



2021

# CONSEIL D'ÉTAT

Les états d'urgence :  
la démocratie sous contraintes

## Étude annuelle 2021

### Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes



72



La  
**documentation**  
Française

dF

# CONSEIL D'ETAT

**Étude annuelle 2021**

**Les états d'urgence :  
la démocratie  
sous contraintes**

L'étude a été approuvée  
par l'assemblée générale  
du Conseil d'État  
le 8 juillet 2021



# Les rapports du Conseil d'État

## Fondateur

---

René CASSIN

## Comité de direction

---

Bruno LASSERRE, vice-président du Conseil d'État.

Martine DE BOISDEFFRE, Jean GAEREMYNCK, Didier-Roland TABUTEAU, Sylvie HUBAC, Rémi BOUCHEZ, Christophe CHANTEPY, Edmond HONORAT, présidents de section,

François SÉNERS, président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études,

Thierry-Xavier GIRARDOT, secrétaire général du Conseil d'État.

## Comité de rédaction

---

*Directeur de la publication* : Martine DE BOISDEFFRE, présidente de la section du rapport et des études (SRE),

*Rédacteurs* : François SÉNERS, président adjoint et rapporteur général de la SRE,

Marie GROSSET, rapporteure générale adjointe de la SRE,

*Secrétaire de rédaction* : Corinne MATHEY, secrétaire de la SRE.

Cette étude a été délibérée en assemblée générale le 8 juillet 2021.



## Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

### **Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)**

- Le droit souple – étude annuelle 2013, n° 64.
- Le numérique et les droits fondamentaux – étude annuelle 2014, n° 65.
- L'action économique des personnes publiques – étude annuelle 2015, n° 66.
- Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016, n° 67.
- Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'«ubérisation» – étude annuelle 2017, n° 68.
- La citoyenneté - Être (un) citoyen aujourd'hui – étude annuelle 2018, n° 69.
- Le sport : quelle politique publique ? – étude annuelle 2019, n° 70.
- Conduire et partager l'évaluation des politiques publiques – étude annuelle 2020, n° 71

### **Collection « Les études du Conseil d'État »**

- Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets, 2014.
- L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », 2014.
- Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises, 2015.
- Directives européennes : anticiper pour mieux transposer, 2015.
- Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, 2016.
- Les règles applicables aux professionnels de santé en matière d'information et de publicité, 2018.
- La prise en compte du risque dans la décision publique, 2018.
- Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ? , 2018.
- Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques ? , 2019.

### **Collection « Droits et Débats »**

- L'accord : mode de régulation du social, n° 20, 2016.
- Entretiens sur l'Europe - Tome 1, n° 21, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit - Tome 1, n° 22, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit - Tome 2, n° 23, 2017.
- Les entreprises publiques, n° 24, 2017.
- Le droit social et la norme internationale, n° 25, 2018.
- Entretiens sur l'Europe - Tome 2, n° 26, 2018.
- L'ordre public - Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 27, 2018.
- Les grands investissements publics, n° 28, 2019.
- Santé et protection des données, n° 29, 2019.
- La fiscalité internationale à réinventer ? , n° 30.
- La régulation économique de la santé, n° 31, 2020.

### **Collection « Histoire et mémoire »**

- Conférences «Vincent Wright» - Volume 2, n° 4, 2015.
- Le Conseil d'État et la Grande Guerre, n° 5, 2017.
- Conférences «Vincent Wright» - Volume 3, n° 6, 2019.

### **Collection « Jurisprudences »**

- Jurisprudence du Conseil d'État 2012-2013, 2014.
- Jurisprudence du Conseil d'État 2014-2015, 2016.
- Jurisprudence du Conseil d'État 2016-2017, 2018.
- Jurisprudence du Conseil d'État 2018-2019, 2021.



# Sommaire

■ LISTE DES ABRÉVIATIONS ET DES ACRONYMES .....	7
■ AVANT-PROPOS .....	9
■ SYNTHÈSE .....	13
■ INTRODUCTION .....	23
<b>1. La construction des états d'urgence – Une notion polymorphe, aux origines lointaines .....</b>	<b>29</b>
1.1. Les « états d'exception » : sauvegarde ou négation de l'État de droit ?	29
1.2. Le régime de l'état d'urgence .....	42
1.3. Les régimes d'exception dans les démocraties contemporaines .....	63
1.4. Les états d'urgence confrontés au droit international .....	73
<b>2. Entre représentation et réalité, la légitimité des états d'urgence ....</b>	<b>79</b>
2.1. La question de la nécessité du recours aux états d'urgence.....	79
2.2. La mécanique des états d'urgence .....	97
2.3. L'efficacité des états d'urgence .....	134
<b>3. Mieux s'organiser pour affronter les situations de crise majeure....</b>	<b>147</b>
3.1. Des états d'urgence mieux définis et circonscrits .....	147
3.2. Une puissance publique mieux organisée pour la mise en œuvre des états d'urgence .....	154
3.3. Des contrôles adaptés aux enjeux spécifiques des états d'urgence ....	171
■ CONCLUSION .....	183
■ LISTE DES PROPOSITIONS DE L'ÉTUDE .....	185
■ FRISE CHRONOLOGIQUE : ÉVÈNEMENTS HISTORIQUES, CADRE JURIDIQUE	189
■ CYCLE DE CONFÉRENCES DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LES ÉTATS D'URGENCE .	193
■ ANNEXES .....	207



L'étude annuelle a été enrichie par de nombreuses auditions et interventions lors des colloques sur le cycle des états d'urgence. Que les participants en soient d'autant plus remerciés que certains d'entre eux étaient alors directement en charge de la gestion de la crise sanitaire. Doivent également être remerciés, pour la transmission de données statistiques et d'analyses, le ministère de la justice s'agissant de la gestion des deux derniers états d'urgence par les juridictions judiciaires, et l'ambassade de France en Suède s'agissant de la gestion de la crise sanitaire par les autorités suédoises.

L'étude a bénéficié de l'appui du comité d'orientation et du groupe de contact (v. listes des membres en annexe) et a été nourrie par les contributions du centre de recherches et de diffusion juridiques (CRDJ) du Conseil d'État pour les études de droit comparé, d'Alexis Goin et Charles-Emmanuel Airy pour l'analyse de la jurisprudence, et d'Henri Plagnol pour les dossiers du participant des conférences du cycle sur les états d'urgence.

Dans le cadre de leur stage à la SRE, Mathieu Baqué, Julien Bidoux Perez, Basile Clerc, Adélaïde Fragner, Alexandre Goddard, Nils Gustau, Hubert Pontnau, Eliott Vatar, Victor Xiberras et Romain Zuniga ont contribué aux recherches et analyses documentaires.



---

# Liste des abréviations et des acronymes

<b>ANSSI</b>	Agence nationale de sécurité des systèmes d'information
<b>ARS</b>	Agence régionale de santé
<b>CARE</b>	Comité d'analyse, recherche et expertise
<b>CCS</b>	Centre de crise sanitaire du ministère des solidarités et de la santé
<b>CDSN</b>	Conseil de défense et de sécurité nationale
<b>CESDH</b>	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
<b>CIC</b>	Centre interministériel de crise Covid-19
<b>CNCDH</b>	Commission nationale consultative des droits de l'homme
<b>CNIL</b>	Commission nationale de l'informatique et des libertés
<b>CORRUSS</b>	Centre opérationnel de régulation et de réponse aux urgences sanitaires et sociales du ministère des solidarités et de la santé
<b>CSP</b>	Code de la santé publique
<b>DINUM</b>	Direction interministérielle du numérique
<b>EHESP</b>	École des hautes études en santé publique
<b>EPRUS</b>	Établissement public de préparation et de réponse aux urgences sanitaires
<b>HFDS</b>	Hauts fonctionnaires de défense et de sécurité
<b>INET</b>	Institut national d'études territoriales
<b>INSP</b>	Institut national du service public
<b>JLD</b>	Juge des libertés et de la détention
<b>JRCE</b>	Juge des référés du Conseil d'État
<b>OMS</b>	Organisation mondiale de la santé

<b>OPECST</b>	Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques
<b>ORSAN</b>	Organisation de la réponse du système de santé en situations sanitaires exceptionnelles
<b>ORSEC</b>	Organisation de la réponse de sécurité civile
<b>OSCE</b>	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
<b>RÉATE</b>	Réforme de l'administration territoriale
<b>RGPP</b>	Révision générale des politiques publiques
<b>SGDSN</b>	Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale
<b>SNDS</b>	Système national des données de santé
<b>TFUE</b>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<b>QPC</b>	Question prioritaire de constitutionnalité



---

# Avant-propos

de Bruno Lasserre,  
vice-président du Conseil d'État

*Les états d'exception ont longtemps fait figure de curiosités cantonnées aux traités de sciences politiques, aux querelles théoriques des juristes et à l'évocation d'événements anciens, fugaces ou lointains. Or depuis les attentats du 13 novembre 2015, la France a vécu plus de la moitié du temps sous un régime d'état d'urgence : d'abord l'état d'urgence dit « sécuritaire » ou « antiterroriste » issu de la loi du 3 avril 1955, ensuite l'état d'urgence sanitaire nouvellement institué pour faire face à l'épidémie de covid-19. Il est vrai que dans l'un et l'autre de ces cas, les catastrophes qui ont justifié le recours à ces régimes de crise étaient particulièrement graves et les défis à relever immenses, interrompant nécessairement le cours de la vie publique. Aussi les responsables politiques devaient-ils y répondre par des actions à la hauteur des circonstances, c'est-à-dire exceptionnelles. Mais était-il pour cela vraiment indispensable de mettre entre parenthèses le fonctionnement normal des pouvoirs publics ? La période récente illustre-t-elle une banalisation de l'exception et, dans l'affirmative, quelles en sont les raisons, et les remèdes ?*

*Ce sont ces questions qui ont initialement déterminé le Conseil d'État à consacrer son étude annuelle pour 2021 aux états d'urgence. Elles étaient à vrai dire latentes dans les réflexions des sections consultatives qui, en particulier depuis 2015, ont examiné tous les projets de loi, d'ordonnance et de décret pris pour définir et mettre en œuvre les deux états d'urgence, ainsi que dans celles de la section du contentieux qui, au gré des innombrables requêtes dont elle a été saisie, n'a cessé d'affiner sa jurisprudence relative à l'entrée, à l'exécution et à la sortie de ces régimes. Le moment est ainsi apparu opportun pour aborder de front ces questions dans le cadre d'une étude et de capitaliser sur cette expérience, comme a coutume de le faire le Conseil d'État – pensons aux études sur la laïcité (2001), la sécurité juridique (2006) ou le droit souple (2013) – dont les trois fonctions, intimement complémentaires, se nourrissent mutuellement et contribuent à renforcer ce que j'appelle l'intelligence collective de cette institution.*

*Opportun, avant tout, car on ne peut plus nier les risques induits par un recours trop fréquent aux états d'urgence. Risques, bien sûr, pour les droits et libertés qui se retrouvent parfois considérablement réduits, quoique le principe de proportionnalité sur lequel a toujours reposé, dans la tradition républicaine, l'articulation entre liberté et sécurité, puisse en réalité suffire à justifier beaucoup des restrictions formellement imposées sur le fondement de ces régimes. Mais risques, aussi, pour la santé et la vitalité de notre démocratie, car se placer sous un régime d'exception revient toujours, d'une part à court-circuiter, au nom de l'urgence et de la nécessité, les canaux démocratiques traditionnels, notamment le Parlement, d'autre part à dire deux choses : que nous ne sommes pas parvenus à anticiper les crises qui nous accablent et que nous ne sommes pas capables d'y faire face avec les moyens dont nous disposons en temps normal. Le recours aux états d'urgence peut alors être analysé comme l'expression de certaines pathologies dont souffre notre pays, comme un symptôme des dysfonctionnements qui empêchent les pouvoirs publics de remplir efficacement leur mission fondamentale de protection de la population et de l'ordre public. Dans ces conditions, il est clair qu'en dépit de l'effet mobilisateur et du sursaut national – réel mais éphémère – que ne manque jamais de susciter la déclaration d'un état d'urgence, plus l'exception sera fréquemment invoquée, plus la confiance dans les institutions, qui cimenter notre vie en collectivité, aura tendance à s'effriter.*

*Il est donc nécessaire que le recours à un état d'urgence reste toujours exceptionnel, encadré et temporaire. Ceci implique, en premier lieu, qu'il soit réservé aux crises les plus graves, aiguës et soudaines, contre lesquelles les outils du droit commun ne sont manifestement pas suffisants. Pour que la notion d'exception garde un sens, déclarer l'état d'urgence ne devrait en effet jamais être qu'une ultime solution. Les pouvoirs publics comme la société civile gagneraient, à cette fin, à développer une véritable culture de l'anticipation et de la prévention des risques que le Conseil d'État au terme de ses travaux, estime encore insuffisante, ou tout du moins améliorable. Ceci suppose, en deuxième lieu, de réfléchir aux moyens d'approfondir les contrôles qui encadrent la mise en œuvre des états d'urgence. Les juges constitutionnel, administratif et judiciaire jouent à cet égard un rôle déterminant pour empêcher les atteintes les plus graves aux libertés fondamentales et garantir le respect de la règle de droit. Mais face à la catastrophe, face à l'urgence, le droit a ses limites, si bien que des contrôles politiques et démocratiques forts sont indispensables, en particulier celui du Parlement, dont les pouvoirs et les missions en période de crise devraient être revalorisés. Enfin, puisqu'un état d'exception n'est acceptable que s'il est limité dans le temps, tout doit être fait, d'une part pour que l'état d'urgence soit avant tout le moment de l'action concrète, sur le terrain, tout entier dirigé vers la gestion de la crise, d'autre part pour qu'on en sorte aussi vite que possible, étant entendu que la question de la sortie de l'état d'urgence est l'une des plus délicates, tant il est difficile, pour les responsables politiques, de ne pas donner l'impression qu'ils désarment alors que le risque zéro n'existe pas : l'état d'urgence est parfois perçu comme une solution, mais il peut rapidement se transformer en un piège politique dont il est, en pratique, très difficile de s'extraire.*



*On le sent, le sujet de cette étude annuelle, sensible et foisonnant, ne se résume pas à des considérations juridiques. Au-delà des institutions et des normes, il interroge notre culture politique et administrative, nos attentes à l'égard des pouvoirs publics, notre sensibilité au risque ou encore notre capacité à vivre en société dans un monde plein d'incertitudes. Le Conseil d'État l'a gardé à l'esprit tout au long de ses travaux, veillant à formuler des propositions pertinentes, concrètes et opérationnelles, sans jamais nier la complexité extrême des problèmes posés aux décideurs publics confrontés à des crises telles que celles que nous avons traversées ces dernières années. Il l'a fait en nourrissant son étude des contributions de personnalités les plus diverses – parlementaires, responsables politiques, membres de l'administration, juges, universitaires, avocats ou encore représentants d'associations – invitées à participer aux conférences organisées au Palais-Royal ou auditionnées par la section du rapport et des études. Il a fouillé dans l'histoire et scruté les exemples étrangers. Il a, en somme, envisagé son étude comme une œuvre ouverte, inscrite dans son temps et dans la société qu'il sert.*

*Pour résumer en deux lignes le message principal du Conseil d'État, et au risque de se répéter, le recours à l'état d'urgence ne devrait donc jamais être qu'une ultime solution, réservée aux crises aiguës et soudaines. Il doit être exceptionnel. Il doit être encadré. Il doit être temporaire.*





## Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes

La présente étude poursuit l'objectif de saisir **l'essence du cadre juridique de l'état d'urgence** au-delà des débats théoriques, de définir les atouts et les inconvénients de ce régime et de formuler des recommandations pour son usage futur.

La **première partie** de l'étude examine en profondeur la notion d'état d'urgence, ses fondements, sa genèse sous la IV<sup>e</sup> République et ses usages de plus en plus extensifs au fil des années, pour parvenir à dessiner ses contours actuels, dans leurs dimensions théorique et pratique, avant de les comparer aux régimes étrangers et de les confronter au droit international. L'analyse philosophique et juridique est l'occasion de redécouvrir les nombreuses controverses qui entourent les états d'exception, tantôt considérés comme des atteintes ou, à l'inverse, des mécanismes de survie de l'État de droit. Elle démontre *in fine* que les états d'exception, lorsqu'ils sont encadrés par la norme, ne sont pas étrangers à cet État de droit mais, bien au contraire, au service de sa préservation. Pour paraphraser le doyen Hauriou, le régime d'exception est une sorte de **légitime défense de l'État** qui l'autorise à user de pouvoirs exorbitants du droit commun lorsque sa survie, ou celle de son peuple, est gravement menacée. A l'instar d'autres cadres juridiques comme la théorie de l'urgence, le régime d'exception permet d'adapter le droit au fait, rappelant que le droit est au service de l'action publique et non l'inverse. Il est, en réalité, une application du principe de proportionnalité. L'analyse historique démontre que ce régime, à la frontière du politique et du droit, **est aux crises contemporaines ce que l'état de siège est à la guerre**. Il a d'ailleurs été instauré pour éviter le recours à l'état de siège aux prémices de la guerre d'Algérie en 1955. Il s'inscrit dans la lignée des régimes d'exception utilisés depuis toujours par les démocraties pour s'armer temporairement en vue de mieux lutter contre une crise majeure. L'analyse comparatiste et internationale atteste que de nombreux pays occidentaux disposent de tels régimes ou législations, même s'ils n'en usent pas tous de la même façon, et que les conventions internationales, notamment la Convention européenne des droits de l'homme, reconnaissent la possibilité pour les États de disposer sous conditions de tels instruments d'exception moyennant quelques garanties. L'état d'urgence, bien qu'il ne soit pas mentionné dans la Constitution, contrairement à l'état de siège et au dispositif de [l'article 16](#), est **ancré, depuis sa**



**création, dans l'État de droit.** Il se caractérise par un accroissement prédéfini des pouvoirs de police administrative au profit du pouvoir exécutif ce qui engendre corrélativement un affaiblissement du pouvoir parlementaire et un déplacement du curseur du principe de proportionnalité au bénéfice de la préservation de la sécurité – entendue au sens le plus large – et au détriment des autres droits et libertés.

L'étude dresse un historique exhaustif de l'ensemble des états d'urgence mis en oeuvre en France depuis la création de ce régime, en insistant particulièrement sur l'état d'urgence antiterroriste et l'état d'urgence sanitaire qui sont analysés chronologiquement et dans le détail. Si ces deux derniers états d'urgence comportent des différences notables concernant les objectifs poursuivis (lutter contre un ennemi/contre un virus), les personnes directement concernées par les mesures prises (quelques individus dissimulés/l'ensemble de la population) et comportent quelques spécificités procédurales – notamment l'instauration d'un conseil scientifique pour l'état d'urgence sanitaire –, ils relèvent de schémas institutionnels similaires, d'architectures temporelles et matérielles identiques, ils se déroulent tous deux sous le regard attentif du juge et ont été validés, dans leur principe, par le Conseil constitutionnel. Au terme de cette première partie, l'état d'urgence apparaît comme **un état d'exception**, moins dérogoire que le régime de [l'article 16](#) de la Constitution et l'état de siège, en ce qu'il n'organise aucun transfert de prérogative au profit d'un pouvoir désigné, et profondément **enraciné dans l'État de droit**. Pour autant, la répétition de son usage suscite des interrogations et appelle une analyse critique.

Pour parvenir à se prononcer sur la pertinence et la légitimité de recourir à ce dispositif, la **deuxième partie** de l'étude analyse la nécessité de recourir aux états d'urgence, les mécanismes qui se mettent en place et leur efficacité.

Pour comprendre les raisons qui poussent à recourir aux états d'urgence, ont été prises en compte les **représentations** qui entourent ce concept et qui influencent les attentes et les craintes des gouvernants et des citoyens. Répondant à un souci toujours plus exacerbé de protection de la vie, ce régime auquel on pourrait prêter un effet quasi-magique semble autant choisi pour des raisons psychologiques que technico-juridiques. La déclaration d'état d'urgence permet, à elle seule, la mobilisation de la Nation fédérée autour de la volonté de sauvegarder la cité. Par l'ampleur que l'état d'urgence confère à la crise contre laquelle il entend lutter, il peut aussi être soigneusement évité lorsque, pour des raisons politiques, il convient, à l'inverse, de minimiser la portée de celle-ci. L'étude analyse ensuite les **éléments déclencheurs de l'état d'urgence**. Réservé aux crises majeures qui menacent le pays, les lois qui encadrent son recours évoquent la survenance d'un « péril imminent », d'une « catastrophe » ou d'une « calamité ». **Dans l'échelle des réponses aux crises, il constitue la plus puissante.** Les crises de faible intensité relèvent d'instruments courants. Les troubles justifiant un état d'urgence doivent également être circonscrits dans le temps. La difficulté vient précisément du fait que la notion de crise est entendue de plus en plus largement et qu'elle est confondue avec celle de menaces alors que ces dernières sont, le plus souvent, pérennes et nécessitent des politiques de long terme. Or, toute menace n'engendre pas une



crise et l'état d'urgence, par nature temporaire, a vocation à répondre à un désordre momentané et non à des dangers qui fragilisent en profondeur la société. Pour établir le bon diagnostic et recourir opportunément à l'état d'urgence, le **recours à une expertise** pluridisciplinaire apparaît indispensable. Tous les pays occidentaux ont eu recours à des instances préexistantes ou ont créé des structures *ad hoc* dans le cadre de la crise sanitaire, illustrant la problématique contemporaine de sociétés confrontées à des problèmes de plus en plus complexes et en quête d'éclairages techniques et scientifiques pertinents pour tout type de crise. L'expertise doit en effet permettre, malgré les positions divergentes auxquelles elle peut parfois conduire, de guider utilement l'action publique.

Le recours à l'état d'urgence n'est par ailleurs pertinent que si aucun instrument de droit commun, qu'il soit opérationnel ou juridique, ne permet d'affronter la crise. L'étude rappelle ce que sont ces instruments – plans opérationnels, droit de l'urgence, théories juridiques... – et analyse leurs limites lorsqu'il s'agit de répondre, de façon suffisamment sécurisante, à la nouveauté de certaines crises. Mais s'il peut être opportun de recourir à un état d'urgence pour répondre à une crise face à laquelle l'État est désarmé, il peut être dangereux de multiplier les régimes *ad hoc*, tant en raison de l'illisibilité que cela peut générer que du risque de superposition d'états d'exception. S'agissant des conditions juridiques de recours à un tel régime, le rôle du juge, qui se limite à un contrôle restreint puisque la décision relève davantage de l'opportunité que du droit, permet de s'assurer que l'état d'urgence n'est pas utilisé de façon manifestement inappropriée.

L'étude se concentre ensuite sur la **mécanique institutionnelle et normative de ce régime**. La forte concentration des pouvoirs au profit du **pouvoir exécutif** pose différentes questions ayant trait, notamment, à l'identification du chef de file au niveau central ou local ou à l'articulation des compétences de l'État, des autorités décentralisées, du secteur privé ou des autorités administratives indépendantes. La détermination du bon niveau de décision et des cadres de coordination dans un paysage institutionnel constellé d'acteurs se révèle délicate. La place du **Parlement**, qui voit son pouvoir de contrôle accru mais son pouvoir de légiférer fortement réduit, est questionnée. S'il n'est pas contestable que le pouvoir exécutif doit bénéficier d'importantes marges de manœuvre pour agir avec souplesse durant la crise, il est indispensable, pour s'assurer de l'adhésion de la population, que le pouvoir parlementaire garantisse le caractère démocratique des décisions les plus sensibles.

Cette mécanique se met également en œuvre sous l'œil permanent des **juges** dont les pouvoirs ont été renforcés par l'instauration du référé-liberté en 2000, s'agissant du juge administratif, et de la QPC en 2008, s'agissant du Conseil constitutionnel. L'étude rappelle combien le contrôle est devenu intense et analyse les critiques qui lui sont néanmoins faites, tenant soit à sa portée, que certains estiment insuffisante, soit, à l'inverse, à son indépendance que d'autres estiment trop marquée. L'étude souligne également l'importance du rôle du juge judiciaire et du dialogue des juges. La problématique de la concomitance du contrôle du juge pénal à l'action de crise qui est apparue durant l'état d'urgence sanitaire est également appréhendée. Si le principe d'égalité devant la loi et le droit au recours



des citoyens doivent impérativement être préservés, force est de constater que la crainte d'une mise en cause pénale a, durant la crise sanitaire, constitué un frein à de nombreuses initiatives.

L'étude consacre d'importants développements aux **bouleversements normatifs** qu'induisent les états d'urgence. Si la hiérarchie des normes ne connaît que quelques aménagements temporaires, les droits et libertés fondamentaux sont, eux, mis à l'épreuve. Les états d'urgence offrent l'occasion de préciser le champ de certaines libertés, voire d'en consacrer de nouvelles. Ils donnent lieu à un déplacement du curseur du principe de proportionnalité, au bénéfice de la protection de la finalité recherchée par l'état d'urgence (protection de l'ordre public ou de la santé publique) et à un nouvel étalonnage de la balance qui détermine les restrictions susceptibles d'être admises. Certains droits et certaines libertés résistent mieux (liberté individuelle, droit d'expression collective) que d'autres (liberté d'entreprendre). Les juges s'efforcent de déterminer des limites aussi nettes que possible. Mais la quête de sécurité juridique, qui préoccupe de nombreux acteurs impliqués dans la gestion de crise, augmente considérablement une inflation normative déjà préoccupante en temps normal, accentuant l'**illisibilité du droit**. Ce phénomène, qui semble difficile à freiner et n'est pas propre à la France, fait craindre par ailleurs que la norme de crise prenne le pas sur l'action de crise.

Après avoir examiné les raisons du recours aux états d'urgence et leur mécanique, la partie analytique de l'étude tente de mesurer l'**efficacité** de ces dispositifs. Malgré les obstacles qui rendent difficile une évaluation très fine, il ressort clairement de la balance coûts/avantages que l'état d'urgence est un outil utile et efficace lorsqu'il est actionné pour des crises majeures, temporaires et pour lesquelles le droit commun n'offre pas de cadre pertinent. En revanche, à mesure que le temps passe, les **effets négatifs** que génère son utilisation dépassent ses avantages : risque de dévalorisation des outils de droit commun et du régime démocratique en temps de crise, risque d'amalgame entre la possibilité d'instaurer des mesures de police administrative restrictives de liberté et la mise en œuvre d'un régime juridique d'état d'urgence, risque de banalisation, par voie de conséquence, de l'outil que constitue l'état d'urgence, risque de déresponsabilisation des acteurs et atteintes excessives aux libertés, fragilisation, à terme, de la cohésion sociale. Les états d'urgence agissent à bien des égards comme des **révélateurs des maux ordinaires**. Ils les exacerbent et les rendent plus visibles. Ainsi en est-il, notamment, de la crise de confiance qui affecte la société française, des insuffisances de la démocratie représentative, de la difficulté de l'ensemble des acteurs à coordonner leurs actions, de la perte d'autonomie stratégique de la France, du recours excessif à la norme, des attentes toujours plus fortes des citoyens envers la justice, de la difficulté d'anticiper les crises et d'inscrire les politiques publiques dans le long terme.

La **sortie du régime d'exception** est l'une des questions les plus délicates. Lorsque les états d'urgence sont utilisés, comme ces dernières années, pour lutter contre des menaces durables, comment faire lorsque la menace persiste ? Si le déclenchement d'un état d'urgence a pour objectif de protéger la population, est-il possible d'en sortir sans donner le sentiment d'abandonner celle-ci à son sort face



à une menace latente ? Ce dilemme rend très difficile la décision politique de sortie des états d'urgence. La solution fréquemment retenue consiste à conférer au pouvoir exécutif, par l'adoption d'une loi de droit commun, applicable hors du cadre de l'état d'urgence, l'usage de quelques prérogatives exceptionnelles durant la période où la menace persiste. Si de nombreux commentateurs critiquent l'introduction dans le droit commun de mesures qui relevaient auparavant de l'état d'urgence, il faut rappeler que l'État de droit n'est pas un *corpus* figé. Il est un « processus dynamique » comme l'a écrit le professeur Jacques Chevalier et doit s'adapter en permanence. L'enjeu essentiel reste celui des limites à ne pas franchir. Il est difficile de les déterminer en valeur absolue ; la mise en place de solides gardes-fous procéduraux et l'effectivité des contre-pouvoirs constituent les garanties les plus pragmatiques. **C'est l'orientation qui inspire les propositions de la troisième partie de l'étude.**

Considérant qu'il est hautement probable que de futures crises, de natures diverses, conduisent les autorités de l'État à envisager de recourir à nouveau à des états d'urgence, le Conseil d'État recommande tout d'abord de préparer cette éventualité par **l'élaboration d'un cadre global, à la fois juridique et opérationnel, destiné, d'une part, à renforcer l'efficacité de l'action des pouvoirs publics confrontés à des crises majeures et, d'autre part, à préserver les principes républicains** qui imposent notamment que l'État de droit ne soit affecté que dans la limite de ce qu'exige la situation d'urgence et pour une courte durée. Un tel cadre doit, de façon primordiale, circonscrire ce qui relève d'un état d'urgence et ce qui, à l'inverse, relève d'autres modalités de gestion de crise ou de situation exceptionnelle.

