

# L'état d'urgence et l'Etat de droit

Par Olivier Beaud

Professeur de droit public à Paris II, IUF

Conférence faite à l'Université de la Nouvelle-Calédonie,  
Nouméa, le 28 novembre 2016

A la différence de ce qui s'était passé au lendemain des attentats de janvier 2015 (dits de « Charlie-Hebdo »), le pouvoir exécutif a résolu d'instaurer immédiatement l'état d'urgence le soir même des attentats du 13 novembre 2015. Intervenant à la télévision, le chef de l'Etat annonçait solennellement le recours à l'état d'urgence. Après quelques jours, le Parlement a adopté, le 20 novembre 2015 une loi prorogeant l'état d'urgence pour une durée de 3 mois, mais aussi modifiant, en le durcissant, le contenu de la loi du 3 avril 1955. L'état d'urgence a ensuite été prolongé de trois mois à compter du 26 février<sup>1</sup>, puis de deux mois supplémentaires, à partir du 26 mai 2016<sup>2</sup>, afin de couvrir l'organisation en France du championnat d'Europe de football et, enfin, de six mois par la loi du 21 juillet 2016, après la tragédie niçoise<sup>3</sup>. La France vit donc toujours sous le régime de l'état d'urgence depuis une année.

Dans cette conférence, nous voudrions résumer ici en quelques dizaines de minutes les principales idées défendues dans un ouvrage que nous venons, Cécile Bargues et moi-même, de publier aux éditions de la Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ)<sup>4</sup>. Le pari de cet ouvrage était d'expliquer l'état

---

<sup>1</sup> LOI n° 2016-162 du 19 février 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

<sup>2</sup> LOI n° 2016-629 du 20 mai 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

<sup>3</sup> LOI n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste

<sup>4</sup> *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, LGDJ, Lexextenso, 2016 182 p.

d'urgence en l'analysant comme un phénomène *constitutionnel* alors qu'il est défini traditionnellement comme une « extension des pouvoirs de police en cas de péril imminent<sup>5</sup> ». Il est donc perçu comme relevant principalement du droit *administratif*. Nous avons voulu, dans ce livre, le faire entrer dans la catégorie plus large des « pouvoirs de crise »<sup>6</sup> qui recouvre également l'état de siège et l'article 16 et donc l'étudier en *constitutionnalistes*. Ces législations de crise ont en commun de renvoyer à « des procédés de nature et de portée très différentes destinés à faire face à des situations d'exception, de caractère national ou local mais se traduisant tous par un assouplissement ou une mise à l'écart, pour une durée plus ou moins longue, de la légalité des temps ordinaires, notamment en matière de libertés publiques<sup>7</sup> ». Ainsi conçu, l'état d'urgence relève d'une *légalité extraordinaire* qui se substitue provisoirement à une légalité ordinaire. Il y a donc comme un air de famille entre l'état de siège, et l'article 16 prévus dans la Constitution de 1958, et l'état d'urgence. En effet, ces pouvoirs de crise autorisent l'Etat à déroger au droit commun, et à la Constitution, et donc à porter des atteintes aux libertés publiques qui, dans des circonstances normales, seraient illégales ou inconstitutionnelles. Ainsi, tout état d'exception – quel que soit son nom — menace la liberté et compromet l'effectivité de la Constitution en tant que telle. En effet, il suppose, par définition, *une dérogation ou une suspension partielle ou totale de l'ordre constitutionnel*. Voici la difficulté posée par un tel cas : d'un côté, la Constitution est considérée comme la loi suprême et inviolable de la Nation. A ce titre, elle doit être respectée non seulement par tous les citoyens, mais surtout par les pouvoirs publics. D'un autre côté, quand est déclaré l'état d'exception, la « loi suprême » n'est plus inviolable car on doit y déroger. Seule une légalité extraordinaire est capable de suspendre la légalité ordinaire. L'état d'urgence entre donc en tension avec le constitutionnalisme et l'Etat de droit. La question de leur éventuelle conciliation – la plus théorique – sera examinée à la fin de notre conférence (III). Avant d'y parvenir, nous proposons de décrire ce régime juridique de l'état d'urgence qui remonte à la loi du 3 avril 1955 - une loi datant d'ailleurs de la guerre d'Algérie — (I) et d'expliquer ensuite, comment cette loi s'est adaptée sous la Ve République pour devenir la loi d'exception la plus appliquée sous la Ve République (II).

---

<sup>5</sup> « État d'urgence », in O. DUHAMEL & Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, *op. cit.*, p. 419.

<sup>6</sup> C'est ce à quoi s'est employée la revue *Pouvoirs* dans un numéro spécial de septembre 1979 intitulé « Pouvoirs de crise » (n°10).

<sup>7</sup> « Pouvoirs de crise », O. DUHAMEL & Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, *op. cit.*, p. 785.

## I - Qu'est ce que l'état d'urgence aujourd'hui ?

Le régime juridique de l'état d'urgence est fondé sur la loi du 3 avril 1955, plusieurs fois modifiée depuis lors. C'est une telle loi qu'il faut étudier si l'on veut comprendre la loi du 20 novembre 2015 qui l'a modifiée assez substantiellement<sup>8</sup>.

### *A . La loi du 3 avril 1955 dessine la structure de l'état d'urgence*

Cette loi fondatrice présente trois caractéristiques majeures. D'une part, elle repose sur une claire distinction entre la déclaration législative de l'état d'urgence et son application administrative. Ensuite, elle contient un régime différencié, une gradation de l'état d'urgence selon les lieux. Enfin, elle est à la fois une loi générale et une loi spéciale. Ses trois qualités n'ont pas été modifiées par la suite.

#### *1/ Déclaration et application de l'état d'urgence*

Le premier moment de l'état d'urgence est celui de sa *déclaration*. Dans la version initiale de la loi du 3 avril 1955, l'article 2 précise que « l'état d'urgence ne peut être déclaré que par la loi ». On verra plus loin<sup>9</sup> que cette prérogative a été transférée du Parlement au Président de la République par l'Ordonnance du 15 avril 1960, à laquelle renvoient implicitement tous les décrets du 14 novembre 2015. Pour le moment, il convient de souligner le second alinéa de la version originelle de cet article selon lequel « la loi détermine la ou les circonscriptions territoriales à l'intérieur desquels il [l'état d'urgence] entre en vigueur ». L'état d'urgence peut donc avoir un domaine d'application territorial variable, suivant les circonstances qu'apprécie le Parlement.

Le second moment prévu par loi de 1955 est celui qu'on pourrait appeler « *l'application* » de l'état d'urgence. Il renvoie à la faculté que détient cette fois le Gouvernement d'édicter des décrets complémentaires. L'article 2 de la loi du 3 avril 1955 dispose à cet effet :

---

<sup>8</sup> On n'examinera pas ici la loi du 21 juillet 2016 qui a encore modifié le droit positif et surtout introduit de éléments externes à l'état d'urgence.

<sup>9</sup> Voir *infra* § 2.

« Dans la limite de ces circonscriptions [où l'état d'urgence est instauré], les zones où l'état d'urgence recevra application seront fixées par décrets pris en Conseil des ministres, sur le rapport du ministre de l'Intérieur ». Il y avait donc une hiérarchie implicite en 1955 entre l'instauration de l'état d'urgence relevant du Parlement (compétence législative) et les décrets d'application émanant du Gouvernement (compétence réglementaire). Ce dernier était chargé de préciser la sphère d'application territoriale et d'ajouter, le cas échéant, des mesures d'exception à celles déjà prévues par la loi de déclaration.

On pourrait s'interroger sur les raisons d'une telle différence de régime juridique entre la *déclaration* et l'*application* de l'état d'urgence. Une telle distinction correspond à celle tracée par les parlementaires, lors des débats entre les « *circonscriptions* » fixées par la loi et les « *zones* » fixées par décret qui sont dessinées à l'intérieur des circonscriptions. Devant l'Assemblée nationale, le Ministre de l'Intérieur, Bourguès-Maunoury, a tenu à expliquer cette subtile distinction :

« Le texte qui vous est proposé demande l'ouverture de l'état d'urgence pour toute l'Algérie. Mais je tiens à vous assurer que le gouvernement, en accord complet avec le gouverneur général, n'a pas l'intention de l'appliquer dans toutes les zones du territoire ; il s'agira seulement de certaines zones déterminées où les actes de brigandage, de terrorisme sévissent avec une intensité particulière et aussi des zones servant de repaires, de dépôt d'armes ou points de ralliement c'est-à-dire pour le moment l'Aurès ou la Kabylie. Toutefois nous n'avons pas voulu demander [...] une application limitée uniquement à ces territoires [...]. Il faut que le gouverneur général ait toute latitude pour appliquer instantanément l'état d'urgence là où l'insécurité se manifeste »<sup>10</sup>.

Résumons ainsi la structure : le Parlement lance tout d'abord un large filet, celui de l'état d'urgence « déclaré » dans un territoire qui s'avère le plus vaste possible (l'Algérie). Ensuite, le pouvoir exécutif confie à l'autorité administrative qui est sur place le soin de préciser les « *zones* » où l'état d'urgence va s'appliquer de façon plus drastique. Le maillage devient alors plus fin de sorte que l'état d'urgence ne peut produire tous ses effets juridiques qu'avec le (ou les) décret(s) d'application<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> *JO, Débats parlementaires*, mars 1955 p. 2166 (cité par R. DRAGO, « L'état d'urgence et les libertés publiques », *RDP* 1956, note 33, pp. 679-680).

