

Cycle de conférences de l'étude annuelle pour 2021 sur les états d'urgence

Conférence inaugurale « Les états d'urgence : pour quoi faire ? »

**Palais-Royal,
Mercredi 14 octobre 2020**

Ouverture de Bruno Lasserre, Vice-président du Conseil d'Etat¹

Monsieur le Premier ministre,
Mesdames et Messieurs les parlementaires,
Monsieur le procureur général,
Madame la professeure,
Mesdames et Messieurs qui nous regardez sur votre écran,
Chers collègues et chers amis,

Je suis très heureux d'ouvrir ce nouveau cycle de conférences qui accompagneront, tout au long de l'année, la confection de la prochaine étude annuelle du Conseil d'Etat consacrée aux états d'urgence.

Je suis très attaché à ces conférences qui réunissent régulièrement des décideurs publics, des universitaires, des représentants de l'administration et des responsables associatifs et économiques dans un esprit de dialogue et d'écoute réciproque. Cette diversité des expériences et des points de vue nourrit la réflexion du Conseil d'Etat et détermine la pertinence de ses études ; elle lui permet de rester en contact avec la société qu'il sert ; en un mot, grâce à elle, le Conseil d'Etat respire. Je tiens donc à remercier très chaleureusement Bernard Cazeneuve, François Molins et Monique Canto-Sperber qui nous font l'honneur et le plaisir d'intervenir aujourd'hui et tenteront de répondre à la question suivante : les états d'urgence, pour quoi faire ?

Cette question est d'une actualité particulière : nous sortons en effet progressivement d'un état d'urgence sanitaire institué pour faire face à l'épidémie de Covid-19² ; et lorsque cette

¹ Texte écrit en collaboration avec Guillaume Halard, magistrat administratif, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'Etat

² Ce discours a été prononcé quelques heures avant que le Président de la République annonce sa décision de réactiver l'état d'urgence sanitaire

pandémie s'est déclarée, nous sortions difficilement d'un état d'urgence sécuritaire déclaré quatre ans plus tôt en réaction aux attentats du 13 novembre 2015. Sur les cinq dernières années, nous en aurons passé la moitié en état d'urgence. Est-ce à dire que l'état d'urgence est en voie de devenir un mode normal de gouvernement ?

Il est vrai que les états d'exception ne sont pas nouveaux, que les grands Etats de droit connaissent tous, sous une forme ou sous une autre, des dispositifs juridiques permettant de déroger au droit commun pour surmonter des menaces d'une gravité particulière. Ces régimes d'exception n'en ont pas moins suscité d'intenses controverses sur l'articulation du droit et de la politique, et le paradoxe d'un droit qui organise lui-même son effacement continue de poser au juriste de redoutables questions théoriques³. Il est vrai, également, que les crises terroristes et sanitaires, quoique de natures différentes, ont en commun la violence avec laquelle elles se sont manifestées. Il fallait agir vite, et fort. Mais était-il absolument nécessaire de s'écarter du cadre juridique normal en déclarant l'état d'urgence ?

Cette question n'est pas rhétorique. En la posant, je n'ai pas la réponse, et je suis pleinement conscient des immenses difficultés avec lesquelles sont aux prises les responsables politiques confrontés à de telles situations. Mais l'Etat de droit souffre d'un recours trop fréquent aux régimes d'exception : les droits et libertés s'en trouvent affaiblis, même si l'on peut toujours soutenir⁴, avec Montesquieu, que c'est pour la bonne cause, les citoyens ne perdant « leur liberté pour un temps que pour la conserver pour toujours⁵ ». Surtout, que reste-t-il de la légitimité de l'Etat si chaque crise met à la fois en évidence son incapacité à y faire face dans un cadre normal et son impuissance à anticiper sa survenance ? Pourra-t-on juger exceptionnelles – et donc justifiant un régime de crise – les catastrophes climatiques dont la question n'est depuis longtemps plus de savoir si, mais quand elles arriveront ?

S'intéresser aux états d'exception amène ainsi à s'interroger sur la nature et le cadre juridique des régimes de crise : pourquoi et comment y entre-t-on, quels contrôles s'appliquent, comment en sort-on ? Mais cela mène aussi à scruter, en négatif, le fonctionnement des pouvoirs publics en période normale, car au fond, l'état d'exception ne fait qu'exprimer leurs limites.

Quatre conférences et une année de travaux ne seront pas de trop pour tenter de répondre à ces questions et aux autres qui émergeront à mesure que se précisera la réflexion. En guise d'ouverture, je vous propose de jalonner le sujet des états d'urgence en tentant, d'une part, de situer les états d'urgence dans le cadre plus général des régimes d'exception (I), en exposant d'autre part les contrôles dont ils font l'objet et les problèmes que suscite leur utilisation récurrente dans la période récente (II).

³ Pour une présentation générale de ces questions théoriques, voir D. Dyzenhaus, « L'état d'exception », in M. Troper et D. Chagnollaude (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, tome 2, p. 737 et s.

