet tout d'abord par un « rythme effréné de flashes juridiques » s'accélérant sans cesse. Le « déferlement de textes » s'insère dans une stratégie de communication :

16. Le Bot Olivier, « Prorogation de l'état d'urgence et mesure de lutte antiterroristes », *AJDA*, 2016, p. 1914 ; Cassia Paul, « État d'urgence : le pot "pourri" de la loi du 21 juillet 2016 », Blog *Mediapart,* 29 juillet 2016.

17. Dockès Emmanuel, « Le stroboscope législatif », in *Dr. soc.*, 2005, p. 835-838.

Presses universitaires de Paris Nanterre

> […] face aux difficultés de la société actuelle, il est nécessaire de montrer que les pouvoirs publics agissent […] vite et beaucoup. […] une grande loi, mûrement réfléchie, vaut moins qu'une dizaine de petites lois faites dans l'urgence. Conçue pour apparaître au journal télévisé et pour y délivrer un message, la loi prend alors la fonction d'un spot publicitaire. Et c'est en toute logique qu'elle est assénée de manière répétée, cadencée[18]

Les prorogations à répétition de l'état d'urgence, leur annonce anticipée, parfois dans l'émotion immédiate d'un nouvel acte terroriste (le 15 juillet 2016) ou de la commémoration de l'anniversaire des attentats qui en sont à l'origine (le 13 novembre 2016 à la BBC) sont à cet égard pourvues d'un très grand capital de communication. Elles sont destinées à montrer la capacité de réaction du pouvoir exécutif face à une situation dont la gravité est amplifiée par l'affirmation même de la nécessité d'y répondre de façon répétée avec des moyens exceptionnels. La réitération des prorogations, auxquelles sont liées des mesures antiterroristes, permet d'entretenir sur la durée l'affichage d'une politique active en matière de sécurité et de compter sur un « effet de com.[19] » à répétition. Elle tend aussi à éviter une contestation de la proportionnalité de la durée de chacune des lois. Le passage, depuis juillet 2016, de prorogations de 3 et 2 mois à 6 et 8 mois semble toutefois aller en sens inverse. Mais il pourrait aussi signifier que le gouvernement a gagné le débat médiatique de l'efficacité et de la légitimité de l'état

18. *Ibid.*

19. Cassia Paul, « État d'urgence : le pot "pourri" de la loi du 21 juillet 2016 », in Blog *Mediapart, op. cit.*

Presses universitaires de Lyon - Imprimé

d'urgence comme instrument de politiques de sécurité et de lutte contre le terrorisme.

Ensuite, « la méthode stroboscopique » a pour effet « de masquer au moins en partie le contenu réel de l'action législative ». Sur la durée, elle « provoque des éblouissements[20] ». En matière d'état d'urgence, les objectifs de renforcer les moyens de sécurité sont clairement affichés. Toutefois, et l'effet d'éblouissement est peut-être là, ce qui est plus volontiers invisibilisé sont les usages des moyens de l'état d'urgence à d'autres fins que celles de prévenir des attentats. Plusieurs institutions ont relevé certaines dérives de l'état d'urgence consistant à poursuivre d'autres actes que ceux liés à des attentats, tels que les trafics d'armes ou de stupéfiants, mais aussi à assigner des manifestants ou des militants écologistes[21]…

Enfin la « méthode stroboscopique », nous dit E. Dockès, réduit « les résistances ». « Épuisé par le stroboscope, l'opposant finit par fermer les yeux[22] ». En l'occurrence, force est de constater que la répétition de l'état d'urgence provoque un effet d'accoutumance, voire de résignation. Les mobilisations contre la première loi de prorogation se sont taries après le rejet du recours en référé-liberté formé en janvier 2016[23] et l'adoption, quelques semaines plus tard, d'une deuxième loi de

Presses universitaires de Paris Nanterre

20. Dockès Emmanuel, « Le stroboscope législatif », in *Dr. soc.*, *op. cit.*

21. CNCDH, avis, 15 janvier 2016 ; CE, ord., 11 décembre 2015, Cédric D., req. 395009 ; voir aussi les divers avis du Défenseur des droits sur son site.

22. Dockès Emmanuel, « Le stroboscope législatif », in *Dr. soc.*, *op. cit.*

23. CE, 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme*, n° 396220.

prorogation. Rien n'indique toutefois que l'épuisement soit définitif.

La répétition des prorogations contraste peut-être sur un point avec le modèle stroboscopique. Alors que celui-ci met en évidence la tendance à écourter le temps de la norme de droit commun en principe conçue pour durer, la normativité de l'urgence est, à l'inverse, conçue pour ne pas durer. Pourtant, elle est prolongée. Le temps contemporain de la normativité juridique pourrait donc être celui d'une rencontre pluridimensionnelle entre une normativité de droit commun écourtée et une normativité de l'exception prolongée. Ce brouillage entre la situation réputée normale et la situation exceptionnelle se manifeste non seulement *rationae temporis* mais aussi *rationae materiae*.

c. De la répétition à la prolongation de l'état d'urgence par d'autres moyens

La tendance à l'enracinement, à l'effet non-retour, des normes provisoires ou d'exception dans le droit commun n'est pas nouvelle[24] : « les lois prévoyant des mesures extraordinaires survivent aux circonstances qui les ont fait naître[25] ».

Ce risque de normalisation et de banalisation a très tôt été relevé à propos de l'état d'urgence.

24. Agamben Giorgio, *État d'exception,* Paris, Éditions du Seuil, 2003 ; Braibant Guy, « L'État face aux crises », in *Pouvoirs*, 1979, p. 8 ; Questiaux Nicole, *Étude sur les conséquences pour les droits de l'homme des développements récents concernant les situations dites d'état de siège ou d'exception*, Nations unies (Conseil économique et Social), E/CN.4/sub.2/1982/15, 27 juillet 1982.

25. CNCDH, avis 18 février 2016, §11.

Presses universitaires de Paris Nanterre

Le phénomène quantitatif, la répétition de l'exception, se transformerait en un processus qualitatif d'institutionnalisation rendant « insensible le passage de l'état d'urgence à la situation "normale[26]" ». Surtout, l'état d'urgence aurait non seulement « propension à se pérenniser, mais aussi à s'émanciper de sa raison d'être[27] », le cas sus-évoqué des militants écologistes assignés à résidence le rappelle. Il développerait en outre une normativité « gloutonne[28] » se diffusant par « capillarité » dans plusieurs « branches du droit[29] » : libertés publiques, police administrative, droit pénal et procédure pénale, droit des étrangers… Plus donc que la prolongation elle-même du régime de l'état d'urgence, c'est la propagation des mesures adoptées sur son fondement dans la législation de droit commun qui est pointée, alors même que celles-ci ont vocation à cesser au terme de la période d'exception.

Le pouvoir exécutif, par la voix du Garde des Sceaux, le reconnait lui-même en présentant, entre autres, la loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement du 3 juin 2016 comme l'un des outils de lutte contre le terrorisme ayant pu justifier, le 13 juillet 2016, la fin de l'état d'urgence[30].

