

# L'état d'urgence : droit et contentieux constitutionnels

par Olivier GOHIN

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université Panthéon-Assas de Paris (Paris II)  
Directeur de l'Institut de Préparation à l'Administration Générale de Paris*

Le droit public est un droit qui connaît la crise. On pourrait même dire que c'est un droit qui inclut la crise pour parvenir à la surmonter et préserver ainsi la continuité de l'État<sup>1</sup>, le temps de rétablir la vie normale de la Nation, comprise comme le temps de la paix publique. On dit aussi la paix civile parce que l'ordinaire est dans la conjonction entre sécurité intérieure – elle est publique – et libertés fondamentales – elles sont civiles – au sortir d'une exception en faveur du renforcement de la puissance publique. La République romaine ne pouvait-elle pas trouver son salut dans la dictature avant que le danger ne soit surmonté ? C'est alors que Cincinnatus est retourné à sa charrue.

Le droit public est un droit qui connaît la guerre et cette guerre, elle n'est pas une situation, mais un statut. Si le droit international public ne définit pas la guerre – la Charte des Nations Unies, construite sur la paix et la sécurité internationales, ne la mentionne pas autrement que pour faire référence aux deux conflits mondiaux<sup>2</sup> – il sait tout de même identifier, par exemple, une notification de l'état de guerre<sup>3</sup> ou un prisonnier de guerre<sup>4</sup> ou encore un crime de guerre<sup>5</sup>.

---

1. Const., art. 5, al. 1<sup>er</sup>.

2. Charte de San Francisco en date du 26 oct. 1945, Préambule, al. 1<sup>er</sup> : égal, au sujet de la seconde guerre mondiale, art. 53 § 2, 77 § 1-b et 107.

3. Troisième Convention de La Haye relative à l'ouverture des hostilités du 18 oct. 1907.

4. Troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949.

5. Charte de Londres du 8 août 1945 pour les crimes de guerre de l'Allemagne, jugés à Nuremberg ; Charte de Washington du 19 janv. 1946 pour les crimes de guerre du Japon, jugés à Tokyo ; résolution 95 du 11 décembre 1946 de l'Assemblée Générale des Nations Unies. Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juil. 1998, art. 8.

Le droit constitutionnel, lui aussi, n'ignore pas la guerre et, comme avant elle, la loi constitutionnelle du 25 février 1875, dans son article 9, ou la Constitution de 1946, dans son article 7<sup>6</sup>, la Constitution de 1958 prévoit, dans son article 35, la déclaration de guerre<sup>7</sup>.

Mais, il faut savoir raison garder et le politique, en cette matière surtout, doit savoir garder raison. Était-il raisonnable, pour le Président de la République, de mentionner quinze fois le mot « guerre » à la tribune du Congrès, le 16 novembre dernier ? Pourquoi venir dire que « la France est en guerre » ou qu'elle est confrontée à un « terrorisme de guerre » ou encore que les crimes commis le 13 novembre, à Paris et à Saint-Denis, sont des « actes de guerre ». Car, ces crimes viennent après bien d'autres crimes terroristes sur le territoire national, notamment ceux de janvier 2015 qui, quant à eux, ne seraient que des « attentats ». Pourquoi donc « ce contexte nouveau de guerre », depuis décembre seulement ? S'agirait-il d'excuser la passivité coupable des pouvoirs publics, après les attentats de janvier, malgré le sévère rappel à l'ordre de l'attentat raté dans un Thalys, le 21 août 2015 ? La guerre depuis novembre seulement ? La guerre en France seulement ? Qu'en est-il des crimes commis à Bruxelles, le 22 mars 2016 ? Relèvent-ils aussi de la guerre, le Premier ministre l'a dit. Et ceux de Lahore, le 27 mars dernier ?

Alors, bien entendu, on peut vouloir rester dans l'opposition entre la paix absolue et la guerre et parler, dans des temps qui sont de crise, de plusieurs guerres ou formes de guerre, notamment de la « guerre asymétrique » ou de la « guerre baroque » ou encore de la « guerre mercure », non sans confondre aussi guerre « étrangère » et guerre « civile », sans parler de la guerre économique ou sociale ou culturelle, la guerre comme on veut et quand on veut, en définitive, pourvu que ce soit bien la guerre en France, comme ce serait le cas « en Syrie ou en Irak », selon le discours du 16 novembre. En somme, qu'importent les moyens, c'est la fin qui compte et cette fin serait la destruction de la France, non pas en tant qu'État, mais en tant que civilisation. Car, cette agression contre notre pays est bien présentée, dans le discours du 16 novembre, comme une guerre « contre ses valeurs, contre sa jeunesse, contre son mode de vie » ; il est dit aussi contre « la démocratie ».

Non, émotion n'est pas raison. Le monde n'est pas en guerre contre le terrorisme. Ce n'est pas la guerre, en France, depuis novembre 2015, contrairement à ce que le Président de la République a pu en dire, un peu vite, et le *mantra* des médias affolés à sa suite, pas plus que ce n'est la guerre en Europe ou en Asie, malgré de si nombreuses victimes d'attentats terroristes, de morts ou de blessés, qui invitent à la compassion et incitent à la résolution. La vérité est simple : de guerre, il n'y a pas pour la première raison que, si guerre il y avait, Daech serait

---

6. Toutefois, l'al. 15 du Préambule dispose que « la République française (...) n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête », ce qui exclut la guerre dite « offensive ».

7. En droit positif, en vertu de l'article 35, al. 1<sup>er</sup>, « la déclaration de guerre est autorisée par le Parlement ».



ce que cette internationale terroriste prétend être et ce qu'elle n'est pas, pas plus que tout autre mouvement à sa solde ou non, islamiste ou non, dans ce vaste monde, mal structuré sans doute, en droit, mais structuré quand même : un État constitué et reconnu en tant que tel.

Ainsi, le terroriste, en droit, n'est pas un soldat, il est un criminel. Le professeur américain Bruce Ackerman écrivait, en 2006, que « le terrorisme c'est une technique, rien de plus, à savoir précisément une attaque intentionnelle contre des civils innocents. La guerre n'est pas une question de technique. C'est une lutte à mort contre un ennemi bien défini. Nous avons fait la guerre à l'Allemagne nazie, pas aux V2 »<sup>8</sup>.

Et, c'est bien à tort qu'un vulgaire assassin qui se fait exploser dans un métro, est pris pour un valeureux kamikaze précipitant son engin contre un porte-avion. À la gauche qui serait au pouvoir peut-on rappeler cet enseignement du communiste Antonio Gramsci ? Celui qui parle la langue de son adversaire, celui-ci a déjà cédé le terrain culturel et perdu le combat politique. Non, le 20 novembre, le Parlement n'a pas déclaré la guerre pas, plus qu'il ne l'avait fait, en novembre 1954, aux terroristes du FLN algérien. Il a seulement prorogé, une première fois, l'état d'urgence, déclaré le 14 novembre, et, à cette occasion, il a actualisé et renforcé son régime, tel que fixé par la loi du 3 avril 1955, déjà par six fois modifiée en soixante ans<sup>9</sup>.

