

# **DROITS DES LIBERTES FONDAMENTALES**

*Cours de M. le professeur Jean-François Brisson*

Travaux dirigés

**SEANCE N°4**

## **LES REGIMES D'EXCEPTION, ATTEINTES AUX LIBERTES INDIVIDUELLES ?**

### **Documents fournis :**

- Loi du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie
- Article 15 de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
- Pascal Caille, « L'Etat d'urgence. La loi du 3 avril 1955, entre maturation et dénaturation », *R.D.P.*, p. 323
- Jean-Christophe Martin, « Libertés et terrorisme », *jscl. Libertés*, fasc. 660, 2009 (extraits).

### **Indications bibliographiques**

- Pierre-Clément Frier, « Les législations d'exception », *pouvoirs*, 1979, p. 21.

### **Commentaire de texte**

Votre commentaire s'attachera à démontrer comment les régimes d'exception constituent tout à la fois une nécessité et une menace pour la défense des droits et libertés fondamentaux.

« Il n'existe pas de norme que l'on puisse appliquer à un chaos. Il faut que l'ordre soit établi pour que l'ordre juridique ait un sens. Il faut qu'une situation normale soit créée, et celui-là est souverain qui décide définitivement si cette situation existe réellement (...). Là réside l'essence de la souveraineté de l'Etat... »

Carl Schmitt

## **Document 1 : Loi du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie (extraits)**

### Article 1

L'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain, de l'Algérie, des départements d'outre-mer, des collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie, 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.

### Article 2

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

Dans la limite de ces circonscriptions, les zones où l'état d'urgence recevra application seront fixées par décret.

La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi.

### Article 3

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

### Article 4

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

### Article 5

La déclaration de l'état d'urgence donne pouvoir au préfet dont le département se trouve en tout ou partie compris dans une circonscription prévue à l'article 2 :

1° D'interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté ;

2° D'instituer, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé ;

3° D'interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics.

### Article 6

Le ministre de l'intérieur dans tous les cas et, en Algérie, le gouverneur général peuvent prononcer l'assignation à résidence dans une circonscription territoriale ou une localité déterminée de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret visé à l'article 2 dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics des circonscriptions territoriales visées audit article.

L'assignation à résidence doit permettre à ceux qui en sont l'objet de résider dans une agglomération ou à proximité immédiate d'une agglomération.

En aucun cas, l'assignation à résidence ne pourra avoir pour effet la création de camps où seraient détenues les personnes visées à l'alinéa précédent.

L'autorité administrative devra prendre toutes dispositions pour assurer la subsistance des personnes astreintes à résidence ainsi que celle de leur famille.

#### Article 7

Toute personne ayant fait l'objet d'une des mesures prises en application de l'article 5 (3°), ou de l'article 6 peut demander le retrait de cette mesure. Sa demande est soumise à une commission consultative comprenant des délégués du Conseil général désignés par ce dernier et comportant, en Algérie, la représentation paritaire d'élus des deux collèges.

La composition, le mode de désignation et les conditions de fonctionnement de la commission seront fixés par un décret en Conseil d'Etat.

Les mêmes personnes peuvent former un recours pour excès de pouvoir contre la décision visée à l'alinéa 1er ci-dessus devant le tribunal administratif compétent. Celui-ci devra statuer dans le mois du recours. En cas d'appel, la décision du Conseil d'Etat devra, intervenir dans les trois mois de l'appel.

Faute par les juridictions ci-dessus d'avoir statué dans les délais fixés par l'alinéa précédent, les mesures prises en application de l'article 5 (3°) ou de l'article 6 cesseront de recevoir exécution.

[...]

#### Article 11

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 ;

2° Habilitier les mêmes autorités à prendre toutes mesures pour assurer le contrôle de la presse et des publications de toute nature ainsi que celui des émissions radiophoniques, des projections cinématographiques et des représentations théâtrales.

Les dispositions du paragraphe 1° du présent article ne sont applicables que dans les zones fixées par le décret prévu à l'article 2 ci-dessus.

#### Article 12

Lorsque l'état d'urgence est institué, dans tout ou partie d'un département, un décret pris sur le rapport du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre de la défense nationale peut autoriser la juridiction militaire à se saisir de crimes, ainsi que des délits qui leur sont connexes, relevant de la cour d'assises de ce département.

...

**Document 2 :** Article 15 de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales

#### **Article 15 – Dérégulation en cas d'état d'urgence**

1 En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute

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

2 La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7.

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.

**Document 3:** Pascal Caille, « L'Etat d'urgence. La loi du 3 avril 1955, entre maturation et dénaturation », *R.D.P.*, p. 323 :

## SOMMAIRE

### I. \_ LA PERTINENCE DE L'ÉTAT D'URGENCE HIER

#### A. \_ La préoccupation traditionnelle de l'ordre avant la loi du 3 avril 1955

1. Les législations d'exception : la loi pour l'ordre
2. La jurisprudence des circonstances exceptionnelles : l'ordre contre la loi

#### B. \_ Le renouvellement de la sauvegarde de l'ordre par la loi du 3 avril 1955

1. Le sens de la loi de 1955
2. Le destin de la loi de 1955

### II. \_ LES CARENCES DE L'ÉTAT D'URGENCE AUJOURD'HUI

#### A. \_ L'interprétation de la loi du 3 avril 1955 par le juge administratif

1. Le juge administratif et la mise en oeuvre de l'état d'urgence
2. Le juge administratif et la fin de l'état d'urgence

#### B. \_ L'occultation du droit conventionnel par le juge administratif

1. Les exigences formelles
2. Les conditions matérielles

### III. \_ LA COHÉRENCE DE L'ÉTAT D'URGENCE DEMAIN

#### A. \_ La nécessaire constitutionnalisation de l'état d'urgence

#### B. \_ La nécessaire réorganisation du contrôle de l'état d'urgence

1. La systématisation du contrôle juridictionnel de l'état d'urgence
2. L'instauration d'une procédure de consultation lors de l'institution de l'état d'urgence

Les temps troublés sont le théâtre du développement des législations restrictives des libertés. À la suite du drame du 11 septembre, le Congrès des États-Unis a, le 26 octobre 2001, voté le USA Patriot Act et le Homeland Security Act (loi de sécurité intérieure). Le Canada a adopté une loi antiterroriste la même année. Le Royaume-Uni s'est également doté de textes au nombre dequels on trouve, en 2005, le Prevention of Terrorism Act permettant au ministre de l'Intérieur de restreindre la liberté des personnes soupçonnées d'être impliquées dans des activités terroristes. La France n'est pas restée inerte<sup>(1)</sup>. Les États se prémunissent ainsi des atteintes à leur sûreté. Plus largement, ils organisent des législations d'exception leur permettant de surmonter des désordres d'une gravité inhabituelle, au nombre desquelles on trouve la loi française du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence<sup>(2)</sup>. Il n'y a là rien de surprenant dès lors que l'État est le dépositaire du maintien de l'ordre public. Le Conseil

constitutionnel a eu l'occasion de le rappeler, en énonçant qu'il est du devoir de l'État « d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la Nation et la garantie des droits et libertés des citoyens »<sup>(3)</sup>. L'État garantit la sécurité des biens et des personnes. Il offre un cadre de permanence et de stabilité propice à l'épanouissement des libertés. À ce titre, il s'oppose irréductiblement aux crises qui le menacent. Celles-ci peuvent bien être légitimes ou non. C'est indifférent. Annonceuses de perturbations, il est juste de dire que l'État doit les combattre car elles s'opposent à sa raison d'être. On a même longtemps prétendu que les circonstances pouvaient distraire les réactions des gouvernants du champ juridique : « nécessité fait loi », « nécessité n'a point de loi ».

L'idée de nécessité est fort ancienne puisqu'on la trouve exprimée notamment chez Cicéron : « salus populi suprema lex esto »<sup>(4)</sup>. Elle traversera les siècles pour trouver son ancrage dans la raison d'État<sup>(5)</sup>. Au nom de celle-ci, le choix des moyens pour l'homme politique n'est alors possible qu'à la condition que l'option ne soit pas incompatible avec l'accroissement de l'État<sup>(6)</sup>. Tout en s'écartant de la raison d'État, la philosophie des lumières entretiendra la légitimité de l'état d'exception en la faisant également reposer sur l'idée de nécessité. Montesquieu admettait qu'il faille « mettre pour un moment un voile sur la liberté comme l'on cache les statues des dieux »<sup>(7)</sup>, et pour Rousseau, « l'inflexibilité des lois, qui les empêche de se plier aux évènements peut, en certains cas, les rendre pernicieuses et causer par elles la perte de l'État dans sa crise (...) ». En pareil cas, la volonté générale n'est pas douteuse, et il est évident que la première intention du peuple est que l'État ne périsse pas »<sup>(8)</sup>.

La doctrine publiciste allemande du XIX<sup>e</sup> siècle se fondera sur la philosophie hegelienne<sup>(9)</sup> pour légitimer la dérogation aux lois en vigueur. Selon la théorie du « Nothrecht », l'État, créateur du droit, ne s'autolimité que pour plus d'efficacité. Mais son intérêt commande également qu'il agisse contre le droit lorsque la sauvegarde de la société est en cause. La réception française de cette théorie ne connut pas un destin favorable. Dans sa majorité, la doctrine française n'admettait pas l'existence d'une théorie juridique de la nécessité. Le principe devait être celui du « règne de la loi »<sup>(10)</sup> que seule peut contrarier « une supériorité momentanée des faits sur cette grande prévision humaine qu'est la Constitution »<sup>(11)</sup>. Ainsi, les auteurs n'admettaient l'entorse aux règles de droit que pour autant qu'elle fut comprise comme la résultante d'une doctrine politique<sup>(12)</sup>.

Carl Schmitt combattit cette idée de la disjonction du droit et de la politique. Selon lui, l'ordre juridique est un ordre de valeurs défendu. Cette défense s'accompagne du respect des normes limitatives quand cela est possible. Il importe de s'en extraire toutes les fois où la norme s'oppose à la finalité<sup>(13)</sup>. Sous couvert d'un constat scientifique, Carl Schmitt renouvelait ainsi le discours de la raison d'État. La permanence de la décision, au détriment même de la norme, doit être au service du maintien de l'ordre public. On doit bien admettre que l'analyse restituait le phénomène tel qu'il a existé. Mais la description fidèle d'une pratique éprouvée du pouvoir ne démontre pas la pertinence de la théorie. Et si celle-ci restait porteuse de toutes les dérives, elle est en outre devenue suspecte d'anachronisme. En effet, si le souverain est celui qui décide de la situation exceptionnelle<sup>(14)</sup>, la contradiction éclate puisque la souveraineté nationale appartient au peuple. De plus, une telle théorie, qui érige le rapport de forces en mode de fonctionnement étatique est résolument incompatible avec l'avènement de l'État de droit<sup>(15)</sup>. Sans doute l'État est-il un terrain où prospèrent inévitablement tensions et antagonismes. Cependant, le parti pris assumé ici est celui d'un traitement juridique des rapports sociaux. Le droit n'est plus un moyen au service d'une fin. Il est la fin, en ce qu'il est la traduction concrète de la liberté organisée. Le glissement est ici déterminant. Il s'oppose à ce que « derrière la déclaration candide que 'l'État doit vivre' se cache le plus souvent la volonté de faire vivre l'État de la manière préférée de ceux qui se servent de la justification de l'état de nécessité »<sup>(16)</sup>.

