

Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence

Gilles LEBRETON

Professeur de droit public à l'Université du Havre
Doyen honoraire de la Faculté des Affaires internationales
Directeur du GREDFIC

I. Des régimes législatifs dangereux pour les libertés

- A. Des contextes historiques propices à la restriction des libertés
- B. Des conditions trop souples de mise en œuvre
- C. Des augmentations de pouvoirs excessives

II. Un contrôle juridictionnel insuffisant

- A. Des succès
 1. La nature d'acte administratif du décret déclarant l'état d'urgence
 2. Le contrôle de la non-rétroactivité des décrets de déclaration et d'application de l'état d'urgence
 3. Le contrôle du respect des garanties spécifiques entourant certaines décisions individuelles
- B. Des demi-succès
 1. Un large intérêt à agir contre les décrets de déclaration et d'application de l'état d'urgence
 2. Un contrôle minimum du décret déclarant l'état d'urgence
 3. Un contrôle minimum du refus présidentiel de mettre fin à l'état d'urgence
 4. Un contrôle normal du décret appliquant l'état d'urgence
 5. Un contrôle minimum des décisions individuelles prises dans le cadre de l'état d'urgence
 6. Un contrôle éventuel de la constitutionnalité de la loi de 1955 par voie d'exception
 7. Un contrôle symbolique de la conventionnalité de la loi de prorogation de l'état d'urgence
- C. Des échecs
 1. L'absence d'abrogation implicite de la loi de 1955 par la Constitution de 1958
 2. L'absence de contrôle du décret de déclaration « ratifié » par la loi de prorogation
 3. Une coupable hésitation sur le maintien de l'état d'urgence en cas de dissolution de l'Assemblée nationale

« Danton venait de se lever ; il avait vivement reculé sa chaise.

– Écoutez, cria-t-il. Il n'y a qu'une urgence, la République en danger. Je ne connais qu'une chose, délivrer la France de l'ennemi. Pour cela tous les moyens sont bons. »

Ces propos, rapportés par Victor Hugo¹, montrent que l'idée que l'urgence justifie la mise à l'écart de la léga-

lité ordinaire ne date pas d'hier. Elle remonte au moins à la Convention.

La nouveauté, c'est que l'urgence s'est banalisée depuis la seconde moitié du XX^e siècle. Les exemples ne manquent pas. Les étrangers les plus dangereux peuvent faire l'objet d'une expulsion « en urgence absolue », selon une procédure expéditive. Les hooligans peuvent quant à eux

1. V. Hugo, *Quatrevingt-treize*, rééd. Paris, Garnier-Flammarion, 1965, p. 127.

être frappés d'une interdiction administrative de stade, sans attendre l'intervention du juge judiciaire. Le plan « vigipirate », institué par simple circulaire en 1991 pour faire face à la guerre du Golfe, s'est pérennisé depuis lors. Les réquisitions préfectorales sont devenues pratiquement discrétionnaires depuis 2003. Le « principe de précaution » consacre désormais l'obligation, posée par l'article 5 de la Charte de l'environnement de 2004, « de parer à la réalisation » d'un dommage qui « pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement ». Il n'est jusqu'à la justice elle-même qui se soit laissée gagner par la culture de l'urgence, des textes ayant entrepris depuis 1995 d'écarter progressivement la collégialité et l'appel au profit de juges uniques statuant en référé et en dernier ressort.

Ce succès de l'urgence semble résulter de la sensibilisation croissante de la société au risque, quel qu'il soit : terroriste, sécuritaire, environnemental, ou même simple crainte d'une lenteur excessive de la justice. À cet égard, il n'est pas sûr qu'il constitue un progrès ; peut-être est-on au contraire en droit de l'interpréter comme le signe d'une société déboussolée qui a perdu confiance en l'avenir. Il serait alors le symptôme d'une substitution de « l'idéologie du soupçon »² à celle du progrès, le signe d'une civilisation qui cède à ce que Hans Jonas appelle « l'heuristique de la peur »³. L'omniprésence de la peur d'être victime des aléas de la vie expliquerait ainsi l'émergence de la culture de l'urgence et le recul corrélatif des valeurs d'humanisme et de progrès héritées du siècle des Lumières. Le progrès, en effet, s'accommode mal de la peur, qui tend à le paralyser : de là ces « comités de sages » qui semblent n'avoir été créés que pour servir de caution à l'acceptation du risque dont il est porteur ; de là, également, la promotion récente du concept de « dignité », dont la fonction paraît être de servir d'« alibi aux pragmatismes utilitaires des hégémons »⁴. Quant à l'humanisme, il suppose un esprit d'ouverture envers autrui qui ne fait pas bon ménage avec l'urgence.

L'urgence, dont on vient d'évoquer la banalisation, ne doit toutefois pas être confondue avec le salut public, dont l'invocation reste rare. L'urgence est en effet une voile qu'on hisse par temps calme, la justification d'une légère augmentation de pouvoirs ou d'une accélération des procédures qu'on brandit en période de paix sociale. Le salut public est au contraire le calfatage d'un navire qui menace de sombrer dans la tempête, l'impératif de survie exigeant la mise à l'écart provisoire de la légalité ordinaire en période de crise politique, militaire ou sociale. Bref, l'urgence déroge alors que le salut public bouleverse. En France, le salut public est remis dans les cas les plus extrêmes entre les mains du peuple, dans le cadre de la « résistance à l'oppression » consacrée par l'article 2 de la Déclaration de 1789⁵. Dans les autres cas, il est confié tantôt au président

de la République, par l'article 16 de la Constitution de 1958, tantôt à l'ensemble des gouvernants, en vertu des régimes de l'état de siège et de l'état d'urgence.

Contrairement aux règles fondées sur l'urgence, dont les objectifs sont divers, ces différentes mises en œuvre du salut public ont toutes en commun de chercher à rétablir la paix sociale, et donc à restaurer les libertés qui en sont traditionnellement (du moins en France) une composante essentielle. Mais pour parvenir à cette fin, elles organisent paradoxalement la restriction provisoire de celles-ci. C'est dire à quel point ces régimes sont ambivalents : au nom du salut public ils portent atteinte aux libertés, mais en raison de leur objectif libéral ils s'efforcent d'accompagner ces restrictions de garanties.

Les exemples de l'état de siège et de l'état d'urgence montrent malheureusement que les garanties ne sont pas à la hauteur des restrictions. Ces deux régimes législatifs s'avèrent en effet dangereux pour les libertés (I), le contrôle juridictionnel portant sur leur application s'étant avéré impuissant à en neutraliser les excès (II).

I. Des régimes législatifs dangereux pour les libertés

L'état de siège et l'état d'urgence sont dangereux pour trois raisons : parce qu'ils sont nés dans des contextes historiques propices à la restriction des libertés (A) ; parce qu'ils ont des conditions trop souples de mise en œuvre (B) ; et parce qu'ils permettent des augmentations de pouvoirs excessives (C).

A. Des contextes historiques propices à la restriction des libertés

Les lois du 9 août 1849 et du 3 avril 1955, qui instituent respectivement l'état de siège et l'état d'urgence, ont été votées dans des contextes de crises politiques aiguës. C'est ce qui explique l'ampleur des atteintes qu'elles permettent de porter aux libertés publiques, atteintes qui semblaient justifiées, compte tenu des circonstances de ces époques, par la nécessité de rétablir l'ordre.

La loi de 1849 a en effet été votée dans le cadre d'une réaction autoritaire par une Assemblée nationale à majorité monarchiste, issue des élections législatives de mai 1849. Cette assemblée, comme son électorat, est effrayée par le « spectre rouge », c'est-à-dire par les tentatives de l'extrême-gauche de s'emparer du pouvoir par la force après la révolution de février 1848, qui a institué la Seconde République. Une tentative de putsch a déjà eu lieu le 15 mai 1848 : elle s'est soldée par la déportation de ses auteurs, parmi lesquels Blanqui, Barbès, Raspail et Albert. Du 22

2. M.-L. Pavia, « Le discours du juriste sur la notion de risque », in *Situations d'urgence et droits fondamentaux*, A. de Raulin (dir.), Paris, L'Harmattan, 2006, p. 29.