Revenir à la dure réalité des choses, c'est envisager une crise de criminalité internationale, ni la première en France ni la seule en Europe et dans le monde. Du reste, lorsque le Conseil des ministres se tient remarquablement, dans la nuit du 13 au 14 novembre 2015, c'est pour déclarer, à nouveau, l'état d'urgence, pour la première fois depuis dix ans, et non l'état de siège qui correspond, pourtant, à une hypothèse de guerre sur le territoire national. Puisque l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 9 août 1849, consigné, en droit positif, à l'article L. 2121-1, alinéa 1<sup>er</sup> du code de la défense, prescrit que « l'état de siège ne peut être déclaré qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée » et que l'état de siège n'a pas été déclaré en 2015, comme il ne l'a pas été, en France, depuis 1939, c'est qu'il n'y a ni péril imminent de guerre contre la France ni, *a fortiori*, une guerre portée sur son sol.

En revanche, il y a, en France notamment, bien avant novembre 2015, une crise, profonde, complexe et durable, liée, non pas à l'Islam, en tant que tel, mais à des islamistes radicalisés parmi lesquels des Français de papier et de kalache. On ajoutera qu'en 2015, la France n'est pas même dans une hypothèse de péril

---

8. Bruce Ackerman, « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *Esprit*, août-sept. 2006. Le numéro est consacré au thème « Terrorisme et contre-terrorisme : la guerre perpétuelle ? » et l'article inséré dans un dossier intitulé : « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme – La sécurité, paradigme d'un monde désenchanté ».

9. Loi du 7 août 1955, ordonnance du 15 avr. 1960 et lois du 15 juin 2000, 17 mai 2011, 17 mai 2013 et 20 nov. 2015.



imminent résultant d'une insurrection armée sur son territoire et que, lorsque tel fut le cas, en 1984-85 en Nouvelle-Calédonie, en dehors de tout contexte islamiste, c'est aussi par la voie de l'état d'urgence, et non de l'état de siège que l'État français aura finalement, mais tardivement réagi.

Connaître la crise et donc ne connaître ni la paix ni la guerre, c'est admettre que les portes du temple de Mars puissent être ni fermées ni ouvertes, mais bien entrouvertes lorsque l'État est confronté à une situation qui ne cesse pas, pour autant, d'être entièrement policière, aucunement militaire, même si les armées peuvent y concourir dans une logique de service public<sup>10</sup>. En effet, l'état d'urgence de la loi Bourguès-Maunoury du 3 avril 1955<sup>11</sup> relève organiquement de l'autorité de police et fonctionnellement du pouvoir de police. C'est donc la même police, mais autrement, car avec bien plus de moyens de procédure ou de fond.

Cet état d'urgence de la loi de 1955, était-il bien nécessaire pour répondre, sur le territoire national, à la crise du terrorisme qui fut celui des indépendantistes algériens, en 1955<sup>12</sup>, ou kanaks, en 1985<sup>13</sup>, et qui est celui des islamistes radicaux, en 2015 ? Encore faut-il préciser

– qu'il n'a pas toujours été une réponse au terrorisme, comme en 2005 pour porter un coup d'arrêt salutaire, par des arrêtés de « couvre-feu », aux violences déclenchées par des émeutiers incendiaires dans certaines banlieues françaises<sup>14</sup> ;

– qu'il se dissimule encore, dans le droit positif, derrière l'autre hypothèse, jamais réalisée, des « événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique »<sup>15</sup>, comme un rideau de fumée visant à dissimuler, dans le contexte des événements dans les départements de l'Algérie française, la réponse effective et efficace au « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ;

---

10. Olivier Gohin, « Défense et service public », *Mél. Jean-Pierre Machelon*, Paris, LexisNexis, p. 423-439.

11. Code de la défense, art. L. 2131-1 : Code de la sécurité intérieure, art. L. 213-1.

12. Initialement, la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 institue un état d'urgence et en déclare l'application en Algérie. La mention de l'Algérie n'est supprimée que par l'art. 176-IV-1° de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

13. Arrêté du haut-commissaire de la République du 12 janvier 1985 déclarant l'état d'urgence pour six mois, en application de l'art. 119 de la loi statutaire du 6 sept. 1984 et loi de prorogation du 25 janv. 1985.

14. Décret en conseil des ministres du 8 nov. 2005 et loi de prorogation du 18 nov. 2005 pour trois mois ; *adde*, décret en conseil des ministres du 3 janv. 2006 mettant fin à l'état d'urgence ; à ce sujet, Olivier Gohin, « L'état d'urgence ou l'exception en banlieue », *Force publique*, 2008, n° 3, p. 159-178.

15. La petite loi, issue de la première lecture devant le Sénat, supprime cette hypothèse à l'art. 36-1, al. 1<sup>er</sup> en délibération.



– qu'il n'a pas été la seule réponse du droit de l'État au terrorisme en France. En effet,

– après avoir, d'abord, constitutionnalisé en décembre 1954<sup>16</sup>, l'état de siège de la loi du 9 août 1849, comme réponse militaire à l'insurrection armée, pour comprendre, un peu tard, que cette réforme impliquait une guerre qui n'avait pas lieu d'être dans l'Algérie française,

– après avoir, ensuite, retenu, avec l'état d'urgence, une solution civile de remplacement, décalquée sur l'état de siège, tout en permettant de renforcer encore les pouvoirs de police administrative,

– et après avoir, enfin, mesuré, à la suite des crimes terroristes du FLN à Philippeville, en août 1955, l'insuffisance de cette loi du 3 avril 1955 déclarant l'application, en Algérie, du premier état d'urgence qu'elle institue, mais qui prend fin quinze jours après la dissolution de l'Assemblée nationale, intervenue le 1<sup>er</sup> décembre 1955<sup>17</sup>,

c'est bien vers une tierce solution : celle des pouvoirs spéciaux, possiblement militaires, mais hors contexte de guerre, que le président du Conseil Guy Mollet s'oriente, après la victoire du Front républicain aux législatives anticipées de janvier 1956<sup>18</sup> : la loi du 16 mars 1956, délibérément inconstitutionnelle<sup>19</sup>, habilite ainsi le Gouvernement à prendre des mesures exceptionnelles en vue

---

16. Loi const. du 7 déc. 1954, art. 1<sup>er</sup> : l'article 7 de la Constitution est ainsi complété : « l'état de siège est déclaré dans les conditions prévues par la loi ». Voir, Olivier Gohin, « Non à l'état d'urgence inscrit dans la Constitution », *L'Opinion*, 17 déc. 2015, p. 3.

17. Application de l'art. 4 de la loi du 3 avr. 1955.

18. Le projet de loi sur les pouvoirs spéciaux a été adopté, à l'Assemblée nationale, par une large majorité de 455 voix contre 76, avec le soutien du Parti communiste qui, par la suite, se le reprochera amèrement ; *adde*, l'exposé des motifs et la proposition de résolution n° 3327, déposée le 12 octobre 2001 par M. Noël Mamère, député écologiste de la Gironde, visant à la création d'une commission d'enquête relative au bilan et aux conséquences de la loi n° 56-258 du 16 mars 1956 autorisant le Gouvernement à disposer des pouvoirs spéciaux en vue du rétablissement de l'ordre et de la sauvegarde du territoire en Algérie. Cette proposition est restée sans suite.