Le maintien de l'ordre ne saurait se faire au détriment des droits et libertés car si « la liberté ne va pas sans l'ordre (...), l'ordre ne vaut rien sans la liberté »<sup>(17)</sup>. La référence à l'état de nécessité en période exceptionnelle est certainement incontournable. Mais si l'expédient est « inévitable », il est aussi « dangereux »<sup>(18)</sup>. L'instrumentalisation des faits peut être arbitraire. Elle peut être une solution de facilité pour les gouvernants. Elle peut porter une atteinte excessive à des droits, et cette régression du droit<sup>(19)</sup> s'opère dans des moments qui, précisément, nécessitent une limitation des pouvoirs des gouvernants<sup>(20)</sup>. Car, paradoxe, la crise renforce l'État en même temps qu'elle le perturbe. Le risque est alors celui de laisser les gouvernants « prendre prétexte des crises pour bafouer les libertés au nom de la nécessité »<sup>(21)</sup>.

L'exemple des États-Unis atteste de la possibilité \_ sinon de l'obligation \_ de limiter les prérogatives des pouvoirs constitués en temps de crise. On se souvient des sanctions de la Cour suprême aux compétences que le Président s'était reconnues en raison de circonstances exceptionnelles. Pour la juridiction américaine, dans sa décision *Ex parte Milligan* de 1866, « aucune doctrine recelant des conséquences plus pernicieuses ne fut jamais inventée par l'esprit humain que celle qui permettrait que l'une quelconque des dispositions constitutionnelles soit suspendue en raison d'une nécessité gouvernementale. Une telle doctrine conduit directement à l'anarchie et au despotisme et la théorie de la nécessité sur laquelle elle est fondée est inexacte »<sup>(22)</sup>. L'énoncé sera renouvelé en 1952, alors que le Président Truman soutenait que les pouvoirs inhérents à sa fonction étaient renforcés par l'urgence. Dans cette affaire, la grève nationale des ouvriers de l'aciérie avait éclaté durant la guerre de Corée, et le Président des États-Unis ordonna la réquisition des usines aux fins de permettre la fabrication d'armes et de munitions. Informé de la situation, le Congrès resta passif. Par voie d'appels successifs, la Cour suprême statua et invalida l'argumentation du pouvoir exécutif : les pouvoirs du Président ne pouvaient avoir leur origine que dans une loi ou dans la Constitution<sup>(23)</sup>. Dans son opinion individuelle, le juge Jackson considérait que l'existence de pouvoirs de crise en dehors de la loi serait potentiellement liberticide : « un tel pouvoir soit n'a pas de commencement, soit n'a pas de fin. S'il existe, il n'a besoin de se plier à aucune restriction légale. Je ne redoute pas qu'il nous plonge immédiatement dans la dictature, mais c'est en tout cas un pas dans la mauvaise direction »<sup>(24)</sup>. Cette idée n'était pas absente dans la doctrine française, puisqu'on la trouvait exprimée chez le doyen Léon Duguit : « si l'on fait une seule exception au principe de légalité matérielle, on ne sait pas où cela peut conduire et, si certaines circonstances se présentent, on peut facilement arriver au despotisme »<sup>(25)</sup>.

Ainsi, parce que l'ordre public doit être maintenu, mais puisque les pouvoirs ne peuvent être exceptionnellement étendus qu'aux termes de la Constitution et de la loi, les législations d'exception s'imposent dans les démocraties modernes. Ces législations ne peuvent certes tout prévoir, dès lors qu'elles sont destinées à prévoir l'imprévisible. Cependant, les vertus leur étant assignées sont essentielles. Elles offrent la possibilité d'organiser un régime juridique exceptionnel qui, en raison du contexte ayant présidé à leur adoption, ménage rationnellement les droits et libertés tout en alertant les citoyens sur l'étendue des limitations qui pourront leur être opposées<sup>(26)</sup>. Pour cette raison, il est permis de dire que ces lois sont sources d'ordonnancement et de stabilisation pour des périodes qui se caractérisent précisément par le désordre et la confusion<sup>(27)</sup>.

Non seulement les législations d'exception s'adressent-elles aux citoyens, mais elles sont également destinées à limiter les pouvoirs des pouvoirs constitués. Ceux-ci sont alors enfermés dans un cadre juridique qui, pour imparfait qu'il peut être, participe de la volonté de permettre la résolution des crises sans grever à l'excès les libertés et les droits fondamentaux. Loin d'évincer les juridictions, qui restent chargées de contrôler les actes adoptés sur le fondement de ces lois, le cadre juridique d'exception concourt en outre à la limitation du rôle créateur du juge. La réaction peut ainsi \_ elle doit l'être \_ proportionnée aux atteintes à l'ordre

public. Cette limitation est aujourd'hui renforcée par le droit international et conventionnel. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales stipule, en son article 15, § 1, qu'un État membre peut suspendre la garantie des droits que ce texte protège, « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation ». Toutefois, cette clause dérogatoire est « d'autant plus lourde de menaces pour les droits de l'homme que c'est dans ces périodes exceptionnelles que les droits de l'homme sont les plus menacés »<sup>(28)</sup>. C'est la raison pour laquelle les droits mentionnés aux articles 2, 3, 4, § 1 et 7 de la Convention ne peuvent jamais être suspendus. C'est encore pour cette raison que le recours à la clause dérogatoire passe par le respect d'une procédure et par une interprétation stricte de son champ d'application permettant d'aménager la conciliation entre les impératifs d'ordre et de garantie des droits. On trouve une stipulation similaire à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

Dans une société pacifiée, si les crises demeurent, elles deviennent plus rares et souvent moins intenses. En conséquence, les discussions sur l'organisation de régimes d'exception se font moins nombreuses. L'existence de ces régimes n'est plus une source sensible d'inquiétudes. On propose même de supprimer l'article 16 de la Constitution<sup>(29)</sup> comme si les circonstances les plus gravement exceptionnelles n'ont plus vocation à ressurgir<sup>(30)</sup>. Et c'est dans un tel contexte que les heurts de l'automne 2005 ont ranimé la controverse. La problématique a néanmoins muté. La pertinence du régime prévu par la loi du 3 avril 1955 n'était pas tant en cause que le bien-fondé de sa mise en oeuvre. En sorte que si, hier, l'état d'urgence a démontré son indispensable existence (I), l'état d'urgence aujourd'hui témoigne de son inadéquation à la modernité (II). C'est dès lors la satisfaction de l'exigence de cohérence que suggère l'état d'urgence demain (III).

## ***I. \_ LA PERTINENCE DE L'ÉTAT D'URGENCE HIER***

La loi du 3 avril 1955 est parmi les dernières législations d'exception adoptées en droit français. Tradition d'une histoire émaillée d'insurrections civiles, de conflits armés internes ou externes, ces législations ont jusqu'alors satisfait la préoccupation traditionnelle de l'ordre (A) à laquelle la loi de 1955 ne dérogera pas (B).

### **A. \_ La préoccupation traditionnelle de l'ordre avant la loi du 3 avril 1955**

Au prix des libertés publiques et des droits garantis, les législations d'exception ont constamment eu pour ambition la sauvegarde de l'ordre. Démonstration de ce que la loi était moins adoptée pour préserver les droits des citoyens que pour assurer la pérennité de l'État, l'application de la législation d'exception sera en certaines circonstances écartée par le juge administratif. Ainsi, la loi pour l'ordre (1) cèdera, et l'ordre de s'inscrire contre la loi (2).

#### **1. Les législations d'exception : la loi pour l'ordre**

Contemporain de la Révolution française de 1789, le recours aux mesures d'exception était à la mesure du péril menaçant le nouvel ordre institutionnel. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est permis de mentionner les deux lois du 11 août 1792 chargeant les municipalités de la « police de la sûreté générale »<sup>(31)</sup>, et sur la réparation des faits de guerre<sup>(32)</sup>. On peut encore retenir le décret du 26 août de la même année, qui menaçait de mort quiconque parlerait de se rendre<sup>(33)</sup>. En dépit de leur nombre important sur une période relativement courte, cette première catégorie de législations « dans » l'état d'exception, ne prospéra pas<sup>(34)</sup>. Adoptées dans l'agitation du moment, en sorte que la passion devait triompher de la raison, et procédant de l'impérieuse nécessité pour l'État de surmonter le péril par tous les moyens, ces législations faisaient primer l'efficacité au détriment de la constitutionnalité et ce, indépendamment de la puissance plus ou moins avérée du légicentrisme.

Disposition d'un type plus radical encore, l'article 92 de la Constitution du 22 frimaire an VIII avait également pu, par prévision, autoriser les mesures d'exception. Aux termes de ce dernier, « dans les cas de révolte à main armée, ou de troubles menaçant la sûreté de l'État, la loi [pouvait] suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle [déterminait], l'empire de la Constitution. Cette suspension [pouvait] être provisoirement déclarée dans les mêmes cas, par un arrêté du Gouvernement, le Corps législatif étant en vacance, pourvu que ce Corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté ». Cette clause d'habilitation concédée par le pouvoir constituant ne fit pas école. Non seulement fallait-il admettre que le caractère autoritaire de la Constitution du I<sup>er</sup> Empire n'y contribuait pas. Mais l'interprétation abusive qui sera faite de l'article 14 de la Charte constitutionnelle du 8 juin 1814 par Charles X, laquelle entraîna la chute de la Restauration, donnera la certitude aux constituants ultérieurs que la Constitution ne devait jamais être suspendue, quelles que pouvaient être les circonstances.