3. H. Jonas, *Le principe de responsabilité*, Paris, Éditions du Cerf, 1990, p. 49.

4. S. Tzitzis, « Situation d'urgence : la crise de l'humanisme post-moderne », in *Situations d'urgence et droits fondamentaux*, p. 40.

5. Cf. notre article « La résistance à l'autorité », in *L'Autorité*, J. Foyer, G. Lebreton, C. Puigelier (dir.), Paris, PUF, 2007.

au 26 juin 1848, des barricades couvrent Paris : le général Cavaignac ne parvient à briser l'insurrection qu'au prix de combats qui font près de six mille morts. L'adoption de la Constitution le 4 novembre 1848, l'élection à la présidence de la République de Louis-Napoléon Bonaparte le 10 décembre 1848, les élections législatives de mai 1849 ne suffisent pas à calmer l'ardeur révolutionnaire. Le 13 juin 1849, Ledru-Rollin provoque une dernière manifestation populaire contre l'Assemblée, qui doit faire appel à l'armée pour la disperser. La majorité monarchiste, qui a eu peur, décide alors d'en finir avec ces troubles à répétition en votant deux lois de circonstances. La première, en date du 19 juin 1849, pare au plus pressé en donnant au gouvernement la possibilité d'interdire les clubs et les réunions politiques. La seconde, plus complète, forge un régime de pouvoirs militaires exceptionnels, qu'elle met en réserve de la République, pour le cas où il faudrait à nouveau faire face à des émeutes : c'est la loi du 9 août 1849 relative à l'état de siège⁶. Un tel objet, dans un tel contexte, est évidemment propice à la restriction des libertés. On verra toutefois que la loi a su respecter certaines garanties.

La loi de 1955 a quant à elle été votée pour permettre au gouvernement et à l'administration de faire face aux « événements » d'Algérie. Conquise en 1830, puis érigée en département français, l'Algérie est calme jusqu'en 1954. Un groupe de nationalistes algériens décide cette année-là de recourir à la violence pour obtenir l'indépendance du pays. Il déclenche, le 1^{er} novembre 1954, ce qu'on a appelé le massacre de la « Toussaint sanglante », au cours duquel des Français (dont le premier fut un jeune instituteur arrivé de métropole pour rejoindre son école) et des Algériens musulmans attachés à la France sont tués. Alors même que ces « événements » semblent l'œuvre de fanatiques isolés et qu'on n'imagine pas encore l'ampleur qu'ils prendront, le président du Conseil de l'époque, Pierre Mendès France, et son ministre de l'Intérieur, François Mitterrand, tiennent immédiatement un langage de fermeté qui annonce déjà la future loi. Le premier déclare en effet, le 12 novembre 1954 à l'Assemblée nationale, qu'« on ne transige pas lorsqu'il s'agit de défendre la paix intérieure de la nation, l'unité, l'intégrité de la République ». Le second renchérit en précisant, dans l'éventualité de nouveaux attentats, que « l'essentiel est que nous soyons prêts à les prévenir au maximum, à les réprimer dans tous les cas ». L'échec de leur politique répressive, qui attise les mécontentements, fait chuter le gouvernement Mendès France le 5 février 1955. Le nouveau président du Conseil, Edgar Faure, décide néanmoins de poursuivre cette politique de fermeté. C'est dans cette optique qu'il fait voter la loi du 3 avril 1955, dont

l'objet immédiat est d'établir « l'état d'urgence » en Algérie, c'est-à-dire d'y suspendre à peu près totalement l'exercice des libertés publiques en vue de rétablir l'ordre. Dès le 20 août de la même année, le massacre de 123 Européens par le Front de libération nationale montre l'inefficacité du nouvel état d'exception, et annonce l'engrenage de la violence qu'il a contribué à favoriser jusqu'à l'indépendance de l'Algérie, en 1962⁷.

Finalement, la chose la plus surprenante, lorsqu'on connaît la genèse de ces deux lois de 1849 et de 1955, n'est pas qu'elles aient été votées mais qu'elles soient toujours en vigueur, dans la mesure où les circonstances et les régimes politiques qui les ont inspirées ont disparu depuis longtemps. Cette genèse empêche en revanche de s'étonner de leur caractère liberticide.

B. Des conditions trop souples de mise en œuvre

L'état de siège et l'état d'urgence ont des conditions de mise en œuvre qu'on est en droit de juger trop souples, et par conséquent menaçantes pour les libertés, qu'il s'agisse des conditions de fond ou des conditions de procédure.

En ce qui concerne les conditions de fond, elles sont plus précises pour l'état de siège que pour l'état d'urgence. Selon l'article 1^{er} de la loi du 3 avril 1878, modifiant la loi du 9 août 1849, « l'état de siège ne peut être déclaré qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée ». Deux hypothèses distinctes permettent donc de le déclencher : la « guerre étrangère » d'une part, l'« insurrection à main armée » d'autre part, correspondant respectivement à ce que M. Israël nomme l'« état de siège militaire » et l'« état de siège politique »⁸. Leur point commun est d'être suffisamment précises pour empêcher les abus de mise en œuvre les plus criants, puisque la première, s'inspirant d'une tradition législative qui remonte à 1791⁹, exige une guerre avec un État étranger, et la seconde une guerre civile ou à tout le moins une révolte collective avec l'utilisation d'armes, ce qui est difficile à inventer. Depuis la réécriture de 1878, l'état de siège n'a d'ailleurs été utilisé qu'à deux reprises, à l'occasion des deux guerres mondiales, tout d'abord de 1914 à 1918 puis, plus brièvement, en 1939¹⁰.

Avant 1878, en revanche, l'état de siège pouvait être déclaré plus facilement, en cas de « péril imminent pour la sécurité intérieure ou extérieure ». Cette disposition, qui était floue, permettait de le déclencher abusivement, en en faisant notamment « l'instrument du coup d'État de

6. Sur cet historique, cf. notamment G. Antonetti, *Histoire contemporaine politique et sociale*, 2^e éd., Paris, PUF, 1989 p. 260-267, qui omet toutefois de mentionner la loi du 9 août 1849.

7. *Ibid.*, p. 546-549.

8. J.-J. Israël, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1998, p. 326.

9. Un premier état de siège militaire avait, en effet, été imaginé par la loi du 8 juillet 1791, permettant de défendre les « places de guerre » assiégées puis aussi, en vertu de la loi modificative du 10 fructidor an V, les communes assiégées. Cf. F. Burdeau, M. Quesnet, « De l'inefficacité des pouvoirs de crise en France de la Révolution à Vichy », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, *Les pouvoirs de crise*, p. 11, spéc. p. 12-13.

10. Le vieil état de siège révolutionnaire avait lui aussi été utilisé avant 1849 ; il avait notamment été déclaré en juin 1832 dans quatre départements de l'Ouest et à Paris, pour y mater respectivement l'agitation vendéenne provoquée par la duchesse de Berry, et l'émeute républicaine marquant les funérailles du général Lamarque : cf. *ibid.*, p. 15-16.

Louis-Napoléon Bonaparte »¹¹, le 2 décembre 1851. C'est précisément la prise de conscience de son caractère dangereux qui a convaincu l'Assemblée nationale devenue majoritairement républicaine de décider, en 1878, son remplacement par l'hypothèse plus restrictive de l'« insurrection à main armée ».

Au début des années 1950, un projet de révision constitutionnelle a néanmoins envisagé de revenir à une formulation encore plus erratique que celle de 1849, en proposant de pouvoir déclarer l'état de siège « en cas de guerre ou de troubles graves »¹². La révision du 7 décembre 1954 s'est heureusement finalement contentée d'ajouter, à la fin de l'article 7 de la Constitution du 27 octobre 1946, une phrase selon laquelle « l'état de siège est déclaré dans les conditions prévues par la loi ». L'article 36 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui a pris le relais de cette constitutionnalisation de l'état de siège opérée par la révision de 1954, adopte la même prudence en renvoyant implicitement à la loi de 1878 le soin de définir les conditions de fond de celui-ci. L'ordonnance du 20 décembre 2004, instituant le Code de la défense, a confirmé le statu quo en se bornant à entériner, dans son article L 2121-1, la formulation de 1878, en substituant toutefois l'expression d'« insurrection armée » à celle, un peu désuète, d'« insurrection à main armée ».