Les pouvoirs spéciaux sont accordés à chaque gouvernement, sous réserve qu'ils soient renouvelés (art. 6), ce qui sera le cas, jusqu'à la fin de la IV<sup>e</sup> République, pour le gouvernement Bourgès-Maunoury (26 juil. 1957), Gaillard (15 nov. 1957), Pflimlin (22 mai 1958) et de Gaulle (3 juin 1958).

On notera que le régime des pouvoirs spéciaux aura été juxtaposé et donc combiné, pendant vingt-neuf jours, à celui du deuxième état d'urgence : établi par la loi du 17 mai 1958, il prend fin quinze jours après la démission du Gouvernement Pflimlin, intervenue le 1<sup>er</sup> juin 1958.

19. L'art. 5 de la loi permettait au Gouvernement de disposer des pouvoirs les plus étendus pour le rétablissement de l'ordre en Algérie, y compris celui de prendre « toute mesure exceptionnelle, commandée par les circonstances » au point qu'elle peut avoir « pour effet de modifier la législation », sous la seule condition de forme d'être alors arrêtée par décret pris en conseil des ministres. C'est là que l'on mesure la grave insuffisance du contrôle de constitutionnalité prévu dans la Constitution de 1946.



du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde des biens, comprendre en faveur de l'Algérie française<sup>20</sup>, sous couvert, là encore, d'un autre objectif, bien plus banal : non plus faire face au péril imminent résultant de calamités publiques, ce que l'on a jamais vu depuis 1955, mais autoriser la mise en œuvre, sur place, d'un programme d'expansion économique, de progrès social et de réforme administrative<sup>21</sup>.

En revanche, l'état d'urgence est retenu comme la seule réponse concevable au terrorisme en France, ce qui revient à exclure, à ce sujet,

– d'une part, l'état de siège des articles L. 2121-1 à – 8 du code de la défense qui repose sur une logique de guerre sur le territoire national,

• obsolète pour la guerre étrangère, à raison de la stratégie de dissuasion nucléaire sanctuarisant ce territoire,

• et inconcevable pour la guerre civile, dans le cadre d'un État-nation qui admet la possibilité de sécession, par autodétermination, de toute population intéressée à quitter l'ensemble français (Const., art. 53, al. 3) ;

– d'autre part, l'article 16 de la Constitution sur les pouvoirs exceptionnels du Président de la République qui suppose, en toute hypothèse, l'interruption du « fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels », ce qui ne s'est jamais vérifiée dans tous les cas nombreux d'attentats terroristes conduits sur le territoire national, avant et après l'indépendance de l'Algérie et jusqu'au 13 décembre 2015, pour la dernière fois en date<sup>22</sup>.

Mais, face à la crise terroriste, ouverte ou larvée, si la réponse par l'état de siège de 1849 ou par les pouvoirs exceptionnels de l'article 16 dépassée ou inadéquate, une autre solution que l'état d'urgence pourrait-elle être retenue ?<sup>23</sup> La réponse est positive en jurisprudence et elle pourrait l'être en droit écrit :

---

20. C'est-à-dire en faveur l'intégration de l'Algérie dans l'ensemble français, mais pas encore à égalité de droits et de devoirs entre tous les Français d'Algérie.

21. C'est ce qui sera réalisé, sur le fondement de la loi du 16 mars 1956 prorogée le 3 juin 1958, dans le cadre du plan de Constantine, amorcé en octobre 1958, après le retour du général de Gaulle aux affaires et sous la conduite du délégué général du Gouvernement, Paul Delouvrier.

22. Du reste, le troisième état d'urgence, institué par décret du 22 avril 1961, s'applique jusqu'à décision contraire de l'art. 16 (déc. du 24 avr. 1961), d'abord de façon simultanée, pendant toute la période d'application de l'article 16, la seule à ce jour, du 23 avril au 29 septembre 1961. L'état d'urgence est ensuite maintenu en vigueur jusqu'au 15 juil. 1962 (déc. du 29 sept. 1961), puis jusqu'au 31 mai 1963 (ord. du 13 juil. 1962) qui, à défaut de loi de prorogation, va permettre d'éviter la fin de l'état d'urgence quinze jours après la démission du Gouvernement Debré (14 avril 1962), sans qu'il soit non plus nécessaire de se référer, à ce sujet, à la dissolution de l'Assemblée nationale (9 octobre 1962).

23. Olivier Gohin, « Les dispositifs d'état d'exception : l'article 16 de la Constitution, l'état de siège et l'état d'urgence », in Pascal Mbongo (dir.), *Traité de droit de la police et de la sécurité*, LGDJ et Lextenso, 2014, p. 301-334.



– d’une part, une solution jurisprudentielle qui pourrait permettre de procéder à une expansion des pouvoirs de police sur la base des théories de l’urgence ou des circonstances exceptionnelles :

- sur la base de la théorie de l’urgence qui remonte à 1902<sup>24</sup> alors qu’après tout, urgence et état d’urgence ne sont pas sans rapport. Le Conseil constitutionnel n’a-t-il pas implicitement admis cette théorie, en invoquant le principe de continuité de la vie de la Nation, dans sa décision du 30 décembre 1979<sup>25</sup> ?

- sur la base de la théorie des circonstances exceptionnelles qui remonte à 1918<sup>26</sup> et dont l’incidence peut être mesurée dans la coutume constitutionnelle des décrets-lois, à la fin de la Première guerre mondiale : le pouvoir exécutif exerce alors régulièrement le pouvoir législatif, dans les matières qui lui sont déléguées ;

– d’autre part, une solution textuelle qui tournerait autour d’un état de crise qui serait plus que l’état normal, sans être un état d’exception et moins que l’état d’urgence pour ne pas être déclaré par décret, puis prorogé par la loi. Mais, cet état de crise poserait un problème constitutionnel en tant qu’il redéfinirait le point d’équilibre entre sécurité publique et libertés fondamentales, en déplaçant le curseur au profit de l’une et au détriment des autres.

Du reste, le récent projet de révision initial, soumis au Conseil d’État, envisageait un régime qui, sans être l’état d’urgence, le prolongeait temporairement, en lui empruntant certains traits. Dans son avis du 11 décembre 2015, rendu public, l’Assemblée générale observe, en substance, que, dans ce projet initial, figurent, à cet effet, des dispositions, qualifiées de « complexes » permettant, au terme de l’état d’urgence, de maintenir en vigueur les mesures individuelles prises durant ce régime et de prendre alors de nouvelles mesures réglementaires en matière de circulation des personnes et des véhicules, de fermeture provisoire des salles de spectacles, des débits de boisson et des lieux de réunion ou d’interdiction de certaines réunions. On soulignera que le Conseil d’État qui a disjoint ces dispositions du projet initial, n’en discute, à aucun moment, la constitutionnalité, préférant, pour sa part, une nouvelle prorogation de l’état d’urgence, ce que la loi du 19 février 2016 aura opéré pour trois mois à nouveau, « tout en adaptant les mesures susceptibles d’être prises à ce qui est exigé par les circonstances »<sup>27</sup>.