L'étude suggère d'organiser ce cadre de mise en œuvre des états d'urgence autour de trois axes :

- des états d'urgence mieux définis et circonscrits ;
- une puissance publique mieux organisée pour les mettre en œuvre ;
- des contrôles adaptés aux enjeux spécifiques.

### **1. Des états d'urgence mieux définis et circonscrits.**

Un assez grand flou entoure aujourd'hui ce que peut et doit être un état d'urgence dans notre système juridique et institutionnel. Ce flou a été accentué par la mise en œuvre d'un état d'urgence à des fins sanitaires ; l'abandon du cadre de la loi de 1955, qui était assez cohérent et stable, laisse présager une évolution protéiforme du concept d'état d'urgence au fil du temps et des crises qui surviendront (sécuritaires, sanitaires, technologiques, énergétiques, environnementales ou migratoires). Cela impose de s'accorder sur ce qui fait la pertinence d'un cadre juridique et d'action tel que l'état d'urgence et de sortir de la confusion qui s'est installée entre état d'urgence et gestion de crise, ainsi qu'entre état d'urgence et législation d'exception.



**La mise en œuvre de pouvoirs spéciaux ne nécessite pas à elle seule le déclenchement d'un état d'urgence.** Celui-ci doit être réservé aux situations dans lesquelles les autorités de la République sont brutalement confrontées à un événement imprévu et de haute intensité face auquel les instruments préexistants sont impuissants et qui justifie un renforcement des pouvoirs de l'exécutif pour protéger l'État ou la Nation d'un tel péril. De telles circonstances, qui doivent être distinguées de simples menaces et que la terminologie du code de la défense regroupe sous l'intitulé de crises majeures, ne peuvent être que **rare**s et ne doivent concerner que des **périodes très courtes** pendant lesquelles la puissance publique se dote des armes rendues indispensables. L'étude recommande de ne concevoir le déclenchement d'un état d'urgence que face à une **crise de haute intensité** (« crise majeure ») à laquelle la puissance publique ne peut pas répondre dans le cadre de dispositifs d'action et de régimes juridiques prédéterminés. Elle recommande également de procéder à une **évaluation approfondie** des deux états d'urgence mis en œuvre depuis 2015, en s'attachant tout particulièrement à analyser l'articulation entre les dispositifs de gestion de crise préexistants et les cadres d'action élaborés dans l'urgence pour permettre aux autorités publiques d'affronter les périls concernés. Elle invite par ailleurs le Gouvernement à procéder, secteur par secteur, à un **inventaire des dispositifs juridiques et opérationnels de gestion des crises de grande ampleur** donnant aux autorités publiques des outils permettant de faire face aux crises susceptibles d'être anticipées et à assurer la centralisation, la diffusion et l'actualisation de ces dispositifs afin de constituer un cadre global du droit et de la gestion de crise. Elle insiste enfin sur la nécessité de passer d'une approche réactive à une approche proactive en conduisant des **travaux d'anticipation et de prospective sur l'ensemble des champs susceptibles de donner lieu à des crises majeures**, afin de construire, en amont des événements dramatiques, les schémas d'action de la puissance publique.

## **2. Une puissance publique mieux organisée pour mettre en œuvre les états d'urgence.**

Les états d'urgence de 2015-2017 et 2020-2021 ont mis les administrations publiques à très rude épreuve. Elles se sont révélées, dans l'ensemble, remarquablement résilientes et l'état d'urgence sanitaire, qui a pesé sur la totalité des structures, a permis à nombre de services publics de prouver leur capacité de réactivité, d'innovation et d'efficacité. Les services de santé en ont été des illustrations emblématiques mais, dans beaucoup d'autres secteurs, les équipes administratives ont fait preuve d'une mobilisation qui force le respect.

Il reste que l'état d'urgence sanitaire a révélé que si la France dispose d'une organisation de gestion de crise performante pour gérer des événements localisés ou d'ampleur modérée, **notre organisation est perfectible s'agissant des crises de très grande ampleur**. Les faiblesses résultent, pour partie, d'un manque d'anticipation de certaines catégories d'événements ou de plans insuffisamment élaborés mais, pour partie aussi, d'un défaut d'organisation d'ensemble pour le pilotage de crises relevant des attributions de plusieurs ministères. Ces faiblesses



sont accentuées par l'émiettement des compétences qui a résulté des strates successives de décentralisation et de délégation de services publics à des agences ou opérateurs, ainsi que par une succession de réductions d'effectifs et de moyens qui a fortement affaibli la capacité opérationnelle de l'État. La crise sanitaire de 2020 en a été un révélateur : les logiques de rationalisation et de sobriété de moyens qui ont prévalu depuis trois ou quatre décennies ont progressivement altéré notre capacité à affronter les situations de crise. Pour user de la terminologie militaire, **l'État et ses administrations doivent être réarmés** pour être en capacité de gérer de façon optimale des événements d'une gravité qui justifie le déclenchement d'un état d'urgence.

A la capacité renforcée d'anticipation, précédemment évoquée, doit correspondre, en présence d'une crise de grande ampleur, une **capacité opérationnelle de coordination et de pilotage de l'action publique**. Cette capacité opérationnelle appelle, comme la crise sanitaire de 2020 l'a souligné, la structuration d'un dispositif interministériel plus robuste et, surtout, plus adapté à un commandement par le Premier ministre ou le Chef de l'État. L'étude relève que l'absence d'administration interministérielle de pilotage de politiques publiques est une fragilité intrinsèque et qu'il manque aujourd'hui au dispositif existant de pilotage politique des crises majeures **une administration réellement interministérielle** permettant au Premier ministre et, le cas échéant, au Président de la République, de préparer et suivre les décisions opérationnelles qui leur incombent en période d'état d'urgence ou, de façon plus générale, dans les circonstances qui les conduisent à prendre le commandement d'opérations de gestion de crise. Le Conseil d'État recommande de ne pas créer *ex nihilo* une structure dédiée et de **confier cette fonction nouvelle au SGDSN**, qui est déjà en charge de l'élaboration de plans de gestion de crise et de la préparation des Conseils de défense, et qui devrait, à cet effet, être restructuré et renforcé.

L'étude invite par ailleurs à définir et formaliser, pour l'ensemble des crises majeures susceptibles d'être anticipées, des **schémas d'intervention** définissant des cadres types d'articulation entre les différents niveaux de responsabilité de l'État (central et déconcentré) ainsi qu'entre les compétences de l'État et celles des différentes collectivités territoriales concernées. Elle recommande également de **renforcer la culture étatique de la gestion de crise majeure**, de structurer, pour la mise en œuvre des plans opérationnels de gestion de crises majeures, des états-majors susceptibles d'être installés en urgence et disposant de l'ensemble des moyens matériels nécessaires à leurs missions, de préparer, dans une logique de réserves opérationnelles, des plans de relève ou de remplacement pour ces états-majors et l'ensemble des postes opérationnels prioritaires, d'assurer la formation des cadres et de l'ensemble des opérateurs concernés de l'État et des collectivités territoriales, de définir, en appui de ces plans, des schémas prédéterminés de concours d'opérateurs privés et de préparer l'ensemble des acteurs concernés par les crises majeures dans le cadre d'exercices réguliers.

Le Conseil d'État insiste par ailleurs sur la nécessité, pour les pouvoirs publics, de disposer d'une **organisation de l'expertise publique en temps de crise**. La France dispose d'une grande richesse et d'une grande diversité de scientifiques,



d'experts et de centres ou laboratoires d'analyse et de recherche. Cette situation devrait permettre au pays d'aborder les crises majeures avec une grande capacité à en maîtriser les enjeux et, partant, à éclairer les décideurs et l'opinion. Or les enseignements que l'on tire de l'état d'urgence sanitaire sont aussi que notre organisation est complexe et qu'elle prend insuffisamment en compte les besoins opérationnels, comme d'ailleurs la nécessité de mettre les éléments pertinents à la disposition des médias et des Français. Deux améliorations distinctes doivent être recherchées: la première concerne les autorités politiques et administratives en charge du pilotage opérationnel des crises, la seconde le Parlement, les médias et le corps social dans son ensemble. Pour les premières, c'est la capacité à décider qui doit être privilégiée; pour les seconds, la capacité à comprendre et débattre. L'étude fait des suggestions dans ces deux domaines.

Le Conseil d'État suggère enfin d'intégrer à la présidence française de l'Union européenne, au 1<sup>er</sup> semestre 2022, un plan d'action tirant les enseignements de la crise terroriste et de la crise sanitaire.

### **3. Des contrôles adaptés aux enjeux spécifiques des états d'urgence.**

Même s'il ne dégrade pas l'État de droit et concourt à sa préservation face à des périls graves, l'état d'urgence se traduit inévitablement par un renforcement considérable des prérogatives du pouvoir exécutif, tout particulièrement en matière de police administrative. Pour légitime et temporaire qu'il soit, ce renforcement appelle un équilibre par les contrôles parlementaires et juridictionnels.

#### **Un Parlement garant des équilibres démocratiques.**

Aucune disposition des lois qui régissent les états d'urgence, qu'il s'agisse de celle de 1955 ou de celle de 2020, n'altère les prérogatives parlementaires. Pour autant, l'état d'urgence conjugué au fait majoritaire accentue considérablement le déséquilibre du fonctionnement de la V<sup>e</sup> République au profit de l'exécutif qui bénéficie, en particulier, d'une forte extension du pouvoir de légiférer par ordonnances. Ne pas veiller à ce que le rôle du Parlement soit conforté dans le cadre de la mise en œuvre des états d'urgence risquerait dès lors de fragiliser l'idée d'un processus destiné à protéger l'état de droit. **L'état d'urgence déclenché face à une crise majeure met inmanquablement la vie démocratique sous tension, mais il ne doit pas la mettre en sommeil.**

Prenant la suite de réflexions antérieures, le Conseil d'État souligne l'intérêt que présenterait un **cadre procédural de niveau constitutionnel**. Il est en effet paradoxal que les régimes d'exception régis par la Constitution (celui de [l'article 16](#) et l'état de siège mentionné à l'article 36) soient ceux qui n'ont pas connu de mise en œuvre depuis plusieurs décennies, tandis que celui sous l'empire duquel la République a vécu de façon répétée et durable depuis 2015, l'état d'urgence, ne fait l'objet d'aucun cadre constitutionnel, fût-il très général. Eu égard au caractère protéiforme que peuvent revêtir les crises majeures susceptibles de justifier le déclenchement d'un état d'urgence, il est difficile d'envisager d'inscrire dans la



Constitution des règles de fond rigides qui risqueraient de se révéler inappropriées ; l'intérêt supérieur de la République est de conserver à cet instrument la souplesse que peuvent exiger des circonstances imprévues. Il serait en revanche utile et légitime de fixer le **cadre procédural** applicable, par similitude avec les règles relatives à la mise en œuvre de l'[article 16](#). Un tel cadre procédural pourrait définir les règles de déclenchement d'un état d'urgence, les règles de prorogation et de contrôle par le Parlement, les prérogatives éventuelles du Conseil constitutionnel. Il n'appartient pas au Conseil d'État, dans le cadre de la présente étude, de suggérer des rédactions détaillées de règles constitutionnelles qui relèvent des délibérations et de la souveraineté du pouvoir constituant, mais il fait néanmoins plusieurs suggestions s'agissant des dispositions qui pourraient être adoptées, concernant les modalités de déclenchement, de prorogation et de contrôle de constitutionnalité. Il suggère également de fixer un **cadre adapté à la délégation du pouvoir de légiférer par voie d'ordonnances** sous l'empire d'un état d'urgence et de prévoir, dans les lois conférant des pouvoirs d'exception aux autorités exécutives sous l'empire d'un état d'urgence, une procédure de confirmation parlementaire, au terme d'une période d'application déterminée, des mesures sur lesquelles le Parlement estime devoir exercer un contrôle renforcé.

### **Des juges garants de la préservation de l'État de droit.**

Garant essentiel de l'État de droit, le **juge constitutionnel** dispose, avec le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, de la faculté d'être saisi à l'occasion de tout procès d'une contestation portant sur une disposition législative adoptée dans le cadre d'un état d'urgence. L'étude suggère de soumettre en outre à son contrôle préalable les lois de prorogation d'un état d'urgence ou fixant le régime d'un nouvel état d'urgence.

Si les **juridictions judiciaires**, et pénales en particulier, n'ont pas été confrontées à des difficultés particulières pendant l'état d'urgence antiterroriste de 2015 à 2017, l'état d'urgence sanitaire a soulevé pour elles, en 2020, des questions inédites en raison notamment des modifications législatives destinées à adapter le droit procédural aux contraintes liées au confinement. S'agissant de questions potentiellement sensibles dans le contexte exceptionnel d'une crise majeure et de modifications parfois importantes de l'ordre juridique, les outils à disposition des juridictions pour être en mesure d'apprécier dans des délais très brefs ces nouvelles règles pourraient être améliorés. Le Conseil d'État, s'appuyant sur les réflexions engagées au sein de la Cour de cassation, recommande d'aménager la procédure de demande d'avis transmise à cette Cour par les juges du fond confrontés à une difficulté d'interprétation de règles de droit édictées sous l'empire d'un état d'urgence, afin d'assurer une homogénéité rapide de l'application de ces règles dans l'ensemble des ressorts judiciaires. Il souligne par ailleurs la nécessité d'accélérer le programme de transformation numérique des juridictions judiciaires et de les doter, de façon plus générale, des moyens leur permettant d'assurer la continuité de l'activité juridictionnelle en période de crise majeure.

S'agissant du **juge administratif**, l'état d'urgence lui confère mécaniquement un rôle accru. Les procédures de référé issues de la loi du 30 juin 2000 et, tout



spécialement, celle du référé liberté, ont permis à la juridiction administrative de jouer au mieux son rôle de gardien de la légalité administrative sur l'ensemble du territoire pendant l'intégralité des périodes d'état d'urgence qui se sont succédé ces dernières années. Si les recours enregistrés à l'occasion de l'état d'urgence antiterroriste de 2015-2017 ont été relativement circonscrits autour de quelques procédures de police administrative, l'état d'urgence sanitaire, qui a directement concerné l'ensemble des Français et de très nombreuses activités, a donné lieu à une multiplication des saisines, au point que les juges des référés se sont trouvés plongés presque en permanence au cœur de l'actualité. L'organisation dont s'était dotée par anticipation la juridiction administrative, à l'initiative du Conseil d'État, a amplement contribué à la résilience de cet ordre de juridiction et à sa capacité à faire face, sans solution de continuité, à l'ensemble de ses missions. **L'articulation entre les attributions des juges judiciaires et administratifs mérite une attention particulière sous l'empire des états d'urgence.** Comme l'a illustré l'état d'urgence sanitaire, les pouvoirs exceptionnels conférés en période de crise aux autorités exécutives peuvent conduire les juridictions administratives à appréhender, par le contentieux des actes qui leur sont déférés, des questions proches de celles qui incombent au juge judiciaire. Sur les sujets délicats de compétences ainsi croisées, il serait utile d'organiser, entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, un dialogue des juges destiné à favoriser, dans le strict respect de l'indépendance des deux ordres de juridiction, les convergences de jurisprudence dans les domaines qui le justifient. L'étude suggère à cet effet qu'un comité de liaison puisse être activé dès le déclenchement d'un état d'urgence afin d'examiner toutes les questions susceptibles de justifier un regard croisé entre les deux ordres de juridictions.

S'agissant enfin du **régime de responsabilité pénale des décideurs publics et privés**, l'étude prolonge des propositions déjà faites par le Conseil d'État, en particulier celle que la responsabilité pénale ne puisse être mise en cause à raison de leur inaction que si le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable.



---

# Introduction

« Ils se croyaient libres et personne ne sera jamais libre  
tant qu'il y aura des fléaux »<sup>1</sup>

Albert Camus

Qui aurait cru que cette phrase d'Albert Camus tirée de son roman *la Peste* trouverait un écho si particulier en 2020 ? Il a fallu attendre une période de paix et de prospérité inégalées sur notre territoire pour assister à l'émergence d'un « droit de crise » révélé par un recours de plus en plus fréquent aux états d'urgence. Ce phénomène nouveau bouscule, plus largement encore que notre paysage juridique, notre démocratie. Nous vivons actuellement et depuis mars 2020 (avec quelques mois d'interruption entre juillet et octobre 2020) dans le cadre d'un état d'urgence sanitaire pour faire face à l'épidémie de covid-19. Et lorsque cette pandémie s'est déclarée, nous étions sortis difficilement d'un état d'urgence antiterroriste déclaré quatre ans plus tôt en réaction aux attentats du 13 novembre 2015. Sur les six dernières années, la France en aura passé la moitié en « état d'urgence » au point que nous pouvons nous demander si nous vivons perpétuellement en crise ou si ce cadre juridique est en voie de devenir un mode de gouvernement banalisé. L'emploi des mots « état d'urgence » est devenu si courant qu'il est mobilisé pour appeler à l'impérieuse nécessité de se prémunir d'un nombre croissant de périls (état d'urgence climatique, état d'urgence de la psychiatrie...).

## **États d'urgence et états d'exception**

D'un point de vue juridique, les états d'urgence entrent dans le champ des régimes dérogatoires au droit commun, fréquemment regroupés sous l'appellation *d'états d'exception* ou de *pouvoirs de crise*. Il s'agit de dispositifs juridiques spécifiques permettant de déroger – d'une façon plus au moins large – au droit commun pour surmonter des menaces d'une particulière gravité. Leur emploi suscite d'intenses controverses depuis l'institution des États de droit<sup>2</sup>. En effet, le double lien qui unit de manière indivisible l'État et le droit<sup>3</sup> – l'État étant à la fois prescripteur du droit et contraint de s'y soumettre – semble au bord de la rupture lorsque, paradoxalement, l'État doit s'écarter du droit pour mieux subsister. Raymond Carré de Malberg estimait que rien ne peut soustraire l'État du droit et confisquer à la représentation nationale sa souveraineté. Hans Kelsen considérait que nul État ne

---

1 A. Camus. *La Peste*, chapitre III.

2 Pour une présentation générale de ces questions théoriques, v. D. Dyzenhaus, « L'état d'exception », in *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, tome 2, p. 737 et s.

3 B. Stirn, Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Sciences Po-Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2018, p. 27.

peut s'extirper du principe de légalité pour des motifs politiques. Aux termes de l'[article 16](#) de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Cet article, fondateur de notre État de droit, ne semble admettre aucune dérogation aux règles d'organisation que la Constitution établit. Pourtant, en France comme dans d'autres pays démocratiques, un effacement ou une mise à l'écart ponctuelle de certaines règles sont largement admis pour préserver le bien commun ou les intérêts supérieurs de la Nation.

La tolérance consistant à laisser l'État s'écarter, à cette fin, des normes habituelles manifeste la reconnaissance d'une sorte d'*instinct de survie* propre à la Nation qui autorise le recours à des moyens de défense exorbitants du droit commun pour se protéger d'un danger qui menace le fonctionnement des institutions ou la vie de la population.

Les régimes d'exception peuvent trouver leurs sources dans des normes écrites (Constitution, loi) ou procéder de principes non écrits que la doctrine rattache tantôt à des droits naturels ou à des concepts comme la souveraineté, mais ils procèdent de cette même cause fondamentale. Quelle que soit leur forme, leur manifestation est étroitement liée à des concepts juridiques intégrés depuis longtemps dans notre droit positif qui permettent de conférer des effets de droit à l'imprévisibilité, à l'exceptionnelle gravité d'un événement soudain et extérieur et à la riposte nécessaire pour s'en protéger. Ces concepts variés (légitime défense, péril imminent, contrainte, sauvegarde, force majeure, urgence etc.), souvent envisagés comme des causes exonératoires ou des faits justificatifs<sup>4</sup>, dont nombre sont empruntés au droit pénal<sup>5</sup> caractérisent, quelle qu'en soit la cause (fait de l'homme, de la nature) une situation de *nécessité* qui permet de s'écarter de la *norme* ou, à tout le moins de l'adapter. La théorie des circonstances exceptionnelles en est la manifestation en droit public<sup>6</sup>.

Cette nécessité, qui fonde, dans un tout autre registre, la raison d'État, irrigue ainsi l'ensemble de notre droit. Elle a pris, depuis fort longtemps, la forme d'adages tels que « *Nécessité fait loi* » ou « *Nécessité n'a pas de loi* » ou « *l'exception confirme la règle* » dont la diversité de formulation n'a d'égal que celle de leur interprétation.

---

4 C'est-à-dire que le fait illicite est établi mais qu'il est exempté de tout reproche compte tenu d'éléments tiers et dans le respect de certaines conditions.

5 Notons que le code pénal de 1994 a été enrichi d'une cause d'atténuation ou d'irresponsabilité intitulée « état de nécessité » défini par l'[article 122-7](#) du code pénal qui appréhende la situation dans laquelle « *la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.* »

6 Définie par le dictionnaire juridique de G. Cornu comme une « *situation de fait (guerre, troubles politiques ou sociaux grave) qui place l'administration dans la nécessité d'agir sans lui permettre de respecter les règles régissant normalement son action (dans de telles circonstances dont il se réserve l'appréciation, le juge administratif ne dédie pas l'administration de toute obligation mais la soumet à un ensemble de règles qu'il détermine et qui constituent une sorte de légalité de crise.* »

7 *Necessitas legem non habet.*



## ***États d'exception et démocratie***

Pour autant, la question du recours aux états d'exception est propre aux régimes démocratiques : en effet, un régime autoritaire n'a, par définition, nul besoin de recourir à un régime d'exception pour faire face à une crise et s'octroyer les pleins pouvoirs.

La plupart des démocraties occidentales disposent, de façon plus ou moins formelle, de la possibilité de recourir à des régimes d'exception. Leurs cadre et conditions de mise en œuvre sont propres à chaque histoire et culture. L'Allemagne n'envisage pas les législations d'exception de la même façon que la Grande-Bretagne. Les types de régimes varient aussi selon le type de menace envisagé (guerre, catastrophes naturelles ou sanitaires) le type d'autorité chargée d'y faire face (autorités militaires, civiles), le type de besoins (dérogations aux compétences locale/nationales, partage de moyens des États fédérés, aide de l'État fédéral...). On y retrouve cependant les mêmes fondements : la situation de grand danger, la soudaineté, l'impossibilité d'agir autrement et la proportionnalité du moyen de défense utilisé. Ces critères doivent quasiment toujours, sous une forme ou une autre, être caractérisés pour légaliser la dérogation au droit commun. Par ailleurs, des garanties tenant à la durée, à la procédure et au fond telles que le contrôle parlementaire et juridictionnel, permettent de ne pas rendre pérenne un dispositif par définition dérogoire et temporaire. Parcourir l'histoire des états d'exception offre l'occasion de répertorier les différentes garanties permettant d'encadrer au mieux les cas d'ouverture à ces régimes et de maintenir à un niveau minimum les exigences démocratiques.

A l'instar de l'étude des crises qui ponctuent notre histoire, celle des recours aux états d'exception, permet de questionner le rôle de la puissance publique, les relations entre l'État et les individus, l'articulation des pouvoirs (exécutif, parlementaire et judiciaire), l'office des juges et la place effective des droits et libertés fondamentaux dans nos sociétés. Lorsqu'ils sont mis en œuvre, les états d'exception, quels que soient leur genèse et leur moteur, nous apprennent beaucoup sur le fonctionnement de nos démocraties, sur leurs évolutions et leurs maux. Ils agissent comme de puissants révélateurs. Depuis les années 1920 et 1930, nombre d'auteurs européens se sont attachés à en décrypter les ressorts, d'autant qu'il est impossible d'oublier que certains états d'exception ont facilité le basculement de régimes démocratiques vers des régimes autoritaires voire totalitaires. Il en fut ainsi pour la II<sup>e</sup> République française, en 1852, et pour la République de Weimar en 1933.

Mais il faut aussi relever que si le recours à l'état d'exception implique toujours des restrictions des libertés, il n'est nullement indispensable de passer par lui pour édicter des mesures restrictives de liberté. Le champ sanitaire illustre jusqu'à récemment ce constat.

### ***Protection de la santé et dispositifs d'exception***

De nombreuses périodes passées attestent que des droits et libertés aussi fondamentaux que ceux d'aller et venir ou de ne pas être enfermé contre son gré et sans jugement ont été restreints voire supprimés temporairement pour lutter contre des fléaux naturels.



Historiquement, la protection de la santé a longtemps été absente des politiques publiques hormis précisément dans l'hypothèse où existait un fort enjeu collectif. Les autorités investies des pouvoirs de police<sup>8</sup> (cités, villes puis États) ont toujours été légitimes à s'immiscer dans les foyers et à imposer aux individus des règles de vie pour le bien commun. Même si elles sont souvent cantonnées à des zones géographiques, et ne sont pas corrélées à des régimes d'exception, ces décisions sont le fruit de politiques destinées à mettre en œuvre des mesures exceptionnelles pour sauvegarder la population et, à travers elle, le pays. C'est d'ailleurs en mettant en place des mesures coercitives pour éviter les propagations de maladies contagieuses que sont nés le concept de police sanitaire et le droit de la santé publique. Dès le XIV<sup>e</sup> siècle la quarantaine et les lazarets sont inventés en Italie du Nord ravagée par les épidémies (*Statuti sanitari* à Florence entre 1321 et 1324). Entre 1665 et 1668, Colbert instaure un cordon sanitaire strict pour éviter que Paris ne soit atteint par la peste et en 1720 un encerclement militaire de la Provence permet de circonscrire une nouvelle épidémie de peste partie de Marseille. L'histoire de la santé publique est émaillée de décisions portant atteinte aux libertés individuelles pour protéger les populations (vaccinations obligatoires, déclaration obligatoire de maladies).

Avant 2020, année qui a vu l'instauration d'un état d'urgence sanitaire, les politiques publiques de lutte contre les épidémies n'avaient jamais été formellement associées à des états d'exception alors pourtant qu'elles s'appuyaient sur le même type de mesures.

### **Problématique contemporaine**

La Constitution de la V<sup>e</sup> République a donné un cadre stable à deux états d'exception : celui de l'[article 16](#), qui n'a été appliqué qu'une seule fois, du 23 avril au 29 septembre 1961, et celui de l'état de siège, régi par l'article 36, qui n'a jamais été mis en œuvre depuis 1958. Paradoxalement, depuis soixante ans, le seul état d'exception auquel ont eu recours les gouvernements français successifs est défini par un cadre législatif évolutif, sous l'appellation d'« état d'urgence ». Défini à l'origine par une loi de 1955, ce cadre n'a donné lieu, depuis la fin du conflit algérien et jusqu'aux années récentes, qu'à de rares applications épisodiques et géographiquement limitées (dans les territoires du Pacifique sud entre 1985 et 1987, dans quelques agglomérations de métropole fin 2005). Ce cadre spatio-temporel très circonscrit a été brutalement abandonné depuis 2015 et la vague d'attentats terroristes qui a frappé le pays : au cours des six dernières années, la totalité du territoire et de la population a vécu à mi-temps sous l'empire d'un régime d'exception redéfini à plusieurs reprises par le législateur. Ce changement de dimension, qui a suscité de très abondants commentaires politiques, juridiques, sociologiques et même philosophiques, ne peut pas être regardé comme anodin ou circonstanciel. **La répétition et la durée des états d'urgence, appliqués à des circonstances aussi différentes qu'une menace terroriste et une pandémie, soulèvent nécessairement trois interrogations :**

- De quelles évolutions de la société française ces périodes sont-elles le révélateur ?
- Quels bénéfices est-on en droit d'en attendre et dans quels domaines ?
- Quels dommages peuvent en résulter ?

8 D. Tabuteau, « Les sociétés face aux épidémies : de la peste à la covid-19 » in *Les tribunes de la santé*, n° 66, Automne 2020.



Ces questionnements seront les fils conducteurs d'une étude qui entend objectiver le débat en se livrant à un diagnostic approfondi ayant vocation à ouvrir des perspectives. En surplomb des analyses factuelles, plusieurs questions fondamentales affleurent. À quoi le droit doit-il servir ? Est-il un obstacle pour l'action ou au contraire son instrument ? Dans quelle mesure le droit doit-il prendre en compte les difficultés conjoncturelles auxquelles il est confronté ? Où placer le curseur entre le principe et sa dérogation, entre le temps normal et celui de l'exception ? Le droit doit-il s'adapter aux faits ou le fait est-il modulé par le droit ?