26. Baranger Denis, « L'état d'urgence dans la durée », in *RFDA, op. cit.*, p. 453.

27. Beaud Olivier et Guérin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique, op. cit.*, p. 150.

28. Urvoas Jean-Jacques, réunion de la Commission des lois du mercredi 13 janvier 2016, *http://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/lois/communication_2016_01_13.pdf*

29. Hennette-Vauchez Stéphanie et Champeil-Desplats Véronique, Chronique de l'administration, « Libertés publiques, relations avec les citoyens », in *RFAP*, 2016, n° 159.

30. Entretien BFMTV/RMC , 13 juillet 2016, http://www.bfmtv.com/

Presses universitaires de Paris Nanterre

Après l'attaque de Nice le lendemain, la nouvelle loi de prorogation du 21 juillet 2016 accentue le brouillage des genres puisqu'elle utilise la procédure législative des états de crise pour adopter, on l'a évoqué, des dispositions intégrant des corpus juridiques de droit commun, en l'occurrence le code pénal et le code de procédure pénale.

⁂

La fin de l'état d'urgence mis en œuvre le 14 novembre 2015 ne sera pas un retour à la situation juridique qui existait ce jour. L'enseignement de l'année écoulée est que la permanence et la banalisation de l'état d'urgence ne résultent plus tant de la répétition formelle d'un régime juridique conçu pour être temporaire que, plus profondément, de sa transpiration matérielle dans la législation de droit commun.

Véronique Champeil-Desplats
Université Paris Nanterre, CTAD

Presses universitaires de Paris Nanterre

mediaplayer/video/jean-jacques-urvoas-nous-allons-sortir-de-l-etat-d-urgence-a-la-fin-du-mois-842963.html

Presses universitaires de Paris Nanterre

Paradigme sécuritaire et banalisation de l'état d'urgence

La littérature juridique offre de nombreuses définitions de l'état d'urgence qui toutes l'envisagent comme un régime juridique dérogatoire temporaire, matérialisé par un accroissement provisoire des compétences de l'exécutif ainsi qu'une limitation momentanée des libertés et des garanties qui sont associées à un « état (dit) normal[1] ». Ce qu'on appellera la thèse de la banalisation de l'état d'urgence laisse donc entendre que cet ensemble de mesures dérogatoires serait en passe de se substituer à « l'état normal » pour devenir la règle. La situation actuelle de prolongations successives de l'état d'urgence fait craindre, selon cette thèse, la pérennisation d'un dispositif juridique exceptionnel[2]. Manuel Valls n'a-t-il pas affirmé que cet état d'exception

Presses universitaires de Paris-Nanterre

1. « Il est permis, dans des circonstances de péril exceptionnel de suspendre les règles normales de limitation des pouvoirs et d'instaurer des mécanismes exceptionnels d'extension des pouvoirs des gouvernants au prix d'une limitation des droits des gouvernés et de leurs garanties […] », Basilien-Gainche Marie-Laure, « État d'urgence et lutte contre le terrorisme. La mécanique de l'entropie », in *Journal du Droit Administratif (JDA)*, Andriantsimbazovina Joël *et al.* (dir.) 2016, Dossier 01 « État d'urgence », art. 53.

2. « La nouvelle prorogation de l'état d'urgence pour six mois remet en cause le caractère exceptionnel de ce régime et interroge sur ses finalités », Lazerges Christine, présidente de la CNCDH, communiqué de presse du 21 juillet 2016.

pourrait être prorogé « le temps nécessaire, […] tant que la menace est là », ajoutant même « jusqu'à ce qu'on puisse en finir avec Daech[3] » ?

Mais il nous est apparu que la banalisation de l'état d'urgence ne tenait pas seulement à ses prorogations successives. Dès lors, on envisage de se demander si la banalisation de l'état d'urgence ne serait pas également le produit de la diffusion d'un « paradigme sécuritaire[4] » qui se serait insinué au cours des dernières décennies ; en particulier à partir des années 80 et ce, dans tout le droit, pas uniquement dans le droit pénal.

On entend par « paradigme sécuritaire » un ensemble de thèses et de mesures qui font de la sécurité une réponse attendue à des situations dites de crise justifiant l'introduction dans le droit commun de mesures dérogatoires permanentes. De l'avis des spécialistes, ces mesures, parce qu'elles sont motivées par une exigence de sécurité, présentent des caractères communs avec celles qui sont prises lors d'un état d'urgence déclaré[5]. D'ailleurs, on observe une porosité manifeste et assumée entre les mesures prises *hors* état d'urgence et les mesures prises *dans* l'état d'urgence. Les dernières réformes du droit pénal et de la procédure pénale en matière de lutte contre le terrorisme en témoignent. On assiste précisément à l'inscription dans le droit commun

Presses universitaires de Paris Ouest

3. Référence à un entretien à la BBC cité in *La Croix*, « État d'urgence, quand l'exception devient la règle », 8 février 2016.

4. Roudier Karine, « Le Conseil constitutionnel face à l'avènement d'une politique sécuritaire », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* 2016/2 (N° 51), p. 37.

5. Voir notamment *Archives de politique criminelle,* 2016/1 (n° 38).

de mesures inspirées du régime de l'état d'urgence[6]. Celui-ci serait alors littéralement précurseur et viendrait ainsi renforcer le paradigme sécuritaire pour finalement banaliser l'exception[7]. Le législateur n'a toutefois pas attendu l'état d'urgence pour introduire dans le droit commun des mesures dérogatoires pensées pour durer. Cela signifie que des exceptions avaient déjà été introduites dans le droit en dehors de toute déclaration de l'état d'urgence notamment pour lutter contre le terrorisme. De la même façon, la législation antiterroriste n'a pas été le seul moteur de la production d'un droit dérogatoire permanent. La lutte contre la criminalité organisée y a également contribué. On notera au passage que ce droit a souvent été lui-même le fruit de procédures législatives dérogatoires dites d'urgence au Parlement. Ce paradigme sécuritaire induirait une mutation de l'État, qui s'analyse en une accumulation de multiples modifications touchant à ses éléments constitutifs : redistribution des compétences en faveur de l'exécutif, substitution du juge administratif au juge judiciaire,

6. Voir l'exposé des motifs de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale : « Les attentats qui ont douloureusement touché notre pays cette année ont renforcé la conviction du Gouvernement de la nécessité d'adapter notre dispositif législatif de lutte contre le crime organisé et le terrorisme afin de *renforcer de façon pérenne* les outils et moyens mis à la disposition des autorités administratives et judiciaires, *en dehors du cadre juridique temporaire de l'état d'urgence.* » (nous soulignons).

7. « Contrairement à l'avis du Conseil d'État de décembre, le gouvernement introduit ce qui ressemble fort à un état d'urgence glissant, un régime d'exception durable. De ce point de vue, pire que la prolongation de l'état d'urgence est le projet de loi de procédure pénale qui tend à faire de l'exception la règle pour un ensemble large d'infractions. », Toubon Jacques, in *lemonde.fr*, propos recueillis par J.-B. Jacquin.