⁴ Bernard Stirn écrivait par exemple en 2016 : « Ne nous y trompons pas. Les ennemis des libertés sont l'intolérance, le fanatisme, la barbarie. Comme l'ensemble des mesures législatives adoptées pour lutter contre le terrorisme, l'état d'urgence est un ami sur lequel les libertés peuvent avoir besoin de compter. » (<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/lutte-contre-le-terrorisme-etat-d-urgence-et-etat-de-droit>)

⁵ Montesquieu, *L'Esprit des lois*, 1748, Livre XI, ch. 6

*

*

*

I. En premier lieu, on remarque que les régimes de crise, dont les états d'urgence institués en France sont une expression particulière, révèlent un paradigme commun en dépit des formes variables qu'ils peuvent prendre selon les époques et selon les pays

A. Les régimes d'exception reposent en effet sur des fondements communs

1. La dictature romaine, dont l'invention semble due au besoin d'un commandement unifié dans les temps de crise militaire⁶ a, la première, permis d'explicitier les raisons pour lesquelles il est parfois nécessaire de s'écarter du cadre juridique applicable en temps normal. Cette institution essentiellement coutumière visait à préserver la République dans les circonstances de troubles intérieurs ou extérieurs : on trouve là un fondement commun à tous les états d'exception, qu'on peut qualifier de droit d'un Etat à sa propre sauvegarde, ou droit de légitime défense. Notons que l'institutionnalisation de l'exception a été admise sans difficulté chez les Romains⁷, qui n'y voyaient pas tant une faille de l'Etat de droit autorisant l'arbitraire qu'un moyen indispensable d'éviter le chaos, dont la menace latente fut à l'origine d'un grand nombre de mythes sociaux et religieux⁸. Plusieurs siècles plus tard, ces justifications seront adaptées à l'Etat moderne en construction : le but premier des régimes d'exception n'est plus au premier chef la défense de l'ordre et de l'Etat, mais de la liberté qu'ils sont censés garantir. Si la liberté peut être limitée, c'est seulement en vue de la liberté elle-même. Montesquieu, que je cite une nouvelle fois, « avoue[ra] que l'usage des peuples les plus libres qui aient jamais été sur terre [lui] fait croire qu'il y a des cas où il faut mettre, pour un moment, un voile sur la liberté, comme l'on cache les statues des Dieux⁹ ». Rousseau ajoutera des considérations tenant à l'impossibilité, pour le législateur, de tout prévoir, en jugeant qu'il « ne faut pas vouloir affermir les institution politiques jusqu'à s'ôter le pouvoir d'en suspendre l'effet¹⁰ ».

2. Les Romains, Montesquieu et même Rousseau : les états d'urgence peuvent se parer de cautions plutôt recommandables. Et pourtant, les justifications générales que je viens de rappeler n'ont jamais suffi. Plus que par leur finalité, qui bute sur une hypothèse non juridique difficilement discutable – la nécessité – les régimes d'exception sont en effet justifiés par leurs limites. Car ils sont toujours à la fois permissifs et restrictifs, sans quoi leur inclusion dans un système politique fondé sur la séparation des pouvoirs n'est pas possible. Pour Cicéron par exemple, le pouvoir ne pouvait être concentré dans les mains d'un seul qu'à la triple condition d'être confronté à une crise, qu'une autre instance en ait décidé et que l'étendue de ce pouvoir soit équilibrée par la brièveté du mandat¹¹. La suspension de l'*Habeas Corpus*, votée avant et

⁶ V° B. Manin, « Le paradigme de l'exception », publié dans *La Vie des idées* le 15 décembre 2015

⁷ F. Saint-Bonnet, « L'Etat d'exception. Présentation de l'ouvrage *L'Etat d'exception*, Paris, PUF, 2001 », *Revue juridique de l'Ouest*, 2004, p. 234

⁸ V° A. Pierré-Claps, « L'état d'exception dans la Rome antique », *Civitas Europa*, 2016/2, n° 37, p. 339

⁹ Montesquieu, *L'Esprit des lois*, XII, 19

¹⁰ J.-J. Rousseau, *Du Contrat social*, IV, 6

¹¹ Cicéron, *Des lois*, III, 3, 9

après la Révolution de 1689, n'a pour sa part été admise qu'en tant qu'elle était autorisée par le Parlement, soumise au contrôle rétrospectif des tribunaux et limitée à une période d'un an renouvelable. En France, les débats qui ont présidé à l'élaboration des lois sur l'état de siège¹² se sont eux aussi concentrés sur son encadrement : qui peut le déclarer et à quelles conditions, comment en limiter la durée bien que l'on ne sache pas, dès le début, quand cessera la crise ? Sans aller plus loin dans l'analyse historique, on observe que par-delà les contextes, un régime d'exception est compatible avec l'Etat de droit si, et seulement si, il est autorisé, soumis à des conditions permettant de vérifier que les circonstances l'exigent, et temporaire.

3. Les différents régimes de crise inscrits dans le droit français sont conformes à ce paradigme, identifié par Bernard Manin¹³. L'article 16 de la Constitution vaut autorisation, il prévoit explicitement les conditions dans lesquels le Président de la République peut y recourir et des garanties sont prévues pour assurer le contrôle des citoyens, du Parlement et, passé un certain délai, du Conseil constitutionnel. L'état de siège permet le transfert de pouvoirs de police de l'autorité civile à l'autorité militaire : là encore, la loi prévoit les conditions de son utilisation – un péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée est nécessaire –, le décret par lequel il est déclaré doit déterminer sa durée d'application¹⁴ et la Constitution de 1958 subordonne sa prorogation au-delà de douze jours à une autorisation du Parlement. En vertu de la théorie des circonstances exceptionnelles, élaborée par le Conseil d'Etat à la fin de la Première Guerre mondiale, l'autorité administrative ne peut déroger aux règles normales de compétence, de forme et d'objet des actes administratifs que si des « nécessités » et des circonstances de temps et de lieu particulières le justifient¹⁵. Le champ, les conditions et la durée de la dérogation sont ainsi strictement délimités et sanctionnés par le contrôle de proportionnalité du juge administratif.