Du fait de ses attributions consultatives et contentieuses, le Conseil d'État a été très impliqué dans la mise en œuvre des états d'urgence de ces dernières années. Cette implication, ainsi que l'exposition médiatique qu'elle a suscitée, lui donnent une responsabilité particulière : décrypter avec lucidité et pertinence l'ensemble des ressorts de ces périodes atypiques, comme il le fait dans chacun de ses travaux d'étude, en veillant à prendre tout le recul nécessaire sur les contributions qui ont été les siennes dans les avis qu'il a donnés et les décisions juridictionnelles qu'il a rendues. Le fait que le Conseil d'État ait conduit son étude alors que l'état d'urgence sanitaire se prolongeait a constitué une contrainte supplémentaire.

L'ambition de l'étude est de **saisir l'essence d'un cadre juridique** qui s'est imposé dans le débat institutionnel et juridique contemporain, en s'efforçant dans toute la mesure du possible de ne pas diluer son analyse dans des considérations contingentes : le combat contre le terrorisme et le combat contre l'épidémie de la covid-19 ont suscité le déclenchement des états d'urgence successifs, mais, d'une part, ils se poursuivront dans des cadres juridiques banalisés et, d'autre part, ils ont fait appel à des mesures qui sont dissociables d'un tel régime d'exception. Il est donc important de ne pas confondre le cadre juridique et les politiques publiques qui s'y rattachent. Cette étude n'a pas pour objet la lutte contre le terrorisme ou contre une pandémie, mais les outils d'exception réunis sous l'appellation d'états d'urgence.

Ces outils doivent en premier lieu être **analysés en profondeur, dans leurs dimensions théoriques et pratiques**. L'examen de la genèse philosophique et historique des pouvoirs de crise, celui des dispositifs similaires existant dans les pays aux régimes démocratiques proches du nôtre, permettront d'en comprendre les racines et la vocation, d'en dégager les principales caractéristiques et de les situer dans le contexte normatif international contemporain. C'est l'objet de la **première partie**.

Ainsi identifiés, les états d'urgence devront être passés au crible de leur **pertinence** ou de leur légitimité qui reposent, pour l'essentiel, sur l'équilibre des avantages et des inconvénients qu'ils présentent. Cette analyse s'articule autour de deux questions complémentaires : celle de la **nécessité** de tels régimes d'exception et celle de leur **efficacité**. Les critères d'appréciation doivent combiner plusieurs dimensions, non seulement institutionnelles et juridiques, mais aussi sociologiques et psychologiques car la mécanique des états d'urgence renvoie à elles toutes. Le recours aux états d'urgence révèle en effet une société qui, tout en étant rétive



à l'autorité, supporte de plus en plus mal les risques et attend de la puissance publique une protection quasi absolue. Ces questionnements sont l'objet de la **deuxième partie**.

Le Conseil d'État s'efforce enfin d'élaborer une série de recommandations et de propositions visant à redéfinir les contours des états d'urgence, améliorer leur cadre juridique, mieux circonscrire leur utilisation, préserver leur efficacité et éviter leurs effets pervers. Ces préconisations visant au **bon usage de l'état d'urgence** sont l'objet de la **troisième partie**.



# 1. La construction des états d'urgence – Une notion polymorphe, aux origines lointaines

## 1.1. Les « états d'exception » : sauvegarde ou négation de l'État de droit ?

Pour mieux se protéger et faire face aux menaces, les êtres humains ont fondé des associations politiques dont l'objectif était la conservation de leurs droits individuels. Tout au long de cette évolution, les États ont eu recours à des dispositifs d'urgence ou d'exception leur permettant de suspendre les règles habituelles de fonctionnement pour en faire prévaloir d'autres, plus propices à lutter contre l'événement imprévu et grave. Ces régimes ou pratiques d'exception, qui impliquent toujours un renforcement du pouvoir exécutif passent, par définition, inaperçus dans les régimes autoritaires ou monarchiques tandis qu'ils sont très visibles dans les régimes démocratiques et suscitent de nombreuses controverses. S'affrontent les partisans d'un État qui ne doit jamais s'extraire des règles qui le constituent au risque de se fourvoyer et ceux qui estiment, sur des fondements divers, que lorsque la sauvegarde de l'État est en jeu, la fin justifie les moyens. De ces logiques d'exception, sont nés différents régimes ou normes, regroupés souvent sous le vocable « états d'exception » s'accompagnant de dérogations plus ou moins importantes au droit commun qui nourrissent d'intenses débats sur leur légalité et plus largement sur le rapport entre le droit et le politique. Ces débats se sont exacerbés avec la naissance de l'État de droit. Il faut les évoquer succinctement pour pouvoir ensuite **situer le régime de l'état d'urgence sur le curseur de l'exorbitance.**



## 1.1.1. Les fondements philosophiques et juridiques des « états d'exception »

### 1.1.1.1. L'« état d'exception » : histoire d'un concept à la frontière du politique et du droit

**1. Un concept polymorphe** – Pour répondre aux impératifs de sauvegarde de la cité, il est parfois nécessaire de mettre en suspens l'application des normes ordinaires et de mettre en œuvre des procédures plus expédientes. C'est la tension entre les impératifs politiques et les normes auxquelles s'astreint l'État qui a rendu la question des régimes d'exception délicate. Dans notre histoire, on peut définir à gros traits **deux conceptions du droit et de son rapport au politique** qui sont nécessaires pour comprendre les débats doctrinaux sur les états d'exception et les dépasser. La première, la plus ancienne, considère qu'un acte est valable au regard de sa conformité à la *justice* et au *bien commun*. Cette approche finaliste a notamment été formalisée par Saint Thomas puis Machiavel<sup>9</sup>. Elle est à l'origine de la théorie de la souveraineté de Bodin qui permet au roi de s'octroyer tous les moyens propres à assurer sa mission. Elle est aussi à l'origine de la théorie du droit de résistance à l'oppression qui légitime un acte de désobéissance au nom de principes supérieurs. Ce courant a tendance à chercher les racines du droit dans des normes supérieures telles que le droit naturel – *jus naturalisme* –. Il accorde plus d'importance à la finalité qu'aux outils, au fond qu'à la forme. La seconde, plus récente, considère qu'un acte est valable s'il est conforme au droit positif, celui-ci étant défini comme l'ensemble des normes effectivement en vigueur. La désobéissance aux normes ne peut dès lors plus être justifiée sur la base de principes réputés supérieurs. Cette approche qui rassemble positivistes et légalistes se retrouve chez Kelsen ou Carré de Malberg. Si un consensus existe autour de l'idée qu'il est des périodes exceptionnelles où le droit commun n'est pas adapté pour lutter contre la crise, l'approche de l'exception est différente selon ces deux courants. Pour le premier, les mesures d'exception ne contredisent pas la règle car elles sont conformes à la finalité du droit. Une situation exceptionnelle justifie que l'on s'écarte de la règle habituelle et n'engendre pas d'illégalité. Pour Saint Thomas, l'imminence du danger permet à chacun d'être l'interprète du bien commun<sup>10</sup>. Il n'est pas moins légal d'obéir à la nécessité en cas d'urgence que d'obéir à la loi. C'est bien l'évidence du préjudice causé qui justifie que l'on s'en écarte. « *Dans les cas évidents, ce qu'il faut, ce n'est pas interpréter mais agir.* » Nécessité n'a point de loi. Pour la seconde, une situation exceptionnelle ne peut justifier une mise à l'écart du droit. Le droit doit donc créer des cadres juridiques pour les situations dérogoatoires et en fixer les bornes. Il doit embrasser la crise et non s'en exclure. Il s'agit de créer une légalité de crise ou de rendre possible l'adaptation du droit à la crise. Nécessité fait loi.

<sup>9</sup> Même si Machiavel inverse la logique de la norme et de l'exception. Au Moyen-âge, le principe est la vie paisible en société, prolongeant le dessein divin, et l'exception, la crise. Chez Machiavel, la société est un lieu de conflit car elle est un agrégat d'hommes aux désirs identiques mais incompatibles. Ainsi, face à ce péril permanent, la défense et par conséquent l'exception devient le principe nécessaire pour préserver les vies.

<sup>10</sup> « *Si le danger est pressant, ne souffrant pas assez de délai pour qu'on puisse recourir au supérieur, la nécessité entraîne avec elle la dispense, car nécessité n'a pas de loi. Necessitas non subditur legi.* »



Selon l'influence que ces deux courants exercent sur les penseurs, se greffe au débat de la norme et de l'exception, celui du légal et de l'illégal ou, plus précisément, depuis l'avènement de l'État de droit, ce qui est conforme ou non à l'**État de droit**<sup>11</sup>. C'est d'ailleurs à l'occasion de l'émergence de ce concept qu'est née l'idée que l'état d'exception était le fruit d'une aporie. Car si la norme est la référence du *juste*, comment justifier que l'on s'en écarte, y compris en période exceptionnelle ? Depuis le XIX<sup>e</sup> siècle on constate un débat nourri sur la question de savoir si les états d'exception sont étrangers à l'État de droit et, depuis ces dernières années, si l'état d'urgence plus précisément est ou non un état d'exception. Le doyen Hauriou admettait que la loi ne pouvant tout prévoir, il fallait permettre à l'administration d'agir y compris lorsque la loi est silencieuse. C'est Carl Schmitt, dans sa lutte politique contre la République de Weimar qui dans deux livres parus en 1921 et 1922 (*La Dictature* et *Théologie politique*) invente la terminologie d'*état d'exception* et insiste sur la nécessité que cet état d'exception qui réalise une suspension de l'ordre juridique tout entier, ait un lien garanti avec ce même ordre juridique. S'il a ensuite adhéré au régime nazi sans jamais s'en repentir, ses écrits demeurent une étape de la réflexion sur les rapports de l'état d'exception et de l'État de droit. De nombreux auteurs, devant l'effondrement des démocraties européennes, ont tenté, entre 1934 et 1948 de théoriser les états d'exception en distinguant ceux qui sont conformes au droit et ceux qui sont une entrée dans l'arbitraire afin justement d'éviter cette dérive illibérale<sup>12</sup>. En tout état de cause, le débat sur la légalité des états d'exception est brouillé par le fait que de nombreux États démocratiques sont dotés de législations d'exception, inscrivant *de facto* ces situations dans un *corpus* juridique. À travers ce débat, ressurgit l'éternelle question de savoir si les normes, parmi lesquelles on trouve les dispositions d'exception, obéissent à un principe supérieur (tel que le droit à la légitime défense de l'État ou le salut du peuple) et dans quelle mesure il convient d'introduire une dose de finalisme dans la théorie positiviste du droit et inversement. **Cette apparente contradiction peut être dépassée en affirmant les liens fondamentaux qui unissent état d'exception et État de droit soit qu'ils aient la même finalité soit qu'ils empruntent les mêmes cadres**<sup>13</sup>. Puisque l'État de droit est établi pour la sauvegarde des citoyens<sup>14</sup>, les états d'exception ne sont que des outils créés par les États de droit pour rétablir au plus vite le droit. « *De même que le désordre est la préface de l'ordre, les états d'exception sont les vecteurs de fondation de l'État de droit, les préfaces de l'État de droit.* »<sup>15</sup> Le professeur François Saint-Bonnet, afin de transcender la question de savoir si l'état d'exception relève du droit ou du politique, propose d'en faire une

11 Synthèse du formalisme juridique du *Rechtstaat* allemande et de vision procédurale de la *Rule of law* d'origine britannique, il désigne un État soumis au droit ce qui implique des garanties juridiques institutionnelles (séparation des pouvoirs) et substantielles (respect des droits fondamentaux). « État de droit » in *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF 1992, p. 415.

12 Tingsten, dans *Les pleins pouvoirs*. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la grande guerre (1934), se concentre sur l'extension du pouvoir exécutif au détriment du pouvoir législatif ; Friederich, dans son ouvrage *Constitutionnal government and democracy* (1941), distingue la dictature constitutionnelle et la dictature inconstitutionnelle ; Rossiter fournit dans son ouvrage *Constitutional dictatorship : crisis government in their modern democracies* (1948) onze critères pour justifier la dictature constitutionnelle.

13 M. Troper, *Le droit et la nécessité*, Leviathan, 2011, p. 101.

14 R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1962.

15 M.-L. Basilien-Gainche, *États de droit et états d'exception. Une conception de l'État*, PUF, 2013.



catégorie spécifique qui faisant appel au « *sentiment, à la soumission à la force irrésistible de la nécessité, à l'impuissance des lois* » commande une action de sauvegarde. L'état d'exception, procédant d'une « évidente nécessité », ne serait pas dangereux en lui-même et la meilleure garantie ne serait pas juridique mais résiderait dans la vigilance des citoyens à défendre la démocratie libérale<sup>16</sup>.

**2. Le recours aux « états d'exception », manifestation d'un essoufflement démocratique ?** – De nombreux travaux sur les états d'exception portent sur la question des raisons ayant conduit à leur multiplication au cours des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècle. Pour les plus critiques, ils traduisent **l'épuisement des démocraties modernes et la nécessité de recourir à des formes autoritaires en période de crise**. Carl Schmitt soutient qu'il est une réaction à un phénomène général de dépolitisation structurelle causée par le libéralisme et manifeste la faillite de l'État libéral. Herbert Tingsten estime que les lois de pleins pouvoirs sont une manifestation d'une érosion progressive du pouvoir législatif. Plus récemment le philosophe Giorgio Agamben a soutenu que son usage permanent relève d'une technique de gouvernement fondée sur la peur et manifeste le passage de l'État de droit à un État de sécurité.<sup>17</sup> Marie Goupy, philosophe, analyse aussi le recours au paradigme de l'état d'exception dans les années 1920 et 1930 comme une forme de réponse à la faillite et l'impuissance de l'État libéral et un moyen de réaffirmer la puissance de l'autorité publique sur un mode autoritaire.<sup>18</sup> Au-delà de ces réflexions, réfléchir aux dispositifs de crise ou d'exception commande une réflexion sur l'ordinaire et le droit commun.

### **1.1.1.2. Convergences et divergences avec des notions juridiques liées ou voisines**

Les dispositifs d'exception se définissent par opposition à la norme de droit commun à laquelle il est dérogé. (1) Ils se rapprochent d'autres instruments juridiques qui permettent de conférer une certaine flexibilité à la règle (2.3).

**1. La norme à laquelle il est dérogé ou « L'exception qui confirme la règle »** – Comme le dit la professeure Mireille Delmas-Marty aux premières lignes de son ouvrage « *Pour un droit commun* »<sup>19</sup> : « *Un paysage ordonné. C'est ce que nous voulons. Nous demandons au droit un peu d'ordre pour nous protéger du désordre. D'abord qu'il place des bornes, qu'il trace des limites. (...)* ». Pour identifier le hors-norme, il faut déterminer ce qu'est la norme. Ainsi en est-il de la paix qui est définie par rapport à la guerre, de la bonne santé qui est définie par rapport à la maladie. « *Il n'y a pas d'identité sans limites, et qui ne trouve pas ses limites en lui les trouvera à l'extérieur de lui* » affirme le professeur Alain Supiot<sup>20</sup> qui met en garde contre l'effacement des différences et met en avant l'utilisation du droit comme technique de l'interdit permettant d'approcher, sans jamais pouvoir l'atteindre, une représentation juste du monde. S'interroger sur la notion d'exception ou d'urgence, c'est donc s'astreindre à définir le temps ordinaire. Mais lorsque le champ de l'exception se trouve trop

16 F. Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, PUF, Léviathan, 2001.

17 G. Agamben, *État d'exception, homo sacer*, Ed. Seuil, 2003.

18 M. Goupy, *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, CNRS Éd. 2016.

19 M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*. Ed. Seuil, 1994, p. 1.

20 A. Supiot, *Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du droit*, Essais, Ed. Seuil, 2005, p. 29.



élargi, c'est toute la règle de principe qui vacille. Selon Mireille Delmas-Marty, les frontières du droit deviennent de plus en plus floues. D'un droit structuré comme une pyramide, nous sommes passés, sous l'influence de la mondialisation et de la multiplication des sources de droit aux tessitures diverses, à des formes moins circonscrites et plus aléatoires, telles des nuages qui ne cessent de se modifier au gré des vents contraires. Ainsi, lorsque l'exception dure, lorsque l'urgence est relative, ou lorsque le temps ordinaire est transformé sous l'impulsion du droit non-ordinaire, les frontières s'effacent. Selon que l'on adopte une vision optimiste ou pessimiste, on peut y voir un signe de mauvaise santé de nos sociétés ou la manifestation d'un droit qui évolue au gré des changements car le droit n'est pas figé, il se transforme sans cesse. Reste alors à analyser les ressorts de ces changements, à séparer le bon grain de l'ivraie et à « *recomposer le paysage* »<sup>21</sup> en redéfinissant à chaque fois le bien commun et les moyens d'y parvenir.

## 2. L'urgence et les notions voisines permettant de tempérer la rigueur des principes

La norme trouve sa force dans son universalité et s'affaiblit lorsqu'elle se perd dans des méandres de raffinements et de distinctions. C'est pourquoi, le droit est parsemé d'outils d'ajustement permettant d'adapter la règle aux faits qu'il revient au juge d'actionner.<sup>22</sup> Beaucoup permettent de tenir compte d'une situation imprévisible ou insurmontable. Dans le domaine **pénal**, la force majeure et la contrainte, l'erreur de droit, l'autorisation de la loi ou le refus d'obéir à un ordre illégitime, la légitime défense ou l'état de nécessité caractérisent, quelle que soit la cause, une situation de **nécessité** qui impose ou permet de s'écarter de la norme.<sup>23</sup> Il faut noter que le juge exerce toujours un contrôle de proportionnalité entre l'infraction commise et le but recherché avant d'accueillir le fait justificatif. En procédure pénale, les **circonstances insurmontables ou imprévisibles** permettent également de justifier la méconnaissance de certaines garanties procédurales et de cantonner leur usage<sup>24</sup>. Dans le domaine **civil**, des concepts tels que la force majeure, le cas fortuit, la contrainte ou encore la révision pour imprévision, ont été précisés au gré des jurisprudences et certaines ont pu être inscrites dans le droit positif<sup>25</sup>. Elles permettent là aussi, notamment dans le domaine contractuel, de tenir compte d'un événement imprévu qui aurait modifié l'équilibre contractuel initial. Le droit administratif est lui aussi riche de concepts qui permettent de déroger au principe de légalité des actes administratifs ou de justifier le déclenchement de régimes dérogatoires, notamment lorsque l'intérêt public le commande. Ainsi en est-il de la théorie des circonstances exceptionnelles ou des notions telles que les circonstances particulières,<sup>26</sup> les formalités impossibles, la continuité du service ou l'intérêt du service.<sup>27</sup>

---

21 M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, 1986, et *Les Forces imaginantes du droit, Le pluralisme ordonné* (II), Ed. Seuil, 2006.

22 E. Jouve, *Les situations juridiques apparentes*, RDP, 1968 p. 295.

23 [Art. 122-2](#) et suivants du code pénal.

24 Not. [art. 130-1](#), [627-10](#) et [627-6](#) du code de procédure pénale.

25 [Art. 1218](#) (force majeure en matière contractuelle) ; [art. 1195](#) (révision judiciaire du contrat pour imprévision) du code civil.

26 J.-M. Pontier, « Les circonstances particulières », *AJDA*, 2021, p. 1077.

27 CE, Sect., 30 mars 1979, n° 09369 et a. ; CE, 10 mai 1996, n° 126332.



La notion la plus utilisée demeure **l'urgence**, qui déclenche l'application de régimes juridiques dérogatoires dans de nombreux domaines. Dans son sens général, elle est définie comme « *le caractère d'un état de fait, susceptible d'entraîner s'il n'y est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable, sans cependant qu'il y ait nécessairement péril imminent* »<sup>28</sup>. En droit administratif, elle est définie plus négativement que positivement. Nulle autre expression que celle utilisée par le commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions dans l'arrêt du tribunal des conflits *Société immobilière de Saint-Just*<sup>29</sup> n'a mieux résumé la théorie de l'urgence en droit administratif : pour justifier l'exécution forcée des décisions administratives en situation d'urgence il affirmait que « *quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'envoyer les pompiers* ». Cette définition renvoie à la notion d'évidence déjà présente dans la notion de nécessité. Sa consistance est telle que le professeur Rivero distinguait la légalité stricte pour les périodes normales et la légalité « élargie » en cas d'urgence.<sup>30</sup> Pour lui conférer des effets de droit, l'urgence doit être réelle, actuelle, imminente et irrésistible en ce sens que l'administration ne peut agir par les voies normales. D'intensité variable, elle est temporaire et localisée. **Elle induit une légalité d'exception** qui doit être limitée et proportionnée à la situation.<sup>31</sup> Selon le cadre dans lequel elle est utilisée, la définition de l'urgence varie selon des degrés de précision divers. On peut distinguer « *l'urgence absolue ou le péril imminent qui non seulement habilite mais oblige l'administration à prendre des mesures provisoires et à pourvoir à ce qui est nécessaire* » et « *l'urgence définie par opposition au temps normal où le respect des règles s'impose dans sa plénitude car on bénéficie d'un temps raisonnable* ». <sup>32</sup> L'urgence peut être invoquée devant le juge administratif pour couvrir le non-respect de certaines obligations de procédure et de forme, voire de certaines règles de compétence. Dans tous les domaines du droit, on trouve des dispositifs dérogatoires en cas d'urgence. Tant en droit civil qu'en droit administratif, l'urgence justifie le recours aux procédures de référé.

**3. Convergences et divergences avec la raison d'État** – Si le concept de raison d'État partage avec celui d'état d'exception la finalité de protéger l'intérêt supérieur de la Nation, il n'utilise pas des mêmes canaux pour y parvenir. Procédant également de l'idée qu'il est ponctuellement nécessaire de rompre avec la légalité qui lie les citoyens et leurs gouvernants, ou de se placer en marge d'elle, la raison d'État place le secret au cœur de sa matrice et s'affranchit de la morale. Principe d'action politique plutôt que théorie, originellement attribué à Machiavel et ayant trouvé un fervent promoteur en la personne de Richelieu, le concept de raison d'État est souvent opposé à la conception moderne de la République et de l'État de droit, mais certains auteurs soulignent qu'à l'instar de l'état d'exception la raison d'État a été, au fil du temps, soumise au droit<sup>33</sup>. Pour autant, la multiplicité des recours aux

28 J. Robert, « Les situations d'urgence en droit constitutionnel », *RIDC*, vol. 42, n° 2, avril-juin 1990.

29 TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*.

30 J. Rivero, *Le juge administratif français : un juge qui gouverne ?*, Dalloz, 1951.

31 C. Gabolde, *L'exception d'urgence en droit administratif*, Dalloz, 1952, Chronique X, p. 41-44.

32 J.-F. de Montgolfier, « L'urgence et le Conseil constitutionnel » in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 54, n° 1, 2017, pp. 31-45.

33 C.-J. Friedrich, *Constitutional reason of state. The survival of the constitutional order*, Providence, R.I., Brown University Press, 1957. A. Troianiello, *Raison d'État et droit public*, thèse dactyl. Université du Havre, 1999, prix de thèse de l'école doctorale.

dispositifs d'exception et de leur cortège de contournements des règles de l'État de droit a conduit certains auteurs, comme Mireille Delmas-Marty à dénoncer une résurgence de la raison d'État « *qu'il convient de raisonner* »<sup>34</sup>.

## 1.1.2. Les « états d'exception » à travers l'histoire

Notre histoire est parsemée de moments troublés qui se sont parfois accompagnés de régimes temporaires dont l'utilisation est justifiée pour sauvegarder la Nation. On les rassemble sous le vocable générique d'état d'exception mais ils peuvent être de forme et de nature très diverses.

**La dictature romaine** – De nombreux écrivains tels Machiavel, Rousseau, Rossiter ou Friederich ont érigé les périodes de dictatures qui ont émaillé l'histoire de la République romaine en modèle d'état d'exception. Malgré des sources incomplètes, on sait que ce modèle institutionnel, de nature coutumière, consistait pour le Sénat à mandater des consuls pour désigner pour une période déterminée, une personne, le dictateur, concentrant en ses mains tous les pouvoirs habituellement partagés, afin d'accomplir une tâche spécifique (crise militaire, dissensions internes). Mais elle fut aussi utilisée pour détruire la République notamment par Sylla et César<sup>35</sup>.

**La suspension de l'*Habeas corpus* et la loi martiale dans les pays de Common Law** – Dans les pays de tradition libérale anglo-américaine, où l'*Habeas corpus* interdit de priver une personne de sa liberté d'aller et venir sans fondement, il est admis, au moins depuis que le Parlement anglais en a fait usage en 1689, que ce dernier peut, lorsqu'il l'estime approprié, momentanément autoriser la Couronne à emprisonner quelqu'un sans raison. On dit alors que l'*Habeas corpus* est suspendu. Comme l'a théorisé W. Blackstone et commenté Montesquieu, il s'agit bien d'une institution d'exception qui ne peut être employée qu'en extrême urgence et de façon temporaire<sup>36</sup>. La constitution américaine porte trace de ce mécanisme. Ainsi son article premier établit que « *le privilège du Writ d'Habeas corpus ne sera pas suspendu, sauf si, en cas de rébellion ou d'invasion, le salut public (public safety) l'exige* ». C'est Abraham Lincoln qui lui donna son application la plus mémorable durant la guerre de Sécession. Il proclamera aussi le 24 septembre 1862, la loi martiale prévoyant la mise en place des juridictions militaires. C'est en 1866, après la fin de la guerre, que la Cour Suprême saisie de la constitutionnalité de la mise en place de tribunaux militaires hors du théâtre des opérations actives, jugera dans le célèbre arrêt *Ex Parte Milligan* ces tribunaux inconstitutionnels et précisera que « *la loi martiale ne peut pas résulter d'une menace d'invasion. La nécessité doit être réelle et présente ; l'invasion doit être avérée amenant la fermeture effective des tribunaux et empêchant l'action de l'administration civile.* » Cette évolution a fait du président des États-Unis le seul détenteur de la décision souveraine de mettre en œuvre un état d'exception. Le président Wilson en fera largement usage durant la première guerre mondiale mais il prendra soin d'agir sur délégation du Congrès.

34 M. Delmas-Marty, *Raisonner la raison d'État*, Paris PUF 2008, p. 39.

35 En ce qu'elle ne viole aucune Constitution ni ne connaît de réelles limites car aucun texte ne fixe de bornes aux pouvoirs dictatoriaux, F. Saint-Bonnet lui conteste sa qualité d'état d'exception, lui reconnaissant simplement la qualité de régime extraordinaire ou intermittent (Cf. *op. cit.*, pp. 43-77).

36 B. Manin, sous la dir. de S. Baume, B. Fontana, , « The emergency paradigm and the new terrorism » in *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Paris, Michel Houdiard, 2008, p. 136-171.

**Le comité de salut public et la Terreur** – Dès l’An I de la République, les institutions constitutionnelles s’effacèrent devant la dictature révolutionnaire. La **Convention**, qui ne devait être qu’une assemblée constituante au pouvoir limité dans le temps, concentra les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, hors de tout cadre constitutionnel et dura en fait trois ans. Le printemps 1793 marqua le point de bascule vers la dictature révolutionnaire. Les lois restrictives de libertés se multiplièrent au nom du salut public. La protection des individus contre les abus de l’État, au fondement de la nouvelle République, dut s’éclipser le temps de remporter la « guerre de la liberté ». Le Comité de salut public qui se vit confier la conduite des affaires les plus importantes s’imposa au point que la dictature de la Convention glissa alors vers une **dictature du Comité de salut public**, incarnée par **Robespierre** et ouvrant la période dite de **la Terreur**. Le 9 thermidor an II (27 juillet 1794), la Convention se révolta contre la dictature inconstitutionnelle et violente que les victoires révolutionnaires aux frontières ne paraissaient plus justifier.

**Les ordonnances de 1830 et la mise en place de la monarchie de juillet** – Le 25 juillet 1830, dans un contexte de tension politique extrême, quatre ordonnances furent promulguées par Charles X. La liberté de la presse fut suspendue et toutes les publications périodiques furent soumises à une autorisation du gouvernement. La Chambre des députés fut dissoute avant qu’elle eût siégé et de nouvelles élections furent convoquées. La loi électorale fut modifiée pour exclure du suffrage les patentés – commerçants, banquiers, industriels. Pour Charles X, ces mesures apparurent comme le « salut public » de la monarchie légitime. Un réflexe de survie qui, pour sauver la Charte de 1814, viola à la fois sa lettre et son esprit. La réaction populaire contre cet acte d’autorité fut immédiate. Les émeutes éclatèrent à Paris lors des « Trois glorieuses », la ville fut mise en état de siège le 28 juillet. Les révolutionnaires exigèrent l’abdication de Charles X et l’obtinrent le 2 août 1830. Les libéraux se tournèrent alors vers Louis-Philippe d’Orléans, avec la volonté d’instaurer une monarchie modernisée.