Presses Universitaires d'Aix-Marseille

du droit administratif au droit pénal, ou même création de juridictions adaptées[8]. D'aucuns y voient tous les ingrédients d'un État autoritaire en germe.

Cette présentation rend compte d'une thèse unitaire assez répandue (parmi les spécialistes de droit pénal et/ou de droits de l'Homme) qui consiste à signaler et à dénoncer une situation de « normalisation de l'exceptionnel[9] » qui se ferait à bas bruit. Cette lecture critique pointant les risques de la banalisation de l'exception présuppose l'adhésion et la compréhension presque indiscutée de certains principes et certaines valeurs de l'ordre juridique : État de droit, démocratie, liberté, etc. L'exigence d'un retour à la « normale » portée par cette lecture critique de la banalisation interroge toutefois. L'état dit « normal » (celui qui obéirait au paradigme libéral et non au paradigme sécuritaire) ne présente-il pas lui-même des défauts structurels par rapport au modèle idéal de l'État de droit ? (voir 1) Face à cette thèse de la banalisation, on repère un autre discours particulièrement déstabilisant en ce qu'il nie toute exception. La gêne vient de ce qu'ainsi on entretient une ambiguïté quant à la qualification du droit en question. Ce discours de dénégation paraît l'expression d'une stratégie de légitimation de l'état du

Presses universitaires de Louvain

8. Voir par exemple la Cour d'assises spéciale en matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants en bande organisée, instaurée par la loi du 9 septembre 1986, « en remplacement de la Cour de sûreté de l'État » ajoute le site du ministère de la Justice sur http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/cour-dassises-speciale--23412.html

9. L'expression est notamment utilisée par la CNCDH dans son avis du 17 mars 2016 sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale (point 4).

droit tel qu'il résulte de sa tournure sécuritaire. Nous tenterons d'exposer puis de clarifier cette position selon laquelle il n'y aurait finalement ni paradigme sécuritaire, ni banalisation de l'état d'urgence (voir 2).

1. La thèse de la banalisation de l'exception

En ce qu'il constituerait un renversement des valeurs et des principes au fondement de l'État, le paradigme sécuritaire, dont la banalisation de l'état d'urgence ne serait que l'une des manifestations, est compris comme un système où l'exception serait en passe de devenir la règle. Au premier chef, cette idée se trouverait illustrée par un renversement de l'ordre des priorités dans l'État. La sécurité se substituerait à la liberté dans l'ordre des valeurs prioritaires, comme l'administration au Parlement et à la Justice dans l'ordre des institutions. L'« état d'urgence permanent » et, plus largement, les mesures dérogatoires au droit commun sont critiquées parce qu'elles alimentent la banalisation de l'exception (voir a). À y regarder de plus près, cette thèse critique de la banalisation de l'exception prend-elle en considération les défauts structurels de notre système dit « normal » par rapport à un État de droit érigé en modèle ? En outre, l'exception banalisée n'est-elle pas révélatrice de toutes les incertitudes qui entourent le concept d'État de droit pour désigner cet état « normal » du système juridique ? (voir b).

a. La thèse de la banalisation de l'exception contraire à « l'État de droit »

Dans cette thèse, le processus de banalisation de l'exception est réputé abîmer l'État de droit et rend nécessaire un retour à la « normale ». Cette critique

Tous droits réservés © Presses universitaires de Rennes

consensuelle se cristallise principalement sur deux sujets récurrents.

Le premier sujet se rapporte aux multiples atteintes aux principes ; sous-entendus ceux qui constituent un État de droit démocratique. Quand on invoque l'État de droit, on mobilise une notion susceptible de suggérer par elle-même une limite à l'action de l'État[10]. Le seul emploi de ce terme permet une référence implicite à toute une série d'obligations que le pouvoir devrait respecter : des mesures nécessaires à la protection de l'ordre public, proportionnées aux troubles et accompagnées de contrôles[11], des règles axiologiques concrétisées par les droits de l'Homme et les libertés publiques, des normes institutionnelles garantissant la séparation des pouvoirs et plus particulièrement l'indépendance de la Justice.

Le deuxième thème de la critique est donc sans surprise celui de la faiblesse des contre-pouvoirs. Sont visés le Parlement et les juges[12]. Quand on l'oriente

Presses universitaires de Paris Nanterre

10. « Un État de droit est un État qui se soumet au droit, mais pas à n'importe lequel : à des règles inspirées par un système de valeurs dont l'expression actuelle est le système des droits de l'homme et des libertés publiques », SAUVÉ Jean-Marc, in *Le Monde*, 18 novembre 2016, propos recueillis par J.-B. Jacquin.

11. « C'est pourquoi il faut rappeler ce que signifient, dans une société démocratique, les principes d'un État de droit : toute restriction des libertés doit être strictement nécessaire à la protection de l'ordre public, proportionnée aux troubles qu'elle entend empêcher et accompagnée de contrôles », « Non à l'état d'urgence permanent », l'appel de 11 juristes paru dans *Le Monde* du 20 décembre 2015.

12. « Au-delà de l'exégèse du texte, si le Gouvernement était vraiment soucieux de garantir l'État de droit comme il le prétend sans cesse, il aurait introduit dans son projet de révision constitutionnelle une disposition confiant au juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle selon l'article 66 de la Constitution, le soin de contrôler l'action de la

vers le Parlement, on s'attaque aux conditions dans lesquelles la représentation nationale est sollicitée, lorsqu'elle l'est – en particulier au regard des procédures accélérées[13] – ou à la faiblesse des arguments opposés par les parlementaires aux projets sécuritaires du Gouvernement[14]. Quand on l'oriente vers le juge, on déplore en général la relégation du juge judiciaire, soit que ce juge soit victime de l'extension de la compétence du juge administratif, soit que son affaiblissement soit la conséquence du basculement des activités de police judiciaire vers une police administrative[15].

C'est donc en revenant à un état antérieur à ces atteintes ou ces régressions – autrement dit à l'État de droit compris comme « situation normale » – que l'on espère rétablir un ordre acceptable. Cette manière d'articuler la critique de la banalisation de l'exception, aussi évidente semble-t-elle, pose question. Car certains implicites demeurent, comme précisément la « normale » à laquelle on voudrait revenir ou le « système » qu'il s'agit de dénoncer ou au contraire de promouvoir. La critique

Classe universitaire de Paris Nanterre

police administrative, ou encore une disposition mettant en place un véritable contrôle parlementaire. », Beaud Olivier et Guerin-Bargues Cécile, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, LGDJ, 2016.

13. Voir la CNCDH qui se plaint régulièrement de l'usage devenu habituel des procédures d'urgence dans la procédure législative lorsqu'il s'agit de prendre de nouvelles mesures sécuritaires, spécialement l'avis du 20 décembre 2012 sur la loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme.

14. Voir l'appel à « renforcer les garanties d'un contrôle démocratique sur les décisions gouvernementales », Appel des 11, in *Le Monde, op., cit.*.