Cette sagesse relative, acquise depuis 1878 en ce qui concerne l'état de siège, n'a guère inspiré la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. D'après son article premier, l'état d'urgence peut en effet être déclaré « 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 ». Ces conditions de mise en œuvre encourent le grave reproche d'être beaucoup plus floues que celles de l'état de siège. Une guerre ou une insurrection armée n'est en effet nullement nécessaire pour déclencher l'état d'urgence, même si ses premières applications (en Algérie en 1955, puis en métropole en 1958 et de 1961 à 1963) ont effectivement concerné la guerre d'Algérie. Une simple flambée de violence indépendantiste suffit à le justifier, comme l'a prouvé sa mise en œuvre en Nouvelle-Calédonie en 1985. Des émeutes dans certaines banlieues ont également suffi à le mettre en œuvre dans une large partie du territoire métropolitain, du 9 novembre 2005 au 4 janvier 2006. On peut même craindre que la loi de 1955 soit un jour employée pour briser une grève ou pour venir à bout de certains types d'agitation sociale¹³. Bref, comme le soulignait Roland Drago dès 1955, « par

son imprécision, ce texte risque d'ouvrir une brèche importante dans notre système de libertés publiques »¹⁴.

L'examen des conditions de procédure n'est pas beaucoup plus rassurant. L'état de siège et l'état d'urgence sont en effet l'un comme l'autre décrétés en Conseil des ministres. Leur déclenchement relève donc exclusivement du pouvoir exécutif. Les textes de référence, qui sont l'article 36 de la Constitution pour l'état de siège et l'ordonnance du 15 avril 1960 pour l'état d'urgence, n'exigent l'intervention du pouvoir législatif que pour autoriser une éventuelle « prorogation au-delà de douze jours ». Les deux régimes d'exception peuvent donc être mis en œuvre jusqu'à douze jours sans que le Parlement soit partie prenante à cette dangereuse décision, ce qui est étonnant, et même anormal si on se réfère à d'autres exemples européens, notamment à l'exemple allemand de « l'état de défense »¹⁵.

Initialement, le déclenchement de chacun des deux régimes relevait pourtant du Parlement. L'article premier de la loi du 3 avril 1878, implicitement abrogé sur ce point par l'article 36 de la Constitution, disposait en effet qu'« une loi peut seule déclarer l'état de siège ». C'était évidemment plus protecteur, même si des exceptions étaient prévues tantôt prudemment (déclaration par le président de la République après avis du Conseil des ministres « en cas d'ajournement des Chambres », mais avec réunion de celles-ci « de plein droit, deux jours après »), tantôt imprudemment (déclaration par le « gouverneur de la colonie » dans les colonies françaises, et par le « commandant militaire » dans les « places de guerre et postes militaires » de la frontière ou de l'intérieur). Quant à la loi du 3 avril 1955, elle était encore plus protectrice puisqu'elle disposait simplement, avant sa modification par l'ordonnance de 1960, que « l'état d'urgence ne peut être déclaré que par la loi »¹⁶.

À défaut d'une déclaration par la loi, l'exigence d'une autorisation législative pour une prorogation au-delà de douze jours de l'état de siège ou de l'état d'urgence apporte certes un minimum de garanties. En pratique toutefois, il est arrivé au président de la République de déclarer l'état d'urgence puis de le proroger lui-même en qualité de détenteur du pouvoir législatif, la première fois en 1961 en application de l'article 16 de la Constitution, la deuxième fois en 1962 en application de la loi référendaire du 13 avril 1962 destinée à ratifier les accords d'Évian¹⁷. Cette mise à l'écart du Parlement avait été préparée par l'ordonnance de 1960, qui dispose que la prorogation de l'état d'urgence

11. P.-H. Prêlot, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Hachette, 2007, p. 42.

12. Cf. R. Drago, « L'état d'urgence et les libertés publiques », *RDP*, 1955, p. 670, spéc. p. 674.

13. En ce sens, cf. *ibid.*, p. 674.

14. *Ibid.*

15. Cf. articles 115 a à 115 l de la loi fondamentale du 23 mai 1949, issus de la révision du 24 juin 1968. En France, l'état de siège institué par la loi du 8 juillet 1791 ne pouvait être déclaré que par l'Assemblée nationale. Mais la loi du 19 fructidor an V a transféré cette compétence au Directoire, autrement dit à l'Exécutif : cf. F. Burdeau, M. Quesnet, « De l'inefficacité des pouvoirs de crise en France... », p. 13.

16. Le projet gouvernemental prévoyait une exception (déclaration par décret en Conseil des ministres en dehors des sessions parlementaires avec réunion de plein droit des Chambres dans les deux jours) ; mais elle fut écartée par la loi. Cf. R. Drago, « L'état d'urgence et les libertés publiques », p. 676.

17. Cf. A. Heymann-Doat, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2002, p. 90. Cf. aussi sa thèse *Les libertés publiques et la guerre d'Algérie*, Paris, LGDJ, 1972.

est autorisée « par la loi », alors que l'article 36 de la Constitution exige de façon beaucoup plus précise que la prorogation de l'état de siège soit autorisée « par le Parlement ». Rien ne garantit donc qu'on n'assistera pas à nouveau à de telles prorogations présidentielles.

Cette trop grande souplesse des conditions de mise en œuvre de l'état de siège et de l'état d'urgence est d'autant plus regrettable que ces deux régimes d'exception accordent à certaines autorités des augmentations de pouvoirs excessives.

C. Des augmentations de pouvoirs excessives

L'état de siège s'avère, ici encore, moins dangereux que l'état d'urgence, ce qui peut paraître paradoxal dans la mesure où il bénéficie aux autorités militaires alors que son concurrent se borne à accroître les pouvoirs des autorités civiles.

Cette appréciation s'explique par le fait que l'état de siège ne produit que trois effets soigneusement délimités par les articles 7 à 9 de la loi du 9 août 1849. 1) Aussitôt qu'il est déclaré, « les pouvoirs dont l'autorité civile était revêtue pour le maintien de l'ordre et de la police passent tout entiers à l'autorité militaire », à l'exception de ceux dont cette dernière décide librement de ne pas la dessaisir. La police passe donc sous administration militaire. 2) Son déclenchement permet de confier à des tribunaux militaires le soin de juger les crimes et délits soigneusement énumérés par la loi de 1849, dont la liste est beaucoup plus longue pour l'état de siège militaire (par exemple espionnage, provocation à la désobéissance des militaires, ou encore « tous crimes ou délits portant atteinte à la défense nationale ») que pour l'état de siège politique. Ce transfert de compétence n'est toutefois nullement automatique, car la loi précise que « dans tous les cas, les juridictions de droit commun restent saisies tant que l'autorité militaire ne revendique pas la poursuite ». 3) L'état de siège investit enfin l'autorité militaire de quatre pouvoirs nettement exorbitants de la légalité normale : pouvoirs de faire des perquisitions de jour et de nuit dans les domiciles ; « d'éloigner les repris de justice et les individus qui n'ont pas leur domicile dans les lieux soumis à l'état de siège » ; de rechercher, d'enlever, et d'ordonner la remise des armes et des munitions ; « d'interdire les publications et les réunions qu'elle juge de nature à exciter ou à entretenir le désordre ». Cette liste de pouvoirs exorbitants peut inquiéter à juste titre, mais il faut convenir malgré tout, comme le souligne M. Israël, que son caractère limitatif « traduit le caractère libéral du XIX^e siècle »¹⁸. La loi de 1849 prend d'ailleurs la précaution de préciser, dans son article 11, que « les citoyens continuent, nonobstant l'état de siège,

à exercer tous ceux des droits garantis par la Constitution dont la jouissance n'est pas suspendue en vertu des articles précédents ».