B. C'est dans ce cadre que s'inscrivent les états d'urgence, régimes d'exception législatifs qui, depuis leur institution, ont été utilisés pour faire face à des crises diverses

1. Jusqu'à la loi du 23 mars 2020¹⁶, l'état d'urgence désignait exclusivement le régime issu de la loi du 3 avril 1955¹⁷. Conforme en cela à la tradition française du légicentrisme, il s'agit d'un dispositif permanent prévu par la loi. Mais contrairement à la législation sur l'état de siège, louée pour avoir été élaborée par anticipation¹⁸, à froid, hors de tout contexte de crise et donc de la pression des événements, la loi de 1955 est une loi de circonstances, rédigée à la hâte et en réaction à la menace spécifique résultant de l'insurrection algérienne. Deux principaux motifs ont été avancés pour justifier cette loi : le premier est classique et tient à

¹² Lois du 9 août 1849 et du 3 avril 1878 relative à l'état de siège. Le régime législatif est aujourd'hui codifié aux articles L. 2121-1 à L. 2121-8 du code de la défense.

¹³ B. Manin, « Le paradigme de l'exception », préc.

¹⁴ Article L. 2121-1 du code de la défense

¹⁵ CE 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. 651, GAJA 2019, 22^{ème} éd., n° 29 ; CE 28 février 2019, *Dames Dol et Laurent*, Rec. 208, GAJA, 22^{ème} éd., n° 31. V° par ailleurs l'article de J. Massot, « Le Conseil d'Etat face aux circonstances exceptionnelles », *Les Cahiers de la justice*, 2013, p. 27

¹⁶ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19

¹⁷ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

¹⁸ V° par exemple T. Reinach, *De l'état de siège*, Paris, François Pichon, 1885, p. 272 et s. et P. Romain, *L'état de siège politique*, Albi, Librairie des Orphelins-Apprentis, 1918, p. 16 et s. (cités par B. Manin, « Le paradigme de l'exception », préc.)

« l'insuffisance des moyens de droit qui n'ont pas été conçus pour des périodes insurrectionnelles¹⁹ » ; le second tient à la réticence des responsables politiques alors au pouvoir à recourir à l'état de siège, d'abord car cela aurait empêché les autorités civiles de poursuivre une politique de développement vue comme un moyen de maintenir l'Algérie française, ensuite car le gouvernement misait sur un étouffement rapide du FLN, enfin car on ne souhaitait ni légitimer les nationalistes en leur conférant un statut de militaire, ni donner l'impression que l'Algérie était une puissance étrangère. Et c'est ce même souci de ne pas distinguer l'Algérie du reste du territoire français qui a poussé le gouvernement d'Edgar Faure, prenant le relai de Pierre Mendès France, à instituer ce régime général, permanent et applicable à tout le territoire français²⁰.

En vigueur pendant trois mois, du 28 août au 30 avril 1955, l'état d'urgence s'est ensuite détaché de ses racines intimes et a été déclaré dans quatre contextes différents : celui de la guerre d'Algérie, après le mouvement du 13 mai 1958 et à la suite du Putsch des généraux – l'état d'urgence étant finalement utilisé pour réprimer les adversaires des insurgés – ; celui des troubles survenus en Nouvelle-Calédonie et dans les îles françaises du Pacifique entre 1985 et 1987 ; celui des émeutes qui ont enflammé les banlieues en 2005 ; et enfin, à partir de 2015, celui des attentats terroristes.

2. Le texte de 1955 s'est maintenu dans notre droit, mais il a évolué. Les conditions de son déclenchement n'ont jamais varié : il faut soit « un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit (...) [des] événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique²¹. » Entre 1955 et 2015, les principales modifications ont résulté de l'ordonnance du 17 avril 1960²² qui a transféré du législateur vers le Président de la République le pouvoir de déclarer l'état d'urgence, tout en prévoyant qu'au-delà de douze jours, sa prorogation ne peut être autorisée que par loi qui doit alors fixer sa durée définitive. Après 2015, ce sont surtout les pouvoirs dévolus au ministre de l'intérieur et aux préfets qui ont été modifiés : certains, obsolètes, ont été heureusement supprimés, comme ceux permettant le contrôle des médias ; d'autres ont été ajoutés, comme la possibilité de dissoudre certains groupements²³ et de procéder plus facilement à des contrôles d'identité ; d'autres, enfin, ont été précisés, comme les assignations à résidence²⁴ et les perquisitions administratives²⁵, dont les régimes ont été refondus en profondeur afin, notamment, de se conformer à la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁶. Le contrôle parlementaire a par ailleurs été considérablement renforcé, le Gouvernement étant dorénavant tenu d'informer sans délai l'Assemblée nationale et le Sénat des mesures prises pendant l'état d'urgence et de leur transmettre copie de tous les

¹⁹ Ces termes figurent dans l'exposé des motifs de la loi

²⁰ L'exposé de la genèse de la loi est présenté par S. Thénault, « L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi », *Le Mouvement Social*, 2007, n° 218, p. 63 et s.