Ainsi l'article 51 de la Constitution du 4 novembre 1848 disposera-t-il que le président de la République ne pouvait « suspendre, en aucune manière, l'empire de la Constitution et des lois ». Le principe souffrait cependant un tempérament puisque la Constitution pouvait habiliter le législateur à adopter des lois qui, dans des circonstances exceptionnelles, en restreindraient la vigueur. Les travaux présidant à l'adoption de la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège<sup>(35)</sup> – dont l'adoption était elle-même prévue à l'article 106 de la Constitution – ont été révélateurs de la difficulté à concilier le droit d'adopter certaines législations d'exception et l'obligation de sauvegarder la Constitution. En admettant que les tribunaux militaires devaient être compétents en certaines circonstances pour connaître des crimes et délits, l'Assemblée nationale consacrait l'éventualité d'une juridiction d'exception, s'inscrivant en cela contre la lettre de l'article 4 de la Constitution aux termes duquel « nul ne [serait] distrait de ses juges naturels ». Sans doute le défaut d'un contrôle juridictionnel de conformité des lois à la Constitution, sur lequel s'adossait le légicentrisme en même temps qu'il le légitimait, réduisait l'obstacle pour le législateur. Mais, bien que l'on ait pu lier le développement du phénomène des législations de crise – « pour » l'état d'exception, donc – au « progrès du constitutionnalisme moderne »<sup>(36)</sup>, c'est en dehors des textes constitutionnels que ces législations devaient trouver leur fondement.

L'État devait être doté des moyens de faire face aux événements mettant en péril son existence ou, à tout le moins, sa continuité constitutionnelle. Les restrictions aux libertés publiques et les atteintes aux droits fondamentaux restaient ainsi fondées sur des considérations que l'on voudra jusnaturalistes ou politiques. La jurisprudence administrative relative aux circonstances exceptionnelles a conforté cette analyse.

## **2. La jurisprudence des circonstances exceptionnelles : l'ordre contre la loi**

La notion de circonstances exceptionnelles est apparue au début du XX<sup>e</sup> siècle. Elle fut initialement employée pour justifier l'interventionnisme municipal aux fins de pallier le défaut ou l'insuffisance de l'initiative privée dans certains domaines<sup>(37)</sup>, avant que l'expression ne soit abandonnée dans ces hypothèses au profit de celle de « circonstances particulières »<sup>(38)</sup>. Elle trouvera en revanche un terrain propice à son développement au cours de la première guerre mondiale. Cette notion est présentée comme « la condition de la non-application du régime juridique normal et par conséquent comme la condition d'application d'un régime juridique d'exception »<sup>(39)</sup>. À s'en tenir à une telle définition, elle ne devrait trouver à s'appliquer qu'en l'absence de législation d'exception, non seulement mise en oeuvre, mais également applicable. En effet, la circonstance qu'une législation d'exception reste inappliquée autorise à penser que l'organe compétent, le législateur par hypothèse, a manifesté sa volonté de maintenir en vigueur le cadre juridique normal. Dans le cas contraire, c'est bien le curseur

de la légalité normale qui est déplacé<sup>(40)</sup> et non le degré tolérable d'atteinte à cette légalité qui est aggravé. Le Conseil d'État n'a cependant pas fait sienne cette interprétation.

Se livrant, dans sa décision *Delmotte et Senmartin* du 6 août 1915<sup>(41)</sup>, à une interprétation extensive de la loi de 1849 sur l'état de siège alors mise en oeuvre, la Haute juridiction avait déjà pu ajouter à la loi. Le pouvoir d'interprétation est certes inhérent à la fonction de juger. Cependant, une interprétation par trop extensive de la légalité du moment conduit à douter de l'intérêt d'une législation d'exception. En raison des risques d'arbitraire que les circonstances présidant à la mise en oeuvre de ce type de législations emportent, et en raison des atteintes aux droits et libertés que ces lois supposent, on ne saurait en effet appliquer un traitement différent de celui reconnu à l'interprétation de la loi pénale. Ces deux types de loi méritent d'être invariablement d'interprétation stricte<sup>(42)</sup>.

Et pourtant, non seulement le juge administratif se livrera à une interprétation large de la loi, mais il ira encore plus loin dans sa décision *Heyriès* de 1918<sup>(43)</sup>. Le Conseil d'État s'adossait sur l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 pour justifier que le président de la République ait pu signer un décret suspendant l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 relatif à la communication du dossier en cas de sanction disciplinaire. Mais ce montage juridique trahissait tout autant l'embarras de la Haute Assemblée qui procédait de ce que le décret était assurément illégal et, conformément à la répartition constitutionnelle des compétences, contraire à la Constitution. Le doyen Maurice Hauriou accueillait pourtant favorablement cette solution tout en admettant que le Conseil d'État était obligé de recourir à l'interprétation du texte constitutionnel dans un sens propice à la légalité du décret attaqué.

L'interprétation constructive à laquelle le maître de Toulouse faisait référence n'était pas autre chose qu'une contorsion des principes constitutionnels. Déjà avait-il pu considérer que « les conditions nécessaires de l'État (...) sont plus fondamentales encore que les règles positives de la Constitution écrites »<sup>(44)</sup>. En se référant à un droit à la « légitime défense de l'État », et même en tempérant ce principe en faisant valoir que le juge devait « analyser scrupuleusement toutes les variétés de force majeure »<sup>(45)</sup>, il s'inscrivait dans une logique adoptée par le Conseil d'État. Cette tendance se trouvait résumée par le commissaire du gouvernement *Hellbronner* pour qui, « dans les sociétés organisées, au-dessus des intérêts individuels, au-dessus des intérêts collectifs les plus sérieux, il y a l'intérêt général, le droit supérieur pour une nation d'assurer son existence, et de défendre son indépendance et sa sécurité »<sup>(46)</sup>. Si l'on veut bien admettre la légitimité des préoccupations ainsi définies, on rappellera que « droit et nécessité sont deux termes qui s'excluent en ce sens que la nécessité, si elle suffit à justifier en fait le recours à des moyens improvisés, ne suffit pas à leur conférer la correction et la valeur des moyens légaux »<sup>(47)</sup>. Aussi la conclusion s'impose-t-elle que l'application de la théorie des circonstances exceptionnelles est une forme juridictionnalisée des bills d'indemnité<sup>(48)</sup>. À cet égard, certains auteurs contemporains de ces décisions n'avaient pas manqué de critiquer vigoureusement cette complicité de la juridiction administrative à une théorie qui restait en réalité politique<sup>(49)</sup>.

En réduisant la force contraignante des législations d'exception existantes aux fins de satisfaire des intérêts qu'elle voulait supérieurs, la jurisprudence administrative entretenait une confusion du droit et de la politique. Cette jurisprudence était néfaste à la cohérence de l'ordre juridique. Elle était également porteuse d'arbitraire en ce qu'elle réfutait l'idée que l'organisation d'un cadre juridique des circonstances exceptionnelles par la loi devait contribuer à la conciliation de l'efficacité et de la garantie des droits. L'ordre devait primer la liberté, l'ordre devait parfois s'inscrire contre la loi, renouvellement de l'adage suivant lequel « nécessité fait loi ».

## **B. \_ Le renouvellement de la sauvegarde de l'ordre par la loi du 3 avril 1955**

À suivre la jurisprudence administrative du début du XX<sup>e</sup> siècle, la mise en oeuvre de législations d'exception ne fait pas obstacle à ce que les autorités administratives excèdent leur champ de compétence ponctuellement élargi ou les pouvoirs dont ils disposent. Cependant, cette lecture du droit confronté aux circonstances n'était guère satisfaisante. L'application d'une législation d'exception a précisément pour objet de rendre, non pas normales les circonstances, mais légales les décisions administratives qui ne le seraient pas d'ordinaire. L'adoption de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la Nation en temps de guerre<sup>(50)</sup> est bien le signe de ce que, même dans les situations les plus périlleuses que sont les périodes de guerre, les autorités administratives doivent rester soumises au droit écrit<sup>(51)</sup>. La jurisprudence des circonstances exceptionnelles ne saurait, si l'on veut bien même la comprendre, s'appliquer que dans le silence de la loi. Tel est encore le sens de la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence (1), dont le destin (2) témoigne de la volonté de conserver une législation limitant le pouvoir d'appréciation des juridictions administratives.

### **1. Le sens de la loi de 1955**

Concomittante à l'aggravation des événements en Algérie, l'adoption de la loi du 3 avril 1955 présentait les caractères de la loi « dans » l'état d'exception, au moins dans sa branche organisant l'état d'urgence en Algérie<sup>(52)</sup>. L'adoption d'une telle loi ne surprend pas si l'on admet qu'elle procédait du souci d'instituer un régime juridique qui, tout en autorisant des effets similaires à ceux de l'état de siège, s'en distingue en n'emportant pas par principe le dessaisissement de la compétence des autorités civiles.

Toutefois, cette aggravation des pouvoirs de police autorise des atteintes sérieuses aux libertés les plus fondamentales. Ainsi, l'état d'urgence qui, aux termes de l'article premier de la loi, pouvait être déclaré « sur tout ou partie du territoire métropolitain, de l'Algérie ou des départements d'outre-mer, 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 », donnait notamment au préfet le pouvoir d'interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté ; d'instituer selon les mêmes modalités des zones où le séjour des personnes serait réglementé ; d'interdire le séjour dans tout ou partie du département des personnes cherchant à entraver l'action des pouvoirs publics. À ces pouvoirs de restreindre la liberté d'aller et venir prévus à l'article 5, s'ajoutaient ceux prévus à l'article 6 aux termes duquel le ministre de l'Intérieur dans tous les cas et, en Algérie, le gouverneur général, pouvaient assigner à résidence toute personne « dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics » sur les territoires sur lesquels l'état d'urgence était mis en oeuvre. En application de l'article 11, la loi déclarant l'état d'urgence pouvait, par disposition expresse, autoriser les perquisitions à domicile de jour comme de nuit et habiliter les autorités administratives compétentes à restreindre la liberté de la presse. Enfin, sans que la liste des effets de l'état d'urgence soit ici exhaustive, un décret pris sur rapport des ministres de la Justice et de la Défense nationale pouvait autoriser la juridiction militaire à se saisir des crimes ou délits qui leur étaient connexes.

La confrontation des effets de l'état de siège et de l'état d'urgence tend à montrer que ceux de la loi du 3 avril 1955 sont plus restrictifs des libertés que ceux prévus par la loi du 9 août 1849 modifiée<sup>(53)</sup>. Aussi certaines garanties ont-elles été organisées. Conformément à l'article 2, l'institution de l'état d'urgence ne pouvait être décidée que par le Parlement. Selon l'article 7, les décisions d'interdiction de séjour ou d'assignation à résidence pouvaient faire l'objet de demandes de retrait, soumises à une commission consultative ad hoc, et étaient également susceptibles de recours pour excès de pouvoir devant les tribunaux administratifs, assorti d'un pouvoir d'interjeter appel devant le Conseil d'État. Disposition superfétatoire si l'on se rappelle de la décision Dame Lamotte de 1950<sup>(54)</sup> mais compréhensible si l'on considère que le législateur entendait préciser que les circonstances exceptionnelles ne sauraient priver les

destinataires de ces mesures de leur droit à un recours juridictionnel, et lier ainsi l'interprétation juridictionnelle du texte appliqué.