<sup>11</sup> Roland Drago synthétise la solution du droit positif en observant : « on peut concevoir que les circonscriptions où il est déclaré et les zones où il est appliqué coïncident. De cette manière une

Pour illustrer cette différence, il suffit de noter que l'article 15 qui clôt la loi du 3 avril 1955 précise, d'une part, que « l'état d'urgence est déclaré sur le territoire de l'Algérie et pour une durée de six mois » et, d'autre part, qu'« un décret pris en exécution de l'article 2 fixera les zones dans lesquelles cet état d'urgence recevra application ». En 1955, trois décrets d'application ont déterminé trois « zones » d'application de l'état d'urgence en Algérie<sup>12</sup>. Toutefois, dès le mois d'août, la détérioration de la situation contraint le pouvoir à proroger la loi sur l'état d'urgence<sup>13</sup> et à adopter un décret instaurant comme zone d'urgence l'ensemble du territoire de l'Algérie<sup>14</sup>. Circonscription et zone, distinguées par la loi, ont ainsi coïncidé, réduisant à néant la volonté du législateur de différencier des régimes juridiques au sein de l'« état d'urgence ». C'est cette même coïncidence territoriale, entraînant la confusion entre « circonscription » et « zones » qui s'est reproduite en novembre 2015, dès lors que le troisième décret<sup>15</sup> a étendu les « zones d'urgence » à toute la France métropolitaine.

## *2/ État d'urgence simple et état d'urgence aggravé*

Si la différence entre « déclaration » et « application » a une dimension d'ordre territorial, elle se double d'une différence de régime juridique. La « déclaration » législative de l'état d'urgence emporte en effet la mise en vigueur d'un « état d'urgence *simple* », tandis que son « application » par des décrets complémentaires peut conduire le pouvoir exécutif à installer un « état d'urgence *aggravé* ». Cette distinction d'origine doctrinale a été malheureusement perdue de vue par les commentateurs ultérieurs.

Commençons par le régime le plus bénin, si l'on peut dire, pour les libertés publiques : l'état d'urgence « *simple* » au sein duquel les mesures de police sont moins rigoureuses, sans pour autant être mineures. La seule déclaration de l'état d'urgence a en effet des conséquences juridiques immédiates, sans que l'intervention d'un décret d'application soit nécessaire. Il s'agit, en 1955, de l'application des

---

grande souplesse est conférée à l'action gouvernementale » (« L'état d'urgence et les libertés publiques », *art. cité*, p. 680).

<sup>12</sup> Deux décrets en date du 6 avril 1955 concernent des arrondissements de départements (Tizi-Ouzou, Batan, et Tébessa) tandis que le décret du 19 mai 1955 s'applique au département de Constantine.

<sup>13</sup> Loi du 5 août 1955

<sup>14</sup> Décret n° 55-1147 du 28 août 1955, Extension à tout le territoire algérien de l'état d'urgence.

<sup>15</sup> Décret n° 2015-1478 du 14 novembre 2015 modifiant le décret n° 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

articles relatifs aux juridictions militaires (art. 12)<sup>16</sup>, aux interdictions de séjour (art. 5), à la remise d'armes (art. 9) et aux réquisitions, tirées de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la nation en temps de guerre (art. 10).

Par contraste, le régime de l'état d'urgence « *aggravé* » est celui qui vient ajouter des mesures de police non prévues par l'état d'urgence simple. Il se caractérise par une large habilitation législative faite au profit du pouvoir de police administrative, sur le fondement de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955: « *la loi déclarant l'état d'urgence peut, par une disposition expresse : 1<sup>o</sup> conférer aux autorités administratives visées à l'article 8 le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit ; 2<sup>o</sup> habiliter 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* ». Ainsi, le législateur délègue au pouvoir de police des prérogatives – perquisitions et contrôle de la presse – qui ont pour effet de porter atteinte à deux libertés fondamentales : l'inviolabilité du domicile et la liberté d'expression. Le mécanisme est étrange : la loi qui déclare l'état d'urgence peut par une disposition expresse habiliter l'administration à faire usage de cette double prérogative.

Ce régime aggravé est paradoxalement instauré à la fois par la loi et par un décret d'application. Celui-ci est nécessaire pour qu'entrent en vigueur aussi bien l'article 6 sur les assignations à résidence que l'article 11, al. 1 sur les perquisitions. Les assignations à résidence ne peuvent en effet avoir lieu que dans des zones fixées par décret tandis que les perquisitions sont subordonnées, comme le précise l'article 11 al. 3, à la fixation de zones d'urgence<sup>17</sup>. Par voie de conséquence, il fallait en 1955 un décret d'application pour instaurer de telles mesures de police, la loi déclarant l'état d'urgence ne suffisant pas à les rendre « applicables ». En mettant en place un tel régime juridique, doté de deux phases d'exécution étagées (*i. e.* déclaration et application), le Gouvernement d'Edgar Faure avait en réalité voulu adoucir la rigueur d'un régime d'exception<sup>18</sup>. L'édifice institutionnel se veut souple, mais il manque singulièrement de clarté.

---

<sup>16</sup> Aux termes de cet article, le pouvoir exécutif, « lorsque l'état d'urgence est institué, dans tout ou partie d'un département », peut prendre un décret autorisant « la juridiction militaire à se saisir de crimes et de délits qui leur sont connexes, relevant de la cour d'assises de ce département ». Pour les détails, voir R. DRAGO, « L'état d'urgence et les libertés publiques », *art. cité*, p. 691.

<sup>17</sup> « Les dispositions du paragraphe 1<sup>o</sup> du présent article ne sont applicables que dans les zones fixées par le décret prévu à l'article 2 ci-dessus ».

<sup>18</sup> R. DRAGO, Note sous C.E. Ass. Bourobka, 16 déc. 1955, *Rec. Dalloz*, 1956, p. 396.

### C/ Une loi mal conçue ou la dualité matérielle

La loi du 3 avril 1955 déclarait l'état d'urgence en Algérie en même temps qu'elle instituait le régime de cet état d'exception, mêlant alors mise en vigueur et contenu. En d'autres termes, elle souffre du défaut d'être en même temps une loi générale et une « loi de circonstances » – une loi spéciale donc – pour employer des termes délibérément vagues. Cette loi a donc un caractère hybride ou mixte : son *unité formelle* (un seul texte) dissimule mal sa *dualité matérielle* (deux objets)

Cette dualité matérielle de la loi n'apparaît pas immédiatement à la seule lecture de son titre : « loi [...] du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application à l'Algérie ». Il faut comprendre par « instituant *un* état d'urgence », l'acte consistant à faire naître une nouvelle catégorie du droit public, un nouveau type d'état d'exception qui s'ajoute à l'état de siège. Ainsi créée *ex nihilo*, cette notion juridique est appliquée par la même loi à ce territoire particulier de la République française qu'est l'Algérie. Toutefois, cette dualité matérielle de l'*instrumentum* ressort plus nettement dès qu'on analyse le contenu de la loi. Celle-ci est en effet divisée en deux parties : son long titre premier (14 articles) définit le régime juridique de l'état d'urgence, tandis que le second titre, composé seulement de deux articles, le déclare applicable à l'Algérie (art. 15 et 16). Le cas des perquisitions de nuit est toutefois emblématique du mélange des dispositions d'ordre général et d'ordre particulier, caractéristique de cette loi. Il est prévu par une disposition générale, qui figure à l'article 11 alinéa 1<sup>er</sup>, mais il est doublé d'une disposition particulière, celle de l'article 16, aux termes de laquelle « l'état d'urgence déclaré par l'article 15, pour sa durée, emporte application de l'article 11 de la présente loi ». Ainsi, figure dans la même loi une disposition qui vaut pour *tout* état d'urgence – la faculté de prévoir des perquisitions de nuit – et une autre disposition, spéciale, qui rend possibles de telles perquisitions pour *cet* état d'urgence, déclaré uniquement en Algérie pour une durée de 6 mois.

Certes, on pourrait estimer que cette juxtaposition de deux lois matérielles au sein d'une loi formelle unique est sans grande importance. Cependant cette construction composite a conduit dans la pratique législative à un certain nombre de difficultés. C'est le cas lorsque l'état d'urgence devient caduc ou lorsqu'il y a cessation de plein droit de l'état d'urgence, notamment en cas de dissolution de la Chambre. Les inconvénients de cette loi du 3 avril 1955, loi formellement « unique » mais au contenu hétérogène, sont donc nombreux. Il aurait été bien plus

judicieux, en 1955, d'adopter deux lois : une loi générale sur l'état d'urgence comme institution et une autre loi, spéciale, destinée à déclarer l'état d'urgence dans un contexte spécifique. La loi du 20 novembre 2015 reprend cette structure bizarre c'est-à-dire d'une loi qui déclare l'état d'urgence et qui, en même temps, modifie le régime juridique de l'institution qu'elle applique.

*B/ La loi du 20 novembre 2015 ou la poursuite de la malfaçon législative*

La loi du 20 novembre 2015, « *prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions* »<sup>19</sup>, adoptée quelques jours après les attentats du 13 novembre, s'attache non seulement à prolonger l'état d'urgence décrété par le chef de l'Etat, mais aussi à moderniser les dispositions substantielles de la loi du 3 avril 1955. Les trois premiers articles déterminent, dans les mêmes termes qu'en 2005, les modalités de cette prorogation. On retrouve sous-jacente à la loi du 20 novembre 2015, cette distinction fondamentale entre régime simple et régime aggravé de l'état d'urgence, si caractéristique de la loi de 1955<sup>20</sup>. L'actualisation de la loi du 3 avril 1955 se fait, elle, pour l'essentiel, à travers les douze alinéas du très dense article 4. C'est dans cette partie de la loi que le Parlement a fait véritablement œuvre législatrice en modifiant le fond du droit. Se justifie ainsi la curieuse formule de l'intitulé de la loi du 20 novembre 2015 prorogeant certes l'application de la loi du 3 avril 1955, mais aussi « *renforçant l'efficacité de ses dispositions* ». Il s'agit en réalité d'adapter l'état d'urgence aux circonstances, ce qui implique non seulement de supprimer des dispositions obsolètes, mais aussi d'en introduire de nouvelles. Cette partie de la loi est contenue dans les articles 4 et 6.