Une fois abandonnée cette solution dans le projet de révision n° 3381 délibéré en Conseil des ministres, le 23 décembre 2015, le petit Noël du publiciste, la même thématique est aussitôt reprise dans le cadre du projet n° 3473 en date du 3 février 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l’efficacité et les garanties de la procédure pénale

---

24. Jean Romieu, concl. sur TC, 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, Rec. 713 ; D. 1903.3.41 ; S. 1904.3.17 ; *GAJA* Dalloz, 20<sup>e</sup> éd., 2015, n° 10-2, p. 61 et 62.

25. CC, 30 déc. 1979, *Autorisation à continuer à percevoir en 1980 les impôts et taxes existants*, déc. 79-111 DC, Rec. 39, consid. 2.

26. CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. 651 ; S. 1922.3.49, note Hauriou ; *GAJA* n° 30.

27. Assemblée générale, avis n° 390866, § 13 et 14.



dont la promulgation envisagée, contrôle de constitutionnalité inclus, le cas échéant, devrait permettre d'assurer un fondu-enchaîné discret, mais efficace entre l'état d'urgence et le nouveau dispositif. Si ce pouvait être le cas avant le 26 mai, la seconde prorogation en cours de l'état d'urgence suffira. Si ce devait être le cas après le 26 mai, une troisième prorogation de l'état d'urgence est à envisager.

L'état de siège ayant été, par erreur politique et sans utilité juridique, constitutionnalisé en décembre 1954 alors que les pouvoirs exceptionnels avaient à l'être, en revanche, en tant que l'article 16 de la Constitution permet de faire exception à la séparation constitutionnelle des pouvoirs<sup>28</sup>, faut-il constitutionnaliser, à son tour, l'état d'urgence ? La proposition en a déjà été faite, par trois fois :

– en février 1993, dans le rapport du comité Vedel qui constate qu'il existe, en droit français, deux régimes législatifs des temps de crise : l'état de siège et l'état d'urgence et que, « pour des raisons de circonstances », la Constitution ne mentionne, à l'article 36, repris de l'article 7 de la Constitution de 1946 révisée, que l'état de siège. Il est donc proposé d'aligner le dispositif de l'état d'urgence sur celui de l'état de siège, en transposant, dans la Constitution de 1958, des règles qui figurent dans le régime de l'état d'urgence, construit, en 1955, sur le modèle de l'état de siège de 1849. L'article 36 de la Constitution serait ainsi simplement modifié : « L'état de siège et l'état d'urgence sont décrétés en conseil des ministres. // Leur prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisé que par le Parlement »<sup>29</sup>. On passe du singulier unique au pluriel binaire ;

– en octobre 2007, il en est à peu près de même, dans le rapport du comité Balladur<sup>30</sup>, dans un souci d'harmonisation (p. 20) et de meilleur encadrement (p. 111) des deux régimes : « L'état de siège et l'état d'urgence sont décrétés en conseil des ministres. // Leur prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi. // Une loi organique définit ces régimes et précise leurs conditions d'application ».

– en décembre 2015, dans le projet de nouvel article 36-1 de la Constitution à réviser ainsi rédigé : « L'état d'urgence est déclaré en conseil des ministres, sur tout ou partie du territoire de la République, soit en cas de péril imminent

28. Déclaration de 1789, art. 16 ; loi const. du 3 juin 1958, art. unique, al. 2-2° ; *adde*, Michèle Voisset, *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, coll. Bibl. const. et de sc. pol., t. XXXIX, Paris, LGDJ, 1969.

29. Georges Vedel (dir.), *Propositions pour une révision de la Constitution*, rapport au Président de la République du Comité consultatif pour la révision de la Constitution, Paris, La Documentation française, 1993, p. 42 et 43.

30. Édouard Balladur (dir.), *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*, rapport au Président de la République du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République, Paris, La Documentation française, 2008, p. 20, 21, 111 et 139.

résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'évènements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique. // La loi fixe les mesures de police administrative que les autorités civiles peuvent prendre pour prévenir ce péril ou faire face à ces évènements. // La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi. Celle-ci en fixe la durée ».

On se gardera de placer la discussion de ce texte sur le terrain politique, non que ce discours soit interdit sous franchise universitaire, la neutralité du professeur n'étant pas exactement la loyauté du préfet. Après tout, c'est bien le Président de la République qui a fait appel à l'unité nationale devant le Congrès. Et c'est bien pour des raisons politiques que la révision en cours a pris du gîte : elle n'était pas consensuelle au sein du Gouvernement, elle ne l'est pas entre le Gouvernement et la totalité de la gauche à l'Assemblée nationale, elle ne l'est pas entre l'Assemblée nationale et le Sénat, en première lecture, tant s'en faut :

– c'est vrai de la déchéance de nationalité qui s'est focalisée sur l'apatridie des mono-nationaux français, hypothèse que le Président a refusée le 16 novembre, que le projet a écartée le 23 décembre, que le Gouvernement a retenue, par voie d'amendement en commission des lois, le 28 janvier, que l'Assemblée a adoptée le 10 février et que le Sénat a rejetée le 22 mars : tant de confusion pour une réforme si grave ;

– c'est vrai aussi de l'état d'urgence, quoiqu'on en dise ou si peu qu'on en dise. Sans même prendre en compte la rédaction inutilement, mais volontairement autre d'une assemblée à l'autre, de l'article 1<sup>er</sup> bis nouveau du projet de révision qui permet de retenir, aux articles 42 (discussion en séance) et 48 (ordre du jour), les deux états de crise : l'état de siège de l'article 36 et l'état d'urgence de l'article 36-1, il y a, entre le texte de l'Assemblée en cinq alinéas et celui du Sénat en sept alinéas, pas moins de deux cents trente-six mots distincts : huit remplacés, cinquante retranchés et cent soixante-quatorze ajoutés. C'est assez dire que le texte de l'article 36-1, à l'article 1<sup>er</sup> du projet n'est pas, à ce jour, « en termes identiques » entre les deux assemblées, tant s'en faut.

Dès lors, il est peu probable que, dans ces conditions, le projet de révision qui forme un tout en trois articles : l'article 1<sup>er</sup> et 1<sup>er</sup> bis sur l'état d'urgence et l'article 2 sur la déchéance de nationalité, aille beaucoup plus loin : selon l'article 89 de la Constitution, passer au référendum de l'alinéa 2 ou à la majorité qualifiée des trois cinquièmes du Congrès de l'alinéa 3, pour l'adoption, suppose de franchir, au préalable, l'écueil de l'alinéa 1<sup>er</sup> sur la délibération. Et ce n'est pas demain la veille du franchissement de ce cap des tempêtes, à bord d'un rafiot démâté et rafistolé qui prend l'eau de toutes parts. Pour dire les choses plus prosaïquement, le Président de la République a tenté un coup politique et la manœuvre a échoué : il y a toujours un risque à bousculer et à instrumentaliser le droit, en particulier l'écrit constitutionnel, fragile et retors.