Tout en procédant à une forme de « codification »<sup>(55)</sup> de la jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles, le législateur adoptait là, « en faisant abstraction des régimes autoritaires, le texte le plus sévère que la France ait jamais connu »<sup>(56)</sup>. Ce texte emportait deux conséquences. D'une part, il devait réaffirmer le cantonnement de la jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles aux cas ignorés de la loi. D'autre part, il limitait d'autant la protection juridictionnelle en étendant les compétences et le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives. La loi restait ainsi l'instrument déterminant de la protection de l'ordre. Et dans un système consacrant encore le légicentrisme, en l'absence d'un contrôle de constitutionnalité efficace, les doutes formulés sur la conformité de la loi du 3 avril 1955 à la Constitution<sup>(57)</sup> ne pouvaient présenter qu'un intérêt théorique. La question se posera différemment dès lors que fut adoptée la Constitution de la V<sup>e</sup> République.

## 2. Le destin de la loi de 1955

La Constitution du 4 octobre 1958 réserve un sort particulier aux circonstances exceptionnelles. Érigé en matière constitutionnelle depuis la révision constitutionnelle de 1954, l'état de siège y est repris à l'article 36. L'article 16, « Constitution de réserve »<sup>(58)</sup> consentie par le pouvoir constituant au président de la République, est une innovation. L'article 89 al. 4 réserve également le cas de la menace de l'intégrité du territoire, posant ainsi une limite à la révision de la Constitution. L'état d'urgence est cependant resté ignoré de la Constitution. L'organisation constitutionnelle des circonstances exceptionnelles pouvait laisser croire en l'abrogation implicite de la loi du 3 avril 1955, hypothèse que la modification du texte par l'ordonnance du 15 avril 1960<sup>(59)</sup> ou sa mise en oeuvre notamment par le décret du 22 avril 1961<sup>(60)</sup> ne suffisaient pas à infirmer.

L'adoption de la loi prorogeant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie a été l'occasion pour le Conseil constitutionnel de livrer son interprétation du silence de la Constitution. Les auteurs de la saisine soutenaient que la loi du 3 avril 1955 avait été implicitement abrogée. Par sa décision du 25 janvier 1985<sup>(61)</sup>, le Conseil constitutionnel a énoncé que, « en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré ». La référence à l'objectif de valeur constitutionnelle de la sauvegarde de l'ordre public n'était pas innovante<sup>(62)</sup>. Sans être inadmissible, l'argument de l'habilitation implicite restait néanmoins douteux, en s'adaptant mal au cadre de la rigidité constitutionnelle assortie d'un véritable contrôle de conformité des lois à la Constitution. Sans doute peut-on admettre que l'ordre public, dans les temps ordinaires, peut être appréhendé comme une norme d'habilitation<sup>(63)</sup>. Cependant, eu égard aux atteintes aux droits et libertés fondamentaux qu'elle autorise \_ atteintes dont on rappelle qu'elles sont plus contraignantes que celles de l'état de siège prévu par la Constitution \_ la mise en oeuvre de l'état d'urgence doit s'analyser comme une suspension partielle de la Constitution. La référence au maintien de l'ordre public qui reste en droit positif un objectif de valeur constitutionnelle, pour atténuer la force des principes contenus dans les textes à valeur constitutionnelle, n'affecte pas en elle-même l'économie générale de la Constitution. Toutefois, elle s'inscrit à rebours du processus d'élévation du niveau de protection des droits fondamentaux, recul d'autant plus grave que, « même réservée aux périodes de crise grave, l'institution fait, à l'arbitraire, une place redoutable »<sup>(64)</sup>.

Conformément à l'article 62 de la Constitution, cette décision s'impose aux autorités administratives et judiciaires. A ce titre, et quels que soient les doutes quant à son bien-fondé<sup>(65)</sup>, elle invite à prendre acte du maintien de la loi du 3 avril 1955 dans le droit positif.

Aussi l'état d'urgence a-t-il pu être institué durant l'automne 2005, pour rétablir l'ordre public affecté par les émeutes dans les banlieues.

## **II. \_ LES CARENCES DE L'ÉTAT D'URGENCE AUJOURD'HUI**

L'institution de l'état d'urgence au cours de l'automne 2005 a renouvelé la réflexion sur son régime. Le 8 novembre 2005, le président de la République signa un décret emportant déclaration de l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire métropolitain<sup>(66)</sup>. Un second décret pris par le Premier ministre en fera application<sup>(67)</sup>. Conformément à la loi du 3 avril 1955 modifiée, une loi du 18 novembre<sup>(68)</sup> prorogera l'état d'urgence pour une durée de trois mois.

Si les troubles rencontrés présentaient incontestablement les caractères de l'anormalité, leur degré de gravité restait vraisemblablement en deçà de ceux qui avaient jusqu'alors fondé la mise en oeuvre de la loi de 1955. Au surplus, les atteintes à l'ordre public et à la continuité des services publics lors des événements de mai 1968 n'avaient pas entraîné une telle réaction. Aussi la pertinence du recours à un tel texte pouvait-elle être discutée. Le Conseil d'État sera ainsi saisi de plusieurs recours pour excès de pouvoir, assortis de référés suspension, contre les décrets du 8 novembre 2005. Le Conseil constitutionnel, en revanche, n'a pas été invité à contrôler la conformité de la loi de prorogation à la Constitution. Cette loi avait autorisé le président de la République à en anticiper la fin. Et le Conseil d'État sera de nouveau saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, aux fins d'enjoindre le président de la République de mettre un terme au régime d'exception alors en vigueur.

Ces discussions contentieuses devant le juge administratif seront l'occasion de tirer de nouveaux enseignements, qui tendent à démontrer que par son interprétation de la loi du 3 avril 1955 (A), et par son occultation du droit conventionnel (B), le juge administratif n'opère pas un contrôle autorisant un juste équilibre entre les exigences du rétablissement de l'ordre public et la protection des libertés publiques et des droits fondamentaux.

### **A. \_ L'interprétation de la loi du 3 avril 1955 par le juge administratif**

L'application d'une législation d'exception comme celle du 3 avril 1955 doit rester cantonnée aux périodes de troubles graves, satisfaisant ainsi le principe du droit public suivant lequel la liberté est la règle et la restriction l'exception. Dès lors, le contrôle juridictionnel s'avère être \_ ou devrait être \_ déterminant en ce qu'il conditionne la mise en oeuvre (1) et la fin de l'état d'urgence (2).

#### **1. Le juge administratif et la mise en oeuvre de l'état d'urgence**

La contestation devant la juridiction administrative des décrets du 8 novembre 2005 s'appuyait sur des moyens qui présentaient cette filiation commune de traiter de la question de la proportionnalité de la décision d'institution de l'état d'urgence aux circonstances. Car la question se pose moins de savoir si le juge opère un véritable contrôle sur les actes pris sur le fondement desdits décrets<sup>(69)</sup> que de rechercher si la faculté de mettre en oeuvre ce régime était effectivement limitée aux circonstances prévues et pour un champ géographique pertinent. Dès lors que cette mise en oeuvre emporte un déplacement du curseur de la légalité, il devient nécessaire que la décision \_ administrative \_ de mise en oeuvre ne soit pas laissée à la discrétion du président de la République. C'est en ce sens que le juge administratif, en référé comme au fond, admettra de contrôler la légalité du décret d'institution, en sorte que ce dernier n'est pas considéré comme un acte de gouvernement, contrairement à ce qui est de la mise en oeuvre de l'article 16 de la Constitution<sup>(70)</sup>.

Les requérants faisaient valoir que la loi du 3 avril 1955 n'avait pas été adoptée pour ce type de circonstances. En outre, la réponse à l'agitation aurait été disproportionnée en ce que, d'une part, l'application de l'état d'urgence à l'ensemble du territoire métropolitain excédait le cadre

géographique utile à la résolution de la crise et, d'autre part, l'atteinte aux droits et libertés ainsi rendue possible excédait ce qui était matériellement nécessaire.

Par son ordonnance du 14 novembre 2005<sup>(71)</sup>, le président de la section du contentieux a rejeté la demande de suspension. Considérant que « le président de la République dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu lorsqu'il décide de déclarer l'état d'urgence », le juge des référés a estimé qu'aucun des moyens soulevés n'était propre à faire naître un doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée. On mesure le retentissement qu'aurait eu une décision de suspension d'un tel décret, décret dont la dimension politique ne saurait être négligée. Et l'on peut comprendre la difficulté pour le juge, statuant en référé, de s'opposer à la volonté du président de la République. Il est admissible qu'en tant que « juge de l'évidence »<sup>(72)</sup> \_ avec tout ce que la notion d'évidence offre de virtualités \_ le juge de la suspension se soit abstenu de neutraliser provisoirement les effets de la volonté de la plus haute autorité administrative en de telles circonstances. L'importance de la décision au fond s'avérait dès lors accrue.

La décision de non-lieu partiel à statuer rendue par l'Assemblée du Conseil d'État le 24 mars 2006<sup>(73)</sup> est décevante à cet égard. Contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement Marie-Hélène Mitjavile, la Haute juridiction a considéré que la loi de prorogation de l'état d'urgence a eu pour effet de ratifier le décret d'institution du 8 novembre 2005. La discussion contentieuse sur ce décret n'était ainsi plus permise. Un tel raisonnement, qui s'inspire du régime des ordonnances tel qu'il résulte de l'article 38 de la Constitution, n'emporte pas la conviction, à un triple titre :

\_ d'abord, les contours de l'interprétation de la loi du 3 avril 1955 restent elliptiques. En se fondant sur « les caractéristiques propres au régime défini » par ce texte, le juge administratif surprend autant par la motivation succincte qui l'a conduit à cette conclusion que par la liberté d'interprétation du texte de 1955 à laquelle il s'est livré ;

\_ ensuite, la loi du 3 avril 1955 modifiée précise, contrairement à la formulation de l'article 38 de la Constitution, que la loi « proroge » l'état d'urgence, et n'indique pas qu'elle ratifie la décision du président de la République. Au demeurant, dans le cadre des ordonnances de l'article 38, il est arrivé que le législateur ne fasse que « valider » et non ratifier l'ordonnance<sup>(74)</sup>. Ce faisant, il démontrait la portée de la différence terminologique. Et si cette différence terminologique ne suffit pas à évincer la thèse du non-lieu à statuer en l'espèce, elle contribue cependant à l'amoindrir ;

\_ enfin, la solution du juge administratif conduit à introduire des incohérences dans le régime de la mise en oeuvre de l'état d'urgence. On a pu lire qu'« il était difficile (...) de mesurer les conséquences concrètes qu'aurait pu recevoir une éventuelle annulation de la déclaration d'état d'urgence alors que la loi prolongeant ce dernier serait encore en vigueur »<sup>(75)</sup>. Or, tel n'était d'abord pas le cas en l'espèce. En outre, et si l'on veut bien s'adonner à l'exercice d'abstraction proposé, et si l'on s'emploie à déterminer la solution qui doit s'imposer par principe, rien ne permet d'affirmer que celle dégagée par le juge administratif soit la plus sensée. Supposer, ainsi que cela a été fait, que la censure du décret peut conduire le cas échéant à priver de base juridique l'intervention du législateur n'est pas convaincant. En effet, le législateur a déjà eu l'occasion de voter l'état d'urgence alors que le délai de douze jours au-delà duquel son intervention était nécessaire avait expiré<sup>(76)</sup>. En rétablissant ainsi l'état d'urgence, le Parlement offrait un précédent attestant que le décret portant état d'urgence ne pouvait être considéré comme une base juridique indispensable à la régularité d'une éventuelle loi. Au surplus, voici bien une situation particulière du droit que celle qui consisterait à ce que le législateur lie sa compétence ultérieure en imposant l'intervention préalable du président de la République.