Par comparaison, aucune disposition aussi protectrice ne figure dans la loi du 3 avril 1955. Certes, comme le souligne Roland Drago, on doit néanmoins estimer qu'elle est « sous-entendue »¹⁹, car les textes d'exception sont d'interprétation stricte. Mais cette omission est néanmoins révélatrice de la dangerosité de l'état d'urgence, qui dépasse de beaucoup celle de l'état de siège. L'état d'urgence ne transfère certes aucune compétence aux autorités militaires ni (sauf exception²⁰) aux tribunaux militaires, mais il augmente les pouvoirs des autorités civiles dans des proportions très inquiétantes. Pour en prendre l'exacte mesure, il est nécessaire, comme l'avait fait Roland Drago, de distinguer trois types d'effets : ceux résultant respectivement de la « déclaration » de l'état d'urgence, de son « application », et de l'éventuelle mise en place d'un « état d'urgence aggravé »²¹.

La déclaration de l'état d'urgence par décret en Conseil des ministres produit certains effets de plein droit. Dans les « circonscriptions territoriales » à l'intérieur desquelles l'état d'urgence entre en vigueur, le gouvernement peut, en vertu de l'article 10 de la loi, réquisitionner les personnes et les biens aux conditions fixées par la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation en temps de guerre. L'article 9 de la loi permet également au ministre de l'Intérieur d'« ordonner la remise des armes ». D'autre part et surtout, selon l'article 5 de la loi, les préfets peuvent prendre trois séries de mesures d'exception dans les parties de leurs départements qui sont incluses dans ces « circonscriptions territoriales ». Ils peuvent en effet y décider : « 1° d'interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixées 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 ». On observera que ces trois séries de décisions portent gravement atteinte à la liberté d'aller et venir et à la liberté du domicile. L'ensemble de ces effets découlant de la déclaration d'état d'urgence ne constitue pourtant qu'une sorte d'état d'urgence minimum.

La loi du 3 avril 1955 prévoit, dans son article 2, que dans la limite des circonscriptions territoriales déterminées par la déclaration d'état d'urgence, « les zones où l'état d'urgence recevra application seront fixées par décret » simple du Premier ministre. Il ne faut donc pas confondre cette « application » de l'état d'urgence opérée par décret simple, avec sa « déclaration » décidée par la loi jusqu'en 1960²²,

18. J.-J. Israël, *Droit des libertés fondamentales*, p. 326. En pratique toutefois, la censure de la presse « a toujours été considérée comme possible en période d'état de siège ». Cf. R. Drago, « L'état d'urgence et les libertés publiques », p. 688. D'autres abus ont été tolérés par le Conseil d'État : cf. F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001, p. 343-347.

19. R. Drago, « L'état d'urgence et les libertés publiques », p. 681.

20. L'article 12 de la loi du 3 avril 1955 prévoit toutefois qu'un décret « peut autoriser la juridiction militaire à se saisir de crimes, ainsi que des délits qui leur sont connexes ». Cette possibilité a été utilisée en Algérie dès le 23 avril 1955. Cf. R. Drago, « L'état d'urgence et les libertés publiques », p. 690-692.

21. R. Drago, « L'état d'urgence et les libertés publiques », p. 681-688.

22. À l'époque, l'« application » relevait d'un décret en Conseil des ministres. Cf. R. Drago, « L'état d'urgence et les libertés publiques », p. 680.

par un décret en Conseil des ministres depuis lors. Le décret d'application permet en effet l'utilisation de plein droit, dans certaines « zones » particulièrement troublées qu'il délimite à l'intérieur des « circonscriptions territoriales », de deux pouvoirs supplémentaires. Il permet tout d'abord au ministre de l'Intérieur ou aux préfets de fermer les « lieux de réunion de toute nature » et d'interdire les « réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre » (article 8 de la loi). D'autre part et surtout, il permet au ministre de l'Intérieur de « provoquer l'assignation à résidence [...] de toute personne [...] dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics » (article 6). On touche là, comme le souligne à juste titre Roland Drago, à la disposition « assurément la plus grave de la loi »²³. Telle qu'elle est conçue par la loi de 1955, l'assignation à résidence s'apparente en effet à un véritable enfermement. Le législateur l'avoue à demi-mots en ordonnant à l'administration d'« assurer la subsistance des personnes astreintes à résidence ainsi que celle de leur famille ». Dès lors, il est vain d'affirmer qu'« en aucun cas, l'assignation à résidence ne pourra avoir pour effet la création de camps » de détention (article 6) : dès avril 1955, le nombre des personnes astreintes à résidence est déjà si important que l'existence de « camps d'hébergement », destinés à les regrouper, est reconnue par le ministre de l'Intérieur²⁴. Le vote de la loi du 7 août 1955, précisant simplement que « 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 » constitue à cet égard, « implicitement, un refus de la part de l'Assemblée nationale de condamner les abus qui lui ont été signalés »²⁵. Les effets de cette démission ont été dramatiques pour les libertés publiques et pour la vie de nombreuses personnes. Selon Yves Madiot, « pendant la guerre d'Algérie, 24000 personnes furent assignées à résidence dans la région d'Alger et plus de 3000 disparurent »²⁶.

Les effets du décret d'« application » n'en constituent pas moins aujourd'hui encore, joints à ceux du décret de « déclaration », ce qu'il faut bien se résoudre à appeler le régime normal de l'état d'urgence²⁷. Les débats parlementaires révèlent en effet que le pouvoir du Premier ministre de prendre un tel décret d'application est une obligation et non une faculté comme le prévoyait le projet de loi²⁸. L'article 7 de la loi ouvre d'ailleurs deux recours spécifiques aux victimes d'actes administratifs individuels fondés sur l'article 5 ou sur l'article 6 : il s'agit d'une part d'un recours gracieux devant une « commission consultative comprenant des délégués du conseil général » ; d'autre part

d'une sorte de recours pour excès de pouvoir d'extrême urgence devant être jugé dans le mois du recours par le Tribunal administratif compétent. Ces deux recours ont perdu une grande partie de leur intérêt pratique depuis la création du référé-suspension et du référé-liberté par la loi du 30 juin 2000. Ils ne semblent d'ailleurs pas avoir été utilisés en 2005. Ils ont néanmoins le mérite de concerner indifféremment des actes pris sur le fondement du décret de déclaration ou du décret d'application et de confirmer, ainsi, que la réunion des deux décrets forme bien l'état d'urgence normal. C'est d'ailleurs si vrai qu'en pratique ces deux décrets sont généralement pris le même jour, comme cela a été le cas en 2005.

Les pouvoirs publics peuvent toutefois, s'ils le souhaitent, aller encore plus loin et instaurer ce que Roland Drago appelle l'« état d'urgence aggravé ». Selon l'article 11 de la loi, « le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peuvent, par une disposition expresse : 1° conférer aux autorités administratives [...] le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit ; 2° 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 ». L'acte déclarant ou prorogeant l'état d'urgence est ainsi libre de permettre au ministre de l'Intérieur et aux préfets de porter de graves atteintes à l'inviolabilité du domicile, à la liberté de la presse, à la liberté de communication audiovisuelle, et plus généralement à la liberté d'expression. Le constat est d'autant plus grave qu'en pratique les déclarations d'état d'urgence ont toujours utilisé l'article 11. Lorsqu'elles le font, elles transforment en quelque sorte l'état d'urgence normal en un état d'urgence maximum particulièrement négateur des libertés. C'est particulièrement vrai lorsqu'elles actionnent les deux pouvoirs distingués par cet article – perquisition et censure – comme cela a été le cas pour l'Algérie. Ça l'est moins quand elles n'en actionnent qu'un seul, surtout quand il s'agit du pouvoir de perquisition comme l'a fait la déclaration de 2005. La censure prévue par l'article 11 est en effet conçue dans des termes si généraux que « l'autorité administrative se voit ici investie d'un pouvoir absolument arbitraire excluant par là même toute garantie et tout contrôle juridictionnel efficace »²⁹.

Il est vrai qu'on pourrait étendre ce constat d'impuissance à la quasi-totalité des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, tant en la matière le contrôle juridictionnel s'avère décevant.