15. Boucobza Isabelle et Girard Charlotte, « "Constitutionnaliser" l'état d'urgence ou comment soigner l'obsession d'inconstitutionnalité ? », in *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 5 février 2016.

de la banalisation de l'exception montre les difficultés de penser un état réputé « normal » de la même façon qu'on a des difficultés à préciser l'idée d'État de droit. Cette prétendue normalité ne comporte-t-elle pas déjà des éléments dissonants – des défauts structurels du « système » – par rapport à l'État de droit tel qu'il est habituellement invoqué ?

b. La banalisation de l'exception et les défauts structurels de l'« état normal »

L'état d'urgence prolongé semble avoir mis à nu ces défauts. Nous nous proposons d'en analyser quelques-uns. L'invocation de l'État de droit et de ses principes repose en effet sur des concepts flous, apparemment consensuels mais en réalité controversés. Pour ne prendre que l'exemple de l'indépendance des juridictions, qui est capable aujourd'hui de dire quels sont les critères d'une juridiction « indépendante » étant donnée la diversité des régimes auxquels elles sont soumises[16] ? Une chose est certaine, l'état d'urgence a fait ressurgir la rivalité entre juges administratifs et juges judiciaires. Il a mis en doute l'indépendance des premiers par rapport à celle des seconds alors que l'indépendance de la justice administrative ne semblait plus faire débat[17].

Presses Universitaires de Paris Nanterre

16. Boucobza Isabelle, « L'indépendance de la justice et l'indifférence des juristes français », in *L'Indépendance de la justice*, Aspiro Sedky Joseph *et al.* (dir.), actes de la journée d'étude de l'Institut d'études de droit public, Paris, l'Harmattan, 2011, p. 15-31.

17. « Ils appellent solennellement toutes les autres autorités de l'État à engager ces réflexions et soulignent l'urgence qui s'attache à proposer des réformes qui garantissent, en toute circonstance, à nos concitoyens, l'accès à un juge indépendant et impartial. », délibération commune du

L'état d'urgence a également fait ressortir les déséquilibres institutionnels du régime politique en vigueur : le contrôle parlementaire y est particulièrement faible. Or qu'est-ce qui relève de la « normale » ? Le Parlement fort exigé pour s'opposer à la banalisation de l'exception ou le Parlement faible institué pour les besoins de la Ve République ? À quoi bon dans ce cas attendre d'un Parlement conçu pour être faible un contrôle fort et déplorer le recours à des mécanismes de rationalisation, tels que la procédure législative accélérée ? Dans le même ordre d'idées, à quoi bon exiger le respect de la séparation des pouvoirs alors que la répartition des compétences sous la Ve République n'a jamais été favorable à l'affirmation d'un pouvoir juridictionnel ? À quoi bon exiger du Conseil constitutionnel d'être un rempart à la banalisation de l'exception alors que sous la Ve République il n'assume un rôle de contre-pouvoir qu'à éclipse[18]. Quant au Conseil d'État et aux juridictions administratives, qu'est-ce qui relève de « l'état normal » ? L'élargissement de leurs compétences à la garantie des libertés fondamentales face à la réduction de celles du juge judiciaire du fait de l'interprétation restrictive de la notion de liberté individuelle dans la jurisprudence constitutionnelle, ainsi que dans celle relative à la voie de fait du Tribunal des conflits et du Conseil d'État lui-même ? Cette situation qui a consisté à diminuer la position du juge judiciaire dans l'État et à assurer la promotion du juge de l'administration ne contredit-elle pas l'idée

Les Presses Universitaires de Paris Nanterre

premier président de la Cour de Cassation et des premiers présidents des Cours d'appel du 1er février 2016.

18. Lochak Danièle, « Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés ? », in *Revue Pouvoirs*, 1981, p. 48.

communément admise que la justice administrative ne présenterait plus de « spécificité » par rapport à la justice judiciaire ? Cette opinion répandue ne fait pourtant pas illusion : les raisons historiques de l'existence d'une justice administrative distincte de la juridiction judiciaire n'ont pas disparu et reposent toujours sur l'idée que le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif ne peut être placé qu'entre les mains d'un juge proche de l'administration. Le même raisonnement vaut concernant le contentieux des droits et libertés face au pouvoir de l'administration. Si juger les violations des droits et libertés par l'administration, c'est encore administrer à travers l'exercice d'un contrôle de proportionnalité, alors on explique l'extension de la compétence du juge administratif qui viendrait faire « exception » à celle du juge judiciaire dans ce domaine.

L'état « normal » ne l'est donc pas autant que les critiques de la banalisation veulent bien le croire, ce qui fragilise cette argumentation. L'autre thèse qui, elle, nie l'exception peut alors se déployer dans toute son ambivalence.

Presses universitaires de Paris Nanterre

2. La thèse du déni de la banalisation de l'exception

Par la négation de l'exception, on peut aussi procéder à sa banalisation. Elle ne deviendrait pas la règle pour la simple et bonne raison qu'il n'y aurait pas d'exception du tout. C'est certainement la stratégie politique des promoteurs du droit sécuritaire. Le déni de la banalisation de l'exception sert ici à légitimer l'action gouvernementale en entretenant une confusion sur la perception de la réalité (voir a). Celle-ci nous paraît

alimentée par des usages peu explicites des termes-clés de ce débat (voir b).

a. Une thèse ambivalente

S'agissant de la législation antiterroriste française, on peut lire dans un Livre Blanc du Gouvernement l'affirmation suivante en 2006 : « Il ne s'agit pas d'un droit d'exception. C'est un régime pénal spécialisé et adapté à la nature particulière du terrorisme[19] ». Précisons d'abord que nier ainsi l'exception a l'avantage de couper court à toute discussion sur son hypothétique banalisation[20]. Nier l'exception consiste bien souvent à qualifier l'action gouvernementale sécuritaire de « dérogation », c'est-à-dire de recours à un droit alternatif mais néanmoins « normal ». De sorte qu'on ne parvient pas à distinguer le normal de ce qui ne l'est plus[21]. Karine Roudier l'exprime de manière parfaitement limpide :

> Plus sévère d'un côté, plus permanente de l'autre, la législation antiterroriste s'éloigne du droit ordinaire tout en semblant le devenir, et se rapproche du droit d'exception sans jamais en recevoir la qualification[22].

Presses universitaires du Pôle Nord-Ouest

---

19. Gouvernement de la République française, *La France face au terrorisme : livre blanc du Gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme*, La Documentation française, 2006, p. 117-118.

20. « Ce sur quoi nous sommes en profond désaccord, c'est sur ceci – je l'avais déjà dit le 13 janvier 2015 et je le répète : une législation d'exception, jamais ! *(Vifs applaudissements sur les bancs du groupe socialiste, écologiste et républicain. – Vives exclamations sur les bancs du groupe Les Républicains.)* Jamais, entendez-vous, monsieur Jacob : une législation d'exception, non ! (*Vives exclamations sur les bancs du groupe Les Républicains.)* », M. Valls, débats parlementaires, deuxième séance du mardi 19 juillet 2016.