Suivant l'idée que les législations d'exception doivent être strictement interprétées, on ne saurait donc admettre que la loi de prorogation emporte les effets qu'on lui a reconnus. Sans doute doit-on préférer l'idée que des considérations d'opportunité ont induit cette solution, le

juge administratif ayant été sensible à l'argument suivant lequel la solution inverse aurait eu « toutes les chances de ne déboucher concrètement que sur un insoluble conflit avec le législateur »<sup>(77)</sup>. Mais alors, on fera grief au Conseil d'État d'avoir réintroduit une dimension politique dans un champ qui, par le progrès de l'État de droit, se réduit à une appréhension juridique de la gestion par les textes des situations de crise. Corrélativement, on regrettera l'ordonnancement juridique tel qu'il résulte de la modification de la loi par l'ordonnance du 15 avril 1960 précitée. Car, en définitive, par le jeu de la fiction de la ratification et par cela même que le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires reste facultatif, la mise en oeuvre de l'état d'urgence a bénéficié de fait d'une immunité de juridiction alors qu'il engage gravement les libertés publiques et les droits fondamentaux.

## **2. Le juge administratif et la fin de l'état d'urgence**

La gravité des effets de l'état d'urgence n'est plus à démontrer. Aussi, non seulement sa mise en oeuvre doit-elle être matériellement et géographiquement proportionnée, mais elle doit encore l'être dans le temps. L'hypothèse d'une application dans le temps excédant le délai nécessaire à la résorption de la crise n'est pas une hypothèse d'école, si l'on se souvient que la durée de l'application de l'article 16 de la Constitution en 1961 avait pu susciter de sévères critiques<sup>(78)</sup>. En donnant compétence au président de la République pour mettre un terme à l'état d'urgence avant l'expiration du délai légal, la loi du 18 novembre 2005 autorisait, le cas échéant, l'intervention du juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. À cet égard, on soulignera une autre imperfection de ce cadre juridique si l'on considère que dans le silence de la loi, les effets de l'état d'urgence se seraient nécessairement maintenus au-delà de ce que les circonstances l'eurent exigé.

Par son ordonnance du 9 décembre 2005<sup>(79)</sup>, le juge des référés a d'abord considéré que la demande à titre principal était irrecevable, en ce qu'elle consistait à suspendre l'état d'urgence ou, à défaut, d'enjoindre le président de la République à mettre fin à l'état d'urgence dans un délai de trois jours. Il était ici fait application des dispositions de l'article L. 511-1 du Code de justice administrative aux termes duquel les mesures ordonnées ne peuvent avoir des effets identiques en tous points à ceux procédant d'un jugement annulant une décision administrative<sup>(80)</sup>.

Le juge acceptait cependant de statuer sur les conclusions développées à titre subsidiaire visant à ordonner au président de la République de procéder à un réexamen des circonstances de fait et de droit afin de déterminer si l'état d'urgence devait être maintenu. Le juge énoncera à cet égard que « le silence de la loi sur les conditions de mise en oeuvre de la faculté ainsi reconnue au président de la République ne saurait être interprété, 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, comme faisant échapper ses modalités de mise en oeuvre à tout contrôle de la part du juge de la légalité ». Toutefois, pour bienvenue que la référence à l'État de droit et à ses conséquences a pu être, le juge retiendra l'argument du gouvernement selon lequel le risque d'un nouvel embrasement se maintenait à l'approche des fêtes du nouvel an. Les conclusions des demandeurs furent rejetées. L'examen in concreto révélait que « les conditions dans lesquelles se sont développées les violences urbaines à partir du 27 octobre, de la soudaineté de leur propagation, (...) l'éventualité de leur recrudescence à l'occasion des rassemblements sur la voie publique lors des fêtes de fin d'année et (...) l'impératif de prévention inhérent à tout régime de police administrative » induisaient cette solution.

Celle-ci mérite cependant la critique. Le régime découlant de la mise en oeuvre de la loi du 3 avril 1955 ne saurait être confondu avec les régimes de police administrative de droit commun. Ces derniers peuvent assurément être organisés à titre préventif. En revanche, les effets de la loi sur l'état d'urgence trahissent sa singularité. La circonstance que le législateur

ait rendu le président de la République compétent pour mettre un terme à l'état d'urgence avant l'expiration du délai atteste de la nécessité de maintenir un tel régime pour autant que la situation coïncide avec les conditions de mise en oeuvre. Au surplus, ainsi que le soulignait déjà Robert Badinter devant le Sénat, lors de la discussion présidant à la prorogation de l'état d'urgence, « si la situation [devait s'aggraver], il suffirait d'une heure, deux heures au plus, pour que le Conseil des ministres règle la question à nouveau pour douze jours »<sup>(81)</sup>. Le maintien de l'état d'urgence, dès lors qu'il n'était plus indispensable, devenait gravement et illégalement attentatoire aux droits et libertés, en sorte que le juge aurait pu \_ aurait dû \_ donner satisfaction aux requérants.

## **B. \_ L'occultation du droit conventionnel par le juge administratif**

Le droit conventionnel réserve le cas des circonstances exceptionnelles. S'il admet des dérogations aux stipulations, celles-ci doivent s'opérer conformément aux prescriptions formelles et conformément aux limites matérielles posées. À cet égard, s'il est permis de dire que les exigences formelles (1) ont été satisfaites, il apparaît cependant que l'interprétation des stipulations par le juge administratif aboutit à l'occultation des textes, par le non-respect des conditions matérielles (2).

### **1. Les exigences formelles**

Suivant l'article 4, § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'institution de l'état d'urgence suppose que le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies soit tenu informé des motifs et de l'étendue des dérogations. Ce dernier diffuse alors l'information à l'ensemble des États parties. L'observation générale n° 29 sur l'article 4, adoptée le 24 juillet 2001 lors de la 1 950<sup>e</sup> session du Comité des droits de l'homme<sup>(82)</sup>, rappelle l'importance à ses yeux de cette notification et la nécessité de ce que celle-ci soit contemporaine de la mise en oeuvre du régime d'exception et qu'elle contienne l'ensemble des motifs ayant déterminé cette solution.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales retient un mécanisme similaire. Aux termes de son article 15, § 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 ». La notification dont il est fait traitement ici est une condition impérative de la régularité de l'institution d'un état d'exception. En outre, la dérogation est limitée au territoire mentionné dans la notification faite par l'État<sup>(83)</sup>.

Pour imposées qu'elles sont, ces exigences procédurales restent limitées dans leurs effets. S'agissant du Comité des droits de l'homme, ses constatations ne présentent que l'autorité de la chose constatée<sup>(84)</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a pu admettre, pour sa part, que la circonstance que la notification au Secrétaire général du Conseil de l'Europe soit postérieure de douze jours à l'entrée en vigueur de la législation d'exception, dans les faits de l'espèce, n'entraînait pas la condamnation de l'État<sup>(85)</sup>.

Sans minimiser la portée de ces mesures d'information, on ne saurait ignorer qu'elles ne contribuent qu'indirectement à limiter le risque d'arbitraire. Dès lors, s'il convient de veiller à ce que ces mesures d'ordre formel soient accomplies, il serait discutable de concentrer l'examen sur la régularité procédurale de la mise en oeuvre de l'état d'urgence. C'est donc au regard des conditions conventionnelles matérielles que le contrôle juridictionnel s'avère primordial.

### **2. Les conditions matérielles**

L'ordonnance du 9 décembre 2005 précitée a révélé « qu'eu égard à l'office du juge des référés, un moyen tiré de la contrariété de la loi à des engagements internationaux n'est pas, en

l'absence d'une décision juridictionnelle ayant statué en ce sens, rendue soit par le juge saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel, susceptible d'être pris en considération ». Il s'agissait ici de la réitération d'un principe éprouvé<sup>(86)</sup>, dont on soutiendra qu'il n'a pas vocation à perdurer. En effet, le juge du référé liberté a accepté d'interpréter, à titre provisoire, des dispositions du droit communautaire dérivé<sup>(87)</sup>. Dès lors qu'on peut préjuger d'une extension prochaine du principe à l'interprétation des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme, on pourra regretter que l'amorce du revirement de jurisprudence n'ait pas été opérée auparavant. Une telle solution était d'autant plus regrettable, en privant le juge des référés de la possibilité de statuer en tenant compte du principe formulé par la Commission européenne des droits de l'homme selon lequel la dérogation aux droits et libertés garantis par la Convention ne saurait perdurer après la disparition des circonstances exceptionnelles<sup>(88)</sup>.

En l'absence d'une prise en compte du droit conventionnel par le juge des référés, le contrôle de la conventionnalité de la mise en oeuvre de l'état d'urgence devait encore une fois s'opérer au fond. Le juge administratif ayant estimé que la loi avait ratifié le décret contesté, ce contrôle de conventionnalité était rendu d'autant plus nécessaire. Dans sa décision du 24 mars 2006 précitée, le Conseil d'État a considéré que la mise en oeuvre de l'état d'urgence n'était pas contraire aux stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Une telle solution est critiquable. Elle l'est d'abord en raison du caractère gravement sibyllin de sa motivation. Elle l'est encore – et surtout – par l'application discutable des stipulations de la Convention européenne.