L'ajout de mesures d'urgence est la principale innovation de cette loi. Il ne s'agira pas ici d'être exhaustif en les citant toutes. On ne commentera pas, par exemple, le nouvel article *II* relatif aux services en ligne, qui exprime le souhait du gouvernement de contrôler ce qui se dit et se prône sur un certain nombre de sites. Il vaut mieux s'attarder sur la définition des nouvelles modalités du régime d'assignation à résidence prévues par l'article 4 alinéa 1 de la loi du 20 novembre aux termes duquel « *le ministre de l'intérieur peut prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret mentionné à l'article 2 et à l'égard de*

---

<sup>19</sup> LOI n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, JORF n°0270 du 21 novembre 2015

<sup>20</sup> Cf. *supra* §1.



*laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics (..).* » A propos des éléments problématiques — la définition du profil de l'assigné, celle du lieu d'assignation et la question de sa durée —, le législateur a fait le choix de laisser la plus grande marge de manœuvre possible à l'administration.

En ce qui concerne la définition de l'assigné potentiel, l'article 4 de la loi de 2015 substitue la notion de « *comportement* » à celle « d'activité » au sein du texte initial de 1955. La notion de comportement qui renvoie à une manière d'être est évidemment beaucoup plus floue que celle d'activité. Elle permet d'imposer une assignation à résidence à des personnes qui ont attiré l'attention des services de renseignements ou de police, non plus pour des faits avérés, mais par leur attitude, leurs propos ou leurs fréquentations, alors même qu'en droit pénal au moins, l'un des principes essentiels consiste à subordonner l'incrimination à un commencement d'exécution de l'acte criminel ou délictuel.<sup>21</sup> Précédée de surcroît par l'expression « *il existe des raisons sérieuses de penser* », elle ouvre la voie à des assignations fondées sur des éléments d'appréciation d'une rare subjectivité. Ce sont des dispositions de ce type qui ont incité le Défenseur des droits, M. Toubon, à alerter l'opinion publique sur la création possible par une telle loi d'une catégorie de nouveaux « suspects ».<sup>22</sup>

Une liberté d'action de même nature est reconnue au ministre de l'intérieur pour déterminer le lieu d'assignation de l'individu appréhendé : à lui de le choisir, et même, le cas échéant, en dehors du domicile habituel de l'individu, le ministre de l'intérieur pouvant « le faire conduire sur le lieu de l'assignation à résidence par les services de police ou les unités de gendarmerie ». Quant à la durée de l'assignation, les débats devant la commission des lois, comme en séance plénière furent marqués par une certaine confusion entre l'assignation à résidence proprement dite et l'astreinte domiciliaire.<sup>23</sup> Si l'assignation à résidence contraint l'assigné à demeurer en permanence dans des zones géographiques définies par le Ministre de l'Intérieur, le projet de loi limitait en revanche à huit heures l'obligation de rester enfermé chez soi. Sur proposition du groupe *Les Républicains*<sup>24</sup>, les parlementaires ont étendu à douze heures l'obligation pour un individu assigné à résidence de demeurer à son domicile.

---

<sup>21</sup> Voir en ce sens l'intervention de Mme Danielle Auroi, lors du débat devant l'Assemblée nationale, le 19 novembre 2015.

<sup>22</sup> *Le Monde* du 4 février 2016

<sup>23</sup> Cf. à ce propos la mise au point de M. Dominique Raimbourg, Président de la commission des lois de l'AN, rapport AN n° 3237, déposé le 19 nov. 2015 au nom de la Commission des lois.

<sup>24</sup> Amendement 40, défendu par M. Eric Ciotti lors du débat devant l'assemblée nationale du 19 novembre 2015.

Un autre exemple de la volonté des parlementaires d'aller même au-delà des souhaits du gouvernement, quitte à passer outre un certain nombre de contraintes juridiques, figure dans les dispositions relatives aux perquisitions. Il permet d'ordonner des perquisitions à domicile, de jour et de nuit et étend ces perquisitions administratives à l'ensemble des lieux, y compris les domiciles, « *dès lors qu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* ». Seuls sont soustraits à ces possibilités de perquisition, les lieux d'exercice des professions protégées – avocats, parlementaires, journalistes. On notera ici pour l'essentiel la reprise de la notion de comportement, juxtaposée au critère de la menace, plutôt qu'à celui, plus restrictif, de la menace grave.<sup>25</sup>

Enfin, on ajoutera au titre des éléments préoccupants de ces nouvelles modalités de l'état d'urgence, l'article 6-1 de la loi du 3 avril 1955 modifiée, relatif à la dissolution des « *associations ou groupements de fait qui participent à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public ou dont les activités facilitent cette commission ou y incitent* ». Il s'agissait ici pour le gouvernement de se donner les moyens d'agir plus vite que ce que lui permettent les procédures de dissolution de droit commun, initialement prévues dans un décret-loi de 1936, puis codifié dans le code de la sécurité intérieure. A l'origine, le projet de loi conditionnait doublement la dissolution de ces groupements. Pour pouvoir être dissoute, il fallait que l'association participât à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public et que l'un de ses membres eût fait l'objet d'une assignation à résidence. C'est par le biais, là encore, d'un amendement parlementaire - s'inspirant d'ailleurs, sur ce point précis de l'avis rendu par le Conseil d'Etat sur le projet de loi - que fut supprimée cette seconde condition. Ainsi élargie, la disposition est d'autant plus importante qu'il est précisé dans la loi que ses effets peuvent se maintenir après la cessation de l'état d'urgence,<sup>26</sup> ce qui interdit à l'association dissoute de se recréer après la fin de l'état d'urgence.

*Des garanties insuffisantes - La seule garantie initialement prévue par le projet de loi* était son article 14-1 en vertu duquel est prévue la compétence du juge administratif pour toute mesure administrative édictée sur le fondement de cette loi. De tels recours ne valent évidemment pas pour les sanctions pénales

---

<sup>25</sup> Le gouvernement ici ne faisait en réalité que reprendre un glissement déjà opéré par la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, qui subordonnait le recueil d'informations ou de documents relatifs à une personne prévu à l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure au fait que celle-ci ait été « préalablement identifiée comme présentant une menace ».

<sup>26</sup> « Par dérogation à l'article 14 de la présente loi, les mesures prises sur le fondement du présent article ne cessent pas de produire leurs effets à la fin de l'état d'urgence ».

prévues à l'article 13<sup>27</sup>. L'inscription dans la loi d'une telle disposition peut toutefois apparaître redondante, dans la mesure où de tels recours sont de droit commun, sauf à considérer que la déclaration d'état d'urgence emporterait suspension automatique de tels recours, ce que personne n'imagine..

Cette garantie n'a en tout cas pas paru suffisante aux parlementaires qui ont, sur proposition du rapporteur à l'Assemblée nationale, fait voter un amendement important, relatif au contrôle parlementaire de l'exécution de l'état d'urgence<sup>28</sup>. Cet amendement s'est traduit par l'introduction d'un nouvel article 4-1 selon lequel « *L'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence. Ils peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures.* » Notons toutefois que la nécessité de cette garantie ne fut pas simplement analysée dans une perspective libérale, comme témoignant d'un contrôle parlementaire qui, en tant que contre-pouvoir, pourrait atténuer la dimension liberticide de la loi du 20 novembre 2015. Paradoxalement, elle est aussi appréhendée comme une sorte de moyen institutionnel permettant précisément d'étendre la liberté d'action conférée à l'exécutif.

La loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence sort donc profondément modifiée de la récente réforme législative du 20 novembre 2015. A l'évidence, le Parlement ne s'est pas contenté de proroger l'état d'urgence et d'effectuer un simple toilettage du texte de 1955. Il a modifié entièrement le droit de l'état d'urgence mais, étant profondément atteint par l'émotion collective, il l'a fait en succombant trop souvent à une surenchère sécuritaire, comme l'ont montré nombre de nos développements. La différence est ici frappante avec la loi du 3 avril 1955 qui avait donné lieu à de vifs débats à l'Assemblée nationale<sup>29</sup>, des députés de l'opposition insistant sur le caractère liberticide de cette loi. En France, il faudra attendre seulement le débat sur la constitutionnalisation de l'état d'urgence pour que des députés, écologistes notamment, condamnent cet état d'exception.

Il est donc étonnant de constater que la prolifération des lois sur l'état d'urgence n'ont pas permis de remettre en cause la mauvaise rédaction initiale

---

<sup>27</sup> Art . 14-1 de la loi du 3 avril 1955, modifié par l'article 4 de la loi du 20 novembre 2015 : « *A l'exception des peines prévues à l'article 13, les mesures prises sur le fondement de la présente loi sont soumises au contrôle du juge administratif dans les conditions fixées par le code de justice administrative, notamment son livre V.* »

<sup>28</sup> Ainsi s'exprime en effet M. J. J. Urvoas, devant la commission des lois (rapport AN n° 3237, déposé le 19 nov. 2015 au nom de la Commission des lois) pour défendre son amendement : « *Par voie d'amendement, je vais donc vous proposer de conforter le rôle du Parlement comme autorité de contrôle durant toute la durée de l'état d'urgence, et cela avec d'autant plus le souci du détail que le contrôle juridictionnel des mesures prises relève de la compétence du juge administratif.* »

<sup>29</sup> V. le chapitre 3 du livre précité O. Beaud, Cécile Bargues, *L'état d'urgence*, pp. 51-116.

d'une loi qui a pour principal défaut de mélanger le régime juridique de cet état d'exception avec sa déclaration ou sa prorogation.

## II - Ce que nous apprend l'histoire de l'état d'urgence (1955-2015)

Il ne sera pas question ici de retracer toute l'histoire de la législation d'état d'urgence depuis 1955. On se bornera à indiquer que l'état d'urgence a été déclaré deux fois sous la IV<sup>e</sup> République, une première fois en avril 1955 en Algérie, une seconde fois, en mai 1958 en métropole au moment où l'on craignait un coup d'Etat. Puis sous la Ve République, il fut déclaré en avril 1961 au moment du putsch des généraux, une deuxième fois en 1985 en Nouvelle Calédonie, puis en décembre 2005 lors des émeutes de banlieues et enfin, comme on l'a vu en novembre 2015 après les attentats du 13 novembre à Paris. On voudrait illustrer cette histoire particulière en étudiant seulement deux épisodes significatifs d'importance inégale : l'un est le changement du régime législatif en 1960, et l'autre est le cas historique de la Nouvelle-Calédonie en 1985 qui mérite d'être ici évoqué un peu plus longuement.