21. Lochak Danièle, « Synthèse », in *CRDF*, n° 6, 2007, p. 126.

22. Roudier Karine, *Le Contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Étude comparée des expériences espagnole, française et*

Tout semble alors affaire de jeu de mots. À titre d'exemple, la 14e section du tribunal correctionnel de Paris spécialement dédiée aux infractions de terrorisme illustre ces ambiguïtés : est-elle une juridiction de droit commun comme le laisse penser son intégration au sein de la justice ordinaire, une juridiction spécialisée et/ou d'exception[23] ? L'ambiguïté qui en découle bénéficie aux autorités politiques qui évitent ainsi d'apparaître comme mettant en œuvre une législation contraire aux standards en matière de droits fondamentaux. On comprend alors que l'enjeu d'une telle qualification est celui de l'immunisation du Gouvernement contre certaines accusations et notamment la résurgence d'un droit pénal politique et en général de pratiques pénales qui renvoient à des dérives passées[24].

Si on a bien compris le bénéfice stratégique qu'on peut tirer de cette ambivalence, on tentera maintenant d'apporter quelques clarifications nécessaires.

b. Une tentative de clarification

La thèse du déni introduit un troisième terme au-delà de la confrontation entre « droit commun » et « exception » : celui de « dérogation ». La difficulté de saisir ce discours ambigu tient à la polysémie des termes. Par exemple, lorsque l'on emploie le mot

italienne, Paris, LGDJ, Lextenso Éditions, « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », tome 140, 2012, p. 12.

23. Codaccioni Vanessa, *Justice d'exception. L'État face aux crimes politiques et terroristes*, Paris, CNRS Édition, 2015.

24. Cahn Olivier, « "Cet ennemi intérieur nous devons le combattre". Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », in *Archives de politiques criminelles,* 2016, p. 93.

Presses universitaires de Paris Nanterre

« exception », on renvoie à plusieurs usages possibles et souvent concomitants :

– soit il s'agit de faire référence aux mesures elles-mêmes, c'est-à-dire à des mesures « exorbitantes du droit commun » parce que distinctes du droit « ordinaire » et/ou jugées plus sévères ;

– soit ce qui est visé est la situation qu'il s'agit d'affronter, c'est-à-dire une situation exceptionnelle par sa gravité[25];

– soit on s'attache à la temporalité, et dans ce cas, deux connotations opposées sont possibles : ou bien on se réfère par l'exception à un état temporaire – l'« état d'exception » au sens strict – ou bien on se réfère à une exception qui dure – c'est notre hypothèse : le paradigme sécuritaire dont l'état d'urgence prolongé est une des manifestations ;

– soit enfin on formule un jugement de valeurs selon lequel ce qui est exceptionnel devrait être plus rare pour diminuer le recours à une règle présumée attentatoire aux droits et libertés[26].

Pareillement quant à la « dérogation », on croit pouvoir relever les usages suivants. Avec ce terme, on s'attache à qualifier des mesures qui sans nécessairement être plus sévères seront néanmoins distinctes du droit applicable en principe. On peut également qualifier une situation qui sans être particulièrement grave ne peut être traitée avec le droit commun habituel. La « dérogation » permet aussi de désigner une temporalité qui peut être provisoire ou prolongée. Enfin, on peut

25. Lochak Danièle, « Synthèse », in *CRDF*, n° 6, 2007, p. 123.

26. Troper Michel, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in *Le Droit et la nécessité*, Paris, PUF, « Leviathan », 2011, p. 104.

Presses universitaires de Saint-Louis Bruxelles

en faire un usage moralement connoté soit négativement pour disqualifier le recours à la dérogation, soit positivement pour la distinguer de l'exception et ainsi la justifier. C'est à notre sens d'ailleurs la seule raison pour laquelle les autorités politiques préfèrent le terme « dérogation » à celui d'« exception ». Sinon, il est difficile de ne pas y voir des synonymes. En effet, que l'on déroge ou que l'on fasse exception, on ne fait que traiter différemment des situations différentes.

Dans cette configuration, « banalisation de l'exception » signifie en définitive multiplication des dérogations. C'est précisément ce que nous avions appelé au début de notre propos l'« avènement d'un paradigme sécuritaire » qui s'analyse comme un processus d'expansion, que l'état d'urgence soit déclaré ou pas. Finalement, cette lecture permet peut-être de se passer des notions insaisissables d'« état normal » et d'« état d'exception permanent[27] » pour rendre compte d'une réalité : nous vivons en permanence sous des régimes dérogatoires toujours plus nombreux.

Isabelle Boucobza
Université de La Rochelle

Charlotte Girard
Université de Paris Nanterre, CTAD

Presses universitaires de Paris Nanterre

27. Agamben Giorgio, *État d'exception*, Paris, Éditions du Seuil, « L'ordre philosophique », 2003.

Permanence de l'« exception » : vers une troisième forme de démocratie ?

Il est désormais clair que l'état d'urgence ne s'inscrit pas facilement dans la problématique de l'État d'exception[1], alors qu'il est parfois dénoncé comme tel : il ne propose pas une dérogation ou une suspension de la normalité juridique, mais au contraire il tend à permettre d'établir des règles spéciales au sein de l'État de droit, et selon les dispositions prévues par l'État de droit. Dire cela ne signifie pas renoncer à une critique, qu'elle soit interne (selon les dispositions juridiques en vigueur) ou externe (du point de vue de ses raisons, de ses effets et de sa signification politique) : c'est au contraire désigner sur quel terrain l'état d'urgence doit être saisi et interprété.

Il est tout aussi clair que l'on ne peut sans renoncer à cette démarche interprétative se contenter de saisir l'état d'urgence instauré depuis 2015 en France dans sa seule dimension de réponse à une situation de fait : un danger imminent lié à la commission ou à la prévention d'actes terroristes.

La mobilisation des dispositifs relatifs à l'état d'urgence, sa proclamation dans la nuit du 13 au 14 novembre 2015,

1. Voir notamment dans ce livre les chapitres rédigés par Jean-Louis Halperin, Véronique Champeil-Desplats et Isabelle Boucobza et Charlotte Girard.

Presses universitaires de Paris Nanterre

les débats sur sa constitutionnalisation[2], sa reconduction à quatre reprises et les mesures que cet état d'urgence a permis d'adopter doivent être replacés dans un phénomène plus général et plus ancien qui construit et banalise l'idéologie sécuritaire : à proprement parler comme cela a été souligné un paradigme de l'action publique depuis plusieurs dizaines d'années. Il convient donc d'aller rechercher au-delà de la situation actuelle liée au terrorisme, prise sinon comme simple prétexte, du moins comme élément déclencheur et justificatif, une tendance bien plus lourde, qui au-delà de l'expérience française (Patriot Act américain, etc.[3]) marque l'évolution des démocraties libérales dans leur ensemble, au point que l'on pourrait chercher à y voir la matérialisation d'une nouvelle conception de la démocratie : la démocratie sécuritaire.

Mais l'état d'urgence dans cette analyse n'est pas simplement la conséquence d'une idéologie sécuritaire en action, ni même seulement une de ses manifestations les plus visibles : c'est en tant qu'élément permettant la construction de cette idéologie, sa légitimation et au final sa redoutable efficacité que l'état d'urgence actuel mérite aussi l'attention.