Si l'on se rapporte à l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle pour tenter de comprendre enfin ce que le pouvoir exécutif : « Le Président de la République, sur proposition du Premier ministre »<sup>31</sup> a bien pu vouloir, à l'occasion de la révision en cours, alors on est frappé par une contradiction majeure entre ne rien faire de plus et en faire bien davantage :

– d'une part, ne rien faire de plus lorsque l'exposé des motifs vient nous dire que l'inscription dans la Constitution des conditions d'engagement de l'état d'urgence, aux alinéas 1<sup>er</sup> et 3 de l'article 36-1 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 », sans tenir grand compte des garanties données par le droit européen, celui de l'Union et de la Convention qui ne s'encombrent guère du droit constitutionnel français si les libertés fondamentales étaient durablement ou excessivement méconnues par un nouvel état d'urgence et même par l'état d'urgence actuel<sup>32</sup> ;

– d'autre part, en faire bien davantage car donner un fondement constitutionnel au régime de l'état d'urgence serait nécessaire pour la modernisation de ce régime, ce qui est démenti par la loi du 20 novembre 2015 renforçant l'efficacité de la loi du 3 avril 1955 modifiée.

À la vérité, constitutionnaliser l'état d'urgence n'est ni parfaitement inutile ni absolument nécessaire et, dans son état actuel, sinon définitif, la révision en cours<sup>33</sup>, à la supposer poursuivie, se résume en deux propositions : voilà une réforme pour peu d'objet (I) et de peu de contenu (II).

## I. Une réforme pour peu d'objet

La réforme entreprise porte sur un état d'urgence déjà constitutionnalisé : il s'agit donc, à cet égard, d'une réforme inutile (A). Mais, elle comporte, tout de même, un apport au droit constitutionnel positif, en faveur de l'extension du contrôle parlementaire dans le cadre de l'état d'urgence (B).

31. Const., art. 89, al. 1<sup>er</sup>.

32. On rappelle ici que le droit européen, celui de l'Union ou de la Convention, se conçoit volontiers comme un droit supra-constitutionnel. À supposer que la route de la défense des libertés fondamentales soit constitutionnellement coupée à Paris – et elle ne l'est pas – elle serait alors déviée vers Luxembourg ou Strasbourg : la dérogation en vigueur à la Convention en cas d'état d'urgence (Conv. EDH, art. 15) n'est tout de même pas, sans limite temporelle ou matérielle, hors de tout contrôle par la Cour européenne.

33. Contre ce projet de révision, on mentionnera deux articles de vulgarisation dans la presse quotidienne, en forme de tribunes libres : Olivier Beaud « Il ne faut pas constitutionnaliser l'état d'urgence », *Le Monde*, 1<sup>er</sup> déc. 2015 et Olivier Gohin, « Non à l'état d'urgence inscrit dans la Constitution », *L'Opinion*, 16 déc. 2015.

## A. Une réforme inutile pour constitutionnaliser l'état d'urgence

Ce que le droit écrit ne dit pas, le juge peut avoir à le dire et, si on peut discuter du caractère écrit ou non de la jurisprudence, on ne peut pas douter de son caractère normatif. L'état d'urgence a été rarement confronté à la Constitution pour la raison que le contrôle effectif de constitutionnalité des lois ordinaires ne remonte guère, par voie d'action, qu'à la conjonction de la décision de juillet 1971 sur la liberté d'association<sup>34</sup> et de la révision d'octobre 1974 sur la saisine parlementaire<sup>35</sup> et, par voie d'exception initiale, à la révision de juillet 2008 et à sa mise en application par la loi organique subséquente de décembre 2009<sup>36</sup>. C'est ainsi que, par voie d'action, la loi de prorogation de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie a été connue du Conseil constitutionnel qui s'est prononcé par décision du 25 janvier 1985. Mais, tel n'a été le cas ni de la loi de prorogation du 18 novembre 2005, ni de celles des 20 novembre 2015 ou du 19 février 2016. Pourtant, saisir une juridiction en droit n'est pas faire acte politique. Lorsque, pour la première fois, il a déféré une loi devant le Conseil constitutionnel, le Président de la République se montrait-il, se démontrait-il opposé au développement considérable et utile des moyens du renseignement, en France ? Non, il aura eu le souci des libertés fondamentales et veillé, à ce titre, au respect de la Constitution, comme il en a la mission permanente<sup>37</sup>.

Qui peut croire qu'un député, d'ailleurs pénalement protégé par son irresponsabilité « dans l'exercice de ses fonctions »<sup>38</sup>, se rend coupable de terroriste ou devient complice de terroristes, en déclenchant un contentieux contre une loi qui contribue, à sa mesure, à la lutte contre le terrorisme ? Un peu de courage tout de même lorsque l'État de droit est en débat, voire en cause, est-ce beaucoup demander ? Et quel juriste ne voit, du reste, l'intérêt qu'il y aurait eu à faire contrôler la loi du 20 novembre 2015, y compris à l'initiative de l'une ou l'autre des deux autorités exécutives, y compris en urgence de droit, à la demande du Gouvernement, ou de fait, à l'initiative du Conseil constitutionnel ? Sur la base de la décision rendue par voie d'action, le Président de la République aurait su quoi mettre exactement dans son projet de révision sur l'état d'urgence et, au surplus, la voie de l'exception d'inconstitutionnalité aurait pu être définitivement et complètement coupée : obtenir par une seule saisine deux réponses magistrales, voilà qui aurait valu la peine d'y penser. On s'autorise à dire ici que le président de la commission des lois y avait pensé. Mais, il n'était alors ni autorité saisissante, à lui seul, ni encore membre de l'exécutif. Dès lors, à la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* (conformité), seule

34. CC, 16 juil. 1971, *Liberté d'association*, déc. n° 71-44 DC, *Rec.* 29.

35. Loi const. du 29 oct. 1974.

36. Const., art. 61-1 et loi org. 10 déc. 2009.

37. Const., art. 5, al. 1<sup>er</sup> préc. et CC, 23 juil. 2015, *Renseignement*, déc. n° 2015-713 DC.

38. Const., art. 26, al. 1<sup>er</sup>.

décision rendue par voie d'action, il faut ajouter, à ce jour, trois décisions rendues par voie d'exception initiale :

- la décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D.* sur les assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence (conformité) ;
- la décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme* – on dira *Ligue des droits de l'homme I* – sur la police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence (conformité) ;
- la décision 19 février 2016 – Décision n° 2016-536 QPC du même jour et du même requérant – on dira *Ligue des droits de l'homme II* – sur les perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence (non conformité partielle).

Or, en droit constitutionnel, que nous disent ces décisions ?