La « prééminence du droit » dont le juge de Strasbourg s'est montré soucieux de maintenir l'effectivité, fait obstacle à ce que les pouvoirs publics des États membres soient laissés totalement libres de l'interprétation à donner à l'article 15 de la Convention. Les conditions matérielles à la dérogation doivent être réunies, la Cour ayant eu l'occasion d'en préciser les contours<sup>(89)</sup>. Suivant en cela la rédaction de l'article 15 de la Convention, l'atteinte aux droits et libertés garantis doit être destinée à répondre à la menace pesant sur la vie de la Nation. Elle doit être strictement proportionnée aux circonstances, et ne pas être en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

La dernière condition posée ne semblait pas être affectée par la mise en oeuvre de l'état d'urgence. En revanche, s'agissant des deux premières, un examen s'impose. Concernant l'existence d'un danger mettant en péril la vie de la Nation, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît une marge d'appréciation importante à l'État<sup>(90)</sup>. C'est principalement sur le terrain de la proportionnalité des dérogations que la discussion s'ouvre une nouvelle fois. Déjà le Comité des droits de l'homme a-t-il pu rappeler que le principe de l'étendue géographique des dérogations est un des paramètres de la stricte application de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>(91)</sup>. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit également dans le sens de la limitation des pouvoirs publics.

La décision *Association Ekin contre France* du 17 juillet 2001<sup>(92)</sup> renseigne sur le raisonnement tenu par le juge de Strasbourg. Elle autorise en outre l'analogie. On retiendra ici que la Cour européenne considérait que l'atteinte à l'article 10 de la Convention sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse était d'une gravité justifiant « de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux ». En outre, la Cour constatait que le contrôle du juge national sur les actes pris en application de cette loi était jusqu'à la décision du Conseil d'État de 1997<sup>(93)</sup>, un contrôle restreint. La difficulté d'obtenir le sursis à exécution des décisions contestées était également soulignée. Et la circonstance que la compétence du ministre dans ce domaine s'étend à l'ensemble du territoire était prise en considération. Pour toutes ces raisons, la Cour a estimé que l'ingérence à laquelle avait donné lieu l'application de cette loi ne pouvait être considérée comme « nécessaire dans une société

démocratique ». La transposition du raisonnement est ici permise. On notera que le contrôle du juge administratif sur les actes d'application de la législation d'exception est un contrôle réduit à l'erreur manifeste d'appréciation<sup>(94)</sup>. En outre, le champ d'application du décret d'institution et de la loi prorogant ce dernier a pu excéder ce qui était strictement nécessaire, en appliquant un régime d'exception à des territoires non affectés par les troubles. Enfin, au regard de ce qui a été précédemment observé, la suspension de l'état d'urgence est réduite à l'hypothèse d'école. On se doit donc de douter de la conventionnalité de la mise en oeuvre de l'état d'urgence en 2005.

L'état d'urgence aujourd'hui montre ses limites. Si, hier, le juge administratif accordait une importance excessive à l'ordre en minimisant les effets des législations d'exception, c'est la même préoccupation qui le conduit aujourd'hui à minimiser son contrôle sur la mise en oeuvre d'une législation d'exception. Or, à admettre même l'argument de l'ordre public en tant que norme de nécessité, celui-ci ne vaut que pour autant qu'il s'adosse à « un contrôle juridictionnel bien assis »<sup>(95)</sup>, ce dont on doit bien douter ici. En effet, si, dans la lignée de la décision Benjamin de 1933, le juge administratif exerce traditionnellement un contrôle particulièrement rigoureux sur les mesures de police, son contrôle sur les actes pris sous l'état d'urgence reste limité. Et, dès lors, si l'on continue à soutenir que l'existence du régime juridique de l'état d'urgence est préférable à la vacuité du droit, c'est à la condition que des perfectionnements soient opérés. Ces perfectionnements ne peuvent porter sur l'appréhension de la loi par le juge. C'est donc sur la loi elle-même qu'il est nécessaire de porter l'examen, le régime organisé révélant des incohérences dont il convient de faire l'économie.

### **III. \_ LA COHÉRENCE DE L'ÉTAT D'URGENCE DEMAIN**

L'état d'urgence hier a montré qu'une législation d'exception de ce type est préférable à la validation juridictionnelle postérieure. L'état d'urgence aujourd'hui démontre que le contrôle juridictionnel, s'il ne doit pas se substituer à l'intervention législative, reste une impérieuse nécessité car l'existence d'une législation d'exception ne doit pas autoriser toutes les dérogations au droit commun. Précisément, le contrôle exercé sur l'institution de l'état d'urgence en 2005 est resté insuffisant. Il l'a été devant le juge administratif en raison de la marge d'appréciation laissée au président de la République et, plus largement, par les considérations d'opportunité qui ont induit sa jurisprudence. Le contrôle du juge constitutionnel a été encore moins satisfaisant, celui-ci n'ayant pas été saisi aux fins de contrôler la conformité de la loi de prorogation à la Constitution. Cet état de fait procède en réalité du défaut de cohérence dont souffre l'économie générale de l'état d'urgence tel qu'il résulte de la loi du 3 avril 1955 et des modifications qu'elle a subies. Non seulement l'état d'urgence, comme toute législation d'exception, doit être une matière constitutionnelle (A), mais encore le contrôle de son institution doit-il être réorganisé (B).

#### **A. \_ La nécessaire constitutionnalisation de l'état d'urgence**

L'état d'urgence est un régime organisé par le législateur. En cela, un fondement textuel est donné aux restrictions aux droits et libertés en raison des circonstances. La question reste cependant posée de la juste situation de ce fondement dans l'ordonnement juridique. Cette interrogation se nourrit au demeurant de la constitutionnalisation de l'état de siège en 1954 et de son maintien à l'article 36 de la Constitution du 4 octobre 1958. Au vrai, si la compétence du législateur dans ce domaine reste admissible, la matière devrait être organisée par la Constitution. Au demeurant, le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation des pouvoirs publics du 10 mars 1993 prévoyait, dans son article 16, l'inscription de l'état d'urgence à l'article 36 de la Constitution, opérant ainsi une unification des régimes juridiques de l'état d'urgence et de l'état de siège.

L'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen fait de la garantie des droits l'une des fonctions de la Constitution. En tant qu'il autorise précisément des atteintes sérieuses

à des droits fondamentaux, l'état d'urgence relève du domaine des matières que la Constitution a vocation à organiser. On peut bien admettre que le pouvoir constituant n'est pas en mesure, au moment d'adopter la Constitution, d'apprécier toutes les situations pouvant représenter un péril national justifiant un régime juridique d'exception. Ceci explique au demeurant que les textes prévoyant ces situations sont fatalement contraints à une marge d'imprécision<sup>(96)</sup>. La Constitution finlandaise dispose ainsi, en son article 16a que, « en cas d'agression armée contre la Finlande ou en cas de situation exceptionnelle d'une gravité similaire, la loi peut imposer aux droits fondamentaux des restrictions provisoires ». L'article 77 de la Constitution italienne prévoit, quant à lui, que « dans des cas extraordinaires de nécessité et d'urgence », le Gouvernement peut recourir sans autorisation aux décrets-lois.

L'exemple de la loi fondamentale allemande atteste avec encore plus d'accuité de la possibilité de régir avec précision la matière. Organisé aux articles 115a à 115l de la Loi fondamentale, l'état de défense permet une dérogation au droit commun en cas « d'agression armée » en cours ou imminente. À cette fin, ces dispositions autorisent notamment l'élargissement des compétences législatives de la Fédération et organisent une procédure législative d'urgence. Des limitations à l'aggravation des peines privatives de libertés sont prévues et, en toute hypothèse, la pérennisation du statut et de l'exercice des missions de la Cour constitutionnelle fédérale est assurée. L'article 91 de la Loi fondamentale régit la situation d'« état de crise intérieure » destiné à répondre à un « danger menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land ». Il résulte de la disposition citée que dans cette circonstance, les forces de police de la Fédération et des différents Länder peuvent être requis pour éliminer le danger.

L'article 19 de la Constitution du Portugal prévoit, pour sa part, l'existence de l'état de siège et de l'état d'urgence. Ceux-ci « ne peuvent être déclarés, sur la totalité ou sur une partie du territoire national, que dans les cas d'agression effective ou imminente par des forces étrangères, de grave menace ou de perturbation de l'ordre constitutionnel démocratique ou de calamité publique ». L'alinéa 3 de l'article 19 opère une gradation entre ces deux états d'exception, en précisant que l'état d'urgence est déclaré « quand les faits (...) présentent un degré de gravité moindre. Il ne peut provoquer la suspension que de quelques droits, libertés et garanties susceptibles d'être suspendus ». En outre, le choix, la déclaration et l'exécution de l'état de siège et de l'état d'urgence, « doivent respecter le principe de la proportionnalité ». Leur mise en oeuvre « est dûment motivée et énonce les droits, libertés et les garanties dont l'exercice est suspendu ». Sauf cas de guerre, la période de mise en oeuvre de l'état d'exception ne saurait excéder quinze jours, « sans préjudice des éventuelles prorogations pour une période limitée et de la même façon ».

Non seulement le pouvoir constituant peut organiser le régime d'exception, mais il peut encore donner compétence au législateur pour en préciser les modalités d'application, à l'instar de la Constitution française du 4 novembre 1848 et l'état de siège. L'article 103 de la Constitution des Pays-Bas dispose ainsi que « la loi détermine les cas dans lesquels l'état d'exception, à désigner comme tel par la loi, peut être proclamé par décret royal aux fins du maintien de la sécurité extérieure ou intérieure ; elle en règle les conséquences ». L'article 116, § 1 de la Constitution espagnole énonce également qu'« une loi organique régleme les états d'alerte, d'urgence et de siège, ainsi que les compétences et les restrictions correspondantes ». L'article 88 de la Constitution russe prévoit encore que le Président de la Fédération, « dans les circonstances et selon les modalités prévues par la loi constitutionnelle fédérale, introduit l'état d'urgence »<sup>(97)</sup>.

Si cette habilitation offre un cadre protecteur moins important, parce que moins précis, que les exemples précédemment cités, elle a au moins le mérite de conserver la cohérence de l'édifice normatif. En effet, on ne peut se satisfaire de l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel de l'article 34 de la Constitution. La référence à une habilitation implicite de la

Constitution se présente moins comme une déduction logique et irréfutable que comme la manifestation de la préoccupation du juge constitutionnel de ne pas censurer le recours à une législation d'exception existante alors que la crise était effectivement ouverte. La stratégie du juge ne saurait rendre ici parfaitement cohérent un système qui ne l'est pas.

En outre, il est nécessaire de replacer les législations d'exception dans le schéma initié par la rigidité constitutionnelle. Celle-ci suppose que toute révision du texte constitutionnel respecte une procédure spécifiquement organisée à cet effet. Il ne fait pas de doute qu'une rigidité excessive ou inadaptée est susceptible, au moment d'un péril, d'entraîner la chute du régime pour peu que les formes soient respectées<sup>(98)</sup>. Et si les formes sont ignorées, et si donc la Constitution est suspendue à l'initiative des organes constitués, c'est le principe de la rigidité qui aura été méprisé, ce qui renouvellerait la victoire de l'état de nécessité sur le droit de l'exception. L'organisation en temps normal d'un régime constitutionnel d'exception passe ainsi pour être le moyen de régler la difficulté. Les modalités sont de deux ordres puisqu'il ne s'agit alors pas seulement d'octroyer des pouvoirs et des compétences qui dérogent au droit commun. Il peut également s'agir de poser des limites irréductibles à l'action des pouvoirs publics. Ainsi l'article 1<sup>er</sup> de la Section IX de la Constitution américaine prévoit-il que « le privilège de l'habeas corpus ne pourra jamais être suspendu, à moins que le salut public ne l'exige, dans le cas de rébellion ou d'invasion ».