### *A/ La refondation du droit de l'état d'urgence sous la Ve République*

On sera très bref sur ce point<sup>30</sup> en soulignant deux éléments importants :

D'une part, l'état d'urgence ne fut pas constitutionnalisé en 1958 alors que deux législations de crise furent reconnues par la Constitution : l'article 16 et l'état de siège (art . 36 C). Le général de Gaulle voulait un régime plus exceptionnel que l'état d'urgence et il a beaucoup insisté pour introduire cet article 16 qui permet au chef de l'Etat de concentrer le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif lorsque les conditions de mise en œuvre de cet article sont remplies : d'un côté, « les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux » doivent être « menacées d'une manière grave et immédiate » et de l'autre côté, seconde condition plus objective, « le fonctionnement régulier des pouvoirs publics » doit être « interrompu ».

- d'autre part, l'Ordonnance du 15 avril 1960 a modifié le droit sur un point capital. C'est le président de la République désormais et non plus le Parlement, qui décrète l'état d'urgence. Le Parlement est uniquement compétent pour proroger l'état d'urgence, dans un délai de 12 jours. Ce changement est capital et révèle selon nous la *présidentialisation du régime politique* car le chef de l'Etat acquiert le pouvoir discrétionnaire de décider s'il faut ou non déclarer

---

<sup>30</sup> V. pour une étude plus détaillée, l'ouvrage précité, *L'état d'urgence*, pp. 00 et suiv.

l'état d'urgence. C'est ce qu'a fait de Gaulle, au lendemain du putsch des généraux le 23 avril 1961, ce qu'ont fait aussi Jacques Chirac au moment des émeutes de banlieue en décembre 2005 et François Hollande le 13 décembre au soir, en innovant puisqu'il a déclaré l'état d'urgence lors de son allocution télévisée. Le Parlement joue désormais un rôle beaucoup plus mineur car il se contente si l'on peut dire, de prolonger l'état d'urgence, une fois déclaré par le Chef de l'Etat, et il le fait dans les 12 jours. C'est très court et en général, le Parlement suit l'avis de l'Exécutif.

Il ressort de ces brefs développements que l'on a tort de dire que le régime de l'état d'urgence est prévu par la loi du 3 avril 1955 si l'on oublie d'ajouter que ce régime a été modifié en 1960 par l'ordonnance du Général de Gaulle en ce qui concerne l'autorité compétente pour le déclencher. Il y a désormais une identité parfaite pour les trois législations de crise (art. 16, état de siège et état d'urgence) car c'est le chef de l'Etat qui est compétent pour les déclarer. Elles témoignent de la présidentialisation du régime politique de la Ve République.

#### *B/ Le cas singulier de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie (1985)*

L'état d'urgence a été déclaré en Nouvelle-Calédonie le 12 janvier 1985. Il se caractérise par trois traits spécifiques. Après avoir fait l'objet d'une déclaration atypique (1), il est rétabli plus que prorogé (2) et donne lieu à la première décision du Conseil constitutionnel en matière d'état d'urgence (3).

##### *1) Une singularité procédurale : un état d'urgence déclaré par un arrêté du Haut-Commissaire de la Nouvelle-Calédonie*

La Nouvelle-Calédonie, Territoire d'Outre-Mer, bénéficie à ce titre d'un régime dérogatoire au droit commun dont l'une des manifestations est justement la déclaration de l'état d'urgence. La loi du 6 septembre 1984<sup>31</sup> qui accorde un nouveau statut à la Nouvelle-Calédonie contient en effet une disposition spécifique relative à cet état d'exception. Elle organise les pouvoirs respectifs des autorités représentatives et accorde en même temps une place importante au « Haut-Commissaire de la République », défini par le texte comme « le dépositaire des pouvoirs de la République, représentant du Gouvernement et chef des services de l'État » (art. 2, *in fine*). Parmi les nombreux pouvoirs que lui confère l'article 119 figure, outre celui

---

<sup>31</sup> Loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

d'assurer l'ordre public, celui de « proclamer l'état d'urgence dans les conditions prévues par les lois et décrets ». Loi de déconcentration, elle habilite donc le représentant de l'État en Nouvelle-Calédonie à se substituer au Président de la République pour déclarer l'état d'urgence. Par là même, elle déroge à la loi du 3 avril 1955 modifiée par l'ordonnance du 15 avril 1960.

Deux brefs commentaires s'imposent à ce propos. En premier lieu, la solution n'a rien d'original puisqu'il est de tradition, dans les départements d'outre-mer déconcentrés, de confier au préfet le soin de déclarer l'état de siège<sup>32</sup>. En second lieu, l'idée répandue selon laquelle la loi du 6 septembre 1984 sur la Nouvelle-Calédonie aurait rendu applicable celle de 1955 sur l'état d'urgence mérite d'être discutée. La difficulté provenait de ce que la loi du 3 avril 1955 ne mentionnait pas expressément les Territoires d'Outre-Mer, pourtant déjà existants sous la IV<sup>e</sup> République. On pouvait donc douter de son applicabilité de plein droit à la Nouvelle-Calédonie. Par ailleurs, la loi du 6 septembre 1984 portant statut de la Nouvelle Calédonie se bornait, par son article 149, à transférer le pouvoir de déclarer l'état d'urgence au haut-commissaire de la République. Il s'agissait donc de savoir si cette disposition emportait implicitement applicabilité de la loi de 1955 dans ce territoire d'Outre-Mer. C'est ce qu'a déduit de l'article 149 la Section de l'Intérieur du Conseil d'État, dans un avis de janvier 1985 relatif à la composition de la Commission consultative prévue par l'article 7 de la loi de 1955<sup>33</sup>. C'est donc uniquement sur le fondement d'une interprétation des légistes que la loi de 1955 est applicable en Nouvelle-Calédonie.

Ce contexte juridique ne doit pas faire oublier les circonstances politiques ayant abouti à la déclaration d'état d'urgence le 12 janvier 1985. Dans un premier temps, le Gouvernement de Laurent Fabius, confronté au mouvement kanak, décide de confier une mission spéciale à Edgar Pisani, ancien ministre et grand commis de l'État, en vue d'élaborer un programme de sortie de crise. Ce commissaire d'un

---

<sup>32</sup> L. ROLLAND & P. LAMPUE, *Droit d'Outre-Mer*, Paris, Dalloz, 1959, n° 502, p. 392.

<sup>33</sup> C'est ce que constate la Section de l'Intérieur : « L'article 119 de la loi du 6 septembre 1984 portant du statut du Territoire de Nouvelle-Calédonie prévoit que le Haut-Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie "peut proclamer l'état d'urgence dans les conditions prévues par les lois et décrets. Il en informe le président du gouvernement du territoire et en rend compte au ministre chargé des territoires d'outre-mer". Il résulte de cette disposition législative que l'état d'urgence institué par la loi du 3 avril 1955 modifiée, qui en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de cette dernière, est applicable sur tout ou partie du territoire métropolitain ou des départements d'Outre-mer peut être déclaré applicable sur le Territoire de la Nouvelle-Calédonie. Les dispositions de l'article 119 précitées transfèrent le pouvoir de déclarer l'état d'urgence du décret en conseil des ministres à un arrêté du Haut-commissaire » (Section de l'Intérieur, 14 janv. 1955, Projet de décret portant application de l'article 119 de la loi du 6 septembre 1984 portant du statut du Territoire de Nouvelle-Calédonie, Dossier Conseil d'État, Archives cote 337035).

nouveau type reçut, en même temps qu'il fut nommé à ce poste, la fonction officielle de « Délégué du Gouvernement »<sup>34</sup>, tout en étant chargé des fonctions de Haut-commissaire de la République<sup>35</sup>: En sa qualité conjointe de Délégué du Gouvernement et de Haut-Commissaire, Edgard Pisani détient la prérogative de déclarer l'état d'urgence et ne va pas tarder à en faire usage.

En effet, dès le lendemain de son arrivée à Nouméa le 4 décembre 1984, une embuscade de loyalistes fait dix morts parmi les Kanaks indépendantistes, dont deux frères de Jean Marie Tjibaou. La pression politique n'est donc pas désamorcée par son arrivée, même si Pisani rencontre Tjibaou au grand dam du représentant des Caldoches, Jean-Jacques Lafleur. En même temps qu'il négocie avec les parties en présence, Edgar Pisani concocte un plan d'avenir pour la Nouvelle-Calédonie, qu'il rend public le 7 janvier 1985. Ce projet vise à proposer pour la Nouvelle-Calédonie un statut d'État indépendant associé à la France. Il prévoit un calendrier d'élections sur l'auto-détermination en juillet 1986 et une indépendance au 1<sup>er</sup> janvier 1987. Ce plan quasi-révolutionnaire a pour effet de tendre encore la situation : le meurtre d'un jeune Européen, Yves Tual, par un Mélanésien, le 11 janvier, provoque « une flambée de violence à Nouméa<sup>36</sup> » de la part des anti-indépendantistes. Edgar Pisani proclame « *à compter du 12 janvier 1985 à 12h00 l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances* ». Cet arrêté a pour particularité de débiter par un préambule justifiant la mesure prise et constitue ce faisant le seul exemple de déclaration de l'état d'urgence dont les motifs sont énoncés :

« Considérant que les troubles survenus sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances dans la journée du 11 janvier 1985 rendent nécessaires la mise en œuvre de mesures exceptionnelles de police en vue du maintien de l'ordre public et de la préservation de la sécurité des personnes et des biens<sup>37</sup>. »

---

<sup>34</sup> Décret n° 84-1059 du 1<sup>er</sup> décembre 1984 relatif aux attributions et portant nomination du délégué du Gouvernement en Nouvelle-Calédonie et dépendances, *JO*, 2 déc. 1984, p. 3703.

<sup>35</sup> Art.1.