**La République de Weimar** (« un état d’exception durant 12 ans »<sup>37</sup>)

L’article 48 de la Constitution de la République de Weimar de 1919 disposait que « *Si dans le Reich allemand la sécurité et l’ordre public sont gravement perturbés ou menacés, le président du Reich peut prendre les mesures nécessaires au rétablissement de la sécurité et de l’ordre public, éventuellement avec l’aide des forces armées. À cette fin, il peut suspendre tout ou partie des droits fondamentaux établis dans les articles 114, 115, 117, 118, 124 et 153* ». L’article ajoutait qu’une loi préciserait les modalités de l’exercice de ce pouvoir présidentiel, mais cette loi ne fut jamais votée et les pouvoirs restèrent indéterminés. L’article 48 fut utilisé par les gouvernements de la République entre 1925 et 1929 à plus de 250 occasions (notamment pour faire face à la chute du mark, emprisonner des militants communistes, instituer des tribunaux spéciaux habilités à prononcer la peine capitale, etc.) En janvier 1933, date de nomination d’Hitler comme chancelier, l’article 48 était en vigueur depuis plus de trois années, quasiment sans réunion du Parlement.

---

37 G. Agamben, *op. cit.*.



### 1.1.3. La genèse de la conception française de l'exception : l'exception saisie par le droit ?

**1. L'évolution du concept d'état de siège** – Alors que la loi martiale est généralement considérée comme le modèle d'institution d'exception dans les pays de *Common law*, l'état de siège occupe cette place dans les pays de droit romain<sup>38</sup>. La France ne fait pas exception.<sup>39</sup> Le **8 juillet 1791**, la Constituante vota une loi sur les *places de guerre*. Celle-ci fut complétée par la **loi de 1811** qui distinguait l'état de paix (situation normale où autorités civiles et militaires agissaient dans leur propre sphère), l'état de guerre (il y a conflit mais la place n'était pas sous le feu) et l'état de siège (les communications entre l'extérieur et l'intérieur de la place étaient coupées). Dans cette dernière hypothèse désignée comme état de siège *réel ou militaire*, la totalité du pouvoir des autorités civiles était transférée à l'autorité militaire. À partir de la **loi du 10 fructidor an V** (27 août 1797)<sup>40</sup> l'état de siège fut utilisé également pour combattre un ennemi intérieur souhaitant renverser le pouvoir en se prévalant de son droit de résistance à l'oppression ou à l'insurrection : les monarchistes sous la République, les républicains sous l'Empire ou les bonapartistes durant la monarchie de juillet. La doctrine désigne ce régime comme celui d'état de siège *politique ou fictif*. À l'usage, les cadres fixés se révélèrent peu contraignants et trop largement utilisés. **Les lois du 9 août 1849 puis du 3 avril 1878** donnèrent à l'état de siège un cadre juridique plus rigoureux, proche de celui que nous connaissons aujourd'hui et qui a fortement inspiré le cadre juridique de l'état d'urgence. Ses conditions de déclenchement, le cadre de son recours et ses effets furent précisément définis et limités.

Si déclarer l'état de siège fut parfois une prérogative du monarque ou du chef de l'État au gré des changements de régimes durant le XIX<sup>e</sup> siècle, la loi de 1849 puis celle de 1878 en firent une prérogative exclusive du **Parlement** (sauf exceptions). Pour Edouard Laferrière<sup>41</sup>, c'est précisément parce que la déclaration de l'état de siège relevait d'une prérogative parlementaire et constituait « un acte de souveraineté », fût-elle provisoirement déléguée au Président de la République, qu'il s'agissait d'un acte insusceptible de recours devant la juridiction administrative (contrairement aux décisions de mise en œuvre qui sont susceptibles de recours)<sup>42</sup>. Il revenait également au Parlement d'en fixer les lieux d'application, les conditions de la levée et/ou la durée. Les opérations militaires étaient ainsi strictement bornées dans le temps et l'espace<sup>43</sup>. Le Parlement apparaissait à cet égard comme le principal

38 B. Manin, article précité ; F. Saint-Bonnet et W. Mastor, « De l'inadaptation de l'état d'urgence face à la menace djihadiste » in *Pouvoirs*, vol. 158, n° 3, 2016, pp. 51-65.

39 Hormis l'article 92 de la Constitution du 22 frimaire an VIII (1799) ayant permis la suspension totale de la Constitution : « *Dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'État, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution.* »

40 S. Le Gal, *Origines de l'état de siège en France*, Thèse Univ. Jean Moulin, Lyon 3, 2011.

41 E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2<sup>e</sup> éd., 1896.

42 TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, reconnaît implicitement l'existence d'un contrôle du juge sur les mesures prises au titre de l'état de siège, puisque le juge statue sur la mesure prise par l'autorité militaire « *dans l'exercice et la limite des pouvoirs exceptionnels que lui conférerait l'article 9, n° 4, de la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège* ».

43 Ainsi la loi du 5 août 2014 relative à l'état de siège promulgué par R. Poincaré disposant dans son article unique que « *l'état de siège est déclaré (...) dans les 86 départements français, le territoire de*



contrôleur de la politique gouvernementale. **Les conditions de déclenchement** ont été modifiées entre 1849 et 1878. En effet, la première loi prévoyait que l'état de siège pouvait être déclaré « *en cas de péril imminent pour la sécurité intérieure ou extérieure* ». À la lumière de la période très longue durant laquelle la France avait vécu en état de siège après la guerre contre la Prusse et l'épisode de la Commune de Paris (1870-1876 pour certains départements), une telle rédaction paraissait trop imprécise et propice aux abus. Il fut donc jugé utile de conditionner le recours à l'état de siège au constat d'une situation concrète et non de la subordonner à l'appréciation d'une notion abstraite. **La loi de 1878** prévoit ainsi que l'état de siège « *ne peut être déclaré qu'en cas de danger imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée.* »<sup>44</sup>. Elle ne modifia pas les règles concernant **les effets de l'état de siège**. Si les pouvoirs dont l'autorité civile est revêtue pour le maintien de l'ordre et la police passaient aux mains de l'autorité militaire, l'autorité civile continuait à exercer ses autres pouvoirs<sup>45</sup>. De même, si les juridictions militaires étaient compétentes pour juger les crimes et atteintes contre la sûreté de la République, la Constitution, la sécurité publique ou l'ordre public, les juridictions de droit commun conservaient leurs compétences pour les autres infractions. La loi déterminait une liste de prérogatives exceptionnelles reconnues à l'autorité militaire (perquisitions, mesures d'éloignement, remises d'armes et munitions, interdiction des publications et réunions de nature à entretenir le désordre). Ce régime prévoyait expressément que nonobstant l'état de siège, l'ensemble des droits garantis par la Constitution continue à s'exercer lorsque leur jouissance n'a pas été suspendue par les dispositions relatives à l'état de siège. Cela confirme le principe selon lequel une exception doit s'interpréter strictement et souligne le caractère temporaire du régime d'exception qui ne saurait anéantir sur le long terme le contrat social. **Ce régime sera constitutionnalisé en 1946 puis en 1958 en étant adapté au cadre institutionnel de la V<sup>e</sup> République**. L'état de siège a été utilisé à de très nombreuses reprises en France entre la Révolution française et la Seconde guerre mondiale, période à compter de laquelle il n'a plus jamais trouvé à s'appliquer. En effet, au moment des troubles de 1955, la loi sur l'état d'urgence fut précisément adoptée pour éviter d'y recourir.

## **2. La théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles du Conseil d'État**

– Si le législateur a souhaité instituer des régimes d'exception pour faire face à des crises majeures, les juges ont eux aussi été sensibles à la nécessité d'adapter le principe de légalité aux circonstances de fait et d'affranchir en cas de nécessité les autorités administratives de la stricte obligation d'observer les règles qui régissent normalement leurs actions. La théorie des circonstances exceptionnelles est née, sous le nom de « théorie des pouvoirs de guerre » de deux décisions, *Heyriès* du 28 juin 1918 et *Dames Dol et Laurent* du 28 février 1919, l'une et l'autre liées à des circonstances de la guerre 1914-1918. Elle permet l'extension des pouvoirs des autorités administratives dans la mesure de ce qui est nécessaire pour prendre les mesures imposées par le caractère exceptionnel des circonstances et ce sous le contrôle du juge. Elle peut être utilisée même lorsqu'un régime d'exception

---

*Belfort ainsi que les trois départements d'Algérie (...)* » a été fortement critiquée par la doctrine de l'époque comme manifestant un droit administratif d'exception.

44 Art. 1<sup>er</sup> de la loi du 3 avril 1878 désormais codifié à l'[art. L. 2121.1](#) du code de la défense.

45 Art. 7 de la loi de 1849 non modifié.



est mis en œuvre et permet d'aller au-delà de ce que ce dernier prévoit. Elle exige que soient réunies **trois circonstances**. **Premièrement**, la situation doit réellement être exceptionnelle, ce point devant être apprécié *in concreto*. Il peut s'agir d'une guerre, d'une insurrection, d'un cataclysme naturel ou de troubles qui engendrent de graves désorganisations par leur ampleur et durée<sup>46</sup>. Les pouvoirs de l'administration ne sont étendus que pendant le temps et dans les lieux où les circonstances ont effectivement un caractère exceptionnel<sup>47</sup>. **Deuxièmement**, l'administration doit être, du fait de ces circonstances, dans l'impossibilité d'agir conformément au principe de légalité<sup>48</sup>. **Troisièmement**, l'intérêt pour la sauvegarde duquel le principe de légalité n'a pas été observé doit être suffisamment important pour justifier le sacrifice du principe (défense nationale, rétablissement de l'ordre, continuité du service public essentiel).

Cette théorie permet de justifier des manquements non seulement aux règles de procédure et de forme mais aussi à la répartition des compétences entre les autorités administratives et aux règles de fond. Elle a permis aux autorités administratives d'empiéter sur la compétence du législateur<sup>49</sup> et de porter atteinte aux libertés dans des conditions qui, en période normale, seraient illégales<sup>50</sup>. Enfin, elle a ouvert la possibilité de substitution aux autorités défaillantes<sup>51</sup>. En tout état de cause, les mesures prises doivent être nécessaires et ajustées aux circonstances. À défaut, le juge ne pourra que constater l'illégalité des actes. Ainsi que l'a souligné Jacques-Henri Stahl lors de l'anniversaire de la décision *Heyriès*, « *la morale de cet arrêt est une morale de l'action administrative. Elle privilégie l'action des administrations sur leur paralysie* »<sup>52</sup>. En ce qu'elle permet de s'affranchir des contraintes habituelles lorsque la situation le requiert et se trouve être une doctrine de l'action, la théorie des circonstances exceptionnelles se révèle un outil précieux. Le décret du premier ministre du 22 mars 2020 instaurant un confinement généralisé de la population, la veille de la promulgation de la loi créant et déclarant l'état d'urgence sanitaire, visait ainsi les circonstances exceptionnelles. Celles-ci agissent comme un filtre à l'égard des contestations d'excès de pouvoir.

**3. L'origine de la loi de 1955 instituant l'état d'urgence : une loi de police de circonstance** – Le premier dispositif d'état d'urgence fut institué alors que la situation en Algérie se dégradait fortement. Des événements provoquèrent la chute, le 5 février 1955, du Gouvernement de Pierre Mendès France et le

---

46 CE, 18 avril 1947, *Jarrigion* à propos de la grève générale de novembre 1938.

47 CE, Ass., 23 octobre 1964, *d'Oriano*, décret pris sur la base de l'article 16 de la Constitution plaçant un officier spécial à la retraite sans qu'il ait eu communication de son dossier, aucune circonstance exceptionnelle ne justifiait, au moment où le décret a été pris, que la loi ne soit pas respectée.

48 CE, Ass., 12 juillet 1969, *Chambre de commerce de Saint Etienne*, n° 70089. L'arrêt reconnaît les circonstances particulières de l'époque (mai 68) qui pouvaient dispenser le ministre de l'éducation nationale de respecter certaines procédures d'organisation des examens mais elles ne pouvaient lui permettre d'intervenir dans une matière où un décret était nécessaire.

49 La décision *Heyriès* juge ainsi légale le décret suspendant pour la durée de la guerre l'article 65 de la loi du 22 avril 1905.

50 La décision *Dames Dol et Laurent* juge ainsi légaux des arrêtés d'un préfet restreignant la liberté du commerce et la liberté individuelle dans l'intérêt de la défense nationale.

51 CE, 5 mars 1948, *Marion* : légalité des mesures, telles des réquisitions décidées par un comité d'habitants d'une commune en 1940 après le départ des autorités communales.

52 J.-H. Stahl, « L'arrêt Heyriès a cent ans » *in Droit administratif*, n° 1, octobre 2018.



Gouvernement d'Edgar Faure, lui succédant, proposa au Parlement, dans la plus grande précipitation, une loi qui déclarait l' « état d'urgence » et dans le même temps, instaurait ce nouveau régime<sup>53</sup>. Le régime de l'état de siège<sup>54</sup> existait, mais déclencher cet état d'exception revenait à reconnaître une situation de guerre ou l'existence d'une insurrection armée – qui sont les deux conditions de l'état de siège – que se refusait à faire le Gouvernement<sup>55</sup>. En 1955, même si les parlementaires parlaient déjà de « guerre » au sujet de la situation en Algérie, il était politiquement crucial que les militants du FLN ne soient pas perçus comme des combattants mais comme des délinquants. Pour le député Jacques Genton, rapporteur de la loi du 5 avril 1955, l'état de siège était une « *solution extrême* » et disproportionnée qui irait « *à l'encontre du but poursuivi* »<sup>56</sup>. Il en est résulté l'adoption d'un terme aux contours flous, l'urgence étant en droit une notion polysémique et transversale<sup>57</sup>. L'historienne Sylvie Thénault estime que l'état d'urgence fut utilisé pour faire la guerre sans la déclarer juridiquement<sup>58</sup> et certains commentateurs estimèrent qu'il eut une forme d'état de siège officieux, *de facto*, en Algérie. En 1958, le Constituant n'a pas inscrit l'état d'urgence dans la Constitution.

#### 4. Les régimes d'exception dans la Constitution de 1958

▪ **La constitutionnalisation de l'état de siège** – Les dispositions de la loi de 1878 sont demeurées à peu près inchangées pendant tout le XX<sup>e</sup> siècle. L'état de siège a été consacré par l'article 36 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui dispose que « *L'état de siège est décrété en conseil des ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement.* » L'ordonnance n° 2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code de la défense a abrogé la loi de 1878 mais ses dispositions ont été largement réécrites au sein des [articles L. 2121.1](#) à L. 2121.8 du code de la défense. Sont ainsi fixés par la loi, les circonstances d'utilisation, le renvoi à un décret qui déclare l'état de siège, sa durée, sa localisation et l'étendue du transfert de compétence des autorités civiles à l'autorité militaire. Cette dernière dispose des pouvoirs habituellement dévolus au maire et au préfet, qui peuvent être accrus dans l'hypothèse de « circonstances exceptionnelles ». Elle dispose également de pouvoirs spéciaux de police administrative : perquisitions à domicile à toute heure, éloignement de toute personne ayant fait l'objet d'une condamnation définitive pour crime ou délit, confiscation des armes et munitions, interdiction des publications et des réunions de nature à menacer l'ordre public. Cependant, les autorités militaires demeurent sous l'autorité du pouvoir civil et leurs décisions peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif<sup>59</sup>. De même, en cas de dommages engendrés par les mesures prises par les autorités militaires, la

---

53 O. Beaud et C. Guérin-Bargues, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, LGDJ, 2018.

54 Prévu par l'[art. 7](#) de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République et modifié par la révision du 7 décembre 1954.

55 O. Beaud et C. Guérin-Bargues, *op. cit.*

56 JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 30 mars 1955.

57 P.-L. Frier, *L'urgence*, Paris, LGDJ, 1987.

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

59 CE, 6 août 1915, *Delmotte et Senmartin*, n° 54583, Rec.

responsabilité de l'État est susceptible d'être engagée<sup>60</sup>. À ce jour, l'état de siège n'a jamais été déclenché sous la V<sup>e</sup> République.

▪ **L'article 16 de la Constitution** – L'article 16 a été introduit dans la Constitution afin de donner les moyens au chef de l'État d'empêcher à l'avenir un effondrement des institutions semblable à celui de juin 1940. « *Il est à lui seul une Constitution particulière, celle des temps de crise extrême, et un régime de pleins pouvoirs* »<sup>61</sup>. Comme le souligne Francis Lamy, le régime de l'article 16 est probablement celui des trois régimes d'exception qui est le plus « *extra-constitutionnel* ». La priorité est mise sur le rétablissement de la stabilité des institutions et de l'ordre plutôt que sur la garantie des libertés ou la séparation des pouvoirs. Il s'agit d'une sorte de « *dictature temporaire en période de nécessité* ». Le seul but du recours à l'article 16 est donc de surmonter la crise pour rétablir le fonctionnement régulier des institutions. En ce sens, l'article 16 permet au Président de la République de remplir la mission qui lui incombe en vertu de l'article 5 – assurer « *par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État* » et être « *le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités* » – y compris en période de crise majeure.

**Deux conditions cumulatives** sont mentionnées à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 16 pour permettre sa mise en œuvre : une menace sur « *les institutions* », sur « *l'indépendance de la France* », sur « *l'intégrité de son territoire* » ou sur l'exécution des traités et des circonstances de fait qui provoquent « *l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics.* » Le Président de la République doit consulter le Premier ministre, les présidents des assemblées parlementaires et le Conseil constitutionnel, mais ces avis ne le lient pas. La consultation du Conseil constitutionnel donne lieu, à ce titre et en application de l'article 53 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, à un avis motivé et publié et non à une décision. Ainsi, l'avis du 13 avril 1963 a-t-il constaté que les conditions prévues par l'article 16 pour son application étaient réunies. Le Président doit ensuite informer la Nation par un message. Le général de Gaulle le fit par une allocution radiotélévisée, le 23 avril 1963. Le Président de la République concentre les pouvoirs du Gouvernement et du Parlement. Le texte de la Constitution ne détaille pas, comme le font la loi du 3 avril 1955 et le code de la défense, respectivement pour l'état d'urgence et l'état de siège, les différentes mesures pouvant être prises par le Président de la République puisque ce dernier est habilité à prendre « *les mesures exigées par ces circonstances.* » Toutefois, la Constitution assigne une finalité à de telles mesures : elles « *doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission.* » Les mesures prises peuvent relever du domaine du règlement ou du domaine de la loi<sup>62</sup>. La décision de mettre en œuvre l'article 16 est un **acte**

60 TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, n° 00035, Rec.

61 F. Lamy, *État d'urgence*, *op. cit.*

62 En 1961, toutes les mesures prises avaient un caractère législatif et couvraient trois domaines : les mesures d'ordre public dont la prorogation de l'état d'urgence déclarée le 22 avril 1961 et, la même année, la mise en œuvre de procédures d'internement administratif ; les mesures relatives aux fonctionnaires, militaires et magistrats (mesures nécessaires pour s'assurer de la loyauté des corps, facilitation des mises en congé, suspensions, révocations, destitutions de fonctionnaires ou de militaires participant ou encourageant à des opérations de subversion, suspension de l'inamovibilité



**de gouvernement** et les actes du Président ayant valeur législative ne peuvent faire l'objet d'un contrôle par le juge administratif<sup>63</sup> (CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, n° 55049). Si le Conseil d'État est compétent pour connaître d'une mesure d'application d'une décision législative, il ne peut en revanche statuer sur un moyen mettant en cause cette décision de l'article 16<sup>64</sup>. S'agissant des actes de nature réglementaire, ils peuvent être contestés selon le mode habituel par le biais d'un recours pour excès de pouvoir. Le Président de la République prend seul ses décisions, sans qu'il soit nécessaire de délibérer en conseil des ministres ni d'apposer un contreseing<sup>65</sup>. Depuis la **révision constitutionnelle du 23 mars 2008**, le Conseil constitutionnel peut être saisi, après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, par les présidents des assemblées ou 60 députés ou 60 sénateurs, afin d'examiner si les conditions de recours à l'article 16 demeurent réunies. Il peut également s'autosaisir à tout moment, une fois écoulé un délai de 60 jours.

**Chacun des trois régimes d'exception existant en droit français est ainsi adapté à un type de situation spécifique.** En effet, l'article 16 concerne des situations gravissimes et permet de réagir avec célérité à une menace concernant l'ensemble de la Nation et l'avenir même du pays, justifiant ainsi de conférer temporairement au chef de l'État la quasi-totalité des pouvoirs. L'état de siège a quant à lui été conçu explicitement pour répondre à la menace d'une guerre étrangère ou civile : il s'agit de transférer aux autorités militaires, aptes à faire face aux agressions armées, la gestion de l'ordre public. Enfin, l'état d'urgence prévu par la loi de 1955 est déclenché en cas de péril imminent résultant de troubles graves à l'ordre public, formule qui peut recouvrir une plus grande diversité de situations, sans conférer de prérogatives spécifiques aux autorités militaires.

## 1.2. Le régime de l'état d'urgence

➔ Voir. *Frise chronologique : événements historiques, cadre juridique, p. 189*

---

des magistrats) et la modification de la procédure pénale et la création de juridictions *ad hoc* (création d'un Tribunal militaire et d'un Haut Tribunal militaire pouvant juger les crimes et délits commis contre la sûreté de l'État si le Gouvernement écartait la compétence des juridictions ordinaires, modifications des règles de procédure pénale pour accélérer les procédures et suspendre la séparation des poursuites et de l'instruction, la durée légale de garde à vue est ainsi allongée de cinq à quinze jours).

63 La Cour de cassation dans sa décision du 21 août 1961 *Fohran* a reconnu également ce caractère (CCass., 1<sup>er</sup> civ, 21 février 1961, Bull. crim., p. 695).

64 CE, Sect., 8 mars 1968, *Lagrange*, n° 68460, Rec.

65 F. Lamy, *État d'urgence, op. cit.*, p. 166.



## 1.2.1. Le régime de l'état d'urgence institué par la loi du 3 avril 1955 : une large augmentation des pouvoirs de police administrative

### 1.2.1.1. Une construction normative atypique adoptée dans le cadre d'un régime parlementaire

1. **L'économie de la loi du 3 avril 1955<sup>66</sup> lors de son entrée en vigueur** – La loi du 3 avril 1955 comporte un **titre premier** qui crée le régime d'état d'urgence et un **titre deux** qui déclare applicable ce régime en Algérie pour une durée de 6 mois, active les pouvoirs spéciaux prévus par le titre premier et renvoie à un décret le soin de fixer les zones géographiques concernées<sup>67</sup>. L'architecture de ce texte, issue de la fusion de deux lois distinctes que la commission des lois avait souhaitée, est inhabituelle<sup>68</sup>. Comportant à la fois le régime-socle et le régime d'application, elle se présente comme si elle comprenait en son sein deux niveaux normatifs différents ou à tout le moins une loi-cadre et une loi d'application.

**L'article premier** dispose que « *l'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain de l'Algérie ou des départements d'outre-mer, soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* ». À l'image des textes adoptés à cette époque, le texte est concis. À sa lecture, on peut voir combien il reste marqué par le régime de l'état de siège auquel il est fait référence plusieurs fois<sup>69</sup>. La loi prévoit qu'il revient exclusivement au **législateur de déclarer et fixer la durée de l'état d'urgence** et de le prolonger le cas échéant. Il lui appartient également de fixer les circonscriptions territoriales concernées au sein desquelles les zones d'application seront fixées par décret<sup>70</sup>. La loi est caduque en cas de démission du Gouvernement ou de vacance de la présidence du Conseil<sup>71</sup> et elle est abrogée de plein droit en cas de dissolution du Parlement. Le renvoi au pouvoir réglementaire est restreint.

**Un premier ensemble de mesures est directement applicable** dès la déclaration de l'état d'urgence. **L'article 5** habilite le **préfet de département** à interdire la circulation à des personnes ou véhicules dans certains lieux et à certaines heures, à instituer des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est règlementé<sup>72</sup>. **L'article 6** habilite le **ministre de l'intérieur** (et le cas échéant le

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

67 La loi du 7 août 1955 prolongera l'état d'urgence en Algérie pour une nouvelle période de six mois. Enfin, en raison de l'aggravation de la situation en Algérie, un troisième décret sera pris le 30 août 1955, qui étendra l'état d'urgence sur tout le territoire algérien.

68 JO, déb. parl., Ass. nat. séance du 30 mars 1955, pp. 2130-2131.

69 L'art. 10 renvoie notamment à la loi sur l'état de siège sur l'organisation générale de la Nation en temps de guerre.

70 L'application de l'état d'urgence est délimitée par le **décret du 6 avril 1955** aux circonscriptions de Tizi-Ouzou, Batna et Tebessa. Le 19 mai, un deuxième **décret** étend la couverture de l'état d'urgence, notamment au département de Constantine.

71 L'art. 3 prévoit un dispositif de prorogation de loi en cas de changement de Gouvernement moyennant confirmation par le Parlement.

72 Art. 5 de la loi du 3 avril 1955.



gouverneur général d'Algérie) à prononcer des assignations à résidence dans des lieux déterminés pour des personnes dont l'activité est dangereuse pour l'ordre public, sans toutefois pouvoir aller jusqu'à créer des camps de détenus. Il est précisé à l'**article 7** que toute personne faisant l'objet des mesures d'interdiction de séjour ou d'assignation à résidence peut en demander le retrait devant une commission spécialement composée. Elle peut aussi former un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif compétent devant statuer dans le mois de la requête. À défaut, la mesure cesse automatiquement son effet. L'**article 8** habilite le ministre de l'Intérieur pour l'ensemble du territoire, le gouverneur général pour l'Algérie et le préfet dans son département, à ordonner des remises d'armes. **Un second ensemble de mesures nécessite des dispositions législatives spéciales ou des décrets pour pouvoir être mises en œuvre. L'article 11** prévoit ainsi que la loi déclarant l'état d'urgence peut par disposition expresse étendre les pouvoirs de police administrative des autorités compétentes mentionnées à l'article 8 pour leur permettre « d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit » et « prendre toutes mesures pour assurer le contrôle de la presse et des publications de toute nature ainsi que celui des émissions radiophoniques, des projections cinématographiques et des représentations théâtrales ». Par ailleurs, l'**article 12** prévoit que, par décret pris au rapport du garde des sceaux et du ministre de la défense, la juridiction militaire peut être autorisée à se saisir de crimes et délits connexes. À défaut, la juridiction de droit commun reste saisie. L'existence de ces deux sous-ensembles de dispositions a conduit Roland Drago<sup>73</sup>, dans son commentaire de la loi du 3 avril 1955, à distinguer « l'état d'urgence simple » mis en œuvre dès la déclaration législative et « l'état d'urgence aggravé » qui confère aux autorités administratives des pouvoirs encore plus importants. Comme cela sera souligné ultérieurement, cette lecture a été confortée par l'ordonnance du juge des référés du Conseil d'État, *Rolin et autres*, du 14 novembre 2005 (n° 286835).

La loi de 1955 qui instaure un dispositif de crise circonscrit dans le temps et l'espace a donc **pour seule finalité d'augmenter les pouvoirs de police administrative, sous contrôle rapproché du Parlement**. Ainsi, il apparaît, sur l'échelle des législations d'exception précédemment étudiées, comme le régime le moins dérogoire. Il ne porte pas atteinte à la séparation des pouvoirs et ne procède à aucun transfert de pouvoirs.

**2. La mise en œuvre de la loi du 3 avril 1955 avant la V<sup>e</sup> République** – La loi du 7 août 1955 prolongea l'état d'urgence en Algérie pour une nouvelle période de six mois. En raison de l'aggravation de la situation, un troisième décret a été pris le 30 août 1955 qui étendait l'état d'urgence sur tout le territoire algérien. La dissolution de l'Assemblée nationale décidée par Edgar Faure le 1<sup>er</sup> décembre 1955 a mis un terme à l'état d'urgence avant la fin des six mois de prolongation par la loi du 7 août. Conformément aux dispositions de l'article 4 de la loi du 3 avril 1955, la loi prorogeant l'état d'urgence est devenue caduque 15 jours après la dissolution. Le premier état d'urgence avait ainsi été en vigueur pendant trois mois, du 3 avril au 16 décembre 1955. Par la suite, le nouveau président du Conseil, **Guy Mollet**, faisait adopter par le Parlement **la loi des « pleins pouvoirs spéciaux »** du 16 mars

---

73 R. Drago, « L'état d'urgence et les libertés publiques » in *RDP*, 1955, p. 675.



1956<sup>74</sup> qui constituait à elle seule un état d'exception et lui permit de déclarer l'état d'urgence en dérogeant à la loi de 1955. Le Conseil d'État admit cette habilitation<sup>75</sup>.