23. R. Drago, « L'état d'urgence et les libertés publiques », p. 684.

24. *Ibid.*

25. *Ibid.*

26. Y. Madiot, *Droits de l'homme*, 2^e éd., Paris, Masson, 1991, p. 175.

27. S'y ajoutaient en 1955 en Algérie la suspension des élections partielles et l'imbrication d'officiers militaires dans la hiérarchie administrative. Cf.

R. Drago, « L'état d'urgence et les libertés publiques », p. 685-686.

28. Cf. R. Drago, « L'état d'urgence et les libertés publiques », p. 680.

29. *Ibid.*, p. 687.

II. Un contrôle juridictionnel insuffisant

Face à des régimes législatifs aussi dangereux pour les libertés, le juge ne fait pas de miracles. Sa vigilance, davantage teintée de prudence que d'audace, conduit son contrôle à enregistrer quelques succès (A) mais aussi, en plus grand nombre, des demi-succès (B) voire des échecs (C).

A. Des succès

Le contrôle juridictionnel peut s'enorgueillir de trois succès. Si les trois ont été obtenus face à l'état d'urgence, on doit noter que les deux premiers sont transposables à l'état de siège.

1. La nature d'acte administratif du décret déclarant l'état d'urgence

Dans son arrêt d'assemblée Rolin et Boisvert de 2006, le Conseil d'État estime que le décret en Conseil des ministres déclarant l'état d'urgence n'est pas un « acte de gouvernement » insusceptible de tout contrôle juridictionnel³⁰. La solution n'était pas évidente car on sait que la décision par laquelle le président de la République décide d'exercer les pouvoirs exceptionnels de l'article 16 de la Constitution est au contraire considérée comme un acte de gouvernement³¹. Or une partie de la doctrine avait cru pouvoir transposer cette solution à la déclaration d'état d'urgence³². Mais dans ses conclusions sur l'arrêt de 2006, M^{me} Mitjavile a justifié leur différence de nature juridique par le fait que la déclaration d'état d'urgence n'affecte pas, contrairement à la mise en œuvre de l'article 16, l'exercice de la fonction législative. Convaincu de la justesse de cette analyse, le Conseil d'État en déduit donc implicitement que le décret déclarant l'état d'urgence est un acte administratif susceptible d'être contrôlé.

2. Le contrôle de la non-rétroactivité des décrets de déclaration et d'application de l'état d'urgence

Lors de la dernière mise en œuvre de l'état d'urgence, les deux décrets du 8 novembre 2005, qui ont respectivement procédé à sa « déclaration » et à son « application », ont expressément pris effet « à compter du 9 novembre 2005, à zéro heure », et non à compter de la diffusion du *Journal officiel* daté du 9 où ils ont été publiés, comme cela aurait dû être le cas en vertu de l'article 1^{er} du Code civil. Selon ce dernier texte, en effet, « en cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication... les actes administratifs par lesquels le gouvernement l'ordonne par une mesure spéciale ». Les deux décrets ont donc indûment

anticipé de quelques heures leur entrée en vigueur légale. Dans son arrêt d'assemblée précité, le Conseil d'État a toutefois choisi de fermer les yeux sur cette anomalie, considérant vraisemblablement qu'elle était davantage le fruit d'une maladresse de rédaction que le signe d'une volonté réelle de conférer un effet rétroactif aux décrets. Au-delà du cas d'espèce, l'arrêt est rassurant dans la mesure où il prouve que le juge accepte de vérifier si un décret de déclaration ou d'application de l'état d'urgence « ne comporte aucune disposition autorisant son entrée en vigueur de façon rétroactive »³³.

3. Le contrôle du respect des garanties spécifiques entourant certaines décisions individuelles

Les perquisitions autorisées par l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 devaient à l'origine être effectuées selon les modalités de l'article 10 du Code d'instruction criminelle, puis selon celles de l'article 30 du Code de procédure pénale, prévoyant un contrôle de l'autorité judiciaire. L'abrogation de ce dernier article par la loi du 4 janvier 1993 a cependant inauguré une période d'incertitude sur le maintien de cette garantie. Le Conseil d'État y met fin en précisant très opportunément, dans son ordonnance de référé-suspension Rolin de 2005, que cette abrogation « n'a pas eu pour conséquence de soustraire au contrôle de l'autorité judiciaire l'exercice par le ministre de l'Intérieur ou le préfet de missions relevant de la police judiciaire »³⁴. Il sauve ainsi l'inviolabilité du domicile d'une lecture liberticide des perquisitions de l'article 11, à laquelle l'administration aurait pu être tentée de procéder.

Les interdictions de séjour et les assignations à résidence, respectivement autorisées par les articles 5 et 6 de la loi de 1955, peuvent quant à elles être contestées, en vertu de l'article 7 de la loi, devant une « commission consultative comprenant des délégués du conseil général ». Or il semble qu'en pratique il arrive à l'administration d'oublier de mettre en place cette commission. La circulaire du ministre de l'Intérieur du 9 novembre 2005, pourtant fort détaillée sur les « conditions d'application » de l'état d'urgence en 2005, omet ainsi de façon significative d'y faire la moindre allusion, préférant rappeler aux préfets que l'exécution de leurs décisions « est notamment susceptible de faire l'objet des procédures de référé prévues aux articles L521-1 et suivants du Code de justice administrative ». Bien que la création en 2000 de référés efficaces ait effectivement amoindri l'intérêt de la commission consultative, le Conseil d'État a néanmoins rappelé avec force, dans son ordonnance précitée, qu'« il incombe aux autorités administratives de pourvoir à la constitution effective de cette instance »³⁵. En 1985 déjà, la haute juridiction avait eu l'occasion de vérifier la mise en place

30. CÉ Ass. 24 / 03 / 2006 Rolin et Boisvert, *AJDA*, 2006.1033 chron. C. Landais et F. Lenica.

31. CÉ Ass. 2 / 03 / 1962 Rubin de Servens *GAJA*.

32. C'était notre cas : cf. *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 7^e éd., Paris, A. Colin, 2005, p. 190.

33. CÉ Ass. 24 / 03 / 2006 Rolin et Boisvert, *AJDA*, 2006.1033 chron. C. Landais et F. Lenica. Rappelons que le principe de non-rétroactivité des actes administratifs est un principe général du droit : CÉ Ass. 25 / 06 / 1948 Soc. du journal *L'Aurore GAJA*.

34. Ord. CÉ 14 / 11 / 2005 Rolin, *AJDA*, 2006.501, note P. Chrestia.

35. Ord. CÉ 14 / 11 / 2005.

effective (et laborieuse) de cette commission en Nouvelle-Calédonie³⁶. Tout est ainsi fait pour empêcher cette garantie légale de tomber en désuétude.

B. Des demi-succès

Sur sept points particulièrement sensibles de la mise en œuvre de l'état d'urgence, le contrôle juridictionnel a enregistré ce qu'on peut appeler des « demi-succès », c'est-à-dire des solutions dont le juge n'a certes pas à rougir mais qui laissent insatisfait dans la mesure où des solutions plus audacieuses auraient été possibles.

1. Un large intérêt à agir contre les décrets de déclaration et d'application de l'état d'urgence

Le Conseil d'État a manifesté en 2005 le louable souci d'admettre largement l'intérêt à agir contre les décrets de déclaration et d'application de l'état d'urgence. Cette politique jurisprudentielle serait certainement transposée en matière de déclaration d'état de siège. Le critère retenu est celui de la « résidence habituelle [...] à l'intérieur de la zone géographique d'application des mesures » contestées³⁷ ou « dans le champ d'application géographique des décrets »³⁸. On ne peut nier que ce critère de la résidence habituelle dans le champ d'application géographique des décrets soit de nature à favoriser la recevabilité des requêtes. Il s'est tout de même avéré suffisamment restrictif pour empêcher un requérant résidant en Polynésie, M. Hoffer, de se voir reconnaître un intérêt à agir, l'état d'urgence n'ayant été déclaré en 2005 que « sur le territoire métropolitain »³⁹. Cet exemple montre que le Conseil d'État n'est pas allé aussi loin qu'il aurait dû aller. Compte tenu de la gravité des atteintes portées aux libertés par l'état d'urgence, il faudrait ouvrir le plus largement possible les portes de l'intérêt à agir contre ses décrets de déclaration et d'application : en la matière, la simple qualité de « citoyen » français devrait suffire⁴⁰.