²¹ Article 1^{er} de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

²² Ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence

²³ Article 4 de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015

²⁴ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions ; loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

²⁵ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 ; loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 ; loi n° 2017-258 du 28 février 2017

²⁶ En particulier les décisions n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017 sur les assignations et résidence et n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016 sur les perquisitions administratives.

actes édictés sur ce fondement, ces assemblées pouvant requérir toute information complémentaire dans le cadre de leurs missions de contrôle et d'évaluation²⁷.

Ainsi adapté, testé et passé au crible du contrôle de constitutionnalité, l'état d'urgence s'est peu à peu imposé comme un régime d'exception central de nos institutions, autonome et disponible pour parer à des menaces de nature diverses.

3. L'état d'urgence sanitaire institué pour faire face à l'épidémie de coronavirus est lui aussi issu d'une loi de circonstances préparée en urgence. Mais c'est précisément la raison pour laquelle le Sénat a refusé d'en faire un régime permanent : la loi du 23 mars inscrivant l'état d'urgence sanitaire dans notre droit deviendra en effet caduque le 1^{er} avril 2021²⁸, à charge pour le Parlement de le pérenniser après l'avoir évalué²⁹. On peut saluer cette décision, d'autant plus pertinente que la nécessité d'instaurer un nouveau régime d'exception n'était pas évidente : l'exposé des motifs et l'étude d'impact de la loi restent à cet égard assez sibyllins, et la doctrine est divisée sur cette question³⁰. N'aurait-on pas pu agir sur le fondement des dispositions existantes du code de la santé publique et, le cas échéant, compter sur la théorie des circonstances exceptionnelles ? Le Gouvernement a d'ailleurs visé les « circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie » pour justifier le confinement imposé par le décret du 16 mars 2020. Et si le Conseil d'Etat a relevé, dans son avis sur la loi du 23 mars, qu'un cadre organisé et clair d'intervention était juridiquement utile face à la catastrophe, il est évident que cette loi était également utile d'un point de vue politique, car invoquer l'état d'urgence, c'est sonner la mobilisation et montrer qu'on agit³¹.

Sur le fond, l'état d'urgence sanitaire s'inspire clairement de la loi de 1955, aussi bien dans ses modalités de déclenchement et de déroulement – il faut un décret en Conseil des ministres constatant une « catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population », les prorogations au-delà d'un mois doivent être autorisées par la loi et de telles lois doivent fixer la durée de ces prorogations – que dans l'étendue des pouvoirs donnés au Premier ministre, qui peut prendre par décret toute une série de mesures « aux seules fins de garantir la santé publique ». Remarquons enfin que le législateur a jugé bon de préciser que toutes les mesures de police prises au titre de l'état d'urgence devraient être nécessaires et proportionnées : ce rappel de la jurisprudence classique du Conseil d'Etat est sans doute lié à

²⁷ Article 4-1 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence telle que modifiée par les lois n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 (art. 4) et n° 2016-987 du 21 juillet 2016 (art. 2)

²⁸ Article 7 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19

²⁹ Ceci a conduit certains auteurs à considérer que l'état d'urgence sanitaire a été créé à titre expérimental (V° J. Petit, « L'état d'urgence sanitaire », AJDA 2020. 833)

³⁰ Par exemple, *en faveur* d'une loi instituant un nouvel état d'urgence sanitaire : D. Truchet, « Covid-19 : point de vue d'un administrativiste sanitaire », publié sur le blog de *Jus Politicum* (<http://blog.juspoliticum.com/2020/03/27/covid-19-point-de-vue-dun-administrativiste-sanitaire-par-didier-truchet/>), qui invoque principalement la tradition française de droit écrit ; D. de Béchillon (<https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/le-conseil-detat-refuse-dimposer-le-confinement-total-mais-impose-un-durcissement-de-la-reglementation-sur-les-sorties-et-les-marches-couverts/>), qui estime qu'il est « démocratiquement bon sur le principe que le Parlement soit impliqué dans l'édiction de mesures aussi restrictives pour les libertés quotidiennes », tout en reconnaissant qu'il aurait certainement été possible de surmonter la crise sans l'intervention de la loi. *Contre* cette loi : P. Cassia, « L'état d'urgence sanitaire : remède, placebo ou venin juridique ? », 24 mars 2020, *blog Mediapart*), qui considère qu'une telle législation ne devrait être votée qu'en temps calme.

³¹ V° ce qu'en disait l'ancien ministre de la justice, J.-J. Urvoas, « [Dans la crise que nous vivons, le contrôle parlementaire peut et doit s'exercer](#) », Interview dans *L'opinion*, 23 mars 2020

l'approfondissement du contrôle du juge constitutionnel, en particulier grâce à la question prioritaire de constitutionnalité, qui incite le législateur à encadrer et justifier toujours plus rigoureusement, dans l'énoncé de la norme elle-même, les dispositifs qu'il institue.

Si l'état d'urgence sanitaire a été élaboré sur le modèle de l'état d'urgence de la loi de 1955, les contextes dans lesquels ils ont été mis en œuvre sont très différents : l'état d'urgence sécuritaire a toujours été dirigé contre un nombre très réduit de personnes suspectées de représenter une menace pour l'ordre public. Avec l'état d'urgence sanitaire, ce sont tous les Français qui ont été concernés par les restrictions de liberté ; la liberté de tous a été limitée pour protéger la santé de tous. Le Gouvernement et le juge ont ainsi dû opérer une conciliation entre droits et libertés fondamentales spécifique. La ligne de crête était encore plus étroite.