– d'une part, que l'état d'urgence, pour ne pas être expressément visé par la Constitution de 1958, n'a pas été « abrogé » par cette Constitution (déc. 1985, consid. 4) ou, plus généralement, selon les quatre décisions, n'a pas été « exclu » par cette Constitution<sup>39</sup> ;

– d'autre part, que l'état d'urgence contribue, dans le cadre de la compétence qui est celle du législateur (art. 34), à « opérer », selon la décision de 1985, « la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public » (consid. 3) ou à « assurer », selon les trois décisions suivantes de 2015-16, « la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République » (mêmes consid.).

Entre 1985 et 2015-16, l'ordre des facteurs est inversé et chacun des facteurs est bien précisé. Mais, globalement, cela ne change rien car le résultat est le même : il n'est pas nécessaire que l'état d'urgence soit constitutionnalisé pour qu'il soit constitutionnel.

## **B. Une réforme visant à consolider l'extension du contrôle parlementaire**

Toutefois, il faut bien observer que la modification ou, plutôt, la modernisation de la loi du 3 avril 1955, à l'occasion de la loi du 20 novembre 2015 de prorogation de l'état d'urgence décrété, en métropole et en Corse, c'est-à-dire en métropole, le 14 novembre 2015 et étendu, dans le 18 novembre suivant, à l'outre-mer assimilé, Saint-Pierre-et-Miquelon exclu, a été l'occasion de développer le contrôle parlementaire, étendu, hors Constitution ou loi organique ou règlement d'assemblée, à la mise en œuvre de l'état d'urgence : en effet, la loi prévoit l'insertion, dans la loi du 3 avril 1955, d'un article 4-1 ainsi rédigé :

39. *Nouvelle-Calédonie*, déc. 1985, consid. 3 ; *Assignations à résidence*, déc. 2015, consid. 8 ; *Police des réunions et lieux publics*, déc. 2016-I, consid. 3 et *Perquisitions et saisies administratives*, déc. 2016-II consid. 5.

« 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. ». Il y a là, dans un contexte de parlementarisme fortement et strictement rationalisé (ou, plutôt, re-rationalisé) une prescription législative qui étend le contrôle parlementaire au-delà ce que prévoit la Constitution, en temps normal et qui peut trouver, dans une prescription constitutionnelle, une consolidation intéressante à défaut de contrôle de constitutionnalité par voie d'action, dirigé contre la loi du 20 novembre 2015.

Est-il utile, voire nécessaire de lever une insécurité juridique par la révision de la Constitution ? Non car une telle question d'un supplément de contrôle parlementaire, dans le cadre de l'état d'urgence, n'est guère préoccupante ou même gênante dès lors qu'elle ne relève pas régulièrement d'un moyen d'inconstitutionnalité retenu sur voie d'exception initiale : elle touche, en effet, à l'organisation des pouvoirs publics, et non aux « droits et libertés que la Constitution garantit ».

Toutefois, par sécurité juridique dans l'avenir, notamment en cas de loi modificative de la loi de 1955, le projet de loi constitutionnelle reprend, mot à mot, l'article 4-1 précité de la loi du 3 avril 1955 modifié à l'alinéa 4 de l'article 36-1. Ce texte, tel qu'adopté par l'Assemblée nationale, le 10 février, n'est pas bouleversé par le Sénat, le 22 mars : « L'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai par le Gouvernement des mesures prises au titre de l'état d'urgence. À leur demande, le Gouvernement leur transmet toute information complémentaire relative à ces mesures ». En revanche, sur amendement d'origine parlementaire et par une phrase ajoutée au texte de l'article 36-1, c'est aux règlements des assemblées par l'Assemblée nationale ou à la loi organique par le Sénat<sup>40</sup> que, pour le surplus, il est renvoyé pour ce contrôle parlementaire dans le cadre de l'état d'urgence, c'est-à-dire à des normes dont la conformité à la Constitution est obligatoirement vérifiée<sup>41</sup>.

Entre-temps, l'interdiction de dissolution de l'Assemblée nationale, introduite en commission<sup>42</sup>, a disparu du texte adopté par les députés. En revanche, la réunion de plein droit du Parlement, prévue par la « petite loi » du 10 février est maintenue<sup>43</sup>, à l'issue de la première lecture par les sénateurs, le 22 mars, mais amplifiée par un nouveau dispositif mal rédigé qui renforce considérablement le contrôle parlementaire : en effet, il devient permanent pendant toute la durée de l'état d'urgence, que la session soit de plein droit et donc ordinaire ou, le cas échéant, exceptionnelle, ou que la session soit extraordinaire : « Pendant la durée de l'état d'urgence, une proposition de loi ou de résolution ou un débat relatifs à l'état d'urgence sont inscrits par priorité à l'ordre du jour à l'initiative

40. L'amendement adopté par le Sénat rejoint ici, au fond, la proposition 10 faite par le comité Balladur, dans son rapport de 2007.

41. Const., art. 61, al. 1<sup>er</sup>.

42. Décalque de l'art. 16, al. 5.

43. Décalque de l'art. 16, al. 4.

de la conférence des présidents de chaque assemblée ou d'au moins deux groupes parlementaires pendant la session ordinaire ou une session extraordinaire ou, le cas échéant, pendant une réunion de plein droit du Parlement ».

## II. Une réforme de peu de contenu

Mais, la réforme entreprise ne poursuit le seul objectif de la constitutionnalisation du contrôle parlementaire sur l'application de l'état d'urgence. Par le contenu de l'état d'urgence à l'article 36-1, elle entend maintenir, dans ce temps de crise, le point d'équilibre entre deux exigences constitutionnelles : la sauvegarde de l'ordre public et le respect des libertés fondamentales. À cet effet, le projet de révision complète le régime de l'état d'urgence, par des dispositions constitutionnelles qui sont envisagées contre trop de sécurité (A) et/ou – cela revient au même – pour plus de liberté (B).

### A. Les dispositions constitutionnelles contre trop de sécurité

C'est autour de l'ordre public que l'état d'urgence est construit, le Sénat ayant enfin dissipé l'écran de fumée du péril imminent résultant de calamités publiques, ce qui – soit dit en passant – provoque une différence de définition peu heureuse entre l'état d'urgence tel qu'il demeure légalement défini et l'état d'urgence tel qu'il serait constitutionnellement déterminé.

Cet ordre public, il passe par des mesures de police administrative, ce qui constitutionnalise une notion qui conduit à retenir le juge compétent : le juge administratif, plus précisément le juge des référés administratifs<sup>44</sup>, et le fond applicable : le droit administratif des actes et de la responsabilité. Or, la notion de police administrative est délicate, en tant qu'elle ne se distingue pas si facilement de celle de police judiciaire. Ainsi, dans sa décision du 22 décembre 2015, le Conseil constitutionnel nous donne de la police administrative une définition extensive qui n'est pas raccord avec la jurisprudence sur le critère finaliste, retenue depuis 1951<sup>45</sup> : l'« assignation à résidence (...) est une mesure qui relève de la seule police administrative et qui ne peut donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions »<sup>46</sup>. Il en est de même en matière de perquisitions administratives<sup>47</sup>. Autrement dit, la police administrative n'est plus la prévention de l'atteinte à l'ordre public, mais la prévention

44. Loi du 3 avr. 1955 modif., art. 14-1.

45. Ce Sect., 11 mai 1951, *Consorts Baud*, Rec. 205 ; S. 1952.3.13, concl. J. Delvolvé, note R. Drago ; TC, 7 juin 1951, *Consorts Noualek*, Rec. 636, concl. J. Delvolvé.