**L'état d'urgence a été à nouveau déclaré le 17 mai 1958.** Peu après le putsch d'Alger du 13 mai 1958, le Parlement a adopté une loi déclarant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire métropolitain pour une durée de trois mois. C'était la première fois qu'un état d'urgence avait un tel champ géographique. Motivé par la peur d'un coup d'état de la part des militaires et de leurs soutiens, il permit notamment la réalisation de perquisitions de nuit et l'instauration de juridictions militaires. La loi prévoyait qu'un changement de Gouvernement entraînerait mécaniquement la fin de l'état de l'urgence. C'est ce qui arriva ; l'état d'urgence cessa dès le changement de Gouvernement, le 1<sup>er</sup> juin 1958, avec la nomination du Général de Gaulle, et n'a pas été reconduit dans l'immédiat.

### **1.2.1.2. Un dispositif conservé par la V<sup>e</sup> République et plusieurs fois éprouvé : la loi de 1955 à l'épreuve des crises et des réformes constitutionnelles**

Si l'équilibre de la loi de 1955 n'a pas changé en profondeur au cours des années, elle a plusieurs fois été modifiée pour s'adapter aux nouvelles menaces et contraintes, signe qu'il est difficile de disposer d'un canevas législatif prêt à affronter toutes les crises. Ces modifications ont également consisté à adapter le cadre légal à l'esprit de la V<sup>e</sup> République, à supprimer les dispositifs d'exception surannés ou incompatibles avec l'évolution des droits et garanties protégés par la Constitution (censure de la presse), puis à rendre le dispositif conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel enrichie par l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et à adapter les pouvoirs de police à l'époque contemporaine (notamment à l'utilisation des nouvelles technologies).

En 1958, l'inscription dans la Constitution de l'état d'urgence n'a pas été envisagée et les débats doctrinaux se sont concentrés sur le nouveau dispositif créé à l'[article 16](#) de la Constitution<sup>76</sup>. Jamais il n'a été question d'abroger la loi de 1955 pour instaurer un nouveau dispositif. Cette loi « dormante »<sup>77</sup> ne se réveillera qu'épisodiquement à la faveur des crises. La loi de 1955 a continué à s'appliquer moyennant les modifications mentionnées ci-dessus. Les **conditions de son déclenchement n'ont, elles, 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 publique. »

---

74 [Loi n° 56-258](#) du 16 mars 1956, Programme d'expansion économique, de progrès social et de réforme administrative, de rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire.

75 Avis favorable de la commission permanente du Conseil d'État du 28 février 1956 sur le projet de loi autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre en Algérie un programme d'expansion économique, de progrès social et de réforme administrative et l'habilitant à prendre toutes mesures exceptionnelles en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire. Cette loi prévoit notamment que ses décrets d'application pourront modifier ou abroger certaines dispositions législatives existantes.

76 O. Beaud et C. Guérin-Bargues, *op. cit.*

77 J.-F. de Montgolfier, *op. cit.*



Au lendemain de la semaine dite « des barricades » à Alger, le Gouvernement, habilité par le Parlement, a adopté l'**ordonnance du 15 avril 1960**<sup>78</sup> modifiant la loi de 1955 pour l'adapter au schéma institutionnel de la V<sup>e</sup> République et **présidentialiser** son régime. La principale modification opérée par cette ordonnance jamais ratifiée concerne la déclaration de l'état d'urgence, désormais réalisée par décret en conseil des ministres, ce qui évince le Parlement et renforce le **Chef de l'État** au détriment du Premier ministre. En revanche, l'état d'urgence ne peut être prorogé au-delà de 12 jours que par la loi. Le Parlement n'a d'autre choix que d'accepter ou refuser la prolongation de l'état d'urgence. Enfin, l'ordonnance abandonne l'abrogation de plein droit en cas de dissolution du Parlement et prévoit une hypothèse unique de caducité automatique à l'issue d'un délai de 15 jours, à la suite d'un changement de Gouvernement ou d'une dissolution de l'Assemblée nationale.

Jusqu'en 2015, bien que déclaré dans des contextes différents – guerre d'Algérie, troubles survenus en Nouvelle-Calédonie et dans les îles françaises du Pacifique entre 1985 et 1987, violences urbaines de 2005 – l'état d'urgence a été principalement utilisé dans des zones circonscrites, pour faire face à des troubles à l'ordre public.

## 1. De 1955 à 2015 : la lutte contre les troubles à l'ordre public

• **L'article 16 et l'état d'urgence utilisés concomitamment (22 avril 1961 et 24 octobre 1962)** – Le 22 avril 1961, au lendemain du putsch des généraux, le général de Gaulle a déclaré, à compter du 23 avril, l'état d'urgence sur tous les départements du territoire métropolitain par décret pris en conseil des ministres et prescrit l'application de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955. Il a fait le même jour application de l'**article 16**, évitant ainsi que le Parlement vote la prorogation de l'état d'urgence. Par décision du 24 avril 1961, il a prolongé l'état d'urgence pour une durée illimitée. Le 29 septembre 1961, avant de mettre un terme à l'**article 16**, il a prolongé à nouveau l'état d'urgence jusqu'au 15 juillet 1962 et prorogé certaines mesures prises en application de l'**article 16** « *sous réserve de ce qui pourrait être décidé par la loi* ». Le 8 avril 1962, l'ordonnance prise sur le fondement de la loi d'habilitation référendaire du 13 avril 1962 permettant la validation des accords d'Evian habilitait aussi le Président de la République à prendre par ordonnance plusieurs mesures prises en application de l'**article 16**. Sur ce fondement, l'**ordonnance du 13 juillet 1962** prorogeait à nouveau l'état d'urgence et renvoyait à un décret le soin de fixer la date butoir. Ce fut une innovation majeure puisque jusqu'alors seule la loi de prorogation pouvait fixer la durée définitive de l'état d'urgence. Cet état d'urgence prolongé prendra **fin le 24 octobre 1962**, quinze jours après la dissolution de l'Assemblée nationale rendant caduque sa prorogation. Le Conseil d'État, saisi de la légalité d'une décision du préfet de police saisissant des exemplaires de publication de journaux, a été conduit à constater la caducité de l'état d'urgence du fait de la dissolution de l'Assemblée nationale<sup>79</sup>. Au total, l'état d'urgence aura duré plus d'un an et demi et aura connu de nombreux changements normatifs. Son application cumulée avec l'**article 16** qui amoindrit les contrôles

78 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.

79 CE, 25 juin 1969, *Ministère de l'Intérieur contre Éditions parisiennes associées*, n° 73935, Rec. p. 334.



juridictionnels a été abondamment critiquée par la doctrine et placé sous le sceau de la raison d'État<sup>80</sup>.

• **L'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie (1984-1985) : un état d'urgence déclaré par arrêté du Haut-commissaire de la République** – En 1984, la situation en Nouvelle-Calédonie opposant partisans et adversaires de l'indépendance était particulièrement tendue, provoquant des morts et de graves troubles à l'ordre public. Edgar Pisani, ancien ministre, se voyait alors confier une mission spéciale pour élaborer un programme de sortie de crise et était nommé délégué du Gouvernement ainsi que Haut-commissaire de la République. Après que la situation s'était encore tendue, le 11 janvier, l'état d'urgence était proclamé à partir du 12 janvier 1984 sur le territoire de Nouvelle-Calédonie par arrêté du haut-commissaire, suivi d'un second arrêté d'application. Pour la première fois, la déclaration comportait un exposé des motifs : la décision visait à maintenir l'ordre public et préserver la sécurité des personnes et des biens. Plusieurs mesures étaient adoptées dont certaines à la légalité incertaine<sup>81</sup> (notamment des perquisitions de nuit qui nécessitent une habilitation expresse), mais la loi du 6 septembre 1984 prorogeant l'état d'urgence a couvert cette irrégularité<sup>82</sup>. La loi du 6 septembre 1984 ne prévoyant pas la possibilité d'une prorogation, une nouvelle loi prononça le rétablissement de l'état d'urgence le 25 janvier 1985. Cette loi fut contestée par des députés et sénateurs d'opposition devant le Conseil constitutionnel en invoquant notamment la non-conformité de l'état d'urgence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant la fouille de véhicule. Le Conseil constitutionnel, par une décision qui a marqué le droit constitutionnel en introduisant la possibilité de réaliser des contrôles à titre incident, rejeta les moyens d'inconstitutionnalité invoqués. C'est à cette occasion qu'il examina pour la première fois la constitutionnalité d'une loi déclarant l'état d'urgence et valida implicitement sa construction atypique (*cf. infra*). Il fut mis fin à l'état d'urgence le 30 juin 1985, comme prévu par la loi du 25 janvier.

• Un état d'urgence a également été déclaré à **Wallis et Futuna** entre le 29 et le 30 octobre 1986 et en **Polynésie française** entre le 24 octobre et le 5 novembre 1987.

• **L'état d'urgence et les émeutes de 2005** – Le 27 octobre 2005, deux adolescents sont morts électrocutés à Clichy-sous-Bois en tentant de se cacher de la police qui les poursuivait, déclenchant un épisode inédit de violences urbaines dans plusieurs banlieues. L'état d'urgence a été décrété en conseil des ministres le 8 novembre 2005 sur l'ensemble du territoire métropolitain et complété par un décret simple d'application qui précisait les zones dans lesquelles pouvaient être prises certaines

80 O. Beaud et C. Guérin-Bargues, *op. cit.*

81 Notamment interdiction aux personnes et aux véhicules de circuler sans autorisation entre 23h et 5h, interdiction des attroupements de plus de 5 personnes sur voies et espaces publics, interdiction de toute détention d'arme normalement soumise à règlement sans autorisation des autorités compétentes, possibilité de perquisitionner même de nuit au domicile de personnes ayant contrevenu aux dispositions de l'arrêté, possibilité d'interdire le séjour sur tout ou partie du territoire à toute personne susceptible de troubler l'ordre public.

82 Des manifestants ayant bravé l'interdiction de rassemblement et ayant été déférés en flagrant délit devant le tribunal correctionnel de Nouméa invoquèrent l'illégalité de l'arrêté d'Edgar Pisani, en faisant valoir que la loi du 3 avril 1955 exigeait un décret en conseil des ministres. Le tribunal de Nouméa accueillit l'exception d'illégalité dans un jugement du 15 janvier 1985 mais la cour d'appel réforma le jugement sur appel du parquet



mesures complémentaires<sup>83</sup>. Les trois catégories de mesures prévues par la loi de 1955 ont été mises en œuvre : **les mesures automatiques énoncées à l'article 5** (permettant d'interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et heures fixées par arrêté – couvre-feux –, l'institution de zones de protection et interdiction de séjours), **les mesures complémentaires** mentionnées aux articles 6 et 8 dans les zones délimitées par décret simple (assignations à résidence, la fermeture débits de boissons, salles de spectacles, interdiction des réunions) et **certaines mesures qualifiées « d'état d'urgence renforcé »** prévues par dispositions expresses qui permettent d'ordonner dans ces zones des perquisitions à domicile de jour comme de nuit (1<sup>o</sup> de l'art. 11). Il n'a pas été fait application des dispositions permettant la censure de la presse et la compétence des tribunaux militaires. Le décret déclenchant l'état d'urgence faisait l'objet de plusieurs recours en référé et au fond, permettant au Conseil d'État de poser les fondations de sa jurisprudence sur les états d'urgence. **L'ordonnance du 11 novembre 2005 du juge des référés du Conseil d'État** a confirmé le maintien en vigueur de la loi de 1955 alors qu'il était soutenu qu'il existait une incompatibilité entre la Constitution de 1958 et la loi du 3 avril 1955 qui devait conduire à regarder cette dernière comme abrogée<sup>84</sup>. **L'ordonnance du juge des référés du 14 novembre 2005**<sup>85</sup> a précisé les règles de recevabilité et le niveau de contrôle du juge des référés sur le décret déclenchant l'état d'urgence. Enfin, **l'ordonnance du 9 décembre 2005**<sup>86</sup> a déterminé l'office de ce même juge sur une demande enjoignant au Chef de l'État de sortir de l'état d'urgence. Saisi par la suite, au fond, sur la légalité des décrets relatifs à l'état d'urgence, le Conseil d'État, dans sa décision **d'assemblée du contentieux du 24 mars 2006**<sup>87</sup>, a confirmé la recevabilité des recours dirigés contre les décrets relatifs à l'état d'urgence, qui ne sont pas des actes de gouvernement. La même décision a reconnu l'opérance des moyens d'inconventionnalité à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) invoqués contre le décret déclarant l'état d'urgence et son décret d'application, jugé que la loi de prorogation de l'état d'urgence a pour effet de ratifier les mesures spécifiques édictées par le décret et décidé que la légalité de ces dernières ne peut plus être discutée par la voie contentieuse une fois la ratification intervenue.

## **2. De 2015 à 2017 : la lutte contre le terrorisme (13 novembre 2015 au 1<sup>er</sup> novembre 2017)**

A la suite de la vague sans précédent d'attentats terroristes intervenus sur le sol français à l'automne 2015, le Président de la République a déclaré l'état d'urgence le 13 novembre 2015. À l'instar des États-Unis recourant à la loi martiale et au *Patriot Act* après les attentats contre le *World Trade Center* le 11 septembre 2001, la France utilisait pour la première fois de son histoire l'état d'urgence pour lutter contre la menace terroriste. Cet état d'urgence a été marqué par de substantielles transformations apportées à la loi de 1955, par l'intervention massive et inédite du juge (constitutionnel, administratif, pénal) dans le contrôle de sa mise en œuvre,

83 [Décret n° 2005-1386](#) et [décret n° 2005-1387](#) du 8 novembre 2005.

84 JRCE, 11 novembre 2005, n° [287217](#).

85 JRCE, 14 novembre 2015, n° [286835](#).

86 JRCE, 9 décembre 2005, n° [28777](#).

87 CE, Ass., 24 mars 2006, n° [286834](#), [287218](#).



par l'échec de sa constitutionnalisation et enfin, sa particulière longueur. Il fut en effet prorogé à six reprises, jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 2017<sup>88</sup>.

Lors de la première prorogation de l'état d'urgence, pour une durée de trois mois, par la **loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015, d'importantes modifications ont été apportées** pour, d'une part, expurger la loi de 1955 de dispositions qui semblaient dorénavant incongrues voire inconstitutionnelles et inconvencionnelles et, d'autre part, assortir les dispositions existantes ou nouvelles de garanties suffisantes quant à la proportionnalité des mesures de police. L'objectif était de ne pas risquer une censure du Conseil constitutionnel pour **incompétence négative**. L'assemblée générale du Conseil d'État a examiné, comme à son habitude, si les dispositions ajoutées ne revêtaient pas une « *rigueur non nécessaire* », si elles assuraient une conciliation équilibrée entre la sauvegarde de l'ordre public et le respect de la vie privée, si les garanties apportées étaient suffisantes et précises et si, enfin, elles respectaient le cadre fixé par l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>89</sup>. La nouvelle loi abrogeait les dispositions relatives aux mesures restreignant la liberté d'expression des médias, spectacles et cinémas<sup>90</sup>, les dispositions prévoyant un recours devant une commission administrative pour solliciter le retrait des mesures prises en application du 3° du 5 et du 6 et les dispositions permettant l'intervention des tribunaux et cours militaires. Le dispositif des **assignations à résidence** sur décision du ministre de l'Intérieur était modifié et élargi. Pour éviter un risque de censure du Conseil constitutionnel<sup>91</sup>, les **perquisitions administratives**, autorisées dans tous les lieux (publics et privés y compris des domiciles, sauf quelques exceptions, de jour comme de nuit) lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics, ont été **fortement encadrées**. La loi restreignait la possibilité de maintenir sur les lieux des personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les objets, documents et données informatiques saisis, de fouiller l'ordinateur et de copier les données stockées sur l'ordinateur ou accessibles à partir de celui-ci. Elle excluait toute perquisition dans un lieu affecté à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes ; la décision ordonnant la perquisition devait préciser le lieu et le moment de la perquisition ; le procureur de la République territorialement compétent était

88 S'agissant des principales mesures prises, ont été dénombrées 4 469 perquisitions administratives (dont 3594 jusqu'au 25 mai 2016 et 70 lors de la dernière phase à partir du 16 juillet 2016) ; 625 saisies d'armes dont 78 armes de guerre ; 754 assignations à résidence (dont 350 pour la seule première phase), 41 en vigueur au 31 octobre 2017 (dont 16 assignés depuis plus de 12 mois, parmi lesquels 8 assignés depuis le début de l'état d'urgence) ; la mise en place de 75 zones de protection et de sécurité (dont 8 depuis le 16 juillet 2017) ; la fermeture de 19 lieux de culte.

89 CE, Com. perm., avis n° 390789 du mardi 17 novembre 2015 sur le projet de loi 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 mesures.

90 Dès le 14 novembre 2015, une circulaire du ministre de l'intérieur demandait aux préfets de ne pas appliquer ces mesures.

91 Anticipation qui s'est révélée pertinente puisque le Conseil constitutionnel a censuré par une décision [n° 2016-567/568 QPC](#) du 23 septembre 2016, *M. Georges F. et a.*, les dispositions relatives aux perquisitions administratives de jour et de nuit dans leurs versions antérieures à la loi du 20 novembre 2015 comme étant dépourvues de conditions et de garanties de mises en œuvre les jugeant assorties de garanties insuffisantes.



informé sans délai de la décision ordonnant la perquisition ; un officier de police judiciaire territorialement compétent devait obligatoirement être présent pendant la perquisition et la perquisition devait impérativement se dérouler en présence de l'occupant ou, à défaut, de son représentant ou de deux témoins. La loi prévoyait aussi la **dissolution en conseil des ministres des associations ou groupements de fait** qui participent à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public compte tenu notamment du rôle de soutien logistique ou de recrutement que peuvent jouer ces structures. Le ministre de l'intérieur était par ailleurs autorisé à prendre toute mesure nécessaire pour bloquer des sites internet faisant l'apologie du terrorisme ou incitant à des actes terroristes. Les dispositions permettant une gradation dans l'état d'urgence étaient réintroduites<sup>92</sup> et l'article 11 permettant « un état d'urgence aggravé » maintenu. Enfin, le **contrôle du Parlement** était renforcé par l'instauration d'une obligation d'information continue du Gouvernement aux assemblées de toutes les mesures prises pendant toute la durée de l'état d'urgence.

Le **Conseil constitutionnel** a jugé les neuf premiers alinéas de l'article 6 de la loi relative aux assignations à résidence conformes à la Constitution.

Le 23 décembre 2015 était présenté en conseil des ministres par le Premier ministre Manuel Valls un **projet de loi constitutionnelle** de protection de la Nation ayant pour objet d'intégrer, dans la Constitution, le régime de l'état d'urgence. Son article premier précisait les conditions de déclenchement et de prorogation du régime et renvoyait à une loi ordinaire le soin de préciser la nature des mesures de police administrative pouvant être prises au titre de l'état d'urgence<sup>93</sup>. Son article 2 prévoyait la déchéance de nationalité pour les binationaux nés Français et pour les délits constituant une atteinte grave à la vie de la nation. Adopté en première lecture par les assemblées moyennant quelques modifications (la durée de prorogation avait notamment été abaissée à trois mois), le projet de loi constitutionnelle a en définitive été **retiré** le 30 mars 2016 par le Président de la République, François Hollande, après consultation du président de l'Assemblée nationale et du président du Sénat.

La **loi n° 2016-162 du 19 février 2016** a prorogé l'état d'urgence pour trois mois à compter du 26 février 2016 et ajouté une disposition permettant au Gouvernement de mettre fin à l'état d'urgence par simple décret en conseil des ministres avant expiration de la durée prévue par la loi. Le même jour, le **Conseil constitutionnel** jugeait conformes les dispositions relatives à la police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence, mais **non conformes** les dispositions de la seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'**article 11** de la loi du 3 avril 1955 relatives à la saisie par copies des données informatiques lors d'une perquisition. Il a jugé qu'elles n'étaient pas assorties de garanties suffisantes<sup>94</sup>.

92 L'art. 5 rétablit l'article 15 qui avait été abrogé par la loi de simplification de 2011.

93 Lors de son examen devant le Conseil d'État, l'article premier disposait : « 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 résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique. / La loi fixe les mesures de police administrative que les autorités civiles peuvent prendre pour prévenir ce péril ou faire face à ces événements / 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. »

94 CC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*, n° 2016-535 QPC (cf. deuxième partie).



La [loi n° 2016-629 du 20 mai 2016](#) a prorogé l'état d'urgence pour deux mois à compter du 26 mai 2016. Le Conseil d'État, dans son avis préalable, a alerté le Gouvernement sur le fait qu'un état d'urgence perd son objet dès lors que s'éloigne le péril imminent<sup>95</sup>.

A la suite de l'attentat commis le 14 juillet 2016 à Nice, la [loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016](#) a prorogé à nouveau l'état d'urgence pour six mois et adopté **une nouvelle série de mesures renforçant la prévention du terrorisme**, telles que la fermeture des lieux de culte au sein desquels sont tenus des propos constituant une provocation à la haine ou à la violence ou encore l'interdiction des cortèges, défilés et rassemblements de personnes sur la voie publique dès lors que l'autorité administrative justifie ne pas être en mesure d'en assurer la sécurité compte tenu des moyens dont elle dispose<sup>96</sup>. Elle prévoyait, en outre, la possibilité pour les forces de l'ordre, sur décision du préfet, sans réquisition du procureur de la République, de procéder à des contrôles d'identité, des inspections visuelles et des fouilles de bagages et les véhicules. La direction de l'administration pénitentiaire était autorisée à mettre en œuvre des « *traitements de données à caractère personnel relatifs aux systèmes de vidéosurveillance de cellules de détention au sein des établissements pénitentiaires* ». Entendant remédier à la censure partielle du Conseil constitutionnel intervenue dans sa décision [n° 2016-536 QPC](#) du 19 février 2016, la loi du 21 juillet 2016 définissait une **nouvelle procédure encadrant plus strictement la saisie des données et matériels informatiques lors d'une perquisition administrative et l'exploitation des données sous le contrôle préalable du juge administratif**. En vertu de ce texte, c'est uniquement dans l'hypothèse où la perquisition révèle l'existence d'éléments relatifs à la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée que les données peuvent être saisies soit par leur copie soit par la saisie de leur support lorsque la copie ne peut pas être réalisée ou achevée pendant la perquisition. Cette copie est réalisée en présence d'un officier de police judiciaire. Aucune exploitation ne peut avoir lieu avant autorisation du juge administratif qui statue dans les 48 heures. L'autorisation ne peut porter que sur des éléments présentant un lien avec la menace. Une copie est remise au procureur de la République ainsi qu'à l'occupant du lieu ou à ses représentants. Les données sont conservées le temps strictement nécessaire à leur exploitation (des délais précis encadrent la durée d'exploitation et la restitution des matériels au propriétaire). Si le juge rejette la demande d'autorisation d'exploitation ou que les données se révèlent sans lien avec la menace ayant justifié la saisie, les données sont détruites sous réserve d'un appel devant le juge des référés du Conseil d'État. Si la saisie conduit à la constatation d'une infraction, les données sont conservées selon les règles de la procédure pénale.

Par une nouvelle décision QPC du 2 décembre 2016, *M. Raïme A.* ([n° 2016-600 QPC](#)), le Conseil constitutionnel a validé le nouveau dispositif de saisie des données informatiques mais censuré une partie de l'article concernant les **conditions de**

95 CE, Ass. gén., 28 avril 2016, avis n° 391519 sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, point n° 6.

96 [Loi n° 2015-1501](#) du 20 novembre 2015 ; [loi n° 2016-987](#) du 21 juillet 2016 ; [loi n° 2017-258](#) du 28 février 2017.



**conservation de ces données**, en ce qu'il n'avait prévu aucun délai, après la fin de l'état d'urgence, à l'issue duquel les données conservées comme présentant un lien avec la menace mais n'ayant pas donné lieu au constat d'une infraction doivent être détruites.

La **loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016**, a prorogé l'état d'urgence jusqu'au 15 juillet 2017 en adoptant quelques modifications pour tenir compte des censures du Conseil constitutionnel. Son article 6 limitait la durée d'une assignation à résidence<sup>97</sup>. La loi prévoyait également que la disposition de la loi de 1955 rendant l'état d'urgence caduc dans un délai de 15 jours après la démission du Gouvernement ou une dissolution de l'Assemblée nationale ([article 4](#) de la loi du 3 avril 1955) ne s'applique pas en cas de démission du Gouvernement consécutive à l'élection du Président de la République ou à celle des députés ([article 4](#)).

Par **deux décisions QPC des 16 mars et 9 juin 2017**, le Conseil constitutionnel a déclaré non conforme à la Constitution la compétence confiée au juge des référés de prolonger de trois mois une assignation à résidence alors qu'il n'est pas un juge du fond<sup>98</sup> et également déclaré non conforme la disposition permettant au préfet de prononcer des interdictions de séjour<sup>99</sup>.

L'état d'urgence a été prorogé une dernière fois par la **loi du 11 juillet 2017** jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 2017, date à laquelle il a pris fin<sup>100</sup>. Cette loi a réintroduit les mesures d'interdiction de séjour en améliorant leur encadrement.

**Plusieurs décisions QPC** du Conseil constitutionnel sont intervenues alors que l'état d'urgence avait cessé. Une décision QPC du 1<sup>er</sup> décembre 2017, [n° 2017-677 QPC](#), a censuré une disposition insérée à la suite de l'attentat de Nice permettant aux autorités de police de procéder à des contrôles d'identité prévus par le code de procédure pénale, des fouilles visuelles de bagages et visites de véhicules dans les lieux déterminés par le préfet au motif que « *la pratique de ces opérations de manière généralisée et discrétionnaire serait incompatible avec la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée* ». La décision QPC [n° 2017-684 QPC](#) du 11 janvier 2018 a censuré le pouvoir trop large laissé aux préfets pour la détermination des zones de protection.

**Ainsi adapté, éprouvé et passé au crible du contrôle de constitutionnalité, l'état d'urgence prévu par la loi de 1955 s'est peu à peu imposé comme un régime d'exception central de notre droit, autonome et dédié à parer à des crises de nature diverses affectant l'ordre public.**

---

97 A compter de la déclaration de l'état d'urgence et pour toute sa durée, une personne assignée à résidence plus de 12 mois sur le fondement de l'état d'urgence ne peut faire l'objet d'une nouvelle mesure d'assignation que s'il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public. La nouvelle assignation ne peut néanmoins excéder une durée de 90 jours (art. 2).

98 CC, 16 mars 2017, *M. Sofiyani I*, [n° 2017-624 QPC](#).

99 CC, 9 juin 2017, *M. Émile L.*, [n° 2017-635 QPC](#).

100 [Loi n° 2017-1154](#).



## 1.2.2. L'état d'urgence sanitaire

### 1.2.2.1. Le caractère séculaire de la police sanitaire

Les mesures de police sanitaire restreignant les libertés des individus pour lutter contre les épidémies sont très anciennes et remontent à la Renaissance<sup>101</sup>. Le XIX<sup>e</sup> siècle a été marqué par une accélération de la circulation des virus en raison de la révolution des transports. Les épidémies sont devenues pandémies, tel le choléra qui est sorti de son foyer écologique traditionnel du Bengale ou la grippe russe de 1889 qui s'étendit à travers le monde à la vitesse du chemin de fer.

Ainsi, **la première loi du 3 mars 1822 sur l'urgence sanitaire** intervenue durant une épidémie de fièvre jaune, prévoyait déjà une sorte de pouvoir d'exception donné au roi puisque la loi lui permettait de déterminer par ordonnance les mesures extraordinaires aux frontières que l'invasion ou la crainte d'une maladie pestilentielle rendrait nécessaires. À la suite des progrès réalisés dans l'étiologie des maladies infectieuses et dans la découverte des mesures prophylactiques permettant de freiner leur propagation – notamment grâce à Louis-René Villermé – l'intervention publique devint urgente et impérieuse.

Si les premières vaccinations obligatoires et dispositions instaurant des déclarations obligatoires de maladies contagieuses ont été prévues par la loi du 30 novembre 1892 (loi déjà tardive au regard des autres pays occidentaux), il a fallu attendre **la loi du 15 février 1902** de protection de la santé publique pour voir apparaître **les règlements sanitaires** qui conféraient aux maires et, à défaut, aux préfets des pouvoirs pour prendre des mesures de prévention ou de protection de la santé publique et leur permettaient d'agir dans l'urgence<sup>102</sup>. L'idée était d'agir le plus rapidement possible. Les coercitions étaient justifiées par la nécessité de protéger la santé publique. En 1903 apparaissaient les premières régulations sanitaires, ancêtre du **règlement sanitaire international**<sup>103</sup>.