Dans les deux hypothèses, les lois qui organisent les régimes juridiques d'exception interviennent dans des matières constitutionnelles. De plus, pour reprendre l'exemple de la loi du 3 avril 1955, elle dicte notamment au législateur la procédure à suivre. Dès lors, cette loi répond aux critères de la loi organique<sup>(99)</sup>. Or, l'une des caractéristiques de la loi organique est d'être expressément prévue par la Constitution. En conséquence, l'habilitation ne saurait être ici implicite.

## **B. \_ La nécessaire réorganisation du contrôle de l'état d'urgence**

En tant qu'elle opère un déplacement de la légalité, l'institution de l'état d'urgence doit s'accompagner d'un contrôle. En raison du constat déjà formulé sur l'étendue et l'efficacité du contrôle juridictionnel actuel, il y a lieu de considérer que celui-ci est perfectible par sa systématisation (1). Dans l'hypothèse où les réticences à un contrôle juridictionnel systématique devaient triompher, au moins doit-on admettre l'instauration d'une procédure consultative obligatoire (2).

### **1. La systématisation du contrôle juridictionnel de l'état d'urgence**

On ne saurait se suffire de ce que les décisions administratives prises sous l'état d'urgence font l'objet d'un contrôle juridictionnel, dès lors que leur légalité sera appréciée en fonction d'une légalité qui n'est pas la légalité ordinaire. Indispensable, un tel contrôle est insuffisant. L'institution même de l'état d'urgence est une décision qui, pour la préservation des libertés publiques et des droits fondamentaux, doit être contrôlée.

On ne réfutera pas ici l'idée que ce contrôle existe à l'heure actuelle. Cependant, il n'offre pas les qualités d'un contrôle suffisant. Ainsi que cela a été vu précédemment, le juge administratif opère un contrôle résolument réduit en accordant au président de la République une très importante marge d'appréciation. Surtout, ce contrôle devient impossible lorsque le législateur intervient pour proroger le régime de l'état d'urgence. Cet état de la jurisprudence est d'autant plus regrettable que le juge constitutionnel n'est pas obligatoirement saisi aux fins de contrôler la conformité de la loi de prorogation à la Constitution.

Le principe de cohérence commande une redéfinition du rôle du juge dans ce type de circonstances. La redéfinition passe d'abord par l'instauration d'un examen juridictionnel obligatoire. L'argument selon lequel celui-ci ne serait pas opportun en ce qu'il freinerait l'action au moment où les faits justifient la célérité reste sans portée. Le professeur Philippe

Terneyre soulignait à juste titre que la décision rendue par le Conseil constitutionnel en 1985 l'avait été le jour même du vote de la loi sans pour autant souffrir d'un déficit de qualité <sup>(100)</sup>. En outre, l'existence du contrôle facultatif atteste de ce que l'argument n'a pas été jugé pertinent, ni par le pouvoir constituant, ni par le juge constitutionnel. Inscire les lois instituant l'état d'urgence au nombre des lois obligatoirement soumises au juge concourrait à limiter la dimension politique de la saisine. La question s'est posée de savoir si, « en cas de nécessité, le Conseil constitutionnel n'est pas amené à examiner les lois d'exception à la sauvegarde et, surtout, à pratiquer une sorte d'autocensure du fait de la nécessité de rendre une décision de conformité pour permettre aux autorités compétentes de traiter rapidement cet état de crise et assurer ainsi la continuité de l'État » <sup>(101)</sup>. L'existence d'un contrôle obligatoire n'ayant de sens que s'il joue un rôle effectif, le juge constitutionnel pourrait trouver la légitimité suffisante.

On peut recevoir l'argument de l'efficacité pour justifier du maintien de l'institution de l'état d'urgence par décret en Conseil des ministres. Toutefois, le contrôle du Conseil constitutionnel doit s'étendre à cette décision. La compétence du Conseil constitutionnel a déjà été reconnue s'agissant du contrôle de l'excès de pouvoir des lois de pays <sup>(102)</sup>. En outre, le juge constitutionnel est également compétent pour connaître de la régularité des décrets du président de la République relatifs à l'organisation des opérations référendaires <sup>(103)</sup>. Au surplus, dès lors qu'il est en principe souverain <sup>(104)</sup>, rien ne s'oppose à ce que le pouvoir constituant en décide ainsi. Car il s'agit bien là de satisfaire le principe de cohérence. En effet, la modification en 1960 de la loi du 3 avril 1955 était mue par la considération selon laquelle le pouvoir exécutif était plus prompt que le pouvoir législatif à réagir à ces situations imprévues. Rien cependant n'autorise à penser qu'une telle modification ait nécessairement fondé la substitution d'un contrôle a posteriori au contrôle a priori existant depuis l'adoption de la nouvelle Constitution. L'hypothèse contraire conduirait à amoindrir la protection des droits et de la hiérarchie des normes pour une durée qui peut s'étendre jusqu'à douze jours. Sauf à redouter l'improbable intention malveillante du président de la République lors de la signature de l'ordonnance de 1960 précitée, il y a lieu de conclure que les effets de la modification entrent ici au nombre des simples effets indésirables.

L'instauration d'un contrôle opéré par une juridiction unique, le Conseil constitutionnel, serait non seulement source d'unification de la jurisprudence en la matière, mais également un facteur d'efficacité. En effet, la réticence du Conseil d'État lors de son contrôle en avril 2005 témoigne de la difficulté qui est la sienne à censurer ce type de décision présidentielle. La tentation pour le juge administratif était assurément de déporter le contrôle sur les actes pris sur le fondement de la loi mise en oeuvre. Mais alors, le mal était fait en ce que la légalité exceptionnelle devait servir de fondement, alors même qu'elle pouvait être inutile. Et, sauf à considérer que le juge administratif aurait eu recours à ce qui aurait été alors la « théorie des circonstances normales », les atteintes excessives aux droits auraient été jugées légales. Lors des débats devant le Sénat, le ministre de la Justice indiquait précisément qu'un des intérêts de l'état d'urgence était d'autoriser les peines privatives de libertés en cas de violation des « couvre-feux » <sup>(105)</sup>. Selon le garde des sceaux, l'effet dissuasif des décisions administratives était ainsi accru. Or, s'il ne s'agit pas de juger de la pertinence du raisonnement, il convient cependant de rappeler que la mise en oeuvre d'une législation d'exception n'est pas une commodité donnée à l'administration. Elle reste un moyen de résoudre ce qui ne peut pas l'être autrement.

Le contrôle juridictionnel obligatoire de l'institution de l'état d'urgence s'avère être une nécessité. À supposer qu'il ne faille pas retenir cette idée, au moins faut-il alors admettre une procédure de consultation préalable du Conseil constitutionnel.

## **2. L'instauration d'une procédure de consultation lors de l'institution de l'état d'urgence**

L'article 16 de la Constitution prévoit la consultation obligatoire préalable du Premier ministre, des présidents des assemblées, et du Conseil constitutionnel. Alors que les faits susceptibles d'entraîner une telle réaction sont jugés plus graves que ceux justifiant l'état d'urgence, le pouvoir constituant a pris soin d'organiser une telle procédure. Sans doute la dérogation à la Constitution est-elle plus importante dans cette hypothèse, qui justifie cette consultation. Mais elle atteste également que la gravité du péril n'est pas un obstacle à ce que celle-ci soit mise en oeuvre.

En raison de l'importance des effets de l'état d'urgence, dont on rappelle encore qu'ils peuvent être plus graves que ceux de l'état de siège, il ne serait pas inutile d'appliquer le principe de la consultation du Conseil constitutionnel dans cette hypothèse. Il s'agit là d'une alternative au contrôle juridictionnel obligatoire, la conjugaison des deux n'ayant aucun sens. Cependant, à défaut, la consultation pour avis du Conseil constitutionnel, faisant l'objet d'une publication, aurait le mérite de la transparence. De surcroît, le principe démocratique s'en trouverait renforcé.

Pour préférable qu'elle est à l'application en toute hypothèse de la théorie des circonstances exceptionnelles, la mise en oeuvre de l'état d'urgence est loin d'offrir aujourd'hui toutes les garanties que l'on est en droit d'attendre. Non seulement ce régime juridique reste indifférent dans son application au droit conventionnel, mais encore représente-t-il, par son incapacité à se moderniser, une régression de l'État de droit. Certains ajustements pourraient concourir à rendre nettement plus cohérente et, en définitive, satisfaisante, cette législation d'exception. À défaut, c'est bien à la tentation de sa banalisation que les gouvernants pourraient céder. Ce serait oublier que « l'État ne meurt pas, ne se dissout pas, ne fait pas faillite »<sup>(106)</sup> et que, par conséquent, la préoccupation de l'ordre ne peut tout justifier. Le sentiment de qui observe l'état d'urgence aujourd'hui est celui de la propension à l'emploi de dispositions textuelles organisées en d'autres temps et pour d'autres types de circonstances. Le souci de l'efficacité confine finalement à celui de la facilité. Déjà pouvait-on reprocher le recours abusif à la pratique des ordonnances organisée à l'article 38 de la Constitution<sup>(107)</sup>. Il est temps de s'inquiéter de la propension contemporaine à la systématisation de l'inversion du principe et de l'exception.

**Document 4 :** Jean-Christophe Martin, « Libertés et terrorisme », *jscl. Libertés*, fasc. 660, 2009 (extraits)

## **I. - Quelles dérogations aux droits fondamentaux dans la lutte contre le terrorisme ?**

6. – Les instruments conventionnels de protection des droits et libertés fondamentaux contiennent une clause dérogatoire (Conv. EDH, art. 15. – PIDCP, art. 4) permettant à l'État, dans certaines situations particulières créant un état d'urgence mettant en jeu son existence même, de ne pas appliquer certains de ces droits et libertés garantis (A). Les droits fondamentaux "absolus" ne sont ainsi pas susceptibles d'une telle dérogation (B).

### **A. - Dérogations justifiées par la lutte contre le terrorisme**

7. – Pour faire jouer le droit de dérogation et se libérer temporairement des obligations que lui imposent les traités relatifs aux droits de l'homme (2°), l'État doit être face à une situation de crise exceptionnelle (1°).