Ce sont d'abord les faits qui appellent une telle lecture, faits qu'il faut ici rappeler dans leur simplicité,

2. Voir dans ce livre le chapitre rédigé par Serge Slama.

3. Quand ce n'est pas dans les dispositifs juridiques eux-mêmes, comme en Allemagne (voir le chapitre dans ce livre rédigé par Matthias Jestaedt), c'est au moins dans le débat politique comme le montre la montée de l'extrémisme de l'AFD et la diffusion de ses idées avant et après l'attentat de Berlin du 19 décembre 2016.

Presses universitaires de Paris Nanterre

tels qu'établis par les autorités mettant en œuvre l'état d'urgence ou contrôlant cette mise en œuvre[4] :

– La très grande majorité des mesures efficaces de lutte contre le terrorisme, répressives ou préventives, ont découlé depuis novembre 2015 de la mobilisation de dispositifs ordinaires, déjà présents dans le droit français. L'état d'urgence n'a donc accru l'efficacité de la lutte contre le terrorisme qu'à la marge.

– Une très grande majorité des mesures fondées sur des dispositions prévues et créées par l'état d'urgence ont été employées pour des buts autres que la lutte contre les dangers imminents liés au terrorisme : dès novembre 2015 dans le cadre de la sécurisation de la COP21 à l'encontre des activistes écologistes, altermondialistes et d'extrême-gauche ; dans le cadre d'actions contre la délinquance de droit commun.

– Certaines lois de prorogation de l'état d'urgence ont permis l'adoption, parfois sous forme de cavaliers législatifs non censurés puisque nul ne songeait dans ce cadre à saisir le Conseil constitutionnel (saisine dont il est permis de douter que sur ce point elle aurait eu quelque efficacité), de mesures sécuritaires à caractère permanent, c'est-à-dire qui perdureront au-delà de la fin de l'état d'urgence (loi du 21/7/2016[5]).

– Durant la période de mise en œuvre de l'état d'urgence, mais indépendamment des dispositions exceptionnelles que cet état d'urgence permet, un arsenal de mesures ordinaires a pu être adopté, et adopté d'autant plus facilement que l'état d'urgence

4. Voir dans ce livre le témoignage du Défenseur des droits, Jacques Toubon.

5. Voir dans ce livre l'analyse de Stéphanie Hennette-Vauchez.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

les fait apparaître comme nécessaires et légitimes ; mesures qui renforcent cette inflation sécuritaire pour des questions qui ne sont pas directement liées à la lutte contre le terrorisme, sinon dans un sens démesurément large : droit pénal général, contrôle et statut des migrants, armements, usages des armes et légitime défense des diverses forces de l'ordre, etc.

On voit bien dès lors que la prétendue logique de l'état d'urgence, qui lie étroitement dans l'État de droit la survenance d'une situation exceptionnelle à laquelle on ne peut répondre par des mesures ordinaires et l'adoption de mesures extraordinaires, et qui permet donc face à l'urgence du danger apparu avec cette situation d'autoriser temporairement des mesures exceptionnelles, n'est pas défendable : on ne peut ni justifier la réalité de l'action juridique depuis le déclenchement de l'état d'urgence par la situation que la France a connue et connaît du fait du terrorisme, ni encore moins évaluer l'efficacité de l'état d'urgence, de son maintien ou de sa fin, au regard de la lutte contre le terrorisme.

On est davantage dans l'idée d'une prévention permanente d'un danger généralisé, qui relève autant d'une prudence posée comme principe premier de l'action publique que de l'entretien d'une psychose de l'insécurité. On l'a noté, le vocabulaire employé ressortit davantage de celui de la guerre que de celui de la prévention des dangers et du maintien de l'ordre public. Le Conseil d'État n'en fait d'ailleurs pas mystère, qui motivait son ordonnance du 27 janvier 2016 rejetant un recours aux fins de faire cesser l'état d'urgence, en considérant que

> […] le péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public qui a conduit, à la suite d'attentats d'une

Droits réservés au Cnam, Paris

> nature et d'une gravité exceptionnelles, à déclarer l'état d'urgence n'a pas disparu ; que, même s'ils ont été de moindre ampleur que ceux du 13 Novembre, des attentats se sont répétés depuis cette date à l'étranger comme sur le territoire national et que plusieurs tentatives d'attentat visant la France ont été déjouées ; que la France est engagée, aux côtés d'autres pays, dans des opérations militaires extérieures de grande envergure qui visent à frapper les bases à partir desquelles les opérations terroristes sont préparées, organisées et financées ; que les mesures qui ont été arrêtées, sous le contrôle du juge administratif, à qui il appartient de s'assurer qu'elles sont adaptées, nécessaires et proportionnées à la finalité qu'elles poursuivent, ont permis d'atteindre des résultats significatifs.

Sans cynisme déplacé, il est malheureusement permis de douter de ces résultats significatifs (attentats ultérieurs de Nice, de Saint-Étienne-du-Rouvray…), et en partie pour les raisons invoquées : la faiblesse des mesures fondées sur l'état d'urgence en lien avec cette prévention du terrorisme ; sans doute aussi parce que le risque zéro n'est qu'un fantasme, et que les moyens de lutte contre le terrorisme ne peuvent se cantonner à des seules mesures sécuritaires de prévention et de répression : l'ensemble des causes qui conduisent à la commission de tels actes et à la diffusion des idéologies qui les provoquent doivent être appréhendées pour ne pas rester dans la réaction immédiate et pouvoir maîtriser durablement le danger. Ce que l'on sait des auteurs de la série d'attentats qui a frappé la France depuis au moins 2012 (attentats de Montauban et de Toulouse) ne permet pas de faire l'économie d'une analyse en profondeur des échecs de certains pans de notre modèle sociétal et de notre action publique (discriminations,

Presses universitaires d'Aix-Marseille

exclusions, intégration, système scolaire, etc.[6]). Mais cette question est devenue de plus en plus inappropriée, du fait justement de la focalisation exclusive sur la dimension sécuritaire. Et l'état d'urgence renforce cette focalisation : on dira que sans l'état d'urgence, les drames auraient été plus nombreux (l'avis du Conseil d'État du 8 décembre 2016 reprend les chiffres du gouvernement et signale 12 tentatives déjouées), ce qui est probable, mais cependant interrogeable dans la problématique de justification de l'état d'urgence, dès lors que les mesures de prévention pour l'essentiel ne procèdent pas de cet état d'urgence.

Le Conseil d'État là encore est transparent :

> C'est notre responsabilité collective, au gouvernement, au Parlement et au système juridictionnel, d'assurer la garantie des droits, d'un côté, et une lutte efficace et victorieuse contre le terrorisme, de l'autre. Nous pouvons avoir des motifs d'interrogation, voire d'inquiétude, mais ce qui s'est passé montre la capacité d'adaptation qui est la nôtre. Même s'il est vrai que les marges de manœuvre se resserrent, on ne peut pas exclure par principe des adaptations de notre législation, à condition qu'elles soient accompagnées de garanties juridictionnelles effectives et appropriées[7].