Lutte contre l'épidémie et régime d'exception allaient cohabiter pendant la **première guerre mondiale**. À l'entrée en guerre, un double péril, national et épidémique, visible et invisible, menaçait la collectivité<sup>104</sup>. La **loi du 6 août 1914** proclamant l'état de siège prévoyait ainsi des moyens exceptionnels pour « *prévenir et combattre la propagation des maladies infectieuses* ». L'effort de guerre permit plus facilement de faire appliquer des mesures sanitaires exorbitantes. Mais la priorité donnée au conflit entraîna la circulation des troupes, le maintien des permissions et la propagation dramatique et non maîtrisée de la grippe espagnole en 1918. Cette infection respiratoire, à transmission interhumaine, très contagieuse, semblait, dirent les hygiénistes, « *sauter par-dessus toutes les barrières* ». Triste similarité avec l'épidémie de la covid-19.

101 A. Rasmussen, colloque du Conseil d'État du 9 décembre 2020 sur « Les états d'urgence, quelles leçons de l'histoire ? » ; D. Tabuteau, « Les sociétés face aux épidémies : de la peste à la covid-19 », in *Les tribunes de la santé*, n° 66 automne 2020.

102 La mission de police sanitaire des maires, affirmée dans la loi de 1902, trouvait ses origines dans une loi de 1790.

103 Cf. art. L. 3115-1 à L. 3115-13 du CSP.

104 Il faut rappeler que les épidémies ont davantage tué au XIX<sup>e</sup> siècle que la guerre.



Si cette épidémie engendra la création en urgence par Clémenceau **du premier ministère de l'hygiène, de l'assistance publique et de la prévoyance**, la France mit de nombreuses années à se doter d'une législation sanitaire suffisante. Malgré deux pandémies grippales très meurtrières en 1952 et en 1968 en France<sup>105</sup> et l'épidémie de Sida, il fallut attendre **2004** pour voir instaurer en France une loi permettant de lutter contre les menaces sanitaires graves. Mais l'ensemble de ces événements ont permis de faire enfin prendre conscience que la médecine curative ne peut suffire et que les mesures de prévention sont essentielles. C'est à cette aune qu'est apparue, au fil des années émaillées de scandales sanitaires, une véritable politique de sécurité sanitaire pour lutter contre les risques alimentaires, environnementaux ou médicaux.

### **1.2.2.2. Les fondements de l'état d'urgence sanitaire : le régime de la « menace sanitaire grave »**

Les menaces épidémiques du syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS) et la grippe aviaire en 2003 ont suscité une réflexion sur l'adaptation de l'arsenal législatif au risque de la propagation d'une maladie contagieuse. Un constat de carence a été dressé. Le législateur, à l'occasion du débat sur la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, a inséré dans le code de la santé publique un chapitre intitulé « **Menace sanitaire grave** ». Dans le même mouvement, en écho à la canicule de l'été 2003, la loi a introduit la notion de « *crise sanitaire* » et a confié à l'Institut de veille sanitaire la mission de contribuer à « *la gestion des situations de crise sanitaire* ». Ce dispositif constitue le premier volet du **droit des circonstances sanitaires exceptionnelles**, désormais intégré dans notre législation. C'est lui qui a été utilisé avant que ne soit créé l'état d'urgence sanitaire. Il repose sur une déclaration de « *menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie* », établie par arrêté motivé du ministre chargé de la Santé. Un pouvoir réglementaire d'exception est alors confié au ministre de la Santé qui peut prendre « *toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population* ». Le ministre est aussi compétent pour habilitier les préfets à prendre des mesures individuelles. Parmi les mesures prises pour améliorer la lutte contre ces menaces, la loi du 5 mars 2007 a créé un corps de **réserve sanitaire** et un établissement public de préparation et de réponse aux urgences sanitaires (EPRUS) chargé de constituer des stocks stratégiques de produits et services nécessaires à la protection de la population en cas de menace sanitaire grave.

Alors que la multiplication des cas de covid-19 en France suscitait une grande inquiétude, plusieurs décisions réglementaires ont été prises sur le fondement de [l'article L. 3131.1](#) du code de la santé publique<sup>106</sup>. Parmi elles, **l'arrêté du ministre de la santé du 14 mars 2020** longuement motivé, qui interdit en France métropolitaine

<sup>105</sup> On estime, en 1952, que le virus H2N2 est responsable de 100 000 morts en France (ainsi que de 2 à 3 millions de décès dans le monde) et, en 1968, que le virus H3N2 est responsable de 40 000 morts en France (et de 1 million de décès dans le monde).

<sup>106</sup> *Par ex.*, [décret n° 2020-197](#) du 5 mars 2020 relatif aux prix de vente des gels hydro-alcooliques, [décret n° 2020-247](#) du 13 mars 2020 relatif aux réquisitions nécessaires dans le cadre de la lutte contre le virus covid-19.



et certains territoires d'outre-mer les réunions de plus de 100 personnes en milieu clos, l'accueil du public dans certains établissements (restaurants, établissements sportifs...), qui suspend l'accueil dans les écoles et le **décret du 16 mars 2020, visant l'urgence et les circonstances exceptionnelles**, qui instaure un confinement général de la population.

Face aux restrictions sans précédent affectant les libertés publiques les plus fondamentales comme celles d'aller et venir et d'entreprendre, édictées par la voie réglementaire avec des garanties de droit commun, le Gouvernement, craignant une éventuelle inconstitutionnalité du dispositif, a décidé d'instaurer un nouveau régime qualifié d'« état d'urgence sanitaire », sans abroger le régime de « menace sanitaire grave »<sup>107</sup>. Si l'utilisation de mesures privatives de libertés pour protéger la population d'un virus est connue, le recours à un état d'exception à cette fin était inédit. Il ne s'agissait pas de lutter contre des individus malveillants voulant mettre en péril la République, mais de se protéger d'un mal se diffusant à l'insu des populations, à la fois victimes et facteurs de propagation.

### **1.2.2.3. Une loi temporaire instituant l'état d'urgence sanitaire, fortement inspirée de la loi de 1955 mais spécifique à la catastrophe sanitaire**

Le Parlement fut saisi en urgence d'un premier projet de loi, délibéré en conseil des ministres le 18 mars 2020 et adopté définitivement le 22 mars. La **loi n° 2020-290** du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 a créé le concept « d'état d'urgence sanitaire ». Malgré son insertion dans le code de la santé publique aux **articles L. 3131.12** à L. 3131.20, le Sénat imposa un **caractère temporaire** à ce régime juridique devant disparaître le 30 octobre 2020. Il fut prorogé par la loi du 14 novembre 2020 jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021 et par la loi du 15 février 2021 jusqu'au 31 décembre 2021. Sauf intervention d'un nouveau texte, le régime de l'état d'urgence sanitaire disparaîtra donc à cette date.

Ce régime s'inspire directement de la loi de 1955, aussi bien dans ses modalités de déclenchement et de déroulement que dans l'étendue des pouvoirs donnés au Premier ministre. Il est déclenché par décret en conseil des ministres pris au rapport du ministre chargé de la santé 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 après avis du comité de scientifiques et de telles lois doivent fixer la durée de ces prorogations. La sortie peut être prononcée par décret. Le Premier ministre peut prendre par décret toute une série de mesures « *aux seules fins de garantir la santé publique* » qui vont de la restriction de la circulation aux interdictions de sortie de domicile, décisions de mise en quarantaine, mesures d'isolement, fermeture d'établissements, interdiction de réunions ou de rassemblements, réquisitions, mesures de contrôle de prix, mesures permettant de mettre à disposition des patients des médicaments appropriés et mesures limitant la liberté d'entreprendre dans la seule finalité de mettre fin à la catastrophe sanitaire. Il revient au **ministre chargé de la santé** de prendre toute mesure relative à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé, à l'exception de celles relevant du Premier ministre, « *visant à mettre fin* »

<sup>107</sup> Cf. *infra.*, deuxième partie (1.2.5) : La pertinence de créer un régime *ad hoc* d'état d'urgence.



à la catastrophe sanitaire ». En cas de mise en œuvre de tels pouvoirs, les **préfets** peuvent être habilités par le Premier ministre ou le ministre chargé de la Santé à prendre des mesures générales ou individuelles d'application.

Le législateur précise que **toutes les mesures de police prises au titre de l'état d'urgence doivent être strictement proportionnées** aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu et qu'il doit y être mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires. Les mesures individuelles ayant pour objet la mise en quarantaine, le placement ou le maintien en isolement de personnes, peuvent à tout moment faire l'objet d'un **recours devant le juge des libertés et de la détention**, lequel peut également être saisi par le procureur de la République ou se saisir d'office. Il prévoit aussi que les mesures prises peuvent faire l'objet de **recours devant le juge administratif** en la forme de référés.

La loi prévoit qu'est réuni sans délai un **comité de scientifiques** en cas de déclaration d'état d'urgence (cf. *infra*). Elle comporte des dispositions relatives au partage des données scientifiques ayant motivé les décisions du Gouvernement<sup>108</sup>. Elle étend des dispositions organisant l'immunité de certains professionnels de santé en cas de dommages liés aux soins prodigués en période de menace sanitaire grave à l'état d'urgence sanitaire. Elle précise le *quantum* des infractions pénales sanctionnant le non-respect des mesures d'interdiction. Elle habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures d'adaptation destinées aux collectivités d'outre-mer et des mesures d'urgence économique et d'adaptation à la lutte contre l'épidémie de covid-19. Enfin, elle adapte certaines règles électorales à la situation exceptionnelle.

Pour sa première mise en œuvre, l'état d'urgence sanitaire fut déclaré par **l'article 4 de la loi du 23 mars** et non par décret en conseil des ministres, et sa durée fut fixée à deux mois. Il fut prorogé jusqu'au 10 juillet 2020 par une loi du 11 mai 2020<sup>109</sup>. La **loi du 11 mai 2020** comportait des dispositions codifiées au code de la santé publique visant à préciser les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale des individus qui pourraient être poursuivis pour des infractions non intentionnelles, des dispositions concernant les conditions de prorogation des détentions provisoires, le cadre des mesures pouvant être prises par le Premier ministre concernant la circulation des personnes et des véhicules, les conditions d'ouverture des établissements recevant du public, les mesures de quarantaine et d'isolement (en instaurant une possibilité de recours devant le JLD). Surtout, la loi comportait un chapitre créant un **système d'information** destiné à lutter contre l'épidémie totalement novateur. Un régime juridique nouveau de « sortie de l'état d'urgence sanitaire » fut ensuite établi et mis en œuvre jusqu'au 31 octobre 2020 par une **loi du 9 juillet 2020** (cf. *infra*). Un nouveau projet de loi fut alors présenté au Parlement le 16 septembre 2020 pour proroger le régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021. La **recrudescence de l'épidémie à**

108 L'article L. 3131.13 prévoit la publicité des données scientifiques disponibles sur la situation sanitaire qui ont motivé la décision et l'information sans délai de l'Assemblée nationale et du Sénat sur les mesures prises par le Gouvernement au titre de l'état d'urgence sanitaire. L'Assemblée nationale et le Sénat peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures.

109 Loi n° 2020-546 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.



partir de septembre 2020, alors que le premier état d'urgence sanitaire était arrivé à son terme, hormis en Guyane et à Mayotte, depuis le 11 juillet 2010, a ouvert la voie à un **nouvel état d'urgence** déclaré par [décret du 14 octobre 2020](#) qui a été prorogé par la [loi du 14 novembre](#) jusqu'au 16 février 2021 puis jusqu'au 1<sup>er</sup> juin 2021 inclus par la [loi du 15 février 2021](#). La loi du 14 novembre 2020 a prorogé le régime juridique de l'état d'urgence sanitaire et ajouté diverses dispositions. Les avis du comité des scientifiques doivent être désormais communiqués simultanément au Premier ministre, au président de l'Assemblée nationale et au président du Sénat par le président du comité et sont rendus publics sans délai. La forfaitisation des amendes contraventionnelles est autorisée. Des dispositions ont été ajoutées pour procéder à divers ajustements pour faciliter les réunions des organes délibérants des collectivités territoriales. La [loi du 15 février 2021 a prorogé à nouveau la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 1<sup>er</sup> juin 2021](#) et fixé un terme à son application au 1<sup>er</sup> juin 2021. Elle a prévu que le comité des scientifiques peut être consulté par les commissions parlementaires et quelques mesures d'ajustement. L'état d'urgence a été uniquement maintenu en Guyane jusqu'à la fin du mois de septembre 2021.

Plusieurs **décisions du Conseil constitutionnel** sont intervenues durant l'état d'urgence sanitaire. Dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire du 9 mai 2020 (décision [n° 2020-800 DC](#) du 11 mai 2020), le juge constitutionnel a confirmé la constitutionnalité de ce régime et repris le même cadre que celui concernant le contrôle des mesures prises sur le fondement de la loi de 1955 en l'adaptant. Il a validé la majorité des dispositions mais a opéré quelques censures et réserves d'interprétation notamment concernant les traitements de données à caractère personnel de nature médicale aux fins de « traçage » et les aménagements relatifs aux peines privatives de liberté. La décision [n° 2020-846 QPC](#) du 26 juin 2020 a jugé conformes à la Constitution les dispositions réprimant la violation réitérée du confinement, auquel le pouvoir réglementaire ne peut aménager d'exceptions que strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. La décision [n° 2020-808 DC](#) du 13 novembre 2020 a jugé conforme la nouvelle loi relative à la crise sanitaire. La décision [n° 2020-866 QPC](#) du 19 novembre 2020 a validé les dispositions permettant d'imposer des procédures juridictionnelles civiles sans audience ne les jugeant pas contraire aux droits de la défense et au droit à un procès équitable, compte tenu du contexte particulier. La décision [n° 2020-869 QPC](#) du 4 décembre 2020 a validé les dispositions applicables à la Nouvelle-Calédonie. Enfin deux décisions ont censuré des dispositions d'ordonnances adaptant des règles de procédure pénale à la crise sanitaire<sup>110</sup>.

#### **1.2.2.4. La création de lois de « sortie de l'état d'urgence »**

L'état d'urgence sanitaire a donné l'occasion au législateur d'adopter un nouveau type de loi : **la loi de sortie d'état d'urgence**. Alors qu'auparavant les dispositifs d'exception étaient pensés comme alternative au droit commun, apparaît un troisième niveau de norme destiné à mieux proportionner les outils juridiques à la gravité de la menace. Trois cadres juridiques successifs sont ainsi définis. Avant l'expansion

110 Décision [n° 2020-872 QPC](#) du 15 janvier 2021 ; décision [n° 2020-878/879 QPC](#) du 29 janvier 2021.



de l'épidémie, le régime de la menace sanitaire grave doit permettre d'éviter que le territoire national ne soit affecté. Lorsque la catastrophe sanitaire survient, le régime de l'état d'urgence sanitaire peut être enclenché. Enfin, le régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire doit permettre de revenir progressivement à un fonctionnement normal de la société. Un **allègement graduel** des restrictions destiné à limiter le risque de reprise épidémique tout en favorisant la reprise des activités est ainsi organisé. À l'instar de la loi instaurant le régime d'état d'urgence sanitaire, le dispositif est conçu de façon temporaire, laissant penser qu'il conviendra d'évaluer sa pertinence avant de l'inscrire dans le marbre du code de la santé publique. Son terme arrivant le 1<sup>er</sup> avril 2021, une nouvelle [loi de sortie d'état d'urgence](#) a été promulguée le 31 mai 2021 afin de permettre sa réutilisation. Elle a été mise en œuvre du 10 juillet 2020 au 14 octobre 2020, date de la nouvelle déclaration d'un nouvel état d'urgence sanitaire, puis à partir du 2 juin 2021.

Le régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire résultant de **la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020**<sup>111</sup> reprend certaines des mesures prévues dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (limitation des déplacements, d'ouverture d'établissements, des rassemblements) mais en atténue la portée. Il encadre les pouvoirs du Premier ministre qui peut limiter les déplacements, voire les interdire là où le virus circule activement, limiter l'ouverture des établissements recevant du public tels que les commerces ainsi que les lieux de réunions, voire les fermer provisoirement et limiter les rassemblements, les réunions et les manifestations. Il peut imposer la production d'un résultat d'examen virologique à certains déplacements. Il peut réglementer l'ouverture au public de certaines catégories d'établissements ainsi que les rassemblements de personnes ou réunions sur la voie publique et dans des lieux ouverts au public. Il peut également imposer aux personnes se déplaçant par transport public aérien de présenter les résultats d'examens biologiques de dépistage virologique. Le cadre d'intervention du Premier ministre, et sur son habilitation, celui du préfet sont strictement fixés. Les règles de proportionnalité et de nécessité des mesures imposées en cas d'état d'urgence sanitaire sont évidemment applicables dans ce régime. L'information à destination du Parlement et les consultations du comité scientifique sont maintenues. Il en va de même pour les infractions aux mesures prescrites par le pouvoir exécutif. **La différence notable avec le régime d'état d'urgence est qu'il ne nécessite ni déclaration ni prolongation devant le Parlement.** Il s'agit en réalité d'une habilitation temporaire donnée par le pouvoir législatif au pouvoir réglementaire pour prendre les mesures idoines de fin de crise. Dans sa décision [n° 2020-803 DC](#) du 9 juillet 2020, le Conseil constitutionnel a validé l'ensemble des dispositions figurant dans la loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

La loi de sortie d'état d'urgence sanitaire résultant de la loi du 31 mai 2021 a rétabli le régime précédemment instauré et ajouté aux prérogatives du Premier ministre celle de soumettre les déplacements ou les grands rassemblements sur certains territoires à la production d'un document justifiant la vaccination ou d'un test de dépistage négatif communément dénommé « passe sanitaire ». Des garanties ont été ajoutées par les sénateurs. Ce contrôle doit être effectué sans que des informations médicales puissent être divulguées, par des personnes habilitées et <sup>111</sup> [Loi n° 2020-856](#) organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.



sans aucune conservation des données. Les demandes de passe sanitaire hors du cadre légal sont passibles de sanctions pénales. Des décrets sont prévus, après avis du conseil scientifique covid-19 et de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). La loi permet de prolonger le couvre-feu jusqu'à la fin du mois de juin. Elle renforce les mesures de quarantaine et d'isolement en permettant au préfet d'intervenir sur le choix du lieu d'hébergement ; il pourra aussi déterminer, le cas échéant, un autre lieu d'hébergement<sup>112</sup>. La loi prévoit le versement des fichiers *SIDEP* et *Contact covid-19* au sein du Système national des données de santé (SNDS), prolonge les règles de procédures dérogatoires applicables aux ordres judiciaires et administratifs et diverses autres mesures jusqu'au 31 octobre, habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires à la reprise d'activité et modifie certaines dispositions du code électoral. Certaines ordonnances prises durant l'état d'urgence sont prorogées. La disposition permettant au Gouvernement de déclarer durant l'été un état d'urgence localisé concernant moins de 10% de la population sans avoir besoin de solliciter une prolongation devant le Parlement avant deux mois n'a pas été adoptée. Cette disposition avait d'ailleurs été écartée par le Conseil d'État qui avait jugé le dispositif trop complexe et pouvant potentiellement conduire à l'application de règles disparates sur la durée de l'état d'urgence dans les territoires sans rapport avec leur situation sanitaire<sup>113</sup>. Le Conseil constitutionnel valide la quasi-intégralité des dispositions, estimant que le législateur a suffisamment précisé le cadre du passe sanitaire mais émet une réserve d'interprétation s'agissant du traitement des données.<sup>114</sup>

Face à une reprise de la circulation du virus de la covid-19 sous la forme du variant dit Delta, la loi [n° 2021-1040](#) du 5 août 2021 a prolongé le régime de sortie de l'état d'urgence jusqu'au 15 novembre 2021 et les états d'urgence déclarés dans certaines collectivités d'outre-mer. De nouvelles mesures telles que l'extension du périmètre du passe sanitaire, l'obligation de vaccination pour les professionnels en contact régulier avec des personnes vulnérables et la possibilité de suspendre leur contrat de travail en cas de refus ont été édictées (celle permettant de licencier les personnels ayant été supprimée par les parlementaires). Le Conseil constitutionnel, par sa décision [n° 20201-824 DC](#) du 5 août 2021, a déclaré le placement automatique à l'isolement pour une durée de 10 jours de toute personne testée positivement à la covid-19 non conforme. Il a considéré que le placement en isolement, mesure privative de liberté, ne pouvait s'appliquer sans qu'une décision individuelle fondée sur une appréciation de l'administration ou du juge n'intervienne. Le projet de loi donnait au malade isolé le droit de demander au préfet du département un aménagement des conditions de son isolement ou au juge des libertés et de la détention (JLD) la mainlevée de l'isolement, mais seulement *a posteriori*.

---

112 Le préfet pourra s'opposer au choix du lieu d'hébergement retenu par l'intéressé s'il apparaît que ce lieu ne répond pas aux exigences visant à garantir l'effectivité de la mesure et à permettre son contrôle ; il pourra aussi déterminer, le cas échéant, un autre lieu d'hébergement.

113 Avis d'assemblée générale du Conseil d'État du 21 avril 2021 sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

114 Décision [n° 2021-819 DC](#) du 31 mai 2021.



### 1.2.3. Les caractéristiques communes des états d'urgence en droit français

Si les deux régimes d'état d'urgence existant dans notre droit positif poursuivent des objectifs distincts et combattent des maux de natures éminemment différentes, ils possèdent de nombreuses caractéristiques communes qui permettent de mettre en exergue les quelques différences qui subsistent.

#### 1.2.3.1. Des architectures temporelles et matérielles identiques

Les deux états d'urgence fusionnent en leur sein deux temps juridiques en principe distincts et comportent *a minima* deux étapes pour entrer et demeurer en vigueur. En effet, tant la loi du 3 avril 1955 que celle du 23 mars 2020 comportent, dans un seul texte, **à la fois des dispositions fixant le cadre de l'état d'urgence et des dispositions d'application**. Cette construction originale qui fusionne le régime juridique et sa mise en œuvre est le fruit d'un souhait de simplification des parlementaires en 1955. Au départ, deux textes distincts existaient. Critiquée par Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues comme le fruit d'une « malfaçon législative »<sup>115</sup>, cette fusion a pour conséquence d'inciter à modifier le cadre à chaque fois qu'un état d'urgence est déclaré, rendant son socle instable, et de lier le destin juridique de deux ensembles juridiques distincts. Il a fallu toute l'ingéniosité des juges pour ainsi parvenir à juger que la loi de 1955 pourtant plusieurs fois abrogée était toujours en vigueur.

Les deux régimes d'état d'urgence présentent également pour similarité de **distinguer l'étape du déclenchement** – autrefois, concernant la loi de 1955 par le Parlement, depuis 1960 par le pouvoir exécutif – **et celle de la prorogation qui ne peut être que le fruit d'un vote du Parlement**. Cette organisation est conforme à l'équilibre institutionnel de la V<sup>e</sup> République qui reconnaît la primauté du pouvoir exécutif tout en conférant au Parlement, détenteur du pouvoir de prorogation, la maîtrise de la temporalité une fois passée la période de déclenchement.

**Deux différences peuvent cependant être notées entre les deux régimes d'état d'urgence s'agissant des conditions d'entrée et de sortie.** La loi de 1955 prévoit que le législateur proroge l'état d'urgence au bout de 12 jours tandis que celle de 2020 prévoit une prorogation après un mois. Comme cela a été souligné précédemment, la loi de 1955 a été fortement inspirée par le régime de l'état de siège, dans lequel il est souhaitable que le Parlement endosse rapidement la responsabilité d'une décision de grande importance. Les choses se présentent différemment en cas de catastrophe sanitaire. Le Parlement peut avoir besoin d'un peu plus de temps pour évaluer la gestion par le Gouvernement avant de se prononcer sur la prorogation demandée. Il ressort de l'avis du Conseil d'État rendu avant le vote de la loi du 23 mars 2020 que c'est bien cette différence de finalités qui a justifié cette distinction qui, au départ, ne figurait pas dans le projet du Gouvernement<sup>116</sup>. C'est le Conseil

115 O. Beaud et C. Guérin-Bargues, *op. cit.*, p. 35.

116 Considérant 17 de l'avis n° 399873 du 18 mars 2020 rendu par la commission permanente du Conseil d'État : « *Eu égard à la nature d'une catastrophe sanitaire le Conseil d'État propose toutefois de substituer au délai de douze jours prévu pour l'intervention du Parlement un délai d'un mois, Il propose*



d'État qui en est à l'origine. S'agissant de **la sortie de l'état d'urgence**, la loi de 1955 prévoit une caducité automatique en cas de démission du Gouvernement ou de dissolution de l'Assemblée nationale, tandis que la loi relative à l'état d'urgence sanitaire prévoit uniquement une sortie de l'état d'urgence par décret en conseil des ministres. La loi de 1955 ne comporte aucune disposition explicite concernant la faculté dont dispose l'exécutif de mettre un terme à l'état d'urgence après une prorogation par le Parlement, tandis que cette possibilité est explicitement prévue dans le régime de l'état d'urgence sanitaire.

Enfin, une similarité des deux régimes réside aussi dans leurs structurations matérielles : les conditions de déclenchement sont strictement précisées par la loi et les prérogatives conférées aux autorités exécutives sont également énoncées de façon précise.

### 1.2.3.2. Des schémas institutionnels similaires

Les deux régimes d'état d'urgence opèrent un **renforcement des prérogatives du pouvoir exécutif et une modulation du pouvoir parlementaire**. Le pouvoir exécutif a la main sur le déclenchement et la mise en œuvre des mesures visant à lutter contre le péril. Il en résulte automatiquement une augmentation et une concentration des pouvoirs des autorités civiles (ministres, administrations centrales, préfets). Le pouvoir parlementaire dispose seul, quant à lui, du pouvoir de valider le recours à l'état d'urgence puisqu'il est maître de son maintien en vigueur et fixe la durée de sa validité. Tenu informé de l'ensemble des décisions prises, il dispose de larges prérogatives de contrôle, mais sa capacité à peser dans la discussion relative aux décisions prises est limitée. *In fine*, ses votes sont assez binaires dès lors qu'au-delà de la question de la prorogation de l'état d'urgence, c'est celle de sa confiance dans le Gouvernement qui est posée.

### 1.2.3.3. Des régimes législatifs validés dans leur principe par le Conseil constitutionnel

Si aucun des régimes d'état d'urgence ne figure dans la Constitution, leur constitutionnalité a été validée à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel.

En 1985, lors du déclenchement de **l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie**, 60 députés et sénateurs ont saisi le Conseil constitutionnel. Le plus important grief était tiré de l'absence de fondement constitutionnel à l'état d'urgence et de l'abrogation implicite de la loi de 1955 par l'entrée en vigueur de la V<sup>e</sup> République et de sa Constitution. Pour les requérants, seule la Constitution, à l'instar de ce qu'elle prévoit à ses articles 16 et 36 peut autoriser un régime d'exception. Le Conseil a rappelé qu'en vertu de [l'article 34](#) de la Constitution, la loi opère la conciliation entre le respect des libertés et la sauvegarde des libertés publiques. Si la Constitution prévoit l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur d'instituer un état d'urgence. Par ailleurs, il a estimé que l'adoption de

*de supprimer la disposition du projet selon laquelle la loi portant prorogation de l'état d'urgence est caduque à l'issue d'un délai de quinze jours francs suivant la date de démission du Gouvernement ou de dissolution de l'Assemblée nationale, et de la remplacer par une disposition prévoyant qu'il peut être mis fin à l'état d'urgence par décret en conseil des ministres avant l'expiration du délai fixé par la loi prorogeant l'état d'urgence ».*



la Constitution de 1958 n'avait pas eu pour effet d'abroger la loi de 1955. Il a ajouté que la loi de 1985 n'était qu'une application de la loi de 1955, laquelle ne pouvait voir sa constitutionnalité discutée puisqu'elle était déjà promulguée. La doctrine s'est inquiétée<sup>117</sup> de cette jurisprudence qui permettrait au législateur d'instituer autant de régimes d'exception que de besoin.

Dans sa décision [n° 2015-627 QPC](#) rendue durant **l'état d'urgence antiterroriste** au sujet de la constitutionnalité des mesures d'assignation à résidence, le Conseil constitutionnel a confirmé l'existence d'une habilitation tacite de la Constitution au législateur pour instaurer un régime d'état d'urgence et souligné implicitement l'inutilité d'une constitutionnalisation sur les assignations à résidence<sup>118</sup>. S'agissant de **l'état d'urgence sanitaire**, le Conseil constitutionnel saisi dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi de prorogation de l'état d'urgence sanitaire du 9 juillet 2020, a confirmé cette jurisprudence en rappelant le fondement implicite de l'état d'urgence sanitaire selon lequel « *la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'urgence sanitaire* » et reprend l'exigence de conciliation entre les libertés et l'ordre public en remplaçant très logiquement ce dernier *item* par *l'objectif constitutionnel de protection de la santé*<sup>119</sup>.