II. Et l'on observe en effet – c'est le second temps de cet exposé – que le contrôle des états d'urgence n'a cessé de s'approfondir pour tenir compte des risques qu'ils recèlent pour l'Etat de droit. Ce mouvement n'a toutefois pas empêché que des inquiétudes et interrogations nouvelles émergent dans la période récente

A. Les contrôles juridictionnels encadrent aujourd'hui strictement le recours aux états d'urgence

1. L'intervention du Conseil constitutionnel a, en premier lieu, été décisive à plusieurs égards. Il a d'abord confirmé l'existence de l'état d'urgence dans notre ordre juridique en estimant que la Constitution de 1958 n'avait pas eu pour effet d'abroger implicitement la loi de 1955³². Par d'importantes décisions, il a ensuite précisé le cadre constitutionnel de l'état d'urgence, l'adaptant aux exigences de la Déclaration de 1789 par de nombreuses réserves d'interprétation³³ et n'hésitant pas, lorsque cela s'imposait, à censurer certaines de ses dispositions³⁴. Il a également contrôlé la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire en veillant à l'équilibre de la conciliation opérée par le législateur entre, d'une part, l'exigence constitutionnelle de protection de la santé et, d'autre part, le respect des droits et libertés fondamentaux. A ce titre, il a par exemple encadré la mise en place des traitements de données à caractère personnel de nature médicale aux fins de traçage ainsi que le régime des mesures de quarantaine et d'isolement³⁵, ou encore souligné que la prolongation de la détention provisoire pendant le confinement ne pouvait se faire sans l'intervention du juge judiciaire³⁶.

³² Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et ses dépenses, le Conseil constitutionnel a écarté le moyen tiré de l'abrogation implicite de la loi du 3 avril 1955 par la Constitution de 1958, sans se prononcer sur la constitutionnalité de cette loi.

³³ V° en particulier la décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, et la décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*

³⁴ Par exemple la décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*, par laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de la 2nde phrase du 3^{ème} alinéa du paragraphe I l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 (relatif aux perquisitions administratives), dès lors que « les données auxquelles il aura été possible d'accéder dans les conditions prévues au présent article peuvent être copiées sur tout support » ; ou sa décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, *M. George F.* par laquelle il a déclaré que les dispositions du 1° de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 telles qu'issues de l'ordonnance du 15 avril 1960 (autorisant les perquisitions de jour comme de nuit) étaient contraires à l'art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

³⁵ Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020

³⁶ Décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, *M. Sofiane A. et autres*

2. Gardien de la liberté individuelle³⁷, le juge judiciaire s'est lui aussi trouvé en première ligne pour contrôler la mise en œuvre des états d'urgence, en particulier après les attentats de 2015. Il a orchestré tout le volet pénal de la lutte contre le terrorisme, prenant le relai de l'autorité administrative dont le rôle reste essentiellement préventif. Cela l'a notamment amené à opérer un contrôle approfondi sur la légalité des mesures de police administrative qu'elle avait prononcées, le juge judiciaire jouant un rôle déterminant au service de l'Etat de droit. Il a également veillé au respect des mesures de police prononcées au titre de l'état d'urgence en poursuivant ceux qui ne s'y conformaient pas. Et pendant l'état d'urgence sanitaire, l'autorité judiciaire s'est notamment prononcée sur plusieurs questions de principe concernant les prolongations de détention provisoire³⁸.

3. Mais la jurisprudence la plus fournie est venue du juge administratif, juge naturel des décisions prises l'exécutif dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique³⁹.

Je commencerai par évoquer le contrôle de la déclaration de l'état d'urgence. C'est à vrai dire un contrôle délicat car l'état de nécessité échappe au moins partiellement à l'interprétation juridique. Quelque précises que soient les conditions de déclenchement d'un état d'urgence, leur interprétation relève en effet essentiellement du politique : car peut-on caractériser rationnellement l'existence d'un « péril imminent » ou d'une « catastrophe » sanitaire ? Ces notions appartiennent au registre de la sensation voire, comme le soutient François Saint-Bonnet⁴⁰, de l'esthétique, si bien qu'elles se prêtent mal à un contrôle juridictionnel strict. Sans soutien populaire, sans le sentiment partagé de la nécessité, le Président de la République ne peut pas s'arroger les pleins pouvoirs ou déclarer l'état d'urgence. En la matière, le contrôle le plus efficace, c'est le contrôle politique. Et c'est bien le sens des garanties de transparence prévues par les régimes d'état d'urgence : je l'ai dit, l'exécutif doit informer sans délai le Parlement des mesures qu'il prend, et la loi du 23 mars 2020 l'oblige à rendre publiques les données scientifiques qui ont motivé sa décision de déclarer l'état d'urgence sanitaire⁴¹.

Ceci étant dit, le Conseil d'Etat s'est estimé compétent pour contrôler le décret déclarant l'état d'urgence⁴², comme il l'avait déjà fait pour la décision de recourir à l'état de siège⁴³. Mais il s'agit d'un contrôle restreint qui reflète la large marge d'appréciation dont dispose, de fait, le chef de l'Etat pour prendre une telle décision. Les mêmes considérations déterminent la manière dont le juge contrôle son refus d'y mettre fin⁴⁴. Je crois d'ailleurs que l'intervention du juge sur

³⁷ Article 66 de la Constitution

³⁸ Cass., crim., 26 mai 2020 (4 arrêts), n° 971, 973, 974 et 977

³⁹ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987

⁴⁰ F. Saint-Bonnet, « L'état d'exception et la qualification juridique », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 6, 2007, p. 29 et s.