Ce sont bien ces adaptations de notre législation (ordinaire) dans un sens sécuritaire que l'état d'urgence permet : non pas donc une réaction nécessaire et limitée dans le temps à une situation exceptionnelle, mais une adoption de plus en plus marquée d'une législation sécuritaire ordinaire, appelée à durer, car le danger est devenu général et permanent. Et le Conseil d'État

Pages offertes par les éditions Plantage

6. Voir là encore les propos du Défenseur des droits, Jacques Toubon.

7. Sauvé Jean-Marc, vice-président du Conseil d'État, entretien in *Le Monde*, 19/11/2016.

toujours, dans son avis du 8 décembre 2016 relatif à une nouvelle prorogation de l'état d'urgence, le redit :

> […] les renouvellements de l'état d'urgence ne sauraient se succéder indéfiniment et […] l'état d'urgence doit demeurer temporaire. Les menaces durables ou permanentes doivent être traitées, dans le cadre de l'État de droit, par les instruments permanents de la lutte contre le terrorisme, tels ceux issus des lois adoptées ces deux dernières années dans ce domaine ainsi que ceux, le cas échéant, du projet de loi sur la sécurité publique qui sera prochainement examiné par le Parlement.

Comprendre : une fois que des dispositions sécuritaires suffisantes auront été adoptées, il n'y aura plus besoin de l'état d'urgence pour justifier une dérogation à l'État de droit ordinaire. Mais ce n'est pas l'état d'urgence qui cessera (autrement que formellement) ; c'est la législation ordinaire qui incorporera à titre permanent cette dérogation. L'exception est appelée à devenir le principe : banalisation.

La saisie de l'état d'urgence dans cette dimension plus large autorise bien entendu plusieurs niveaux de lecture, qui sont autant d'hypothèses empiriques pour une critique externe (c'est-à-dire fondée non pas de manière interne sur l'analyse critique de l'articulation des moyens juridiques, mais sur l'analyse des raisons et des effets de l'état d'urgence). Rien d'innovant ici, ces analyses existent, mais il convient toujours de les rappeler.

– Le niveau le plus immédiat est celui du « storytelling » politique, d'autant plus efficace qu'il bénéficie d'une certaine complaisance médiatique qui le relaie davantage qu'elle ne l'interroge. Le discours politique construit la sécurité comme bien premier, comme fonction première de l'action publique, et peu importe ici l'efficacité réelle de l'état d'urgence

Presses universitaires de Paris Nanterre

qui n'est qu'un instrument symbolique de cette communication. En France, depuis au moins la loi « anti-casseurs » de 1970 (pour parler de la seule période postérieure à l'état d'urgence pour l'Algérie), et malgré des assouplissements parfois forts, bien que largement critiqués par une part importante de l'échiquier politique, le mouvement ne s'est jamais inversé et au contraire s'est accentué depuis une quinzaine d'années, dans tous les domaines (délinquance ordinaire comme terrorisme) : la succession des réformes pénales, toujours dans le même sens de l'inflation sécuritaire, et sans parfois laisser même la réforme précédente produire d'éventuels effets, ou la confusion autour de certaines affaires (Tarnac par exemple), ne sont que quelques éléments d'une longue liste qui en témoigne. Ce discours sécuritaire est d'autant moins réversible que ses auteurs sont prisonniers de leurs propres affirmations : le danger existe, il est possible d'agir contre lui, et l'état d'urgence est le moyen le plus nécessaire de cette action. Comment alors justifier un assouplissement, ou une sortie des mesures adoptées, qui sont insuffisantes puisque le danger hélas n'est pas conjuré même par l'état d'urgence ? Le calendrier (grands événements politiques comme les élections ; grands événements sociétaux comme les événements sportifs, les festivités diverses) désigne des périodes qui par nature se répètent et qui, par prévention et prudence, imposent les mesures sécuritaires durables.

– À un niveau plus conceptuel, le rapport entre liberté et sécurité doit être précisé. La logique sécuritaire que l'état d'urgence reproduit, dans tous les sens du terme, appréhende les libertés et la sécurité en opposition, les premières (comme biens individuels) devant être réduites pour permettre la seconde

Presses Universitaires de Paris Nanterre

(comme bien public). Mais cette opposition actuelle n'est pas aussi évidente qu'il n'y paraît. La sécurité, en tant que sûreté, peut être aussi comprise, et a été comprise aussi dans l'histoire, comme la condition de possibilité des libertés. Or la distinction sémantique d'abord (sécurité/sûreté), conceptuelle ensuite (individuelle/collective) n'est pas une évidence mais l'outil premier de la logique sécuritaire : ici clairement la position d'un Hobbes qui assigne à l'État de garantir la sécurité l'emporte désormais sur les aspirations libérales d'un Locke ou d'un Montesquieu[8].

– Un troisième niveau alors conduit à s'interroger sur l'affaiblissement de la culture des libertés dans nos sociétés démocratiques réelles. Si bien sûr le paradigme sécuritaire en est à la fois une des explications, et son acceptation l'une des conséquences, dans un mouvement reproductif propre à toute idéologie en action, les nouvelles conditions d'efficacité de cet affaiblissement mériteraient d'être systématisées autour du rôle des nouveaux moyens de communication qui conduisent à la relativisation des piliers structurants de cette culture : privé/public, statut des informations, etc. Avec leurs conséquences nécessaires sur l'affaiblissement du débat politique.

– Ensuite un quatrième niveau devrait conduire à mettre en évidence le lien entre sécurité et libéralisme économique : la sécurité comme condition du développement des échanges marchands aussi bien que la sécurité comme objet de ces échanges.

8. Voir notamment Barberis Mauro, « Défendre la Constitution. Liberté, sûreté, sécurité », in *La Protection de la constitution*, A. Le Pillouer (dir.), Poitiers, Presses universitaires juridiques de Poitiers (à paraître).

Presses universitaires de Paris Nanterre

– Enfin un dernier niveau devrait s'attacher à analyser le rôle de l'administration publique dans cette logique sécuritaire, dans un sens large (sur la durée) comme dans un sens plus contingent (l'état d'urgence proclamé en 2015 et prorogé depuis). Le rôle des administrations de sécurité d'une part, comme demandeurs de mesures sécuritaires (voir les mouvements de protestation des policiers à l'automne 2016) et comme utilisateurs (notamment en dehors de la lutte contre le terrorisme, particulièrement dans les actions de prévention et de répression de la délinquance de droit commun), et d'autre part des élites administratives, particulièrement de certains membres du Conseil d'État qui se retrouvent à tous les rouages de la mise en œuvre de l'état d'urgence (cabinets, institutions de contrôles, etc.) peut être mis en évidence par une analyse des champs par exemple[9].