#### **1.2.3.4. Le renforcement des pouvoirs de police administrative dans le cadre de l'État de droit**

L'examen de l'ensemble des états d'urgence atteste qu'ils entraînent l'accroissement très important des pouvoirs de police administrative, ce qui est précisément leur finalité. La **police administrative** se définit comme « *l'activité de service public qui tend à assurer le maintien de l'ordre public* » et l'ordre public se décline lui-même selon la trilogie historique, établie depuis les lois du 22 décembre 1789, 8 janvier 1790 et 16-24 août 1790, de **la sécurité publique, la tranquillité publique et la salubrité publique**<sup>120</sup>. Elle est mise en œuvre par voie de règlements comportant des interdictions ou fixant des obligations assorties de sanctions et donne lieu à des contrôles. Elle se distingue de la **police judiciaire** qui a pour objet la recherche et la constatation des infractions pénales. La **police sanitaire** est la branche de la police administrative qui vise la protection de la santé publique. Elle relève le plus souvent de l'objectif de salubrité publique mais peut également se rattacher aux finalités de sécurité publique ou de tranquillité publique, par exemple en matière de sécurité routière<sup>121</sup>. Comme « *La liberté est la règle et la restriction de police l'exception* » les régimes de police doivent être établis par la loi<sup>122</sup>. L'activité de police administrative a ceci de particulier qu'elle vise à prévenir des comportements que la société juge dangereux. Si les objectifs qui lui sont assignés sont trop exigeants ou utopistes, elle peut conduire à entraver toute liberté individuelle. Elle porte en elle les germes de la tyrannie, comme l'a parfaitement démontré Georges Orwell dans son livre *1984*. Pour cette raison, les mesures de police administrative sont contrôlées strictement. Elles doivent être adaptées et proportionnées aux risques de troubles qu'elles visent

117 O. Beaud et C. Guérin-Bargues, *op. cit.*

118 F. Luchaire, Dalloz, 85, p. 365.

119 CC, 11 mai 2020, [n° 2020-800 DC](#).

120 R. Chapus, *Droit administratif général*, Éd. Montchrestien, 1999, p. 679.

121 D. Tabuteau, « Les interdictions de santé publique » in *Les tribunes de la santé*, 2007/4, n° 17.

122 Conclusions Corneille sous CE, 10 août 1917, [n° 59855](#), Rec.

à éviter ou limiter. Cette exigence s'applique tant dans les cadres qui leur sont fixés que dans leur mise en œuvre<sup>123</sup>. Il appartient donc au juge de veiller à cet équilibre d'autant plus délicat que l'administration doit tout à la fois répondre d'éventuels excès ou de carences fautives. Ainsi, l'accroissement des pouvoirs de police administrative ne peut être accepté sans un contrôle rigoureux du juge. Les états d'urgence ne permettent aucunement de déroger aux garanties habituellement offertes par notre système juridictionnel. Le droit au recours est préservé, l'accès au juge maintenu (même s'il a pu être modulé en raison de circonstances particulières) et ce juge veille au respect du principe de proportionnalité. En témoigne le nombre de décisions rendues par les différentes juridictions françaises et européennes ces dernières années. **L'état d'urgence antiterroriste** a démontré la nécessité de concilier les exigences de protection de l'ordre public et des libertés individuelles, de trouver le juste équilibre entre la prévention et la répression des infractions, entre l'exercice des prérogatives de police administrative sous la direction du préfet et celles de police judiciaire sous le contrôle du procureur de la République, entre le contrôle du juge administratif et celui du juge judiciaire et constitutionnel. **L'état d'urgence sanitaire** a démontré lui aussi que l'objectif de protection de santé publique doit être confronté aux autres libertés publiques. **L'équilibre est délicat, mais la solidité du contrôle juridictionnel, caractéristique de l'État de droit, permet d'éviter les excès les plus notables.**

### 1.3. Les régimes d'exception dans les démocraties contemporaines

Nos régimes d'état d'urgence appellent une analyse comparative. Pour autant, l'adage « *comparaison n'est pas raison* » doit être présent à l'esprit car la détermination des pouvoirs de crise et leur traduction normative sont indissociablement liées aux cultures institutionnelles et juridiques de chaque État. Plus que sur tout autre sujet, il faut se méfier des similitudes sémantiques qui risquent d'introduire des confusions. Comme cela a été souligné, l'état d'urgence français présente la particularité d'être un régime législatif qui, en ce qu'il accroît les compétences du pouvoir exécutif, est qualifiable d'état d'exception alors même qu'il ne possède aucun ancrage constitutionnel. Les comparaisons internationales imposent de dépasser les différences terminologiques et structurelles pour identifier des points de comparaison pertinents. Chaque État dispose de systèmes permettant des dérogations au droit commun pour lutter contre des menaces de grande ampleur, selon un éventail qui va de simples règles dérogatoires au droit commun jusqu'à un cadre constitutionnel.

Deux remarques d'ordre général peuvent être faites à ce stade. D'une part, la plupart des législations d'exception prévoient des termes automatiques aux dispositions dérogatoires<sup>124</sup>. D'autre part, la plupart des pays n'ont pas déclenché de

123 CE, 19 mai 1933, *Benjamin*.

124 K. Roudier, A. Geslin, D.-A. Camous, *L'état d'urgence*, Dalloz, 2016.



régimes d'exception pour lutter contre la menace terroriste mais ont utilisé les dispositifs de crise pour lutter contre l'épidémie de covid-19.

En suivant la distinction classique entre les pays de *Common Law* et les pays de droit romain, on peut présenter brièvement les dispositions de principe dont disposent les États avant de préciser les mesures concrètement mises en œuvre par ces États pour lutter contre le terrorisme et la crise sanitaire.

### 1.3.1. Les pays de *Common Law*

- États-Unis

**Les États-Unis disposent de véritables régimes d'exception qu'ils mobilisent et enrichissent au gré des crises.** C'est une loi fédérale intitulée **National Emergencies Act (NEA)**<sup>125</sup>, adoptée le 14 septembre 1976, qui encadre les pouvoirs d'urgence du président des États-Unis<sup>126</sup>. Cette loi fédérale laisse une marge d'appréciation importante au président puisqu'elle se borne à instituer une procédure de déclaration d'urgence ainsi que des mécanismes de contrôle relativement souples<sup>127</sup>. Elle est complétée par de nombreuses lois fédérales particulières issues des 58 états d'urgence déclarées depuis l'adoption du NEA. Les États fédérés disposent, selon leurs propres législations dans des domaines aussi variés que le contrôle des marchés publics, de la possibilité de prononcer des sanctions commerciales ou encore de contrôler les télécommunications : on en dénombre plus de 130<sup>128</sup>. Toujours au niveau fédéré, les pouvoirs des autorités locales, prévus par la loi ou la Constitution de l'État, peuvent différer selon l'autorité compétente (gouverneur ou maire)<sup>129</sup>. Les gouverneurs de tous les États fédérés disposent de pouvoirs visant à faire face à différents types d'urgence : il peut s'agir d'un « *state of emergency* » (état d'urgence), d'une « *public emergency* » (urgence relative à l'ordre ou à la santé publique), ou encore d'un « *catastrophic health emergency* » (une situation d'urgence catastrophique relative à la santé publique)<sup>130</sup>. Les décisions de ces deux autorités, maires et gouverneurs, peuvent être contestées devant les juridictions de l'État ainsi que les juridictions fédérales.

**Face à la menace terroriste**, et après les attaques du 11 septembre 2001, le président Bush a déclaré l'état d'urgence nationale en vertu du **National Emergencies Act**, permettant notamment l'augmentation du nombre de militaires en service.

125 V. [National Emergencies Act](#) codifié au chapitre 34 du titre 50 du Code des États-Unis.

126 La question de l'existence de pouvoirs implicites dont bénéficierait le Président des États-Unis en cas d'urgence a traversé l'histoire constitutionnelle du pays mais a pris fin avec l'arrêt *Youngstown Sheet and Tube v Sawyer* de 1952. Les pouvoirs demeurent, en effet, confiés en premier lieu aux États par les lois et les constitutions fédérées, conformément au principe des « pouvoirs énumérés » (enumerated powers). V. Cour suprême des États-Unis, *Youngstown Sheet & Tube v Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952)

127 Cour d'appel des États-Unis pour le premier circuit, *Beacon Prods. Corp. v Reagan*, 814 F.2d 1 (1st Cir. 1987).

128 V. Brennan center for Justice, [A Guide to Emergency Powers and Their Use](#), December 5, 2018

129 Dans un « Dillon rule state », seuls les gouverneurs disposent de pouvoirs d'urgence qui leur sont confiés par la Constitution de l'État ou par les différentes lois de l'État. Dans un « Home rule state », les maires peuvent également adopter des mesures d'urgence s'appliquant à leur circonscription.

130 G. Sunshine et al., [An Assessment of State Laws Providing Gubernatorial Authority to Remove Legal Barriers to Emergency Response](#), Health Security (17(2)), 2019.



Mais c'est autour de la loi **Patriot Act** adoptée en 2001 que s'est principalement articulée la lutte contre le terrorisme aux États-Unis, avec un renforcement considérable des pouvoirs des agences fédérales en matière de surveillance des communications. Le *Patriot Act* avait également pour but de prévenir et de punir les actes terroristes par un contrôle accru aux frontières et l'allègement des procédures d'enquête. Le *Patriot Act* était censé être un dispositif d'exception pour faire face à une menace terroriste limitée dans sa durée. Son adoption se justifiait en raison de la nature urgente de la crise, d'une part, et du caractère provisoire des mesures adoptées, d'autre part. Ainsi, la plupart de ses dispositions ont été adoptées pour une durée initiale de quatre ans<sup>131</sup>. Cependant, une grande partie d'entre elles ont été prorogées ou reprises dans d'autres lois et sont devenues permanentes. Un second dispositif d'exception, la loi **Authorization for the Use of Military Force**, autorise le président des États-Unis à faire usage de « toute force nécessaire et appropriée à l'encontre de ceux, Nations, organisations ou personnes » liées aux attentats du 11 septembre 2001<sup>132</sup>. Sur son fondement, des tribunaux spéciaux furent créés pour juger des individus de nationalité étrangère accusés d'avoir commis des actes terroristes à l'encontre des États-Unis. **La Cour suprême des États-Unis**, par une série d'arrêtés rendus après 2001, a fait obstacle à d'importantes violations du droit à un procès équitable. Par un arrêt *Hamdan v Rumsfeld*<sup>133</sup>, elle a imposé l'application des protections minimales garanties par l'article 3 des conventions de Genève aux prisonniers d'Al-Qaïda jugés par les tribunaux militaires, dont le fonctionnement fut réformé en 2006 par le Congrès à travers le *Military Commissions Act*. Dans un arrêt *Hamdi v Rumsfeld*<sup>134</sup>, la Cour suprême a également jugé que la détention illimitée d'un citoyen américain à Guantanamo et sur le territoire des États-Unis était contraire aux dispositions du 14e amendement de la Constitution relatif au droit à un procès équitable. Par sa jurisprudence *Boumediene v Bush*<sup>135</sup>, la Cour suprême a estimé que les procédures instituées par le *Military Commissions Act* étaient contraires à la Constitution car elles avaient pour effet de supprimer l'*Habeas corpus* pour les ressortissants étrangers, jugés par des tribunaux militaires en tant que « combattants ennemis ». Elle a rappelé la nécessité pour le Congrès de respecter la procédure prévue par les dispositions constitutionnelles pour suspendre l'*Habeas corpus*, et de se fonder sur l'existence d'une rébellion ou d'une invasion, qui n'était pas établie en l'espèce.

**Pour lutter contre la covid-19**, l'urgence nationale (*national emergency*) a été déclarée par le président Donald Trump le 13 mars 2020 sur le fondement du *National Emergencies Act* (NEA) de 1976 et du *Stafford Act* de 1988 qui ont permis d'organiser une réponse fédérale en cas de catastrophe naturelle<sup>136</sup> et de prendre les premières mesures de limitation d'entrée sur le territoire. Conformément à l'article 319 du *Public Health Service Act* du 26 mai 2021<sup>137</sup>, les pouvoirs confiés au *Department*

131 *Patriot Act*, article 303.

132 *Authorization for the Use of Military Force*, section 2 (a).

133 Cour suprême des États-Unis, *Hamdan v Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

134 Cour suprême des États-Unis, *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

135 Cour suprême des États-Unis, *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008).

136 Maison Blanche, *Proclamation on Declaring a National Emergency Concerning the Novel Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak*, 13 mars 2020. Le président s'est appuyé sur les pouvoirs qui lui sont confiés par l'article 501(b) du *Stafford Act* du 23 novembre 1988.

137 *Public Health Service Act*, article 319.



of Health and Human Service, l'équivalent du ministère de la santé, ont été activés (notamment pour débloquer les financements du fonds d'urgence spécialisé pour les crises sanitaires intitulé le *Public Health Emergency Fund* et pour ajuster les conditions de remboursement pour certains médicaments par les programmes de santé fédéraux). Les mesures les plus fortes qui régissent plus spécifiquement les comportements individuels, et donc les plus directement attentatoires aux libertés, sont prises au niveau des États fédérés. De nombreux recours ont été déposés à l'encontre de ces décisions d'états d'urgence décrétées par les gouverneurs, juridiquement indépendantes de la déclaration présidentielle du 13 mars 2020.

- **Royaume-Uni**

Le Royaume-Uni dispose d'un régime d'exception général, le ***Civil Contingencies Act*** (CCA). Adopté en 2004, il permet au Gouvernement d'adopter des règlements relevant de la compétence du Parlement ou de la prérogative royale (réquisition, expropriation avec ou sans compensation, limitation de la liberté de circulation, interdiction des rassemblements.) pour faire face à des événements constituant une menace sérieuse pour l'être humain, l'environnement, une situation de guerre ou un acte terroriste. L'état d'urgence peut être décrété sur la base d'une simple déclaration exemptée de contrôle préalable du Parlement et il appartient au pouvoir exécutif d'apprécier l'existence de la condition d'urgence. Les mesures d'urgence adoptées doivent être contrôlées par le Parlement dans un délai de 7 jours et expirent automatiquement au bout de 30 jours, sauf si le Parlement autorise leur prolongation. Les juridictions peuvent toujours vérifier qu'il n'outrepasse pas les pouvoirs qui lui sont confiés par la législation invoquée. **Le CCA n'a jamais été utilisé** à ce jour, jugé trop contraignant ou inadapté. Au gré des crises, le Royaume-Uni privilégie l'adoption de **législations d'exception** qui accroissent les pouvoirs exécutifs des différentes nations qui le composent.

**Pour lutter contre le terrorisme**, une série de lois prévoyant des restrictions importantes aux droits et libertés fondamentaux a été adoptée à partir de 2001. Certaines confèrent une marge d'action très sensible au pouvoir exécutif pour prendre des mesures réglementaires. L'adoption des textes spécifiques à la lutte contre le terrorisme a parfois nécessité des dérogations à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sur le fondement de son article 15. **L'Anti-Terrorism, Crime and Security Act** a été adopté à la suite des attentats du 11 septembre 2001. Cette loi autorisait notamment la détention illimitée d'une personne étrangère soupçonnée d'activités terroristes dès lors qu'il existait une suspicion raisonnable que la personne soit un terroriste international et que sa présence représente un risque pour la sécurité nationale. Elle a cependant été déclarée contraire aux articles du *Human Rights Act* garantissant le droit à la liberté et à la sûreté et l'interdiction de discrimination par la Chambre des Lords dans un arrêt *A v. Secretary of State for the Home Department*<sup>138</sup> rendu en 2004. En 2006, **le Terrorism Act** créa de nouvelles infractions pénales liées au terrorisme concernant l'apologie du terrorisme, la diffusion de publications à caractère terroriste et a permis la détention pour une durée allant jusqu'à 28 jours. **Le Terrorism and Investigation Measures Act** de 2011 a ensuite permis au ministre de l'intérieur d'adopter certaines

138 Cour suprême des États-Unis, *Boumediene v Bush*, [553 US 723 \(2008\)](#).



mesures d'enquête à des fins de prévention du terrorisme après autorisation juridictionnelle ou, en cas d'urgence, d'un contrôle juridictionnel postérieur. Il s'agit de mesures de limitation des déplacements ou d'accès aux services bancaires limitées à un an renouvelable une fois à condition de prouver de nouvelles activités terroristes<sup>139</sup>. En 2015, le **Counter-Terrorism Act** a octroyé de nouveaux pouvoirs au gouvernement britannique quant à la limitation des déplacements internationaux. Le **Counter-Terrorism and Border Security Act** adopté en 2019 a élargi les pouvoirs de la police en matière de contrôle aux frontières lorsqu'il existe une suspicion raisonnable que l'individu soit impliqué dans une activité « hostile ».

**Pour lutter contre la covid-19**, le gouvernement a estimé que le *Civil Contingencies Act* ne pouvait pas être mis en œuvre (il ne s'agit pas d'une catastrophe violente et imminente). Il a préféré mobiliser deux législations spécifiques, pensées uniquement pour faire face à une crise sanitaire. Il a tout d'abord déclenché le **Public Health (Control of Disease) Act de 1984**<sup>140</sup> qui autorise le gouvernement à adopter des décrets restreignant les déplacements à l'intérieur du territoire national et vers l'international et permettant la fermeture de certains établissements et la mise à l'isolement des individus contagieux adopté<sup>141</sup>. Il a ensuite adopté, le 25 mars 2020, le **Coronavirus Act** qui s'applique à toutes les nations constitutives du Royaume-Uni et a pour objectifs principaux la protection du système de santé publique et la limitation de la propagation du virus<sup>142</sup>. Sur le fondement d'une **déclaration de menace à la santé publique**, les gouvernements des différentes nations peuvent procéder à des mesures de limitation des libertés individuelles **en adoptant des mesures relevant traditionnellement du domaine de la loi**. Toute mesure adoptée sur le fondement de cette loi a une durée maximale de six mois : au-delà de ce délai, le Parlement doit intervenir pour déterminer si une prolongation est justifiée. La loi, soumise au respect du *Human Rights Act* de 1998, expire automatiquement au bout de deux ans<sup>143</sup> et n'a donc pas vocation à s'appliquer dans d'autres crises sanitaires hors celle du covid-19. Les juridictions britanniques se sont prononcées sur la question de savoir si l'adoption des décrets imposant le confinement en Angleterre constituait un excès de pouvoir. La cour administrative a jugé le 6 juillet 2020 que le *Public Health Act* offre des pouvoirs larges au gouvernement pour prendre toutes les mesures qui s'imposent afin de limiter la propagation d'un virus et a estimé que le gouvernement n'avait pas commis d'abus de pouvoir en prenant des mesures permettant de limiter la transmission du virus. Cette décision consacre ainsi la marge de manœuvre importante dont dispose le gouvernement pour établir la stratégie à adopter afin de faire face à la pandémie<sup>144</sup>.

---

139 A. Duffy, « *Constitution et terrorisme au Royaume-Uni* », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 32-2016, Migrations internationales et justice constitutionnelle - Référendums et justice constitutionnelle, 2017, pp. 73-87.

140 Conçue pour permettre l'instauration d'un régime d'exception lorsqu'une maladie menace gravement la santé humaine en Angleterre et au Pays de Galles, elle permet la mise en place d'un système de surveillance et d'action ayant pour but l'identification et la limitation des contaminations.

141 *Public Health (Control of Disease) Act* de 1984.

142 *Coronavirus Act* de 2020.

143 Il s'agit de ce qu'on appelle une *sunset legislation*.

144 Administrative Court, 6 juillet 2020, *Dolan v Secretary of State for Health and Social Care*, n° CO/1860/2020,.



## 1.3.2. Les pays de droit continental

- Espagne

L'Espagne dispose de régimes constitutionnels d'exception dont l'état d'alerte qu'elle a utilisé pour lutter contre l'épidémie de covid-19.

L'article 116 de la **Constitution espagnole** de 1978 distingue trois régimes d'exception dont la nature est précisée dans une loi organique du 1<sup>er</sup> juin 1981 : l'état d'alerte (*estado de alarma*), l'état de siège (*estado de sitio*) – régime d'exception militaire qui ne sera pas détaillé ici – et l'état d'exception *stricto sensu* (*estado de excepción*). La Constitution prévoit que leur déclaration ne peut en aucun cas interrompre le fonctionnement normal des pouvoirs constitutionnels, ou encore qu'aucune révision constitutionnelle ne peut être entreprise tant que demeure en vigueur l'un des états. Seul le juge constitutionnel est compétent pour contrôler la déclaration du régime d'exception, tandis que les juridictions administratives ordinaires sont compétentes pour contrôler la légalité et la proportionnalité des mesures. Les états d'exception et d'alerte diffèrent quant à leurs causes, leurs procédures d'activation et leurs effets. **L'état d'exception** nécessite une altération grave du « *libre exercice des droits et libertés des citoyens (...) ou tout autre aspect de l'ordre public* », sa déclaration est subordonnée à une autorisation du congrès des députés et sa durée ne peut excéder trente jours, qui peuvent être prorogés par le Congrès. Dans ce cadre, un certain nombre de droits et libertés limitativement énumérés dans la Constitution sont susceptibles d'être suspendus, tels que le droit de réunion, de grève ou encore le droit à la sûreté. **L'état d'alerte** peut être déclaré « *en cas de catastrophes* », « *de crises sanitaires* » ou même de « *suspension de la fourniture de services publics essentiels* » et ne nécessite une autorisation du congrès que pour d'éventuelles prorogations au terme de sa durée initiale de 15 jours. Les droits et libertés ne peuvent alors pas être suspendus mais simplement restreints.

L'Espagne, confrontée au terrorisme international à Madrid en 2004 puis à Barcelone et Cambrils en 2017, n'a jamais utilisé d'état d'exception depuis 1978. Toutefois, les outils juridiques mobilisés dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, dispersés au sein de l'ordonnancement juridique espagnol, forment un droit d'exception. A notamment été modifié le régime applicable en matière de surveillance des réseaux de communication et de protection des infrastructures sensibles. D'abord conçus comme des législations d'urgence, ces outils ont par la suite été incorporés au code pénal et au code de procédure pénale espagnols.

**Dans le cadre de la lutte contre la covid-19**, le gouvernement a déclaré le 14 mars 2020, par le biais du décret royal n° 463, **l'état d'alerte** sur l'ensemble du territoire national. Décrété pour une durée initiale de quinze jours, il a été prorogé par le Congrès des députés à six reprises et a pris fin le 21 juin 2020. Il a de nouveau été décrété le 9 octobre 2020 au sein de la communauté autonome de Madrid puis sur l'ensemble du territoire le 25 octobre 2020 (*Real Decreto* 926/2020) afin d'enrayer la seconde vague de l'épidémie. Antérieurement à la mise en œuvre de ce régime d'exception, les **communautés autonomes**, qui disposent en vertu de la Constitu-



tion de compétences en matière de santé et d'hygiène, ont été les premiers acteurs à intervenir sur la base de législations sectorielles existantes. Ce n'est qu'en raison de la propagation exponentielle du virus, que le gouvernement a fait le choix de centraliser la gestion de la crise en activant l'état d'alerte. Dans ce cadre, de nombreux **décrets-lois**, normes prises par l'exécutif en cas d'extraordinaire et urgente nécessité sans délégation préalable au Parlement et qui ont force de lois, ont été adoptés. Ces mesures restent néanmoins provisoires et sont soumises, dans les trente jours qui suivent leur adoption, à l'examen du Congrès des députés pour validation ou abrogation. Nombre d'acteurs du monde politique et juridique ont critiqué l'emploi de ce régime d'exception au motif que plusieurs instruments de droit commun auraient permis au gouvernement de lutter contre la pandémie sans avoir à recourir à des pouvoirs extraordinaires (notamment la loi organique 3/1986 du 14 avril 1986, portant sur les mesures spéciales en matière de santé publique, qui habilite les autorités centrale ou régionales, à adopter des mesures préventives qu'elles jugent appropriées afin de protéger la santé publique). La centralisation de la gestion de la crise et l'étendue des atteintes portées aux droits et aux libertés qui dépasseraient ce qui était permis par l'état d'alerte ont également été dénoncées, le gouvernement central étant accusé d'avoir activé un *état d'exception déguisé*. Plusieurs procédures dites *d'amparo* ont été portées devant le Tribunal constitutionnel<sup>145</sup>. Le 14 juillet 2021, celui-ci a déclaré partiellement inconstitutionnel le décret du 14 mars 2020 proclamant l'état d'alerte et le décret royal du 17 mars 2020 conférant des pouvoirs exceptionnels au ministre de la santé, en jugeant que les mesures prises et notamment le confinement de toute la population devait avoir lieu sous l'empire de l'état d'exception et non de l'état d'alerte<sup>146</sup>.

- **Italie**

L'Italie, qui dispose d'un régime d'état d'urgence législatif, privilégie les recours aux décrets-lois et aux ordonnances pour gérer les crises majeures et modifier le droit commun.

La **Constitution** italienne ne prévoit que « l'état de guerre » qui concerne les situations d'urgence d'origine externe. En dépit de ce « silence critique »<sup>147</sup> sur un éventuel autre régime d'urgence qui s'explique pour certains commentateurs par l'histoire du pays, la Constitution prévoit un certain nombre de dispositions visant à faire face aux situations exceptionnelles : l'article 77 encadre l'usage des **décrets-lois** qui peuvent être adoptés dans les « *cas extraordinaires de nécessité et d'urgence* » et doivent être convertis en loi dans un délai de 60 jours, tandis que l'article 120 régit l'exercice du pouvoir de substitution du gouvernement vis-à-vis des régions et des collectivités locales en cas de danger grave pour la sécurité publique. Au **niveau législatif**, une loi de 1992, modifiée par un décret législatif en 2018, a

145 La défense des droits fondamentaux des citoyens est l'une des compétences majeures dévolues au Tribunal constitutionnel. Cette protection intervient notamment via le recours *d'amparo*, qui vise à réparer la violation des droits fondamentaux reconnus par la Constitution espagnole - à savoir, ceux visés aux articles 14 à 30 de la Constitution. Ce recours, qui ne peut être introduit qu'après l'épuisement des voies juridictionnelles de recours, par la personne concernée, le défenseur du peuple ou le ministère public, occupe l'essentiel de l'activité du juge constitutionnel espagnol.

146 Tribunal constitutionnel, 14 juillet 2021, NOTA INFORMATIVA N° 72/2021.

147 G. Rolla, « Profili costituzionali dell'emergenza », *Rivista AIC*, 2015.



créé un régime juridique intitulé **stato di emergenza** dans le code de protection civile (décret législatif n°1/2018)<sup>148</sup>. La forme prise par ce régime d'urgence dépend principalement de l'étendue géographique de la situation de crise, locale ou nationale, définie de manière très large comme tout « événement calamiteux d'origine naturelle ou découlant de l'activité humaine ». Le **décret législatif** adopté en 2018 octroie ainsi au président du conseil des ministres, aux présidents des régions et des provinces autonomes, aux préfets et aux maires, le pouvoir d'adopter des **ordonnances**, dans des domaines définis pour chaque catégorie d'acteur, qui dérogent à la législation ordinaire afin de répondre à l'urgence, à condition de respecter les principes généraux de l'ordre juridique. L'approbation du Parlement n'est jamais nécessaire et la durée de 12 mois maximum, renouvelable une fois, n'est pas corrélée à l'échelle de la crise. Alors qu'en principe, la compétence en matière de protection civile est partagée entre l'État et les régions, le gouvernement central peut, dans le cadre de l'état d'urgence d'ampleur nationale, se substituer aux autorités territoriales afin d'adopter les mesures nécessaires destinées à endiguer la crise. En cas de situation d'urgence locale, « l'intervention du gouvernement central se limite à la mise à disposition du service national de protection civile »<sup>149</sup>. Mais des limites sont posées au pouvoir d'édicter des ordonnances. Soumises au contrôle du juge administratif, les mesures adoptées doivent être générales et abstraites, limitées dans le temps, ne peuvent être rétroactives et doivent être justifiées et proportionnelles.

Le régime de l'état d'urgence prévu à l'article 24 du code de protection civile n'a jamais été activé pour lutter contre le terrorisme. Cependant, les gouvernements italiens ont au fil des ans construit une **législation antiterroriste dérogatoire au droit commun** dont certaines dispositions s'inscrivent dans la même logique que l'état d'urgence français. Des réformes législatives successives par le biais de **décrets-lois** pris sur le fondement de l'article 77 de la Constitution ont modifié le code pénal et le code de procédure pénale. Elles ont procédé à un renforcement des pouvoirs de police, notamment en matière de perquisitions administratives ou de restrictions au droit de manifester, ont créé un délit d'attentat avec finalité terroriste et d'enlèvement et de séquestration aux fins de terrorisme<sup>150</sup>. Face à la multiplication de ces législations antiterroristes, de nombreux auteurs critiquent l'instauration d'un « régime d'exception permanent » en Italie.