2. Un contrôle minimum du décret déclarant l'état d'urgence

Dans son arrêt d'assemblée de 2006, le Conseil d'État a estimé, pour des raisons qu'on examinera plus loin, qu'il n'y avait « pas lieu de statuer » sur les requêtes contestant

la légalité du décret du 8 novembre 2005 déclarant l'état d'urgence. L'occasion a donc été manquée de préciser le degré de contrôle qu'il est prêt à exercer sur ce type de décret. Deux indices laissent toutefois clairement apparaître qu'il ne s'agirait que d'un simple contrôle minimum. D'abord, dans l'ordonnance Rolin le Conseil d'État a affirmé que « le président de la République dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu » pour déclarer l'état d'urgence et en définir le champ d'application territorial⁴¹ ; or on sait qu'un pouvoir discrétionnaire appelle en principe un contrôle minimum⁴². D'autre part M^{me} Mitjavile préconisait ouvertement un tel contrôle dans ses conclusions sur l'arrêt d'assemblée et son raisonnement semble avoir séduit beaucoup de membres du Conseil d'État, à commencer par M^{me} Landais et M. Lenica qui soulignent, dans une argumentation transposable à la déclaration de l'état de siège, que la déclaration de l'état d'urgence correspond à une « phase très régalienne » du pouvoir présidentiel⁴³.

D'autres solutions, plus protectrices des administrés, étaient pourtant envisageables. Un contrôle normal aurait été possible, car l'article 1^{er} de la loi du 3 avril 1955 peut être analysé comme un texte qui définit les conditions légales de nature à justifier l'état d'urgence (« atteintes graves à l'ordre public » ou « calamité publique ») ; or la qualification juridique d'une situation de fait est caractéristique d'un contrôle normal⁴⁴. On aurait même pu aller encore plus loin, en envisageant d'opérer un contrôle maximum. La déclaration de l'état d'urgence déclenche en effet, comme on l'a vu, l'application d'un régime de police exceptionnel, particulièrement menaçant pour les libertés. Or le contrôle maximum trouve précisément, depuis le célèbre arrêt Benjamin de 1933, son domaine d'application privilégié en matière de police administrative⁴⁵. À cet égard, l'objection qui consiste à dire que la déclaration de l'état d'urgence n'est pas un acte de police administrative mais un « acte qui organise une extension de compétences au profit d'autorités administratives »⁴⁶ nous paraît peu pertinente, car elle tend curieusement à la soustraire au contrôle maximum au motif qu'elle a des effets encore plus graves qu'un acte de police administrative.

En définitive, s'il faut certes admettre qu'un contrôle minimum est mieux que rien, on peut néanmoins regretter que le Conseil d'État soit apparemment résolu à s'en contenter.

36. CÉ 25 / 07 / 1985 M^{me} Dagostini, *AJDA* 1985,558 concl. B. Lasserre : l'état d'urgence est déclaré le 12 / 01 / 1985 ; le décret en Conseil d'État « adaptant » à la Nouvelle-Calédonie la composition de la commission, faute d'avoir été pris antérieurement, est édicté dans la précipitation deux jours plus tard, le 14 / 01 / 1985, pour permettre une mise en place effective de la commission le 6 / 02 / 1985, heureusement avant l'interdiction de séjour décidée le 23 / 02 / 1985 contre la requérante.

37. Ord. CÉ 14 / 11 / 2005 Hoffer, *AJDA*, 2006,502, note P. Chrestia (référé-suspension).

38. CÉ Ass. 24 / 03 / 2006, Rolin et Boisvert, *AJDA*, 2006,1033 chron. C. Landais et F. Lenica.

39. Ord. CÉ 14 / 11 / 2005 Hoffer, *AJDA*, 2006,502, note P. Chrestia.

40. Pour une critique encore plus radicale de l'intérêt à agir, cf. notre manuel *Droit administratif général*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 469-470.

41. Ord. CÉ 14 / 11 / 2005 Rolin, *AJDA*, 2006,501, note Chrestia.

42. Cf. notre manuel *Droit administratif général*, p. 72-79.

43. C. Landais et F. Lenica, *AJDA*, 2006,1035.

44. Cf. notre manuel *Droit administratif général*, p. 483-484.

45. CÉ 19 / 05 / 1933 Benjamin *GAJA* ; cf. aussi notre manuel *Droit administratif général*, p. 202-203.

46. P. Chrestia, *AJDA*, 2006,504.

3. Un contrôle minimum du refus présidentiel de mettre fin à l'état d'urgence

Mis en œuvre le 9 novembre 2005, l'état d'urgence a été prorogé pour trois mois par la loi du 18 novembre 2005. Cette loi a toutefois permis au président de la République d'y mettre fin par décret en Conseil des ministres avant l'expiration de ce délai. Or le chef de l'État n'a utilisé cette faculté que le 3 janvier 2006, alors que les émeutes à l'origine de l'état d'urgence avaient cessé depuis plusieurs semaines. Dans l'intervalle, il a donc refusé d'y mettre fin. Le 5 décembre 2005, 74 enseignants de droit, ayant pour mandataire unique l'inévitable professeur Rolin, ont saisi à ce sujet le Conseil d'État d'un recours en référé-liberté. Estimant que le président de la République avait porté une « atteinte grave et manifestement illégale » à plusieurs libertés fondamentales en s'abstenant ainsi d'agir, ils demandaient au juge de suspendre l'état d'urgence ou, à défaut, d'enjoindre au chef de l'État de réexaminer la situation.

Dans son ordonnance, le juge du référé-liberté a eu le mérite d'affirmer que « le silence de la loi sur les conditions de mise en œuvre de la faculté ainsi reconnue au président de la République ne saurait être interprété [...] comme faisant échapper ses modalités de mise en œuvre à tout contrôle de la part du juge de la légalité ». Mais il a ensuite fait preuve d'une très grande prudence dans l'examen du cas d'espèce. Bien qu'il ait admis que, « comme le soulignent les requérants, les circonstances [...] ont sensiblement évolué », il s'est en effet finalement retranché derrière « l'éventualité » de la recrudescence des violences urbaines « lors des fêtes de fin d'année » pour considérer que le chef de l'État n'avait commis aucune « illégalité manifeste [...] dans l'exercice du pouvoir d'appréciation étendu qui est le sien »⁴⁷. Ces derniers mots, affirmant l'existence – qu'on pourrait contester – d'un pouvoir discrétionnaire en la matière, laissent clairement apparaître qu'ici encore un simple contrôle minimum serait exercé dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir.

4. Un contrôle normal du décret appliquant l'état d'urgence

Dans son arrêt d'assemblée de 2006, le Conseil d'État estime qu'« eu égard [...] à la situation de violence urbaine qui prévalait en France [...], la mise en application [de l'état d'urgence] dans les zones déterminées par le décret attaqué était légalement justifiée »⁴⁸. Selon M^{me} Landais et M. Lenica, ces deux derniers mots révéleraient l'utilisation d'un contrôle maximum sur le décret appliquant l'état d'urgence⁴⁹. M^{me} Jacquinot est plus hésitante, et juge

de façon un peu contradictoire qu'il s'agit là d'un « contrôle entier » (?) s'inspirant à la fois du contrôle maximum de l'arrêt Belgacem et du contrôle normal de l'arrêt Association Ekin⁵⁰. En réalité, les termes « légalement justifiée » nous semblent révélateurs de l'utilisation d'un contrôle normal. Le raisonnement du Conseil d'État revient en effet à dire que la situation de violence urbaine était « de nature à » justifier l'application de l'état d'urgence. Il s'agit là d'une pure opération de qualification juridique d'une situation de fait. À aucun moment on ne trouve la vérification, caractéristique du contrôle maximum, de la proportionnalité de l'acte attaqué par rapport aux troubles à éviter. Pour mémoire, l'arrêt Benjamin, fondateur du contrôle maximum, opérait nettement ce contrôle de proportionnalité en vérifiant expressément le « degré de gravité » des troubles allégués⁵¹. La conclusion s'impose : le contrôle exercé sur le décret appliquant l'état d'urgence n'est qu'un contrôle normal, ce que les commentateurs autorisés jugent tellement décevant qu'ils tentent de le faire passer pour un contrôle maximum.