<sup>36</sup> S. MOHAMED-GAILLARD, *L'Archipel de la puissance ? La politique de la France dans le Pacifique Sud de 1946 à 1998*, Bruxelles, Peter Lang, 2010, p. 120.

<sup>37</sup> Arrêté n° 85-035 du 12 janvier 1985 proclamant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, *JO de la Nouvelle-Calédonie*, 15 janv. 1985, p. 47 (Nos plus vifs remerciements au Professeur Mathias Chauchat qui nous a communiqué ce texte).

Ce premier arrêté proclamant l'état d'urgence est immédiatement suivi par un second arrêté d'application<sup>38</sup> dans lequel Edgar Pisani énumère huit mesures, classiques de l'état d'urgence mais drastiques: interdictions des manifestations ou des attroupements, fortes restrictions à la liberté d'aller et venir (couvre-feux), remise des armes et perquisitions de nuit, etc.<sup>39</sup>. Toutefois, l'administration locale n'ayant pas l'habitude de l'état d'urgence, commet une grosse irrégularité en prévoyant, dans le second arrêté, que des « perquisitions pourront être effectuées même de nuit au domicile de personnes ayant contrevenu aux dispositions du présent arrêté. ». Or, une telle disposition ne pouvait être légalement être édictée, faute pour le premier texte déclarant l'état d'urgence (l'arrêté n° 85-035) d'avoir expressément prévu une telle faculté, comme l'exige l'article 11 de la loi du 3 avril 1955

En outre, on observera que l'arrêté proclamant l'état d'urgence se réfère implicitement aux émeutes anti-indépendantistes de Nouméa du 11 janvier, et non à la mort des deux indépendantistes abattus par le GIGN dans une ferme de Foa, le 12 au matin<sup>40</sup>. Autrement dit, la déclaration de l'état d'urgence vise à faire de l'État non seulement une force d'interposition entre les Kanaks (« indépendantistes ») et les Caldoches (Européens favorables au maintien de la souveraineté), mais aussi à protéger les premiers des expéditions punitives réalisées par les seconds. Ce sont d'ailleurs des Caldoches qui seront à l'origine des recours contre l'état d'urgence et les mesures prises dans son cadre. Tel est le cas des manifestants qui, ayant bravé l'interdiction de rassemblement, sont jugés en flagrant délit devant le tribunal correctionnel de Nouméa. Leurs avocats invoquent alors l'illégalité de

---

<sup>38</sup> Arrêté n° 85-036 du 12 janvier 1985 prévoyant en application de l'état d'urgence les mesures de police nécessaires au maintien de l'ordre public en Nouvelle-Calédonie et dépendances, *JO de la Nouvelle-Calédonie*, 15 janv. 1985, p. 47.

<sup>39</sup> Voici la liste de l'arrêté n° 85-036 :

- Interdiction aux personnes et aux véhicules de circuler sans autorisation entre 23 heures et 5 heures ;
- Interdiction des attroupements de plus de cinq personnes sur les voies et espaces publics ;
- Interdiction de distribution sur la voie publique de tout tract ou d'utilisation de tout dispositif d'amplification sonore appelant à des manifestations ;
- Interdiction de toute détention d'arme normalement soumise à règlement sans autorisation des autorités compétentes ;
- Interdiction totale de port et de transport d'armes et de munitions de toute nature ;
- Possibilité de perquisitionner même de nuit au domicile de personnes ayant contrevenu aux dispositions de l'arrêté ;
- Possibilité d'interdiction d'entrée sur le territoire à toute personne susceptible de troubler l'ordre public ;
- Possibilité d'interdire le séjour sur tout ou partie du territoire à toute personne susceptible de troubler l'ordre public.

<sup>40</sup> Dans la nuit du 11 au 12 janvier, les forces de l'ordre encerclent une ferme où se tenait une réunion indépendantiste et où se trouvait Eloi Machoro, le chef de guerre du FNLKS ; ce dernier est tué, ainsi qu'un de ses lieutenants, par les gendarmes



l'arrêté pris par Edgar Pisani la loi du 3 avril 1955 exigeant un décret pris en Conseil des Ministres. Le tribunal de Nouméa accueille cette exception d'illégalité dans un jugement du 15 janvier 1985, mais la Cour, sur appel du Parquet, réforme le jugement de première instance<sup>41</sup>. Entre temps, le Haut-Commissaire réagit et déclare que, malgré le jugement du tribunal, les dispositions de l'arrêté du 12 janvier 1985 « sont et demeurent applicables sur l'ensemble du territoire, et en conséquence l'état d'urgence continuera à être appliqué dans toute sa rigueur<sup>42</sup> ». Dans le même sens, le Haut-Commissaire, en février 1985, prend des mesures d'interdiction de séjour à l'encontre de quatre dirigeants du Front calédonien (extrême droite) et du président de la section locale de l'Union nationale des parachutistes<sup>43</sup>. Le Rassemblement pour la Calédonie dans la République de J. Lafleur appelle alors la population locale à participer à un « défilé pour la liberté » en signe de solidarité avec les cinq interdits de séjour et en violation de l'interdiction de manifester sur la voie publique qui résulte de l'état d'urgence. C'est une preuve, parmi d'autres, que ce régime d'exception vise essentiellement à contenir les forces anti-indépendantistes, plus puissantes à Nouméa qu'ailleurs.

Notons enfin que la France ayant ratifié la Convention européenne des droits de l'homme en 1974, l'épisode néo-calédonien l'oblige pour la première fois à demander au Conseil de l'Europe de bénéficier des dérogations prévues à l'article 15 qui autorise les pays à prendre des mesures dérogatoires aux obligations contractées<sup>44</sup>. Elle fera la même démarche en 2005 et en 2015. Mais telles ne sont pas les seules spécificités de cet état d'urgence néo calédonien.

*2) Une seconde particularité : la loi du 25 janvier 1985 ne proroge pas l'état d'urgence, mais le « rétablit »*

Si la déclaration de l'état d'urgence et les mesures prises en application de ce régime ont été peu étudiées, en revanche la loi de prorogation du 25 janvier 1985, parce que contestée devant le Conseil constitutionnel, a été davantage commentée. La procédure suivie pour autoriser la prolongation de l'état d'urgence mérite toutefois une attention particulière. En effet, la loi du 11 septembre 1984 portant statut de la Nouvelle-Calédonie ne prévoyait pas la possibilité, pour le Haut-commissaire, de proroger l'état d'urgence. En conséquence, le droit

---

<sup>41</sup> Cité par F. LUCHAIRE, Note sur DC 25 janv. 1985, *Dalloz*, 1985, p. 365.

<sup>42</sup> « Controverse juridique sur la légalité de l'état d'urgence », *Le Monde*, 15 janv. 1985.

<sup>43</sup> *Le Monde*, 26 fév. 1985.

<sup>44</sup> *idem*.

commun s'appliquait et plus précisément l'article 3 de l'ordonnance du 15 avril 1960 modifiant la loi du 3 avril 1955, en vertu duquel « la loi autorisant la prorogation au-delà de douze jours de l'état d'urgence fixe sa durée définitive ». Or le pouvoir, faute d'avoir pu respecter le délai légal de 12 jours pour des raisons de calendrier, a été contraint d'improviser. Le contenu du premier article contient une formule très évocatrice à ce propos : « l'état d'urgence proclamé en Nouvelle-Calédonie [...] par l'arrêté [...] du 12 janvier 1985 du Haut-Commissaire de la République [...] *est rétabli* jusqu'au 30 juin 1985<sup>45</sup> ». L'usage du verbe « rétablir » en lieu et place de « prolonger » ou « proroger » est évidemment significatif, le rétablissement supposant une discontinuité. C'est ce que le rapporteur à l'Assemblée nationale, le député Alain Richard, a clairement exposé à ses collègues parlementaires le vendredi 25 janvier 1985<sup>46</sup>. Tandis que le droit jusqu'alors en vigueur n'envisageait que deux hypothèses – *déclaration* par le pouvoir exécutif et *prorogation* par le Parlement – on voit ainsi se dessiner une troisième solution, inédite : le rétablissement par le Parlement de l'état d'urgence après son interruption due à l'expiration du délai de 12 jours. Le Parlement a donc décidé souverainement d'inventer une troisième figure juridique.

### 3) *Une première sous la V<sup>e</sup> République : une loi relative à l'état d'urgence contestée devant le Conseil constitutionnel*

L'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie est bien connu des juristes en raison de la décision du Conseil constitutionnel du 25 janvier 1985 (n° 85-187 DC) qu'elle a provoquée. Celui-ci eut, pour la première fois sous la V<sup>e</sup> République, l'occasion de statuer sur ce régime d'exception, sur saisine de parlementaires qui estimaient inconstitutionnelle la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, en raison d'atteinte à des libertés constitutionnelles.

Un élément particulier à relever est la célérité avec laquelle la décision du 25 janvier 1985 a été adoptée. En effet, la saisine du Conseil constitutionnel doit avoir lieu entre l'adoption de la loi et sa promulgation par le Président de la République (art. 61, al. 2). Au soir du vote de la loi par le Parlement, le 24 janvier, le personnel du Secrétariat du Conseil constitutionnel dut veiller toute la nuit pour accueillir les saisines annoncées des parlementaires, tandis que les membres du Conseil furent contraints de statuer, toutes affaires cessantes, le 25 au matin. Immédiatement transmise au Secrétariat général du

---

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> *JO*, , Session extraordinaire AN, 2<sup>e</sup> séance, p. 35.

Gouvernement, leur décision permit au Chef de l'État de promulguer la loi dans la même journée<sup>47</sup>. Donnée qu'il faut garder présente à l'esprit quand on analyse cette décision, le Conseil a dû trancher la délicate question qui lui était soumise en moins de quatre heures !