⁴¹ L'article 16 de la Constitution prévoit pour sa part, de manière tout à fait notable, que lorsque le Président de la République s'arroge les pleins pouvoirs, « il en informe la Nation par un message ».

⁴² CE, Ass., 24 mars 2004, *Rolin et Boisvert*, n° 286834, 287218

⁴³ CE, Ass., 23 octobre 1953, *Huckel*, Rec. p. 452

⁴⁴ CE 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, n° 287777, qui juge que le silence de la loi sur les conditions de mise en œuvre de la faculté reconnue au Président de la République de mettre fin à l'état d'urgence "par décret en conseil des ministres" ne saurait être interprété, eu égard à la circonstance qu'un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui dans un Etat de droit sont par nature limités dans le temps et dans l'espace, comme faisant échapper ses modalités de mise en œuvre à tout contrôle de la part du juge de la légalité

les refus de suspension de l'état d'urgence a plus de chances de mettre sous tension le Gouvernement et donc de produire un effet utile : car plus le temps passe, et plus le juge a les moyens d'évaluer la menace en la comparant à celle qui prévalait au moment de la déclaration. Après les émeutes de 2005, le juge des référés du Conseil d'Etat a ainsi pu envoyer un message au Gouvernement en précisant, dans une ordonnance du 9 décembre, que « comme le soulign[aient] les requérants, les circonstances qui [avaient] justifié la déclaration d'urgence [avaient] sensiblement évolué⁴⁵ ». C'était clairement signaler qu'il était prêt à contredire un refus de suspension si le Gouvernement ne mettait pas lui-même fin à l'état d'urgence, ce qu'il fit sans tarder, le 4 janvier suivant.

L'approfondissement du contrôle juridictionnel a surtout concerné les mesures de police prises sur le fondement de l'état d'urgence. Le Conseil d'Etat a d'abord cessé de considérer que ces mesures relevaient d'une « haute police » justifiant un large pouvoir discrétionnaire du Gouvernement : d'un contrôle très restreint⁴⁶, il est passé au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁴⁷ puis au contrôle de proportionnalité⁴⁸.

L'approfondissement est ensuite passé par l'adaptation du contrôle du juge des référés au contexte de l'état d'urgence. Une présomption d'urgence a, d'une part, été créée en ce qui concerne les assignations à résidence⁴⁹, renforçant l'effectivité des référés⁵⁰ pour ces mesures particulièrement restrictives de liberté. D'autre part, le juge du référé-liberté s'est détaché du critère de l'atteinte manifeste pour exercer un véritable contrôle de proportionnalité⁵¹. Cette relative liberté prise avec le texte légal⁵² est justifiée par le fait que le référé est la seule voie de droit vraiment pertinente pour contrôler les décisions prises au titre de l'état d'urgence et qu'il est aujourd'hui inenvisageable qu'elles ne fassent pas l'objet d'un contrôle poussé.

Mais l'intervention du juge des référés ne suffit pas lorsque les mesures en cause ont déjà produit leurs effets : ainsi les perquisitions administratives qui, dans la pratique, sont exécutées avant que le juge puisse être saisi. Dans un tel cas, le Conseil d'Etat s'est assuré que la puissance publique puisse être utilement condamnée à réparer les dommages causés par ses agissements illégaux dans le cadre d'un recours en responsabilité : l'Assemblée du contentieux⁵³ a ainsi rappelé que toute illégalité affectant une perquisition était constitutive d'une faute et précisé qu'une faute simple suffisait à engager la responsabilité de l'Etat. Un régime de responsabilité sans faute, pour rupture d'égalité devant les charges publiques a également été établi au bénéfice des tiers non liés à la personne dont le comportement a justifié la perquisition. A la vérité, sur ces points, cette décision s'imposait, mais elle a le mérite de

⁴⁵ CE 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, préc.

⁴⁶ CE, Ass., 16 décembre 1955, *Dame Bourokba*, Rec. p. 590

⁴⁷ CE 25 juillet 1985, *Mme Dagostini*, Rec. p. 226

⁴⁸ CE 11 décembre 2015, *M. Domenjoud*, n° 395009

⁴⁹ CE 11 décembre 2015, *M. Domenjoud*, préc.

⁵⁰ V° L. Dutheillet de Lamothe & G. Odinet, « L'urgence dans tous ses états », AJDA 2016. 247

⁵¹ V° G. Odinet, « Le rôle du juge administratif dans le contrôle de l'état d'urgence », *Les Cahiers de la justice*, 2017, p. 275

⁵² Article L. 521-2 du code de justice administrative : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »

⁵³ CE, Ass., 6 juillet 2016, *M. Napol et autres*, *M. Thomas et autres*, n° 398234, 399135

rappeler l'essentiel : les états d'urgence sont par nature temporaires, le moment de la reddition des comptes est toujours situé dans un avenir prévisible. Recourant à la théorie des incitations, Dicey voyait dans ce contrôle rétrospectif du juge, « siégeant dans le calme et la sécurité après qu'on a mis fin à l'émeute⁵⁴ », une garantie de premier ordre contre les abus que les pouvoirs publics seraient tentés de commettre pendant l'état d'exception.

Ces décisions suffisent à montrer que le contrôle juridictionnel exerce une contrainte réelle et forte sur l'exécutif en période d'état d'urgence.