46. CC, 22 déc. 2015, *M. Cédric D*, déc., n° 2015-527 QPC, consid.5.

47. CC, 19 févr. 2016, *Ligue des droits de l'homme II*, déc. n° 2016-536 QPC, consid. 4. : « ces mesures de perquisition, qui relèvent de la seule police administrative, y compris

de la commission d'une infraction pénale : la police administrative avance et comble tout l'espace qui sépare le trouble commis et l'infraction commise et la police judiciaire recule d'autant. Pour reprendre la célèbre affaire *Friedel*<sup>48</sup>, lors du contrôle d'identité, la police judiciaire ne commencerait donc plus avec le doute sur l'identité du contrôlé, mais seulement avec la certitude de l'usurpation d'identité par le contrôlé.

Or, sur la nature des mesures de police administrative, comme l'initiateur du projet de révision, la délibération du projet par les députés comme par les sénateurs n'en dit pas plus et elle n'ajoute rien, ce qui est déjà beaucoup au regard du caractère extensif de la compétence des autorités administratives – le texte les dit « civiles »<sup>49</sup>. L'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle en énonce précisément quelques-unes, de façon implacable et anxiogène :

- contrôle d'identité sans nécessité de justifier de circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public et, le cas échéant, visite des véhicules, avec ouverture des coffres ;
- retenue administrative, sans autorisation préalable, de la personne présente dans le domicile ou le lieu faisant l'objet d'une perquisition administrative ;
- saisie administrative d'objets et d'ordinateurs durant les perquisitions administratives.

Cet inventaire ne met pas l'eau à la bouche, mais la peur au ventre des démocrates quand ils savent que, déjà nombre d'assignations à résidence ou perquisitions administratives n'ont rien à voir avec la lutte nécessaire contre les terroristes réels ou même supposés, mais concernent des militants écologistes ou syndicalistes ou encore de mouvances radicalisées de gauche ou de droite dont l'exercice des droits d'expression, de réunion ou de manifestation ne constitue, par lui – même, ni une atteinte grave à l'ordre public ni même un risque d'une telle atteinte, sous le contrôle du juge administratif des référés<sup>50</sup>.

Or, l'exposé des motifs d'une loi n'est pas la loi et une telle démarche est vaine, car vouée à l'échec, dès lors que le texte de l'article 36-1 du projet ne détermine, par lui-même, aucun contenu à l'une quelconque de ces mesures : ni il ne constitutionnalise telle ou telle mesure de police administrative ni il ne garantit que la loi qui fixe telle ou telle mesure, sera, de droit, conforme à la Constitution. Autrement dit, se contenter de dire que la loi fixe les mesures de police administrative prises sous le régime de l'état d'urgence, en prétendant

---

lorsqu'elles ont lieu dans un domicile, ne peuvent avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ».

48. Crim., 5 janv. 1973, *Friedel*, *Bull. crim.* n° 7, p. 15.

49. Il s'agit ici de confirmer *a contrario*, de façon implicite, mais nécessaire, que l'état d'urgence, contrairement à l'état de siège, n'est pas régi par les autorités militaires.

50. Sur les abus, dérives, débordements ou détournements de l'état d'urgence, l'avis de la CNCDH du 18 févr. 2016.

pouvoir ainsi surmonter telle ou telle jurisprudence constitutionnelle contraire<sup>51</sup>, ne distraît pas, bien entendu, une telle loi du contrôle de constitutionnalité et ne donne, à l'évidence, aucune solution de fond au contrôle de constitutionnalité. Dès lors, comme en temps normal et sous l'incidence de la décision du Conseil constitutionnel en date 5 août 1993, le contrôle d'identité en état d'urgence devra être encore justifié par des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public même si l'on conçoit sans peine que la marge de l'administration soit plus grande parce qu'alors, ces circonstances sont grandement plus particulières.

Pourtant, plus par affichage que par prudence, le Sénat a entendu transposer, à leur sujet, la jurisprudence constitutionnelle qui n'est pas sans recouper les jurisprudences administrative et européenne sur ce point et à cet effet. Comme, dans sa décision n° 2015-535 QPC *Ligue des droits de l'homme I* du 19 février 2016, le Conseil constitutionnel précise « que, d'une part, tant la mesure de fermeture provisoire des salles de spectacle, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature que sa durée doivent être justifiées et proportionnées aux nécessités de la préservation de l'ordre public ayant motivé une telle fermeture ; que, d'autre part, la mesure d'interdiction de réunion doit être justifiée par le fait que cette réunion est “*de nature à provoquer ou entretenir le désordre*” et proportionnée aux raisons l'ayant motivée ; (...) que le juge administratif est chargé de s'assurer que chacune de ces mesures est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit » (consid. 8), de même, dans l'état actuel de la révision constitutionnelle, issu de la première lecture devant le Sénat<sup>52</sup>, « les mesures de police administrative pouvant être prises par les autorités civiles pour prévenir ce péril sont strictement adaptées, nécessaires et proportionnées ».

Or, si l'écrit se contente de recopier la jurisprudence, c'est que le prétendu « marbre de la Constitution », pour reprendre une expression de l'exposé des motifs, n'est, en réalité, qu'une ardoise, celle qui permet si largement et si inutilement de recopier, à l'article 36-1, l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 3 avril 1955. Au demeurant, cela ne saurait suffire : la copie de toutes les données informatiques auxquelles il aura été possible d'accéder au cours de la perquisition administrative, assimilable à une saisie, doit être entourée de garanties légales que la loi modificative du 20 novembre n'a pas prévues, sans que cette inconstitutionnalité soit surmontée par l'article 36-1 en projet<sup>53</sup>.

51. Hypothèse initiée par la loi const. du 25 nov. 1993 en ce qui concerne le droit d'asile.

52. Dans son état définitif si, comme il est probable, la révision en cours s'arrête là, l'opposition entre les deux assemblées étant insurmontable.

53. CC, 19 févr. 2016, *Ligue des droits de l'homme II*, déc. n° 2016-536 QPC, motivation : consid. 14 et dispositif : art. 1<sup>er</sup>.