5. Un contrôle minimum des décisions individuelles prises dans le cadre de l'état d'urgence

Jusqu'à preuve du contraire, les décisions individuelles prises dans le cadre de l'état d'urgence font l'objet d'un simple contrôle minimum, ce qui n'est guère rassurant pour la protection des libertés. L'arrêt de principe est l'arrêt Dagostini de 1985, dans lequel le Conseil d'État admet la légalité de l'interdiction de séjour en Nouvelle-Calédonie ayant frappé la requérante en raison de sa « participation active [...] à une manifestation interdite », après avoir vérifié l'absence d'erreur manifeste d'appréciation⁵². Si décevant qu'il puisse apparaître, cet arrêt marque pourtant un progrès par rapport à la jurisprudence antérieure, qui se contentait de vérifier si les décisions individuelles étaient prises « pour des motifs étrangers au champ d'application » de la loi de 1955⁵³. M^{me} Landais et M. Lenica annoncent que dans l'avenir les tribunaux administratifs vont « hausser le niveau d'exigence » de leur contrôle⁵⁴. Un contrôle maximum serait en effet assez logique puisque le Conseil d'État convient lui-même que ces décisions individuelles sont des mesures de police administrative⁵⁵. Mais pour l'instant on en est encore loin.

6. Un contrôle éventuel de la constitutionnalité de la loi de 1955 par voie d'exception

Le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi de la constitutionnalité de la loi de 2005 prorogeant l'état d'urgence

47. Ord. CÉ 9 / 12 / 2005 M^{me} Allouache et autres, *AJDA* 2005.2374 obs. E. Royer.

48. CÉ Ass. 24 / 03 / 2006, Rolin et Boisvert, *AJDA*, 2006.1033 chron. C. Landais et F. Lenica.

49. C. Landais et F. Lenica, *AJDA*, 2006.1036.

50. N. Jacquinot, « Le juge administratif et le juge constitutionnel face à l'état d'urgence », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 729, spéc. p. 745-746.

51. CÉ 19 / 05 / 1933 Benjamin *GAJA*.

52. CÉ 25 / 07 / 1985 M^{me} Dagostini, *AJDA*, 1985.558 concl. B. Lasserre.

53. CÉ Ass. 3 / 02 / 1956 Keddar *R* 46, à propos d'une interdiction de séjour.

54. C. Landais et F. Lenica, *AJDA*, 2006. 1036.

55. CÉ Ass. 16 / 12 / 1955 dame Bourokba *R* 590.

en métropole. Il a en revanche été saisi de la constitutionnalité de la loi de 1985 prorogeant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie. À cette occasion, il a rendu une décision célèbre par laquelle il se reconnaît pour la première fois le pouvoir de contrôler la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée « à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ». Mais à peine s'est-il arrogé ce contrôle de constitutionnalité par voie d'exception qu'il s'autocensure en précisant qu'il ne l'exerce pas « lorsqu'il s'agit de la simple mise en application » de la loi promulguée⁵⁶. Or une loi de prorogation de l'état d'urgence se bornant précisément à une telle « mise en application » de la loi de 1955, il refuse dès lors de contrôler la constitutionnalité de cette dernière par voie d'exception. Tant et si bien que le coup d'audace s'avère en l'occurrence un coup d'épée dans l'eau.

7. Un contrôle symbolique de la conventionnalité de la loi de prorogation de l'état d'urgence

Le Conseil d'État a été saisi à deux reprises de l'inconventionnalité de la loi de prorogation de 2005. À chaque fois, les requérants invoquaient l'incompatibilité de cette loi avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950. À chaque fois, le juge a repoussé leurs arguments en donnant l'impression de ne pas prendre très au sérieux le contrôle de conventionnalité. D'abord, le juge du référé-liberté a considéré « 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 [...] susceptible d'être pris en considération »⁵⁷. Ensuite, l'assemblée du Conseil d'État s'est bornée à affirmer, sans plus d'explication, que les dispositions de la loi de 2005 « ne sont incompatibles avec aucune des stipulations de la Convention européenne »⁵⁸.

À la décharge du Conseil d'État, il faut rappeler que la France a formulé, lors de sa ratification de la Convention européenne, une réserve assimilant l'état d'urgence (ainsi d'ailleurs que l'état de siège et l'article 16 de la Constitution) aux hypothèses de « dérogation en cas d'état d'urgence » visées par l'article 15 de ladite Convention. De toute façon, la Cour européenne reconnaît aux États une vaste marge de manœuvre « pour se prononcer sur la présence [d'un] danger comme sur la nature et l'étendue des dérogations nécessaires pour le conjurer »⁵⁹.

Le contrôle de conventionnalité des lois de prorogation de l'état d'urgence semble donc voué à demeurer symbolique. Le seul apport réel de la Convention européenne en la matière consiste à obliger l'État français à tenir le secrétaire général du Conseil de l'Europe « pleinement informé des mesures prises » dans le cadre de l'état d'urgence, ainsi que « de la date à laquelle ces mesures ont

cessé d'être en vigueur ». Cette obligation d'information, posée par l'article 15 de la Convention, a été respectée par la France en 2005.

C. Des échecs

Sur trois points, le contrôle juridictionnel s'est complètement effacé sans raison convaincante, comme si le juge considérait qu'une sorte de raison d'État, fondée sur une légitimité démocratique, prenait le relais de l'État de droit quand le salut public est en jeu.

1. L'absence d'abrogation implicite de la loi de 1955 par la Constitution de 1958

La Constitution du 4 octobre 1958 ne mentionne que deux états d'exception : la dictature présidentielle de l'article 16 et l'état de siège de l'article 36. Comme les dérogations au respect des libertés sont normalement d'interprétation stricte, on aurait dû en déduire que le constituant avait implicitement abrogé la loi de 1955 relative à l'état d'urgence. Pourtant ni le Conseil constitutionnel ni le Conseil d'État n'ont osé effectuer ce raisonnement.

Dans sa décision de 1985, le Conseil constitutionnel se borne à affirmer, de façon un peu énigmatique, que « 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 »⁶⁰. L'ébauche d'argumentation qu'il se contente d'esquisser consiste donc à suggérer que la modification de la loi de 1955 par l'ordonnance du 15 avril 1960 prouve que la Constitution de 1958 n'a pas entendu l'abroger. Il s'agit à l'évidence d'un raisonnement juridiquement inacceptable, car le fait que le législateur ait confirmé la validité de la loi de 1955 ne prouve nullement que le constituant ait entendu en faire autant.

Dans une ordonnance de référé-suspension de 2005, le Conseil d'État a confirmé, encore plus sobriement, qu'il n'existe aucune « incompatibilité de principe qui conduirait à regarder cette loi comme ayant été abrogée par le texte constitutionnel ». Il venait pourtant, dans la même ordonnance, de confirmer dans des termes soigneusement pesés son pouvoir « de constater l'abrogation, fût-elle implicite, d'un texte de loi qui découle de ce que son contenu est inconciliable avec un texte qui lui est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle »⁶¹. Son manque d'audace est d'autant plus regrettable qu'une déclaration d'abrogation implicite aurait sans doute provoqué un recours contre la loi de prorogation du 18 novembre 2005, et donné ainsi au Conseil constitutionnel l'occasion de modifier sa solution timorée de 1985.

56. CC n° 187 DC du 25 / 01 / 1985 État d'urgence en Nouvelle-Calédonie *GDCC*.

57. Ord. CÉ 9 / 12 / 2005 M^{me} Allouache et autres, *AJDA*, 2005.2374 obs. E. Royer.

58. CÉ Ass. 24 / 03 / 2006, Rolin et Boisvert, *AJDA*, 2006.1033 chron. C. Landais et F. Lenica.

59. CEDH 18 / 01 / 1978 Irlande c. Royaume-Uni, § 207. Cf aussi CEDH 26 / 05 / 1993 Brannigan et Mac Bride c. Royaume-Uni. Sur la question, cf. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^e éd., Paris, PUF, 2006, p. 228-229.