Pour mémoire, entre le 14 novembre 2015 et le 25 février 2016, au plus fort de la crise terroriste, le Conseil d'Etat avait ainsi été saisi de 111 requêtes concernant dans 80 % des cas des assignations à résidence : 20 d'entre elles avaient débouché sur une suspension totale ou partielle et 22 sur un non-lieu en raison d'une abrogation en cours d'instance. Dans plus d'un tiers des cas, la mesure contestée avait donc été remise en cause, soit par le juge, soit par le ministre, aiguillonné par le contentieux. Pendant la crise sanitaire, le Conseil d'Etat a été saisi de plus de 300 requêtes en référés : le Gouvernement a constamment été mis sous tension et sommé de justifier ses mesures dans le prétoire du juge. Aussi, dès que le risque a commencé à décroître, le Conseil d'Etat a par exemple suspendu les interdictions de manifester⁵⁵ et de se rassembler dans des lieux de culte⁵⁶ laissées en vigueur sur le fondement de la loi du 23 mars.

On le voit donc, les états d'urgence restent strictement arrimés à l'Etat de droit par les deux cordes de rappel qui le contraignent : le contrôle politique du Parlement et des citoyens d'une part, le contrôle juridictionnel, exercé principalement par le juge administratif, d'autre part.

B. Ces contrôles ne suffisent toutefois pas à nous rassurer complètement, et le recours de plus en plus fréquent aux états d'urgence ainsi que la mutation des menaces qu'ils servent à combattre renouvellent les questions sur leur justification et leur utilité

1. La première question, qui sera au cœur de la conférence du 16 juin prochain, est la suivante : comment sort-on d'un état d'urgence⁵⁷ ? Nous avons vu que le caractère temporaire des états d'exception est une condition *sine qua non* de leur compatibilité avec l'Etat de droit. La doctrine du Conseil d'Etat est constante à cet égard, il n'a cessé de le rappeler au contentieux⁵⁸ comme dans ses avis sur les textes instituant ou prorogeant des états d'urgence : « l'état d'urgence reste un état de crise qui est par nature temporaire [et] ses renouvellements ne sauraient par conséquent se succéder indéfiniment⁵⁹ ».

⁵⁴ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8ème éd. (1915), Indianapolis, liberty Classics, 1982, ch. V, p. 140 et s.

⁵⁵ CE 13 juin 2020, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 440846, 440856, 441015

⁵⁶ CE 18 mai 2020, *M. W. et autres*, n° 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590

⁵⁷ Ce sujet a fait l'objet d'un colloque organisé à Bordeaux par le Centre d'études et de recherches comparatives sur les constitutions, les libertés et l'état (CERCLE) dont les actes, éclairants, ont été publiés récemment (P. Gervier (dir.), *La sortie de l'état d'urgence*, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie, LGDJ, 2020)

⁵⁸ CE 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 396220 : « Un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui, dans un Etat de droit, sont par nature limités dans le temps et dans l'espace »

⁵⁹ Conseil d'Etat, 2 février 2016, Avis sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, p. 2

On observe toutefois à quel point il peut être difficile, politiquement, de décider la sortie d'un état d'urgence. On ne passe jamais en un jour du risque maximum au risque zéro. Peut-on même jamais être sûr que la menace a disparu, ou tout du moins suffisamment baissé pour renoncer aux pouvoirs exceptionnels qu'elle a jusqu'alors justifiés ? *Quid* si, demain, un nouvel attentat est perpétré ? Comment expliquer que cela n'ait pas d'incidence sur la décision de se replacer dans le cadre juridique normal ?

Le retour en arrière est toujours plus délicat que l'entrée en état d'urgence, et le Gouvernement peut alors donner l'impression qu'il va tout d'un coup cessé de protéger les citoyens, qu'il se désarme. Souvent d'ailleurs, il y est d'autant moins incité que nous nous accoutumons vite aux restrictions de liberté : aujourd'hui, un confinement n'est plus aussi inimaginable qu'il l'était il y a quelques mois... nous porterons peut-être encore le masque à la fin de ce cycle de conférences... et cette accoutumance est encore plus aisée lorsque les restrictions de liberté ne concernent qu'un tout petit nombre de personnes, comme les assignations à résidence et perquisitions administratives ordonnées durant l'état d'urgence terroriste.

2. Cette difficulté est très certainement liée à la nature des menaces qui ont justifié, dans la période récente, le recours aux états d'urgence. Le terrorisme n'est pas un phénomène isolé, subit et provisoire : l'histoire met au contraire en évidence des « vagues⁶⁰ » de terrorisme qui ne sont pas liées à des organisations uniques et identifiables, dépassent en général les frontières nationales et étendent leurs effets sur une ou plusieurs générations. Or l'état d'exception est-il la bonne réponse à une menace permanente ? On peut en douter, car lorsque le péril imminent ayant motivé la déclaration de l'état d'urgence trouve sa cause dans une menace permanente, c'est à des instruments pérennes qu'il convient, en bonne logique, de recourir. Dans son avis du 2 février 2016 sur la première loi de prorogation de l'état d'urgence, le Conseil d'Etat appelait ainsi le Gouvernement à « répondre à la menace terroriste [en recourant] à l'ensemble des politiques publiques dans les domaines du renseignement, de la sécurité publique, de la défense, de l'éducation, de l'intégration et de la coopération internationale⁶¹ ». La même idée pourrait prévaloir s'agissant de l'épidémie de Covid-19, que peu pensent prête à s'éteindre dans un avenir proche et qui réclame une lutte à tous les niveaux, notamment international. Que dire enfin de la crise climatique à venir, outre que cela fait plus de trente ans que les Etats sont informés du risque et ont eu les moyens d'y parer⁶² ?