Ces différentes lectures doivent être mises en réseau : pour rappeler avec Gramsci comment la construction d'une hégémonie idéologique précède toujours une conquête et une victoire politique. À cet égard la phrase si souvent citée de Laurent Fabius, alors Premier ministre en 1984, et désormais président du Conseil constitutionnel (« le Front National pose de bonnes questions, mais apporte de mauvaises réponses ») apparaît comme un moment clé d'un changement de paradigme, des libertés vers la sécurité. L'acceptation de l'état d'urgence et sa signification ne sauraient ainsi étonner et doivent être rapprochées de phénomènes comparables

9. Voir par exemple la lecture d'Antoine Vauchez : http://doyoulaw.blogs.liberation.fr/2016/02/06/le-verrou-du-palais-royal/ (consulté le 23/12/2016).

Presses universitaires de Paris Nanterre

et concomitants dans lesquels la construction de l'hégémonie idéologique a joué un rôle essentiel (pour s'en tenir à 2016 : succès du Brexit en Grande-Bretagne et de Donald Trump aux États-Unis).

Certains parlent alors d'État de droit sécuritaire ou de démocratie sécuritaire, pour signifier que nous verrions à l'œuvre l'émergence d'une troisième forme de démocratie, induite par l'hégémonie de l'idéologie sécuritaire, et dont la banalisation de l'état d'urgence serait un révélateur. Il s'agit ainsi de souligner bien sûr que cette idéologie reçoit un véritable soutien populaire, et que l'état d'urgence et ses conséquences ne s'installent pas contre l'assentiment majoritaire. Les enquêtes d'opinion comme les tendances électorales ne permettent pas d'en douter. Et au sein de l'État de droit, les différents pouvoirs d'une part (mais la Ve République, pas plus que les démocraties modernes, ne sont plus depuis longtemps un lieu de séparation des pouvoirs[10]), les différents partis politiques représentés d'autre part[11], concourent sans réticence notable à la banalisation de l'état d'urgence. Comment comprendre alors cette adhésion démocratique à une forme d'État de droit démocratique qui réduit durablement et de plus en plus les libertés ?

Traditionnellement, la théorie juridico-politique a distingué deux formes de démocraties. En premier lieu,

10. Voir dans cet ouvrage pour l'état d'urgence le chapitre rédigé par Cécile Guerin-Bargues, et de manière plus générale : Millard Éric, « Le modèle français : deux formes de présidentialisation du régime parlementaire », in *Forma de governo e sistema elettorale*, *Teoria Politica*, n° 3, 2013, p. 211-231.

11. Voir dans ce livre l'analyse de Stéphanie Hennette-Vauchez.

Presses Universitaires de Paris Nanterre

on a parlé, dans le cadre essentiellement des États législatifs ou constitutionnels classiques, d'une démocratie procédurale, fondée sur l'expression de la majorité[12], avec éventuellement la prise en compte de certaines libertés nécessaires à l'expression loyale de cette majorité[13]. Devant les risques de choix liberticides de la majorité, et à la suite de la construction des États démocratiques postérieurs au nazisme, une autre conception a été mise en avant, celle de la démocratie substantielle propre aux États de droits constitutionnels des démocraties libérales ; dans ce modèle, qui est davantage une doctrine politique qu'une théorie explicative, l'affirmation constitutionnelle des valeurs inhérentes à la démocratie, comprises comme principes à optimiser, est avancée pour limiter d'une certaine manière (souvent quelque peu confuse) l'expression majoritaire : respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, rôle constructif des autorités juridictionnelles, etc.

Dans le cadre de la démocratie substantielle, la banalisation de l'état d'urgence est injustifiable et incompréhensible. L'État de droit, dans le sens prescriptif que retient cette doctrine, et que relayent également certaines autorités françaises sans peut-être en assumer toutes les conséquences (« Un État de droit est un État qui se soumet au droit, mais pas à n'importe lequel : à des règles inspirées par un système de valeurs dont l'expression actuelle est le système des droits de l'homme et des libertés publiques[14] »), ne saurait

12. Kelsen Hans, *La Démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Dalloz, 2004.

13. Norberto Bobbio notamment.

14. Par exemple Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, entretien, in *Le Monde*, 19/11/2016.

Presses Universitaires de Lyon - Droits réservés

tolérer d'une part une restriction durable des libertés, et devrait d'autre part être en mesure de prévenir cette restriction. Or dès lors que cette restriction est sinon voulue, du moins acceptée (et c'est là la fonction de la banalisation du paradigme sécuritaire) par la majorité, le seul verrou dont dispose cette théorie en pratique (verrou qu'elle conçoit comme démocratique dans la mesure où elle définit la démocratie par des valeurs à protéger) devient le juge. Mais comme on le sait et c'est parfaitement banal, le juge n'est pas une machine extérieure à l'idéologie hégémonique : il en est aussi un des rouages, parfois comme vecteur, souvent comme acteur sincère ; il est et ne peut-être qu'un membre situé du champ social, au même titre que les citoyens et les élus. Et cela d'autant plus qu'en France, l'histoire politique et constitutionnelle a conduit à ne jamais accueillir efficacement cette conception de la démocratie : l'idéologie de la démocratie substantielle y pèse peu face à l'idéologie sécuritaire fermement implantée, à l'inverse peut-être d'autres pays voisins comme l'Allemagne.

Parler de démocratie sécuritaire alors pour désigner une démocratie qui privilégierait des choix sécuritaires sur les valeurs de libertés serait cependant trompeur. Une telle approche partagerait sans doute avec la démocratie substantielle son caractère de doctrine en définissant encore la démocratie par des valeurs, ici celles de la sécurité. Nul doute qu'en tant que doctrine, cette position existe, comme l'ont rappelé certains propos au Parlement (voter l'état d'urgence par esprit républicain après avoir souligné les doutes et les incertitudes quant à son efficacité[15]). Mais cette doctrine n'est rien d'autre

15. Voir dans ce livre l'analyse de Stéphanie Hennette-Vauchez.

Presses universitaires de Paris Nanterre

qu'un élément de l'idéologie sécuritaire, et non une description et explication de celle-ci.

À y regarder de plus près, nous ne sommes pas sortis d'une démocratie théoriquement entendue : le choix de la majorité. Mais la place des idéologies, et notamment de l'idéologie sécuritaire, doit être prise au sérieux par la théorie de la démocratie : l'hégémonie de cette idéologie « fausse » un jeu démocratique compris trop facilement comme un idéal sans doute utopique. Les critiques de l'état d'urgence ne sont en rien censurées, mais elles sont inaudibles. Les données qui permettent de soutenir ces critiques ne sont pas occultées, et au contraire même sont publiées dans des documents officiels et disponibles. Comment comprendre qu'elles sont négligées dans la représentation (au double sens du terme) populaire ? Sauf à idéaliser la démocratie, ce n'est pourtant pas exceptionnel ni récent.

Le danger durable de la banalisation de l'état d'urgence ne se limite pas aux mesures qu'il justifie. Il réside aussi et surtout, durablement, dans ses effets de confortation, de banalisation, et de prorogation du paradigme sécuritaire, avec ses effets de circonscription des possibilités du débat politique. L'analyse de l'état d'urgence ne commande pas d'appeler une nouvelle forme théorique de la démocratie, mais invite à souligner les apories de toute démocratie, à en prendre la mesure.

Éric Millard
Université Paris Nanterre, CTAD

Page numérique de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre

Presses universitaires de Paris Nanterre