Le moyen central d'inconstitutionnalité soulevé par les saisissants concerne l'absence de fondement constitutionnel du régime de l'état d'urgence : le législateur serait incompétent en raison de l'ampleur des atteintes aux droits et libertés inhérentes à l'état d'urgence. Ces dernières supposeraient que la Constitution habilite le législateur à instaurer un tel état d'exception. Or, le fondement de l'état d'urgence se trouve dans la loi du 3 avril 1955 et non dans la Constitution. L'argument est plus longuement développé dans la saisine des députés que dans celle des sénateurs : « le législateur ne peut porter d'atteintes, même exceptionnelles et temporaires, aux libertés constitutionnelles que dans les cas prévus par la Constitution. Or la Constitution prévoit exclusivement l'état de siège (art. 36). La loi déferée n'entre pas dans cette catégorie juridique ». On a pu relever que cette incompatibilité entre l'état d'urgence et la Constitution de 1958 avait déjà été soulevée devant le Comité consultatif constitutionnel<sup>48</sup>. Toutefois, depuis 1958, une importante jurisprudence constitutionnelle est venue protéger les droits et libertés. C'est pourquoi, de façon complémentaire, la saisine des députés prétend, à propos de l'éventuelle violation de l'article 66 de la Constitution, que la loi de 1955 a été implicitement abrogée par la Constitution et le préambule de la Constitution, « tels qu'ils sont interprétés par la jurisprudence du Conseil ».

Le Conseil commence par rejeter d'un même mouvement l'argument du défaut de fondement constitutionnel de l'état d'urgence et celui de l'abrogation tacite de la loi du 3 avril 1955 par la Constitution de 1958 :

« Considérant qu'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 ;

Considérant que, si la Constitution, dans son article 36, vise

---

<sup>47</sup> Les détails, un rien cocasses, se trouvent dans la note de Claude Franck : Cl. FRANCK, *La Semaine juridique. Édition générale*, 1985, n° 20355.

<sup>48</sup> B. GENEVOIS, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1985 », *AJJC*, 1986, p. 401 (qui cite *Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel*, p. 102).

expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier, comme il vient d'être dit, les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public ; qu'ainsi, la Constitution du 4 octobre 1958 n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, qui, d'ailleurs, a été modifiée sous son empire (Cons. 3 et 4). »

La réponse du Conseil constitutionnel est, d'une certaine manière, très habile. Elle consiste à trouver dans l'article 34 de la Constitution le fondement constitutionnel de la compétence du Parlement pour établir un état d'urgence. L'argument le plus subtil consiste à énoncer que ce qui n'est pas interdit par la Constitution est donc permis par elle. Si la Constitution prévoit l'hypothèse de l'état de siège (art. 36), cette disposition particulière ne met pas en échec la compétence plus générale qu'a le Parlement, en vertu de l'article 34, de créer autant de régimes d'exception qu'il le souhaite.

Subtil, le raisonnement est-il pour autant convaincant ? On reste sceptique face à l'utilisation d'un argument libéral de droit pénal – tout ce qui n'est pas interdit est autorisé – pour justifier une thèse qui ne l'est pas – l'admissibilité d'une pluralité de régimes d'exception que le législateur pourrait créer<sup>49</sup>. En effet, la décision a pour résultat paradoxal que « le Conseil consacre ici la faculté pour le législateur d'instaurer des régimes d'exception en plus des régimes prévus (art. 16) ou visés (art. 36) par la Constitution<sup>50</sup> ». C'est cette dernière qui est à l'origine de cette dualité des sources des régimes d'exception : constitutionnelle et législative. Une telle conclusion n'allait pas du tout de soi, car le moyen des requérants selon lequel l'importance des atteintes à la liberté provoquées par la mise en œuvre de l'état d'urgence nécessitait une « habilitation » constitutionnelle avait, du point de vue du droit constitutionnel des libertés, une certaine solidité.

Par ailleurs, le Conseil tire judicieusement parti de l'article 34 de la Constitution, aux termes duquel « la loi fixe les règles concernant [...] les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. » Ainsi réinterprété, l'article 34 habiliterait le législateur à « opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des

---

<sup>49</sup> Voir également en ce sens D. BARANGER « L'Etat d'urgence dans la durée », *RFDA* 2016, p. 447 et s. L'auteur note avec raison qu'on « pourrait en effet penser qu'en matière d'habilitation constitutionnelle, spécialement lorsqu'il s'agit d'un régime de limitation des libertés, tout ce qui n'est pas permis par la Constitution est interdit. Cela était d'autant plus vraisemblable que le domaine de la loi est normalement limitatif. ».

<sup>50</sup> P. WACHSMANN, Note sous CC 25 janv. 1985, *AJDA*, 1985, p. 364.

libertés ne saurait être assuré ». Selon ce raisonnement, le législateur est compétent en matière de « garanties des libertés publiques » et il est même possible de faire entrer l'état d'urgence dans cette catégorie, car il concerne les limites possibles à de telles libertés. Parce que la sauvegarde de l'ordre public est un impératif qui acquiert valeur constitutionnelle<sup>51</sup> et qui est poursuivi de manière radicale par l'état d'urgence, il faut admettre que le législateur est compétent, en vertu de l'article 34 de la Constitution, pour légiférer en la matière.

On a pu critiquer telle ou telle partie de la décision, en relevant ainsi l'illogisme de la limitation du contrôle des lois déjà promulgués. De son côté François Luchaire estime que le Conseil a, en avalisant la loi de rétablissement de l'état d'urgence, qui est un « acte-condition », étendu de façon dangereuse le domaine de la compétence du législateur<sup>52</sup>. Quelle que soit la validité de ces critiques, celles-ci ne ciblent pas, selon nous, l'élément le plus contestable de cette décision du 25 janvier 1985 : elle est entachée de contradiction interne.<sup>53</sup>

Finalement, cette décision du 25 janvier 1985 n'est justifiable qu'en invoquant des arguments d'ordre pragmatique, comme l'ont fait des commentateurs autorisés. Les uns estiment que le Conseil « n'a pas voulu laisser de vide juridique et contrecarrer l'action du Gouvernement au moment où il y avait urgence et nécessité d'assurer la continuité de l'État<sup>54</sup> ». Certes, mais si un tel un argument était généralisé, le contrôle de constitutionnalité des lois devrait toujours céder devant la raison d'État ! Malgré la faiblesse résultant de cette contradiction interne, la décision du 25 janvier 1985 a marqué l'histoire de l'état d'urgence en France en accréditant l'idée que puissent coexister, dans le droit positif français, deux types de régimes d'exception, l'un constitutionnel et l'autre législatif. Elle a servi de précédent dans la décision de la QPC du Conseil, suscitée par une assignation à résidence prise sur le fondement de la loi du 20 novembre 2015. Une nouvelle fois, le Conseil constitutionnel était invité par les requérants à débattre de l'absence de fondement constitutionnel de l'état d'urgence. Comme en 1985, le Conseil reconnaît, d'une part, la compétence du législateur de créer des régimes d'exception et, d'autre part, la possibilité de subsumer l'état d'urgence sous l'article 34 de la Constitution. Il applique alors, sans doute de manière trop mécanique, sa jurisprudence ancienne à un cas

---

<sup>51</sup> Voir B. GENEVOIS, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1985 », art. cité, p. 401, et de façon plus détaillée la note de P. WACHSMANN, précitée.

<sup>52</sup> C'est notamment la critique, intéressante en soi, formulée par F. LUCHAIRE, Note précitée, *Rec. Dalloz, op. cit.*, p. 364.

<sup>53</sup> On renvoie ici au livre pour ce qui concerne la démonstration sur ce point, *L'état d'urgence*, pp. 99-102

<sup>54</sup> L. FAVOREU & L. PHILIPP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel, op. cit.*, n° 10, p. 622.

nouveau, car la loi du 20 novembre 2015, à la différence de celle du 25 janvier 1985, modifie considérablement le régime juridique créé en 1955.

### III – L’incompatibilité principielle de l’état d’urgence avec la lutte contre le terrorisme

De décembre 2015 à mars 2016, le gouvernement dirigé par M. Valls, avec le soutien affirmé du chef de l’Etat, a très largement défendu, le projet de révision constitutionnelle sur l’état d’urgence et la déchéance de nationalité en soutenant qu’une telle constitutionnalisation allait conforter l’Etat de droit, puisque ce type d’exception serait dorénavant davantage encadré par la Constitution. Cet argument a été repris *ad nauseam* par de nombreux parlementaires lors de la discussion de la première prorogation de l’état d’urgence. On peut en effet imaginer une conception constitutionnaliste de l’état d’exception qui limiterait les pouvoirs. Nous allons démontrer que, même dans cette hypothèse, le cas français de l’état d’urgence ne correspond pas à d’une telle conception.

#### *A/ Le modèle constitutionnaliste de l’état d’exception*

Se fondant sur une analyse historique des trois cas historiques majeures de l’état d’exception : la dictature romaine, pour l’Antiquité, la suspension de l’habeas corpus et la loi martiale pour le monde anglo-américain du *common law* et le cas de l’état de siège politique pour la l’histoire française, Bernard Manin fait ressortir les trois éléments caractéristiques de l’état d’exception comme institution constitutionnelle, ce qu’il appelle les « trois composantes » du paradigme de l’exception;

« 1) autorisation de s’écarter de normes supérieures, telles que celles souvent contenues dans la Constitution

(2) soumission à des conditions spéciales visant à assurer que les circonstances exigent (1)

(3) limitation temporelle de (1) »<sup>55</sup>

Ce sont les trois éléments de la structure que l’on retrouve dans ces trois grandes expériences historiques. Il résulte surtout de cette définition analytique de l’état d’exception qu’on peut en faire une interprétation « constitutionnaliste », ou libérale, visant à limiter les effets potentiellement dévastateurs d’un tel régime juridique. En d’autres termes, on peut théoriquement penser un état d’exception conforme à l’idée de l’Etat de droit, ou

---

<sup>55</sup> « B. MANIN, «Le paradigme de l’exception », *La vie des idées*, 15 déc. 2015 (précité)

si l'on veut, du « *rule of law* » si l'on raisonne selon les catégories anglo-américaines. Cette limitation constitutionnaliste de l'état d'exception est nécessaire en raison du danger inhérent contenu dans le premier élément de cette définition analytique : la suspension totale ou partielle de la constitution, ou si l'on veut la dérogation à la Constitution qu'implique l'idée de s'écarter des normes supérieures ». En effet, tout régime d'exception est une sorte de « bombe » ou de « mine » placée au milieu de la Constitution, ce qui explique sa mauvaise réputation. La mine n'a d'ailleurs pas besoin d'être placée dans la Constitution. Une loi suffit. C'est en cela que l'expérience française de l'état de siège est si instructive. Les républicains de 1848 n'ont pas craint d'adopter en 1849 (loi du 9 août) la première loi fixant le cadre de l'état de siège, se fondant toutefois sur l'article 106 de la Constitution de 1848<sup>56</sup>. Quant aux républicains de 1877, ceux qui avaient vaincu Mac-Mahon au terme d'un conflit épique, ils ont modifié la loi de 1849 pour mieux la rendre républicaine et à la différence des républicains de 1848, ils ne disposaient même pas à cet effet d'une quelconque habilitation constitutionnelle.