#### **1° Terrorisme comme danger public menaçant la vie de la Nation**

8. – L'article 4 du PIDCP précise que "Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la Nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte (...)". De même, la convention européenne des droits de l'homme consacre son article 15 à la "Dérogation en cas d'état d'urgence", dont le paragraphe 1 énonce qu'"[e]n cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la Nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention (...)". Le terrorisme constitue-t-il un "danger public menaçant la vie de la Nation" justifiant des dérogations aux droits garantis ? À quelles conditions un tel état d'urgence peut-il être invoqué ?

9. – Conditions formelles – Aux fins de l'article 15-3 de la convention européenne des droits de l'homme, l'État qui exerce le droit de dérogation doit "[tenir] le secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées". L'Irlande, le Royaume-Uni et la Turquie ont invoqué le droit de dérogation dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. On notera en particulier que le Royaume-Uni s'est prévalu du droit de dérogation dans une déclaration du 18 décembre 2001 suite aux attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, qui l'ont conduit à adopter une législation étendant les conditions d'arrestation et de détention d'étrangers non expulsables. L'article 15-3 ajoute que l'État "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". Dans l'affaire "Brogan", le Gouvernement du Royaume-Uni avait informé le secrétaire général du Conseil de l'Europe qu'il retirait un avis de dérogation notifié au titre de l'article 15 et déclaré qu'à ses yeux "les dispositions de la convention [recevaient] pleine application" ; aussi la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle conclu qu'il n'y avait pas lieu de rechercher si une campagne terroriste en Irlande du Nord permettait au Royaume-Uni de déroger aux droits garantis et, partant, que les articles invoqués par les requérants "jouent intégralement" (CEDH, 29 nov. 1988, Brogan et a. c/ Royaume-Uni, § 48).

10. – L'article 4 du PIDCP fixe aussi une condition de forme : pour être invocable, le danger public exceptionnel doit avoir été "proclamé par un acte officiel". Il est intéressant de noter à cet égard que la Cour européenne des droits de l'homme a été conduite, dans le cadre du contrôle du respect de l'article 15 de la convention européenne des droits de l'homme (qui impose de ne pas violer les autres obligations découlant du droit international), à vérifier que cette exigence du PIDCP était remplie. Son contrôle est a minima (elle se contente de "rechercher si l'argumentation des requérants s'appuie sur une base plausible"), car "[i]l n'entre pas dans les attributions de la Cour d'essayer de définir, par voie d'autorité, le sens des mots "proclamé par un acte officiel"". Mais la Cour, a estimé qu'une déclaration du ministre de l'Intérieur, qui "revêtait un caractère formel et divulguait les intentions du Gouvernement en matière de dérogation, cadrerait bien avec la notion de proclamation officielle" (CEDH, 26 mai 1993, Brannigan et McBride c/ Royaume-Uni, § 72 et 73).

11. – Contrôle de l'état d'urgence – Dans le premier arrêt qu'elle a rendu, dans une affaire de terrorisme (le requérant était membre de l'IRA), la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que par cette formule, dont le sens normal et habituel des mots est suffisamment clair, il faut entendre "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" (CEDH, 1er juill. 1961, Lawless c/ Irlande, § 28). Et la Cour opère un contrôle sur cette qualification ; la déclaration de l'état d'urgence ne constitue donc pas un pouvoir discrétionnaire des autorités étatiques. La Cour a admis à plusieurs reprises que la violence terroriste constituait un tel danger public justifiant des limitations aux droits de l'homme. Tel était le cas dans l'affaire "Lawless", dans laquelle la Cour a retenu une

conjonction de plusieurs éléments constitutifs, dont l'existence d'une armée secrète agissant en dehors de l'ordre constitutionnel et usant de la violence pour atteindre ses objectifs, qui opérait également en dehors du territoire de l'État, compromettant ainsi gravement les relations de l'Irlande avec le pays voisin, ainsi que "l'aggravation progressive et alarmante des activités terroristes depuis l'automne 1956 et pendant tout le cours du premier semestre de l'année 1957" (CEDH, 1er juill. 1961, *Lawless*, préc., § 28). La situation en Irlande du Nord a par la suite conduit la Cour européenne des droits de l'homme à admettre la même qualification (CEDH, 18 janv. 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, § 205. – CEDH, 26 mai 1993, *Brannigan et Mac Bride c/ Royaume-Uni*, cité supra n° 10, § 47). La Cour a aussi conclu que "l'ampleur et les effets particuliers de l'activité terroriste du PKK [Parti des travailleurs du Kurdistan, organisation illégale qualifiée d'organisation terroriste par les autorités turques] dans le Sud-Est de la Turquie ont indubitablement créé, dans la région concernée, un "danger public menaçant la vie de la nation"" (CEDH, 18 déc. 1996, *Aksoy c/ Turquie*, § 70. – V. aussi CEDH, 23 sept. 1998, *Demir c/ Turquie*, § 45). Même reconnu, l'état d'urgence ne donne pas à l'État qui s'en prévaut un blanc-seing justifiant la mise en oeuvre discrétionnaire de toute mesure d'exception.

## **2° Nature et étendue des dérogations nécessaires**

12. – La convention européenne des droits de l'homme et le PIDCP convergent quant à deux des conditions que doivent remplir les mesures de dérogation pour être valides, dès lors que l'état d'urgence est reconnu : l'article 15 de la convention européenne des droits de l'homme précise que les mesures doivent être prises "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" (sur cette seconde exigence, sur laquelle nous n'insistons pas, V. supra n° 10. – O. de Schutter, op. cit., p. 136-140. – V. aussi CEDH, 26 mai 1993, *Brannigan et McBride c/ Royaume-Uni*, cité supra n° 10, § 67-73). À cela, l'article 4 du PIDCP ajoute une autre exigence, qui ne semble pas superfétatoire en matière de mesures de lutte contre le terrorisme contemporain : les mesures ne doivent pas être "[entraîner] une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale". La condition principale tient aux critères de nécessité et proportionnalité évoqués par la "stricte mesure où la situation l'exige", que la Cour européenne des droits de l'homme a eu à apprécier dans plusieurs affaires de terrorisme portant principalement sur le droit à la liberté et à la sûreté garanti par l'article 5 de la convention européenne des droits de l'homme. En la matière, la Cour a reconnu aux autorités nationales une ample marge d'appréciation, car "[e]n 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 des dérogations nécessaires pour le conjurer" (CEDH, 18 janv. 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, § 207. – CEDH, 18 déc. 1996, *Aksoy c/ Turquie*, cité supra n° 11, § 70). Néanmoins, les États doivent remplir les exigences des articles 15 de la convention européenne des droits de l'homme et 4 du PIDCP et ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité en ce domaine. La Cour a donc affirmé qu'il lui appartient de contrôler la marge nationale d'appréciation, afin de décider si les États ont excédé la "stricte mesure" des exigences de la crise (CEDH, 18 janv. 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, préc., § 207. – CEDH, 26 mai 1993, *Brannigan et McBride c/ Royaume-Uni*, cité supra n° 10, § 43), pour apprécier la validité des mesures antiterroristes contestées.

13. – La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi conclu à plusieurs reprises, s'agissant de la situation en Irlande du Nord, que les dérogations étaient nécessaires dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. Tel était le cas dans l'affaire "Lawless" (citée supra n° 11), dans laquelle le requérant alléguait une violation de l'article 5 de la convention européenne des

droits de l'homme par les autorités de la République d'Irlande, du fait de sa détention sans jugement de plusieurs mois dans un camp de détention militaire. La Cour a estimé que l'arrestation et la détention administrative d'individus soupçonnés de participer à des activités terroristes constituaient une mesure strictement limitée aux exigences de la situation, dès lors que le fonctionnement des juridictions pénales ordinaires et même des cours criminelles spéciales ou des tribunaux militaires ne suffisait pas à rétablir la paix et l'ordre public (CEDH, 1er juill. 1961, *Lawless*, cité supra n° 11, § 36). De même, dans l'affaire "Irlande c/ Royaume-Uni", la Cour a-t-elle conclu qu'il n'était pas établi que, dans la situation "très exceptionnelle" d'alors, les dérogations que constituaient les privations extrajudiciaires de liberté entre août 1971 et mars 1975 (les textes d'exception prévoyaient une privation de liberté de quarante-huit heures au maximum) avaient dépassé la stricte mesure des exigences de la situation (CEDH, 18 janv. 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, cité supra n° 12, § 212). Dans l'affaire "Brannigan" (citée supra n° 10), à nouveau, la Cour devait apprécier si la garde à vue prolongée des terroristes présumés (pendant une période pouvant atteindre sept jours) sans contrôle judiciaire constituait une dérogation nécessaire à l'article 5-3 de la convention européenne des droits de l'homme, qui énonce que toute personne arrêtée ou détenue doit être aussitôt traduite devant un juge et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. Elle a jugé que "[e]u égard à la nature de la menace terroriste en Irlande du Nord, à l'ampleur limitée de la dérogation et aux motifs invoqués à l'appui, tout comme à la présence de garanties fondamentales contre les abus", la dérogation du Royaume-Uni répond aux exigences de l'article 15 et que les requérants ne peuvent donc valablement se plaindre d'une violation de l'article 5-3 (CEDH, 26 mai 1993, *Brannigan et McBride c/ Royaume-Uni*, cité supra n° 10, § 66).

14. – Garanties contre l'arbitraire – La Cour attache une grande importance aux garanties encadrant les dérogations, qui conditionnent leur validité. Dans son arrêt "Brannigan", la Cour s'est dite convaincue que des garanties effectives assuraient bel et bien, en Irlande du Nord, une protection appréciable contre les comportements arbitraires et les détentions au secret (CEDH, 26 mai 1993, cité supra n° 10, § 68). C'est sur ce fondement que, au contraire, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé dans d'autres affaires relatives à la lutte contre le PKK en Turquie que les dérogations ne remplissaient pas les exigences de l'article 15. Dans l'arrêt "Aksoy" (cité supra n° 11), la Cour a notamment relevé que l'intéressé n'avait pas joui de garanties suffisantes contre les comportements arbitraires et les détentions au secret, car "la privation de l'accès à un avocat, un médecin, un parent ou un ami, et l'absence de toute possibilité réaliste d'être traduit devant un tribunal aux fins de contrôle de la légalité de sa détention, signifiaient que le requérant était complètement à la merci de ses gardiens" (CEDH, 18 déc. 1996, *Aksoy c/ Turquie*, cité supra n° 11, § 83). Dans l'affaire "Demir", la Cour a aussi conclu à la violation de l'article 5-3 faute de garantie contre l'arbitraire lors de la détention au secret des requérants pendant au moins seize et vingt-trois jours (impossibilité pour eux de voir un juge ou un autre magistrat, CEDH, 23 sept. 1998, *Demir et a. c/ Turquie*, cité supra n° 11,

...