60. CC n° 187 DC du 25 / 01 / 1985 État d'urgence en Nouvelle-Calédonie *GDCC*.

61. Ord. CÉ 21 / 11 / 2005 Boisvert *AJDA*, 2006.357 chron. C. Landais et F. Lenica.

2. L'absence de contrôle du décret de déclaration « ratifié » par la loi de prorogation

Dans ses conclusions sur l'arrêt d'assemblée de 2006, M^{me} Mitjavile estimait – à juste titre selon nous – que la déclaration et la prorogation de l'état d'urgence constituaient deux décisions successives mais distinctes, devant être traitées séparément sur le plan contentieux. Cette analyse la conduisait à proposer au Conseil d'État de contrôler la légalité du décret déclarant l'état d'urgence, bien qu'une loi de prorogation de celui-ci soit ensuite intervenue. La haute assemblée a préféré adopter une lecture plus globale du régime de la loi de 1955, en estimant, comme l'expliquent M^{me} Landais et M. Lenica, « qu'en prolongeant l'état d'urgence, le législateur entendait nécessairement s'approprier les motifs qui avaient justifié le déclenchement de celui-ci, validant ainsi le décret du président de la République »⁶². Cette position très contestable l'amène en définitive à décider qu'« une telle intervention du législateur ratifie la décision [...] de déclarer l'état d'urgence », et à conclure « que la légalité des dispositions de ce décret n'est, dès lors, plus susceptible d'être discutée par la voie contentieuse »⁶³.

Cette solution du non-lieu à statuer aboutit ainsi à un résultat paradoxal, relevé par M^{me} Jacquinet : l'intervention du législateur au stade de la prorogation, qui était initialement conçue comme une garantie pour les libertés publiques, « conduit en réalité à supprimer la garantie juridictionnelle existant à l'encontre de ce décret » de déclaration⁶⁴. De libératrice, la loi devient en somme liberticide.

3. Une coupable hésitation sur le maintien de l'état d'urgence en cas de dissolution de l'Assemblée nationale

Selon l'article 4 de la loi de 1955, modifié par l'ordonnance de 1960, « 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 la dissolution de l'Assemblée nationale ». Or, le 9 octobre 1962, l'Assemblée nationale fut dissoute. L'ordonnance du 13 juillet 1962, qui avait prorogé l'état d'urgence jusqu'au 31 mai 1963, aurait donc dû être considérée comme caduque le 25 octobre 1962. Pourtant, le président de la République et le gouvernement continuèrent d'agir comme si de rien n'était⁶⁵.

Saisi de cette illégalité flagrante, le Conseil d'État fit preuve d'une certaine lâcheté en refusant de la voir dans un arrêt du 20 décembre 1967⁶⁶, avant de se ressaisir et de la condamner dans un arrêt du 25 juin 1969⁶⁷. Il est vrai que dans l'intervalle, le général de Gaulle avait quitté le pouvoir, et que ce remord tardif n'augurait du coup rien de très rassurant pour l'avenir...

*
* *

Au terme de cette étude, il est permis d'affirmer que l'état de siège, et plus encore l'état d'urgence, sont dangereux pour les libertés publiques.

Pourtant, force est de constater qu'ils ne sont pas remis en cause. Un projet de révision constitutionnelle prévoyait par exemple, en 1993, de constitutionnaliser l'état d'urgence en le mentionnant dans l'article 36 de la Constitution, à côté de l'état de siège. Plus récemment, une ordonnance du 20 décembre 2004 a inscrit les deux états d'exception dans le Code de la défense. Enfin le « comité de réflexion » Balladur, créé par le décret du 18 juillet 2007, n'a pas envisagé leur remise en cause dans son rapport du 29 octobre 2007, proposant même d'inscrire l'état d'urgence dans l'article 36 de la Constitution.

Ce constat est révélateur d'une conviction, communément partagée, que des régimes d'exception sont parfois nécessaires pour sauver la nation. L'idée n'est pas neuve ; on la trouvait déjà chez Cicéron : *salus populi suprema lex est* (le salut du peuple est la loi suprême). Personnellement, nous y adhérons.

Mais si des régimes d'exception sont nécessaires, il ne peut s'agir ni de l'état de siège ni de l'état d'urgence. L'état de siège est complètement dépassé : sa survalorisation de l'autorité militaire n'est plus acceptable dans une démocratie contemporaine ; de surcroît, elle est désormais inutile en France, dont le parapluie nucléaire met le territoire à l'abri des guerres classiques pour lesquelles l'état de siège avait été forgé ; et si par extraordinaire une guerre ou une insurrection armée survenait malgré tout, la dictature présidentielle de l'article 16 serait bien plus apte à faire face à la situation (sous réserve qu'on se décide enfin à l'entourer de davantage de garanties).

L'état d'urgence devrait quant à lui être modifié en profondeur pour en gommer les aspects liberticides. Il faudrait d'abord changer sa dénomination afin que chaque citoyen comprenne qu'il s'agit d'un régime d'exception dont n'importe quelle « urgence » ne saurait justifier la mise en œuvre : ce nouveau nom pourrait être « état d'extrême urgence », par exemple. Sa procédure de mise en œuvre devrait ensuite être simplifiée, grâce à la suppression de la distinction entre « déclaration » et « application », et démocratisée, grâce à une intervention plus active du Parlement : son déclenchement devrait ainsi être voté par le Parlement sur proposition du chef de l'État en cas de péril survenant pendant la session parlementaire ; alors qu'il serait décidé par décret en Conseil des ministres en cas de péril survenant hors session, le Parlement devant alors obligatoirement se réunir dans les sept jours pour

62. C. Landais et F. Lenica, *AJDA*, 2006.1035.

63. CÉ Ass. 24 / 03 / 2006, Rolin et Boisvert, *AJDA*, 2006.1033 chron. C. Landais et F. Lenica.

64. N. Jacquinet, « Le juge administratif... », p. 742.

65. Cf. A. Heymann-Doat, *Libertés publiques et droits de l'homme*, p. 91.

66. CÉ 20 / 12 / 1967 Min. Int. c. Fabre-Luce R 511 : « la mesure de saisie ordonnée par le préfet de police le 20 décembre 1962 [...] devait prendre fin le 31 mai 1963 ».

67. CÉ 25 / 06 / 1969 Min. Int. c. Éd. parisiennes associées et Devay R 334 : « la dissolution de l'Assemblée nationale [...] a mis fin à l'état d'urgence [...] ; par suite, le 21 décembre 1962, la décision de saisir les exemplaires de la publication... ne pouvait être légalement prise par le préfet de police [...] ».

ratifier ou non cette décision, et statuer en même temps sur son éventuelle prorogation ; quel que soit le cas de figure, la loi ainsi votée serait automatiquement déférée au Conseil constitutionnel. De même, ses conditions de mise en œuvre devraient être définies plus strictement, en exigeant par exemple expressément un « péril national ne pouvant être surmonté au moyen des pouvoirs de police habituels ». En outre, les pouvoirs supplémentaires ouverts par cet état d'extrême urgence devraient être énumérés dans une liste précise et expressément limitative, excluant clairement certains agissements (par exemple la censure et l'atteinte aux « droits indérogeables » de la Convention

européenne de 1950) et précisant, pour tenir compte de notre histoire nationale, que « l'assignation à résidence n'est en aucun cas un enfermement ». Enfin, une disposition devrait affirmer que « les mesures individuelles prises dans le cadre de l'état d'extrême urgence ne sont légales que si elles sont strictement proportionnées aux circonstances », afin de les soumettre au contrôle maximum du juge administratif.

À ces conditions, et à ces conditions seulement, l'état d'urgence ainsi rénové deviendrait acceptable, toutes les précautions étant prises pour que cet état d'exception demeure exceptionnel.