Observons néanmoins que, même au sein de la première composante de l'état d'exception, une dimension limitatrice apparaît dans l'expression « *autorisation de s'écarter des normes supérieures* ». Autrement dit, ce n'est pas arbitrairement qu'on déclare un état d'exception : les gouvernants qui le font sont habilités à le faire. Or, cet élément d'habilitation contient un germe de limitation des pouvoirs dans la mesure où traditionnellement, c'est un tiers qui désigne l'autorité du pouvoir exécutif chargé d'exercer le pouvoir absolu. Par exemple, à Rome, le dictateur est choisi le plus souvent par les consuls et parfois par le peuple. Il en résulte que « les dictateurs ne se nommaient pas eux-mêmes »<sup>57</sup>. De même, en Angleterre, la suspension de *l'habeas corpus* est ordonnée par la Couronne, mais ce pouvoir lui est conféré par le Parlement qui ici habilite le pouvoir exécutif à détenir des suspects sans procès. Ici encore, la Couronne ne concentre pas tous les pouvoirs. Enfin, pour ce qui concerne l'état de siège, le Parlement était compétent pour le déclarer et il s'imposait au pouvoir exécutif, une partie du pouvoir étant transféré aux militaires, sous le contrôle toutefois du Parlement. Dans tous ces cas, l'état d'exception interprété de manière constitutionnaliste inclut une dimension libérale en ce qu'il n'y a aucune concentration du pouvoir au profit d'une seule instance.

- Le second élément cette définition analytique de l'état d'exception peut, lui aussi être interprété de façon libérale. En effet, il revient à la loi de préciser les cas dans lesquels l'état d'exception peut être déclaré. Or, selon qu'on donne

---

<sup>56</sup> « Une loi déterminera les cas dans lesquels l'état de siège pourra être déclaré, et réglera les formes et les effets de cette mesure ». Art. 106

<sup>57</sup> B. MANIN, « Le paradigme de l'exception » §1,1.

une interprétation extensive ou restrictive des « circonstances » donnant lieu à un état d'urgence, on est en présence d'une interprétation autoritaire ou libérale ou constitutionnaliste. Elle est constitutionnaliste quand on tente de circonscrire le plus précisément possible les cas dans lesquels il est possible et licite d'ouvrir un état d'exception. C'est particulièrement le cas de la loi sur l'état de siège. En 1849, l'état de siège pouvait être décrétée en cas de « menace sur la sûreté extérieure ou intérieure de la nation » (ou de l'Etat). En 1879, les parlementaires républicains, échaudés par l'utilisation qu'avait failli en faire Mac Mahon après le coup du 16 mai 1877, ont voulu préciser ses conditions d'ouverture. C'est pourquoi ils ont substitué à la formule large de la loi de 1849 celle selon laquelle on pouvait le déclarer en « cas de danger imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée » (art. 1). Bernard Manin éclaire ce changement en citant que la commission qui avait préparé le projet de 1879 avait noté: « Nous avons pensé que ces termes étaient trop vagues, et qu'il était nécessaire de prémunir le droit ordinaire contre *les impulsions ou même les erreurs* du pouvoir législatif »<sup>58</sup>. Il commente cette citation en observant judicieusement que « la loi avait pour but de prévenir un éventuel abus de l'état de siège par le Parlement. Réserver le pouvoir de déclarer l'état de siège au parlement n'était pas considéré comme une garantie suffisante à elle seule. »<sup>59</sup> Dès cette époque, les gouvernants se méfient des excès autoritaires potentiels des Assemblées, fussent-elles élues démocratiquement.

Enfin, la troisième composante du paradigme de l'exception est la plus importante et elle est commune à toutes les grandes expériences historiques : c'est la « *limitation temporelle* » de l'état d'exception. Tous les régimes d'exception sont fondés sur le présupposé selon lequel ils sont censés être temporaires. Un état d'exception permanent est une contradiction dans les termes. Par conséquent, le propre d'un agencement constitutionnaliste de l'état d'exception est justement de prévoir une limitation *expresse* de sa durée. A Rome, le dictateur était toujours choisi pour un mandat limité, de même que la suspension de *l'habeas corpus* est prévu pour « un temps court et limité<sup>60</sup>. En France, le cas de l'état de siège est une fois de plus très illustratif car il démontre que, dans la tradition républicaine, cette limitation de la durée est devenue une nécessité clairement perçue à tel point qu'il a fallu l'inscrire dans le texte même de la Constitution. Alors que la loi de 1849 était muette sur la durée de l'état de siège, les républicains de Gambetta ont voulu prévoir dans la loi de 1879 modifiant la loi de 1849, que la loi déclarant l'état de siège « fixe le temps de sa durée » (art. 1, 3). Une telle disposition est déjà une première indication, mais

---

<sup>58</sup> Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Bardoux, sur l'état de siège, par M. Franck Chauveau, *Journal officiel de la République Française*, 16 février 1878, p. 1627

<sup>59</sup> Note 58 de son article précité sur « le paradigme de l'exception ».

<sup>60</sup> B. MANIN, « Le paradigme de l'exception », §1.2



pour le juriste, la disposition la plus parlante est celle de l'article suivant: « À l'expiration de cette période, l'état de siège cessera de plein droit sauf si une nouvelle loi en prolonge les effets » (art. 1, 4) C'est une manière de fixer le principe du caractère temporaire de l'état de siège et de refouler son prolongement au rang de simple exception.

*B/ L'état d'urgence « à la française » n'est pas une version constitutionnaliste de l'état d'exception*

Cette étude du paradigme de l'exception apparaît décisive pour notre propos. En effet, l'état d'urgence est une variante de l'état d'exception, une variante faible si l'on veut par rapport à l'article 16 de la Constitution, mais une variante quand même. On y trouve en tout cas réunis les trois composantes que Bernard Manin a identifiées dans son paradigme. Toutefois, la question capitale reste de savoir si ces trois composantes sont pensées de façon libérale ou constitutionnaliste. Selon la thèse que nous entendons soutenir, ce n'est le cas ni dans la loi de 1955, plusieurs fois modifiée, ni dans le projet de loi constitutionnelle de décembre 2015 qui reprenait globalement la structure de la loi de 1955. Autrement dit, la loi de 1955 a institué un état d'exception autoritaire, et non constitutionnaliste. Ce trait autoritaire résulte d'au moins trois observations.

D'abord, il n'y a pas du tout de contre-pouvoirs au sein de ce régime d'état d'urgence. En France, pour l'article 16, et pour l'état d'urgence, il y a une concentration inquiétante dans la mesure où le pouvoir exécutif qui décide de la mise en œuvre de l'état d'exception et qui prend les décisions (les mesures) pour son application. Bruce Ackerman appelle cela « l'unilatéralisme à la française (*french unilateralism*) »<sup>61</sup> et il a bien raison de pointer ce caractère autoritaire. Il use d'ailleurs d'une expression française pour décrire l'étendue des pouvoirs conférés à la puissance exécutive en évoquant une « carte blanche »<sup>62</sup> qui leur est ainsi donnée, au mépris élémentaire des principes constitutionnalistes.

Certes, il y aurait un contre-pouvoir théorique dans la mesure où la scission entre la déclaration et la prorogation pourrait laisser penser que le Parlement pourrait, à l'occasion de la prorogation, exercer une sorte de contrôle sur le pouvoir exécutif. Mais à l'intérieur du délai de 12 jours, le premier délai, extrêmement bref, il s'avère que le Parlement suit toujours le pouvoir exécutif. Si le délai s'allonge, la prorogation semble s'imposer aussi. Ainsi, le bilan de l'analyse de cette première composante de l'état d'exception est clair : appliqué

---

<sup>61</sup> B. ACKERMAN, « The Emergency Constitution », 113 *Yale Law Journal*, 1029 (2004) pp. 1053 et suiv.

<sup>62</sup> *Ibid.* p. 1057

en France, ce premier élément révèle une interprétation autoritaire aux antipodes du modèle constitutionnaliste qui existe en théorie et en pratique comme le révèle l'histoire constitutionnelle comparée.

Mais c'est surtout le second élément qui est le plus préoccupant dans la loi du 3 avril 1955. En effet, les circonstances qui l'exigent, sont « un péril imminent résultant de troubles graves à l'ordre public » et le cas de « calamité publique » dont on a vu plus haut qu'il n'avait été rajouté que pour faire diversion en 1955. Il est difficile de trouver un ensemble de critères aussi flous et vagues – péril imminent » - troubles graves » et « ordre public ». N'est-ce pas d'ailleurs cette condition qui a permis à Jacques Chirac de le décréter en novembre 2005 lors des émeutes urbaines alors qu'il y avait de solides raisons de douter, dans les circonstances de l'époque, de la pertinence d'une telle mise en œuvre.