## B. Les dispositions constitutionnelles pour plus de liberté

Mais, l'inconstitutionnalité retenue dans la décision *Ligue des droits de l'homme II* du 19 février 2016 n'est pas confortée non plus. Il est cohérent, pourtant, qu'éviter trop de sécurité implique de promouvoir plus de liberté, au titre d'une exigence de démocratie à l'appui de laquelle l'exposé des motifs invoque et l'article 2 de la Déclaration de 1789 sur la sûreté – on laisse de côté la résistance à l'oppression – et l'article 66 sur la liberté individuelle dont l'autorité judiciaire est gardienne. À la vérité, ce rapprochement entre sûreté et liberté individuelle n'est pas fortuit parce qu'il résulte de la combinaison des alinéas 1<sup>er</sup> et 2 de l'article 66, la liberté individuelle, c'est seulement l'interdiction de l'internement arbitraire dans le cadre d'une mesure privative de liberté, de la compétence devenue strictement limitée du juge pénal. Pour le Conseil constitutionnel et de façon constante depuis le revirement de sa jurisprudence, en 1998, sont donc écartées de la compétence de l'autorité judiciaire les libertés personnelles que sont aussi l'inviolabilité du domicile, le droit au respect de la vie privée face aux perquisitions et la liberté d'aller et de venir face aux assignations<sup>54</sup>.

Dès lors, affirmer, à l'alinéa 3 de l'article 36-1 en projet, dans le texte du Sénat, qu'« il ne peut être dérogé à la compétence que l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, tient de l'article 66 », c'est réitérer, sans utilité aucune, l'alinéa 2 de l'article 66 de même objet et de même effet : à droit constant, il n'en serait autrement que si l'autorité judiciaire devenait ou, plutôt, redevenait la gardienne des libertés individuelles, comme pendant quarante ans. Ceci posé, le publiciste ne dira pas que le juge administratif, notamment le juge des référés administratifs, n'est pas devenu le gardien indépendant et impartial des libertés personnelles quand elles sont méconnues par des mesures de police administrative, restrictives de ces libertés.

Il reste que le Sénat a précisé, contre l'Assemblée, que la prorogation de l'état d'urgence par le législateur ne peut être autorisé que « dans la stricte mesure où la situation l'exige », le texte dit ensuite, de même, « si les conditions de l'état d'urgence sont réunies », ce qui, à défaut, ouvrirait au Conseil constitutionnel la possibilité de censurer une telle loi. Par ailleurs, cette prorogation n'est plus pour quatre mois (Assemblée), mais pour trois mois (Sénat), tout en étant renouvelable indéfiniment dès lors, toutefois, que le péril imminent pour l'ordre public se maintient, avant l'échéance de trois mois sans prorogation ou avant que la loi ou le décret en conseil des ministres ne puisse y mettre fin. Or, le péril imminent, compris tout de même, avec bienveillance, par les juges constitutionnel et administratif, non comme une menace sérieuse, mais comme le risque accompli, ne

---

54. Comme l'aura déploré le premier président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, lors de sa remarquable audition par la commission des lois du Sénat, le 1<sup>er</sup> mars 2016.

saurait, en tout cas être, sous le contrôle du juge constitutionnel porté sur la loi ou les lois de prorogation de l'état d'urgence, par voie d'action ou d'exception initial, le péril durablement réalisé, une sorte d'état de crise permanent, en particulier dans la mise hors état de nuire des terroristes, de leurs réseaux ou de leurs moyens, passés les premiers temps de cet état d'application exceptionnelle.

Il est ainsi fort douteux que, par confusion du principe et de l'exception, soit constitutionnelle une loi sur un état normal, en France, déclaré de temps à autre, entre deux états d'urgence. Mais, on doit manier l'ironie avec circonspection. On est loin de maîtriser toutes les données dans une matière aussi grave et qu'il n'est pas interdit de penser que l'état d'urgence, en mars 2016, est encore utile, voire nécessaire, quelques jours après les attentats survenus à Bruxelles ou l'attentat déjoué à Argenteuil. Restons donc modestes et sachons garder confiance dans les autorités de police administrative qui, du ministre de l'Intérieur au gendarme mobile, contribuent efficacement, selon les résultats déjà obtenus, à la sécurité publique, en veillant à préserver, autant que possible – et c'est possible – les libertés personnelles de parfaits innocents qui n'ont rien à craindre ou de victimes potentielles qui ont tout à espérer d'une lutte efficace contre des criminels de masse, ignorants et lâches.

**En conclusion**, on rappellera qu'il y a un point-limite dans le régime d'application exceptionnelle qu'est l'état d'urgence : aussi graves que soient les attentats terroristes sur le territoire national, aussi nombreux qu'ils soient, aussi fréquents qu'ils soient, rien ne justifie que la sauvegarde de l'ordre public bascule dans l'arbitraire et que les libertés fondamentales soient inutilement ou durablement écartées. Bien entendu, l'État de droit n'est ni un état de carence ni même un état de faiblesse dans la défense de la démocratie. Et, jamais, une démocratie n'a cédé au terrorisme. En novembre 2015, près d'un an après l'attentat du *Bataclan*, il était grand temps de recourir aux procédures et moyens que la loi Bourguès-Maunoury de 1955, déjà largement remaniée, donne suffisamment et efficacement sans qu'il soit nécessaire, en l'état, que la Constitution les donne à son tour : qu'importe le niveau de la norme, pourvu qu'elle s'impose à tous, y compris son contenu, tant que l'interprétation paralysante du juge est évitée<sup>55</sup>. Or, l'État français a enfin régi, vite et bien, comme il a encore à le faire dans la durée, à l'intérieur, si nos frontières sont rétablies, comme à l'extérieur, si notre action en Syrie devient cohérente.

Mais, dans l'exercice du pouvoir, ce qui est à craindre, par dessus tout, c'est le détournement de pouvoir. L'exécutif a donc à réagir sous le contrôle régulier du

---

55. Autrement dit, *a contrario*, la constitutionnalisation de l'état d'urgence n'aurait eu de sens, en 2016, que pour surmonter, avec un contenu précis, une jurisprudence hostile ou déviante ou même méfiante du Conseil constitutionnel, à l'appréciation du pouvoir de révision. Tel n'est pas le cas depuis sa décision ancienne et de principe n° 85-187 DC du 25 janv. 1985 préc.

Parlement et sous le contrôle effectif du juge. On ne lutte pas pour la démocratie sans la démocratie, mais avec les moyens sécuritaires que la démocratie admet et permet. Le droit public, celui de la puissance publique, a la force de cette mutabilité pour être le droit de la crise, cette zone grise devenue si large entre le blanc de la paix que nous ne voyons plus et le noir de la guerre que nous verrons peut-être. Encore faut-il que, pour la Nation française à protéger et pour tous les mobilisés à leur poste, y compris dans cette salle qui porte, à dessein, le nom du professeur Burdeau<sup>56</sup>, la démocratie, en France, ne soit jamais un acquis, mais reste toujours un enjeu.

---

56. Georges Burdeau (1905-1988), auteur notamment de *La Démocratie*, ouvrage publié aux éditions du Seuil, en 1969, a été le premier directeur du Centre de préparation à l'administration générale de Paris, lors de son rattachement à la nouvelle Université de Paris II, en 1970. Ce Centre est devenu Institut en 1985. On renvoie aussi aux tomes 7 à 9 de son magistral *Traité de science politique* à la LGDJ, 1966-1976.