⁶⁰ D. C. Rapoport, « The Four Waves of Moderne Terrorism », in D. C. Rapoport (éd.), *Terrorism. Critical Concepts in Political Science*, 4 vols., London, Routledge, 2006, vol. IV, the Fourth Religious Wave, p. 4 (cite par B. Manin, « Le paradigme de l'exception », préc.). Les quatre vagues identifiées par David Rapoport sont la vague « anarchiste » née en Russie dans les années 1880 et qui s'est achevée avec la Première Guerre mondiale ; la vague « anticoloniale » née dans les années 1920 et qui a duré près de 40 ans ; la vague de l'extrême gauche radicale, dans les années 1960 et 1970, avec la Fraction Armée rouge en Allemagne ou les Brigades rouges en Italie ; et la vague « religieuse » qui a commencé avec la Révolution iranienne et qui continue aujourd'hui. 1^{er}

⁶¹ Conseil d'Etat, 2 février 2016, Avis sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, préc.

⁶² Voir le magistral article de N. Rich, « Losing Earth : the Decade We Almost Stopped Climate Change », *The New York Times Magazine*, 1^{er} août 2018 (<https://www.nytimes.com/interactive/2018/08/01/magazine/climate-change-losing-earth.html>)

On comprend ainsi pourquoi, même lorsqu'il est décidé de sortir d'un état d'urgence, les pouvoirs publics ressentent le besoin de pérenniser, dans le droit commun, certaines de leurs dispositions. Je pense à la loi SILT du 30 décembre 2017⁶³, qui a par exemple transféré dans le droit commun les prérogatives exceptionnelles que l'état d'urgence conférait au Gouvernement pour définir des périmètres de protection⁶⁴, ordonner la fermeture temporaire des lieux de culte⁶⁵ ou prescrire certaines mesures individuelles de surveillance⁶⁶. Je pense également au régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire actuellement en vigueur⁶⁷ et qui devrait être prorogé au moins jusqu'au 1^{er} avril 2021⁶⁸.

3. Ceci m'amène à la dernière question : comment fait-on pour ne pas entrer en état d'urgence ? Loin de moi de prétendre que le personnel politique au pouvoir lorsque surviennent des crises sont responsables s'ils n'ont pas su les prévenir. Mais un Etat qui protège est un Etat qui doit se donner les moyens d'anticiper et d'agir de manière conséquente même lorsque les menaces ne sont pas immédiates. Or qu'a-t-on par exemple retenu des crises sanitaires précédentes ? La France a semblé démunie lorsqu'est apparue l'épidémie de coronavirus alors que la crise du SRAS n'était pas si ancienne. En 2018, un rapport parlementaire alertait sur les risques de pénuries de médicaments en Europe, notamment liés à la délocalisation de nos industries pharmaceutiques⁶⁹ : qu'en a-t-on tiré ? Sans une vision à long terme de la gestion des risques qui nous menacent, le recours aux états d'exception à toutes les chances de s'imposer de plus en plus fréquemment. Mais je crains alors que l'Etat ne puisse pas longtemps faire illusion sur sa capacité à protéger les citoyens, car son impuissance en temps normal deviendra trop criante.

*

*

*

Nous le voyons, Mesdames et Messieurs, le problème n'est pas l'existence, dans l'absolu, d'états d'exception, car l'histoire montre – et on peut difficilement le nier – que certaines situations sont si graves qu'elles rendent nécessaire de s'écarter du cadre d'action normal des pouvoirs publics. Il s'agit davantage de s'interroger sur les conditions de leur utilisation, sur les raisons pour lesquelles ils sont de plus en plus souvent décrétés, et sur leur pertinence au regard des menaces auxquelles nous devons faire face. Les questions sont nombreuses et complexes, et cette année de réflexion et d'échanges permettront, je l'espère, d'y répondre. Je suivrai avec attention ces travaux et me réjouis donc d'entendre, pour cette première conférence, les trois intervenants qui nous font le plaisir d'être parmi nous en cette fin d'après-midi.

⁶³ Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme

⁶⁴ Article L. 226-1 du code de la sécurité intérieure

⁶⁵ Articles L. 227-1 et L. 227-2 du code de la sécurité intérieure

⁶⁶ Articles L. 228-A et s. du code de la sécurité intérieure

⁶⁷ Loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire

⁶⁸ Un projet de loi prorogeant le régime transitoire institué à la sortie de l'état d'urgence sanitaire a été enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 septembre 2020

⁶⁹ Rapport d'information (Sénat) de M. Jean-Pierre Decool, fait au nom de la mission d'information sur la pénurie de médicaments et de vaccins, n° 737 (2017-2018) - 27 septembre 2018

Je salue enfin très chaleureusement la section du rapport et des études, en particulier sa présidente Martine de Boisdeffre, son rapporteur général, François Séners et sa nouvelle rapporteure générale adjointe, Marie Grosset, ainsi que l'ensemble des agents mobilisés pour l'organisation de cycle de conférences. Ils sont à la fois les chefs d'orchestre et les instrumentistes de l'étude annuelle : qu'ils en soient remerciés.