On notera à ce propos que, dans son essai sur « *la constitution d'urgence* », Bruce Ackerman considère que la simple menace d'une attaque terroriste ne suffit pas à déclencher l'état d'urgence. Pour que celui-ci existe, il ne faut pas seulement un « *clear and present danger* », mais seulement un « *actual attack* »<sup>63</sup>. L'état d'urgence est réactif et non préventif. Si l'on admet qu'une simple menace, un danger imminent donc, puisse justifier un état d'exception, alors tout est possible. Le risque de « manipulation politique » par les services de sécurité, qui au nom du secret défense, vont invoquer des menaces terroristes pour inciter les gouvernants à prendre des mesures de prévention, est trop élevé pour qu'on puisse envisager un tel critère, explique Ackerman<sup>64</sup>. En revanche, l'existence d'un fait passé, comme une attaque terroriste, est une justification suffisante pour « déclencher l'état d'exception »<sup>65</sup>. Cette stricte séparation entre la menace terroriste et le fait terroriste permet, selon lui, d'éviter le risque majeur de « la normalisation des pouvoirs extraordinaires »<sup>66</sup>, ou si l'on veut, le risque de transformer l'Etat de droit en Etat autoritaire.

Il est frappant de voir que peu de personnes en France, en tout cas chez les gouvernants, ne soient conscients du risque majeur contenu dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 3 avril 1955. Ce n'est pas pour rien que nous l'avons qualifiée de « loi quasi-scélérate » en raison principalement de cet article premier qui correspond justement au critère du « *clear and present danger* » dont Bruce Ackerman a révélé la potentialité autoritaire. Mais non seulement l'actuel gouvernement ignore le danger liberticide contenu dans cet article 1<sup>er</sup> de la loi de 1955 décrivant de façon vague et floue les conditions d'ouverture de l'état d'urgence,

---

<sup>63</sup> « The Emergency Constitution », p. 1059

<sup>64</sup> *Ibid.* p. 1060

<sup>65</sup> *Ibid.* p. 1060

<sup>66</sup> *Ibid.* p. 1060

mais il prend l'initiative, plus que malencontreuse de le constitutionnaliser, en le faisant recopier mot pour mot dans l'article premier du projet de loi constitutionnelle (art. 1). Dès lors, si la condition très large que constitue le « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ne saurait en aucun cas constituer une « garantie » lorsqu'elle est prévue dans la loi, on voit mal pour quelle raison cela changerait si on la transpose au niveau d'une norme constitutionnelle !...

Il y a pire : l'analyse du texte de loi contredit manifestement la prétention affichée dans l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle selon laquelle le nouvel article prévu (art. 36-1 C.) « donne la garantie la plus haute que, sous le choc de circonstances, la loi ordinaire ne pourra pas étendre les conditions d'ouverture de l'état d'urgence » (exposé des motifs). Le législateur ne pourrait donc pas étendre les cas dans lesquels on peut déclencher cet état d'exception. Or, on voit mal aussi pourquoi le législateur aurait l'étrange idée de chercher encore à étendre un standard qui permet déjà au président de la République de déclarer facilement l'état d'urgence. Au regard par exemple de l'article 16 qui combine deux conditions cumulatives de déclenchement, l'article 36-1 apparaît d'une redoutable imprécision, propre à encourager l'arbitraire des gouvernants et ne saurait en conséquence constituer un progrès de l'Etat de droit. Ici encore, le gouvernement a inventé un danger qui serait l'arbitraire du législateur alors qu'il constitutionnalisait l'arbitraire en reprenant mot à mot dans la Constitution la disposition « litigieuse selon nous, de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 3 avril 1955. Il est difficile de trouver plus nette contradiction entre le motif noble de la constitutionnalisation (encadrer l'état d'urgence) et la réalité moins noble d'une constitutionnalisation de l'arbitraire.

Enfin, la dernière condition est la plus importante, c'est la « limitation temporelle ». On a vu plus haut que la loi du 3 avril 1955 contenait des dispositions d'ordre temporel. Des traces de cette tradition républicaine figurent dans la loi du 3 avril 1955 qui contiennent de nombreuses dispositions d'ordre temporel. Dans la version gouvernementale du projet de loi constitutionnelle, déposé devant l'Assemblée nationale, en décembre 2015, la disposition prévue à cet effet à l'éventuel futur article 36-1 prévoyait que « la prorogation de l'état d'urgence au-delà de 12 jours ne peut être autorisée que par la loi. Celle-ci en fixe la durée ». Une telle disposition ne prévoyait pas de limitation explicite de durée, et avait même abandonné la disposition introduite en 1960 selon laquelle la loi fixe une « durée définitive ». Il y avait donc ici une véritable régression par rapport à la loi – un comble quand on songe que la constitutionnalisation était censée mieux encadrer » le régime de l'état d'urgence. Sensible à cette absence de véritable limite temporelle, les députés ont ajouté à la seconde phrase deux éléments importants. D'une part, la durée qui est fixée par la loi de prorogation « ne peut excéder quatre mois ». D'autre part, « cette prorogation

peut être renouvelée dans les mêmes conditions » Il y a là un certain progrès dans la mesure où la première prorogation de l'état d'urgence ne peut pas dépasser quatre mois lors de la première prolongation. Pour être prolongée, il faut encore une intervention du Parlement qui peut renouveler la prorogation « dans les mêmes conditions » ce qui signifie que l'état d'urgence peut être prolongé pour quatre mois supplémentaires. On pourrait donc considérer que l'état d'urgence pourrait durer au maximum huit mois et douze jours. Toutefois, rien dans le texte n'interdit un renouvellement ininterrompu de l'état d'urgence de sorte que quatre mois en quatre mois, sa durée pourrait s'étendre sur des années.

Comme le démontre son analyse généalogique, le projet de loi constitutionnelle, pour ce qui concerne l'encadrement de la durée, est lui aussi assez éloigné de l'ambition prétendument constitutionnaliste des gouvernants. En effet, dans une perspective libérale, il reste pour le moins curieux de ne prévoir aucun type de contrôle véritable sur la durée de l'état d'urgence. Comme Bruce Ackerman le montre très bien à propos du cas américain, il faut donner au Congrès les moyens d'en contrôler la durée d'application, afin d'en éviter la pérennisation<sup>67</sup>. Il a même imaginé, s'inspirant du cas de l'Afrique du Sud, de prévoir un « *escalier majoritaire* », imposant à chaque prorogation (tous les deux mois dans son esprit) une majorité de plus en plus qualifiée : 50% la première fois, 60% la deuxième, 70% la troisième, etc.. Cette gradation des majorités qualifiées nécessaires pour autoriser la prorogation de l'état d'exception permettrait selon lui d'imposer à l'Exécutif un véritable contrôle du Président de la République.

Rien de tel dans l'actuel projet de loi constitutionnelle. Or, si l'intention des rédacteurs du projet avait été de renforcer les garanties des citoyens, on aurait pu imaginer un mécanisme similaire à celui inséré par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 au sein de l'article 16 de la Constitution : possibilité pour les présidents des assemblées et pour soixante députés ou sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel après 30 jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels afin de constater si les conditions de mise en œuvre demeurent réunies et contrôle de plein droit au terme de soixante jours d'exercice. Faut-il en déduire que, dans cette hypothèse, les gouvernants font confiance au Conseil d'Etat qui est compétent, comme on le sait pour examiner si les conditions de maintien de l'état d'urgence sont remplies. Mais on a vu que par deux fois, en 2006 et en 2016, le Conseil d'Etat a accordé un pouvoir très discrétionnaire au président de la République pour examiner s'il pouvait ou non interrompre l'état d'urgence.

---

<sup>67</sup> *Ibid*, 1029

Enfin, si l'intention était véritablement constitutionnaliste, on pourrait imaginer que la Constitution fixe une limitation de la durée, soit en termes d'années, soit en nombre de prorogation. On pourrait par exemple songer à une impossibilité de proroger deux fois l'état d'urgence. Or, comme on vient de le voir, nous sommes à la 4<sup>ème</sup> prorogation de l'état d'urgence sans que nul ne songe à fixer une limite de durée et que le premier ministre, M. Valls a laissé entendre une cinquième prorogation en janvier 2016 pour une nouvelle durée de six mois.

\* \* \*

Le plus préoccupant tient à ce que l'actuel gouvernement entend vouloir lutter contre le terrorisme au moyen de l'état d'urgence. C'est ce qui résultait clairement tant du contenu de l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle que de certains propos ultérieurs du Premier ministre en janvier 2016. Que peut-on penser de l'idée selon laquelle il faudrait utiliser l'état d'urgence pour lutter contre le terrorisme ? Elle est selon nous inacceptable car il y a là une contradiction manifeste: l'état d'exception est pensé pour réagir à une menace temporaire, circonstancielle. Sa structure est conditionnée par l'idée que la menace lui donnant naissance est elle-même temporaire, « Si ces circonstances ne disparaissent pas au terme d'une durée limitée, une condition fondamentale justifiant l'usage de telles institutions manque » (B. Manin). Or, le nouveau terrorisme qui affecte le monde depuis plus de quinze ans voire plus pour ce qui concerne la France qui a eu le malheur d'être frappé dès 1986 par des actes terroristes agissant, n'est pas un phénomène temporaire, mais une situation durable. Comment ne pas adhérer à l'opinion d'Ackerman selon laquelle nous sommes entrés dans une ère de terrorisme global qui est à la fois épisodique et durable ? Episodique car les attentats surviennent de temps en temps, mais durable, car ils vont continuer à se produire, inévitablement car ils sont rendus possibles par de nouvelles circonstances. Il y a donc une inadéquation de principe entre l'état d'exception et la lutte contre le terrorisme (thèse centrale de l'article cité de Bernard Manin). Alors que la lutte contre le terrorisme est vouée à être durable, tout état d'exception est censé être temporaire. Le paradigme de l'état d'exception n'est donc pas le bon pour lutter contre le terrorisme. Certains auront beau jeu de dire que c'est une lubie professorale. Ils prendront pourtant plus au sérieux cette opinion lorsqu'ils liront l'entretien du vice-président du Conseil d'Etat, donné au *Monde* et dans lequel Monsieur Jean-Marc Sauvé a déclaré, quelques jours avant cette conférence : « l'état d'urgence ne peut être renouvelé indéfiniment ».<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> *Le Monde* du 18 novembre 2016