Le 31 janvier 2020, dès les deux premiers cas de **coronavirus** enregistrés en Italie, le gouvernement a déclaré par décret et sur l'ensemble du territoire national, « l'état d'urgence ». Sur avis du département italien de la protection civile (*Dipartimento della Protezione Civile*), le président du conseil des ministres a adopté des ordonnances de protection civile afin de coordonner les toutes premières mesures de lutte – la première datant du 3 février 2020<sup>151</sup>. Parallèlement, sur le fondement

148 [Décret législatif n° 1/2018](#) du 2 janvier 2018 (code de la protection civile (18G00011)).

149 Art. 23 aL. 1, décret-loi 2018.

150 Le décret-loi du 27 juillet 2005 a facilité l'expulsion des personnes soupçonnées d'aider les cellules terroristes et mis en place des infractions et une procédure pénale plus sévères. En 2015, un nouveau décret-loi a poursuivi ce mouvement en renforçant l'intervention militaire dans le contrôle du territoire et en réprimant davantage les actes préparatoires à des fins terroristes.

151 [Ordonnance n° 630](#) de protection civile du 3 février 2020 (Premières interventions urgentes de protection civile en relation avec l'urgence relative au risque sanitaire lié à l'apparition de maladies résultant d'agents viraux transmissibles.)



juridique distinct de l'article 32 de la loi n° 833 du 23 décembre 1978<sup>152</sup> relative au service sanitaire national, le ministre de la santé a pris, localement, les premières mesures de restrictions.

Par la suite, face à la propagation et à la virulence de l'épidémie, et afin de centraliser la gestion de crise, le gouvernement a fait le choix de recourir aux **décrets-lois** sur le fondement de l'article 77 de la Constitution puis de recourir aux décrets du président du conseil des ministres qui octroient aux autorités administratives le soin de prendre toutes les mesures nécessaires. La centralisation de la crise et le recours massif aux décrets du conseil des ministres ont fait l'objet de nombreuses controverses.

- **Allemagne**

L'Allemagne dispose de régimes d'exception mais a préféré utiliser des lois ordinaires pour lutter contre le terrorisme et l'épidémie de covid-19.

En raison de l'histoire, la loi fédérale du 23 mai 1949 ne prévoyait aucune disposition relative aux situations de crise. Ce n'est qu'en 1967, et malgré une forte résistance, qu'un projet de loi, finalement adopté le 24 juin 1968,<sup>153</sup> a réintroduit au niveau constitutionnel une notion assimilable à celle d'état d'urgence. **La loi fondamentale allemande connaît dès lors quatre régimes d'exception** : l'état de défense, l'état de tension (deux régimes d'exception militaire qui ne feront pas l'objet de développements ici), **l'état d'urgence interne et l'état de catastrophe**. Ces deux derniers états permettent, en effet, aux Länder de « *requérir des forces de police d'autres Länder ainsi que des forces et équipements d'autres administrations et du corps fédéral de protection des frontières* »<sup>154</sup>, ils habilitent le gouvernement à donner des instructions aux forces de police des Länder s'ils ne sont pas en mesure de faire face seuls au danger et autorisent l'engagement des forces armées si la situation est suffisamment grave. Aucune procédure de déclaration n'est nécessaire pour engager l'état de crise intérieure. L'enclenchement de ce régime, conçu pour faire face à des situations proches de la guerre civile, appartient en effet au gouvernement de l'État fédéral ou aux Länder après constatation de l'existence d'une crise intérieure, définie comme « *un danger menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land* », qui nécessiterait l'engagement de forces fédérales. Ce régime demeure par ailleurs soumis à un double contrôle parlementaire et juridictionnel. D'une part, en l'absence de dispositions relatives à sa durée, cet état prend fin dès que le Bundestag ou le Bundesrat l'exigent et d'autre part, les mesures adoptées peuvent être contrôlées par la Cour constitutionnelle après saisine <sup>155</sup>.

---

152 [Loi n° 833](#) du 23 décembre 1978.

153 [Bundeszentrale für politische Bildung](#), « Notstandsgesetz : Testfall für die Demokratie », 2018.

154 Art. 91, al. 1 de la Loi fondamentale.

155 Le régime de l'état de catastrophe semble relativement similaire, dans la mesure où sa déclaration ne suit pas de procédure spécifique et que son contrôle s'opère sous les mêmes modalités. Cet état correspond aux situations de sinistres graves ainsi que, plus largement, à toute situation telles les grandes conférences interétatiques qui risque de menacer la sécurité ou l'ordre public.



En Allemagne, aucun des régimes d'exception n'a été utilisé à ce jour dans **la lutte contre le terrorisme** et, pour l'instant, seules des réformes ont permis de renforcer les instruments pérennes de lutte dont la « loi pour la lutte contre le terrorisme international » promulguée le 9 janvier 2002<sup>156</sup> qui a élargi les compétences des services de renseignement et restreint davantage le droit au respect de la confidentialité de la correspondance garanti par l'article 10 de la Loi fondamentale<sup>157</sup>. Entre 2001 et 2017, 78 lois fédérales qui ont accru les moyens des services de renseignement et facilité la sanction pénale des individus liés au terrorisme portant sur la lutte contre le terrorisme international ont été promulguées<sup>158</sup>. À la suite des attentats terroristes en France, un débat autour d'une modification de la Loi fondamentale a été ouvert, notamment pour faciliter l'emploi des forces armées à l'intérieur du territoire national<sup>159</sup>, ce que la Constitution ne permet qu'en application d'un des états d'exception qu'elle énumère.

Face à la **crise sanitaire**, le Parlement allemand n'a pas procédé à la déclaration d'un cas de « *situation d'urgence* » mais a décrété « *une situation épidémique d'ampleur nationale* » fondée sur **une loi ordinaire**, la loi sur la prévention et la lutte contre les maladies infectieuses humaines (*Infektionsschutzgesetz*, IfSG) entrée en vigueur en 2001 et modifiée le 27 mars 2020<sup>160</sup> pour permettre l'adoption de mesures au niveau fédéral et au niveau fédéré. Un pouvoir réglementaire autonome n'existe pas en Allemagne. Ainsi, conformément à l'article 80 alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale, toute délégation de compétence doit être prévue dans une loi qui « *doit déterminer le contenu, le but et l'étendue de l'autorisation accordée.* ». L'article 32 de l'IfSG a prévu une telle délégation aux gouvernements des Länder pour leur permettre d'adopter par décret des injonctions ou des interdictions afin de lutter contre une maladie infectieuse. Ce même article habilite également les gouvernements et les autorités des Länder à instaurer différentes mesures restrictives des libertés. Le 25 avril 2020, le Bundestag a également adopté un ensemble de lois concernant la crise sanitaire, confirmées par le Bundesrat le 27 avril dont la loi « *pour la protection de la population en cas de situation épidémique d'ampleur nationale* »<sup>161</sup> qui a modifié l'IfSG en élargissant de manière considérable les compétences du pouvoir exécutif fédéral, et plus particulièrement celles du ministre fédéral de la santé, à l'article 5, qui dispose alors de pouvoirs exceptionnels. L'alinéa 1 du paragraphe 5 de l'IfSG a introduit, la « *situation épidémique d'ampleur nationale* », qui doit être déclarée par le Bundestag. Cet article confère également au ministère fédéral de la santé de nouvelles compétences (*Bundesministerium für Gesundheit*, BMG) : il devient notamment habilité à adopter des règlements (*Anordnungen*) obligeant toute personne qui entre sur le territoire fédéral, ou y est déjà entrée, à communiquer

156 Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz)

157 L'article 10 alinéa 1 de la Loi fondamentale précise que « *Le secret de la correspondance ainsi que le secret de la poste et des télécommunications sont inviolables.* ».

158 Wissenschaftliche Dienste des Bundestages : Bundesgesetze zur Terrorismusbekämpfung seit 2001, 2018, WD 3 - 3000 - 024/18.

159 M. Bäumerich, M. Schneider, « *Terrorismusbekämpfung durch Bundeswehreinräte im Innern : Eine neue alte Diskussion* », NVWZ 2017, 189.

160 Loi sur la prévention et la lutte contre les maladies infectieuses humaines (BGBl. I S. 2947) m.W.v. 22/07/2021.

161 Loi pour la protection de la population en cas de situation épidémique d'ampleur nationale du 25 avril 2020.



son identité, son itinéraire de voyage, ses coordonnées, ou à se soumettre à un examen médical. Le ministère peut également écarter toute disposition du IfSG par la voie d'« ordonnances d'urgence » sans l'approbation du *Bundesrat* et ainsi décider entre autres des exceptions aux dispositions de l'IfSG ainsi qu'aux règlements adoptés sur le fondement de cette loi. Par cette loi, le *Bundestag* a également modifié son règlement intérieur pour assurer son bon fonctionnement en temps de crise sanitaire. Par la suite, une deuxième loi précisant et élargissant ces dispositions a été adoptée le 19 mai 2020. Les modifications législatives, et plus particulièrement l'article 5, ont fait l'objet de critiques tout comme l'établissement potentiel d'un « *quasi état d'urgence* » qui détournerait la Loi fondamentale qui, pour des raisons historiques, ne prévoit que peu de situations exceptionnelles spécifiques dans lesquelles le régime de droit commun est modifié.

## 1.4. Les états d'urgence confrontés au droit international

### 1.4.1. L'état d'urgence et le droit de l'Union européenne

Le recours aux états d'urgence relève de la compétence exclusive des États membres de l'Union européenne au titre de leurs pouvoirs régaliens. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) fait explicitement référence à la protection de l'ordre public et à la sécurité nationale, qui relèvent des seuls États membres, parce qu'elles constituent les fonctions essentielles de l'État<sup>162</sup>. La protection de l'ordre public ou de la santé publique peut, par conséquent, justifier des mesures nationales dérogatoires aux grandes libertés de circulation<sup>163</sup>. Une clause de sauvegarde générale est prévue à cet égard par le TFUE<sup>164</sup>. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) applique ce principe de jurisprudence constante<sup>165</sup>.

Toutefois, les dérogations aux grandes libertés de circulation se doivent d'être proportionnées aux objectifs à atteindre en termes de préservation de l'ordre public

162 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), art. 4 § 2 : « Elle {l'Union} respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre »

163 Par ex., pour la libre circulation des marchandises : art. 36 TFUE ; pour la libre circulation des personnes : art. 45 § 3 TFUE ; pour la libre circulation des capitaux : art. 65 TFUE.

164 TFUE, art. 347 : « Les États membres se consultent en vue de prendre en commun les dispositions nécessaires pour éviter que le fonctionnement du marché intérieur ne soit affecté par les mesures qu'un État membre peut être appelé à prendre en cas de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public, en cas de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre, ou pour faire face aux engagements contractés par lui en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale. »

165 CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* dit « Cassis de Dijon », n° 120/78, : en matière de marchandises dont l'étiquetage distinct selon les États membres peut être justifié par la protection de la santé publique.

ou de la santé publique. La Cour de justice se montre scrupuleuse dans son contrôle des mesures dérogatoires et considère que, des dérogations prévues par les traités, « *il ne saurait être déduit qu'il existerait une réserve générale, inhérente au traité, excluant du champ d'application du droit communautaire toute mesure prise au titre de la sécurité publique* »<sup>166</sup>. Elle se montre cependant assez indifférente au cadre juridique dérogatoire choisi par les États, fût-il l'état d'urgence, pour apprécier la conformité de ces mesures avec le droit de l'Union. Elle exerce un contrôle de proportionnalité des mesures prises, au titre de mécanismes d'urgence, dans la mesure où celles-ci contreviennent à certains droits et libertés fondamentaux<sup>167</sup>. En particulier, en matière de mesures dérogatoires prises pour lutter contre le terrorisme, la Cour a considéré, au nom du « principe constitutionnel » du respect des droits de l'homme, qu'aucun domaine ne devait échapper au contrôle de la légalité des actes<sup>168</sup>. Mais les divergences d'interprétation avec les États membres quant au seuil de dérogation admissible sont parfois délicates (*cf.* la question de la conservation des données personnelles et la conformité aux normes européennes applicables)<sup>169</sup>.

## 1.4.2. L'état d'urgence et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

Dans son avis du 14 mars 2016, la commission de Venise du Conseil de l'Europe soutenait qu'« *Un État démocratique a le droit de se défendre lorsqu'il est attaqué* »<sup>170</sup>. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) admet, dans son principe, le recours à l'état d'urgence. En effet, elle prévoit en **son article 15 une clause dérogatoire** permettant aux États contractants, en cas de circonstances exceptionnelles particulièrement graves, de « *prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.* ». L'article 15 § 1 de la CESDH précise les conditions justifiant le déclenchement de cette dérogation. Ainsi, les mesures dérogatoires doivent répondre à un « *cas de guerre* » ou autre « *danger public menaçant la vie de la nation* ». Elles ne doivent pas aller au-delà de la stricte mesure exigée par la situation et, enfin, lesdites mesures ne doivent pas être en contradiction avec les autres obligations de l'État découlant du droit international.

166 CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, n° 222/84 ; en matière de personnes constituant, pour un État membre, une « menace réelle et sérieuse » : CJCE, 27 octobre 1977, *Régina c/ P. Bouchereau*, n° 30/77.

167 CJCE, 28 octobre 1975, *R. Rutli c/ Ministre de l'Intérieur*, n° 36/75 : affaire relative à l'interdiction partielle du territoire français dans le cadre de l'état d'urgence.

168 CJCE, Gr. Ch., 3 septembre 2008, *Y.A. Kadi et autre c/ Conseil dit « Kadi I »*, aff. jointes n° C-402/05 et 415/05 P.

169 CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige et Watson e. a.*, n° C-203/15 et C-698/15 ; CJUE, Gr. Ch., 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e.a., French Data Network e.a., Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a.*, n° C-623/17, C-511/18 et C-512/18 ; CE, Ass., 21 avril 2021, *French Data Network et a.*, n° 393099.

170 Commission européenne pour la démocratie par le droit, **avis n° 838/2016** du 14 mars 2016 sur le projet de loi constitutionnelle « de protection de la nation » de la France.



La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a précisé le **motif de déclenchement** de la clause dérogatoire en désignant le « *danger public menaçant la vie de la nation* » comme « *une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État* »<sup>171</sup>. Le droit de dérogation doit également être motivé par l'**impossibilité, pour l'État, de prendre les mesures qu'impose la situation dans un cadre normal de droit commun**<sup>172</sup>. Enfin, les mesures restrictives normales autorisées par la CESDH doivent s'avérer **manifestement insuffisantes** pour que la crise soit regardée comme exceptionnelle et de nature à justifier l'activation de la dérogation<sup>173</sup>.

Lors de sa ratification de la CESDH en 1974, la France a formulé une **réserve d'interprétation** portant sur le déclenchement de la dérogation aux droits protégés par la Convention au titre de son article 15<sup>174</sup>. Dès lors, et conformément à cette réserve émise par la France, la qualification du danger relève de sa seule appréciation, ce qui a pour effet de réduire la portée de la disposition. En principe, l'application de la CESDH n'a pas pour objet d'entraver ou de faire obstacle à la lutte contre le terrorisme. Au contraire, la Cour a jugé que « *la criminalité terroriste entre dans une catégorie spéciale (...) en raison du risque de souffrances et de pertes de vies humaines dont cette criminalité s'accompagne* »<sup>175</sup>. L'application d'un droit pénal spécial ne méconnaît donc pas les exigences de la CESDH. De surcroît, des méthodes d'enquête et de surveillance spéciales des délais de gardes à vue, de procédures d'instruction et de jugements stricts dès lors qu'il s'agit d'infractions terroristes ne sont pas contraires aux règles du droit à un procès équitable prévues à l'article 6 de la CESDH<sup>176</sup>. Par ailleurs, dans l'hypothèse d'informations tendant à établir un risque élevé d'attentat terroriste et en l'absence de mesures appropriées afin de prévenir l'attaque ou d'en diminuer les risques, l'État peut, à l'inverse, être condamné pour violation du droit à la vie de l'article 2 de la CESDH<sup>177</sup>. Par voie de conséquence, la multiplication des attentats terroristes, même à l'étranger, est de nature à justifier un recours au droit de dérogation prévu à l'article 15 de la Convention. Chaque État dispose donc d'une marge d'appréciation importante en matière de lutte antiterroriste et de recours à des pouvoirs exceptionnels<sup>178</sup>.

Si la CESDH interprétée à la lumière de la jurisprudence de la Cour octroie une marge d'appréciation significative aux États pour recourir à un cadre juridique et des mesures exceptionnelles, elle érige certains droits en **droits indérogeables** pour lesquels elle exerce un contrôle approfondi<sup>179</sup>. L'exercice du droit de dérogation,

171 CEDH, 1<sup>er</sup> juillet 1961, *Lawless c/ Irlande*, n° 332/57.

172 CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni* n° 5310/71.

173 Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, 1996, *Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c/ Grèce*, dite "Affaire Grecque", n° 4448/70.

174 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953 et ratifiée par la France le 3 mai 1974.

175 CEDH, 20 octobre 2015, *Sher c/ Royaume-Uni*, n° 5201/11.

176 CEDH, 22 février 1994, *Raimondo c/ Italie*, n° 12954/87.

177 CEDH, 13 avril 2017, *Tagayeva et a. c/ Russie*, n° 26562/07, 14755/08, 49339/08, 49380/08, 51313/08, 21294/11 et 37096/11.

178 CEDH, 19 février 2009, *A. et a. c/ Royaume-Uni*, n° 3455/05.

179 Cf. deuxième partie sur la hiérarchie des droits fondamentaux ; J.-P. Costa, *La Cour européenne des droits de l'homme - Des juges pour la liberté*, Dalloz, collection « les sens du droit », 2013



prévu à l'article 15 de la CESDH, ne saurait donc conférer un pouvoir illimité aux États<sup>180</sup>. Par ailleurs, l'article 15 § 3 de la Convention prévoit une **obligation de notification** au secrétaire général du Conseil de l'Europe de l'exercice, par l'État, de son droit de dérogation. L'absence de notification au secrétaire général ou le retrait de cette notification empêche l'État de se prévaloir de la dérogation permise par l'article 15 § 3 de la CESDH<sup>181</sup>. De novembre 2015 à novembre 2017, durant toute la période de l'application de l'état d'urgence « antiterroriste », **l'État français a exercé ce droit de dérogation**, en tenant informé le secrétaire général du Conseil de l'Europe des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées<sup>182</sup>. Toutefois, en décrétant l'état d'urgence sanitaire, l'État français n'a pas eu recours à la déclaration de dérogation<sup>183</sup>. La notification est un droit et une compétence discrétionnaires des États qui peuvent décider d'activer ou non cette possibilité prévue par la CESDH. Elle est partie intégrante de la marge nationale d'appréciation des États et encore plus pour la France compte tenu de sa réserve concernant l'appréciation des circonstances. Cependant, l'État ne peut se prévaloir de l'application du droit de dérogation s'il n'a pas informé le secrétaire général d'un acte formel et public de dérogation (*Chypre c. Turquie*, rapport de la Commission du 4 octobre 1983, §§ 66-68).

Enfin, la Cour s'assure que les États veillent au respect des droits fondamentaux, même en période d'état d'urgence, en exerçant un contrôle de nécessité et de proportionnalité sur les mesures prises. Ainsi, l'expulsion d'un étranger, auteur d'infractions terroristes ou signalé pour sa dangerosité, dans son pays d'origine est contraire à l'article 3 de la CESDH, s'il y est exposé à des traitements caractérisés comme inhumains et dégradants<sup>184</sup>. Par ailleurs, la déchéance de nationalité pour les auteurs binationaux d'infractions terroristes est conforme au respect de la vie privée et donc à la CESDH, à la condition qu'elle n'ait pas pour effet de rendre les personnes concernées apatrides, ni automatiquement d'entraîner une procédure d'expulsion<sup>185</sup>. En outre, et en vertu d'une jurisprudence constante, le droit au procès équitable de l'article 6 de la Convention « consacre la prééminence du droit dans une société démocratique »<sup>186</sup>. Par conséquent, l'expulsion d'un étranger est interdite car contraire à l'article 6 de la Convention, s'il risque de faire l'objet, dans son pays d'origine, de poursuites pénales non conformes aux règles du procès équitable<sup>187</sup>. Aussi, les mesures de sûreté ne sont pas, en elles-mêmes, contraires à la CEDH comme par exemple l'inscription à un fichier judiciaire d'auteur d'infractions

---

180 Cf. *infra*. deuxième partie. X. Dupré de Boulois, L. Milano, « [Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme](#) », *RFDA*, 2016, p. 769.

181 CEDH, 29 novembre 1988, *Brogan et a. c/ Royaume-Uni*, n° 11204/84.

182 La France a également exercé son droit de dérogation en décrétant l'état d'urgence en 1985 pour la Nouvelle-Calédonie ainsi qu'en 2005 pour 25 départements dans le cadre des émeutes urbaines.

183 La notification est un droit et une compétence discrétionnaire des États qui peuvent décider de l'activer ou non. Cependant, l'État ne peut se prévaloir de l'application du droit de dérogation s'il n'a pas informé le secrétaire général d'un acte formel et public de dérogation (*Chypre c. Turquie*, n° 8007/77 rapport de la Commission du 4 octobre 1983, §§ 66-68).

184 CEDH, 3 décembre 2009, *Daoudi c/ France*, n° 19576/08.

185 CEDH, 25 juin 2020, *Ghoumid et a. c/ France*, n° 52273/16, 52285/16, 52290/16, 52294/16 et 52302/16.

186 . CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, n° 6538/74.

187 CEDH, 17 janvier 2012, *Othman Abu Qatada c/ Royaume-Uni*, n° 8139/09.



violentes<sup>188</sup> ou encore les hospitalisations d'office, assorties de l'interdiction pendant 20 ans d'entrer en contact avec les parties civiles et de détenir une arme<sup>189</sup>. Pour autant, des mesures de sûreté présentant un caractère punitif ne peuvent s'appliquer de manière rétroactive à des détenus condamnés ni porter atteinte à la dignité de ces personnes<sup>190</sup>.

### 1.4.3. L'état d'urgence et les autres conventions internationales

A l'instar de la CEDH, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>191</sup> reconnaît aux États parties, dans son article 4, la faculté de prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le Pacte « *dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation* », érige certaines obligations en droits indérogeables et impose à l'État exerçant son droit de dérogation de le notifier aux autres États contractants<sup>192</sup>. La France a également émis une réserve d'interprétation, de sorte que l'appréciation des conditions de déclenchement de la dérogation relève de son seul pouvoir discrétionnaire.

Si cela ne concerne pas à proprement parler les dispositifs d'exception, il faut signaler l'existence d'une procédure permettant la déclaration d'urgence sanitaire internationale par l'**OMS**. Le règlement sanitaire international (RSI), instrument juridique international ayant force obligatoire pour 196 États dans le monde, dont tous les États membres de l'OMS, prévoit la possibilité pour le directeur général de l'OMS, après avis d'un comité d'urgence composé d'experts internationaux, de déclarer une « **urgence de santé publique de portée internationale** » (**USPPI**) et d'émettre des recommandations temporaires pour les pays soumis à cette urgence. Après l'échec du 22 janvier 2020 – suite à l'absence de consensus sur la base des données disponibles –, le directeur général de l'OMS a convoqué à nouveau le 30 janvier 2020 le comité d'urgence qui a convenu que la flambée des cas constituait une urgence de santé publique de portée internationale<sup>193</sup>.

Il faut signaler que le **bureau des Institutions démocratiques et des droits de l'homme** (BIDDH), institution chargée de la promotion des droits de l'homme au sein de l'OSCE<sup>194</sup>, a rendu un rapport relatif aux mesures d'urgences prises dans le contexte de la pandémie de 2020 qui émet des recommandations et des bonnes pratiques s'agissant du respect des droits de l'homme par les États dans leurs

188 CEDH, 17 décembre 2009, *Gardel c/ France*, n° 16428/05.

189 CEDH, 3 septembre 2015, *Berland c/ France*, n° 42875/10.

190 CEDH, 10 janvier 2012, *Ananyev et a. c/ Russie*, n° 42505/27 et 60800/08.

191 Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200A (XXI), entré en vigueur le 23 mars 1976 et ratifié par la France après la loi d'autorisation n° 80-460 du 25 juin 1980.

192 Cf. *infra* deuxième partie.

193 Depuis l'entrée en vigueur du RSI en 2005, six USPPI ont été réalisées : Virus de la grippe A (H1N1) en 2009, Poliovirus en 2014, Virus Ebola en 2014, Virus Zika en 2016, Virus Ebola en 2019, SARS-CoV-2 en 2020.

194 L'Acte final d'Helsinki (1975) qui institue l'OSCE n'est pas un traité au sens du droit international public, il n'emporte aucune obligation juridiquement contraignante.



réponses à la lutte contre la covid-19 ou toute autre situation d'urgence. À titre d'exemple, le rapport a relevé que les actes juridiques fondant les mesures d'urgence ont souvent été mal rédigés, adoptés avec peu ou pas de concertation avec la société civile et ont fait l'objet de multiples amendements en très peu de temps. Il conclut que cette façon de procéder a provoqué une incertitude empêchant une compréhension claire de l'effectivité des mesures, ce qui contrevient **au principe de sécurité et de clarté juridique**. Le rapport s'interroge sur la proportionnalité des restrictions globalement adoptées au sein de la région OSCE : il considère que les autorités nationales ont généralement adopté des mesures très strictes, sur une durée assez longue sans véritablement prendre en compte les autres intérêts en présence. Les effets de ces mesures sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales n'ont pas suffisamment été pris en considération.

\*

À la lumière de l'ensemble de ces développements, que faut-il déduire de l'usage de plus en plus fréquent des états d'urgence dans notre pays ? Quel bilan peut-on faire de leurs apports et de leurs inconvénients ? Atteignent-ils leurs objectifs ? Dans quelles mesures bouleversent-ils les équilibres institutionnels et normatifs ? Que révèlent-ils de l'état de la société, des peurs des citoyens et de leurs attentes vis-à-vis de l'État ?



## 2. Entre représentation et réalité, la légitimité des états d'urgence

### 2.1. La question de la nécessité du recours aux états d'urgence

Au-delà de ce que permet réellement l'utilisation de l'état d'urgence, celui-ci engendre de nombreuses attentes. Tantôt craint, tantôt désiré, on lui assigne une efficacité quasi-magique tout en redoutant ses excès. Il porte en lui un imaginaire qui implique un maniement précautionneux (1). Parce que son emploi n'est pas anodin et constitue une prise de risque pour le pouvoir qui y recourt, il faut identifier les types de circonstances et de crises qui poussent à l'employer, les insuffisances des outils de droit commun auxquelles il entend pallier et les mécanismes permettant d'évaluer la pertinence de ses critères juridiques afin de déterminer leur légitimité (2).

#### 2.1.1. Les objectifs assignés à l'état d'urgence

Selon que l'on se place du côté du citoyen ou de celui du gouvernant, l'état d'urgence emporte son lot de représentations et d'attentes. Ces dernières, souvent convergentes, traduisent une certaine conception de la puissance publique et de l'État. Elles révèlent la nature des liens quasi-filiaux qui unissent les administrés à leur administration dans une « *société du paternalisme étatique* »<sup>195</sup>. Mais plus l'attente est grande, plus l'exigence et le risque de déception s'accroissent.

##### 2.1.1.1. Les attentes et les craintes des gouvernants relatifs aux états d'urgence

- **Les effets recherchés par les gouvernants** – Lorsqu'une crise majeure survient, les gouvernants cherchent non seulement à mobiliser les outils les plus efficaces pour y faire face mais également à montrer aux citoyens qu'ils ont pris la mesure de la menace. La déclaration d'état d'urgence permet à l'État, par son seul effet, de signifier son autorité et d'affirmer sa légitimité à intervenir. Son emploi s'accompagne

195 F. Sureau, *Sans la liberté*, Tract Gallimard n° 8, 2019, p. 37.



souvent de l'utilisation du champ lexical de la guerre. Cet effet, indépendant de celui qu'aura l'annonce des mesures prises pour lutter contre la crise, agit avant tout sur la psychologie collective. Face à l'effet de sidération généré par certaines crises, l'allocution du Président de la République qui accompagne le plus souvent la déclaration d'état d'urgence rassure et réveille un sentiment d'appartenance à la Nation. Le signal est donné que le peuple est fédéré pour lutter contre la menace. Cet effet, qui consiste à faire advenir une réalité en se contentant de l'énoncer, mis en évidence par des philosophes du langage<sup>196</sup>, a été qualifié par plusieurs auteurs **d'effet performatif**<sup>197</sup>. La déclaration d'état d'urgence permet également aux gouvernants de nommer une situation de crise et de lui conférer une certaine solennité. La situation de péril imminent est affirmée. Il devient difficile de la remettre en question. Contrairement au recours à l'exception d'urgence ou à la théorie des circonstances exceptionnelles, l'urgence et l'existence d'un péril imminent sont réputées réunies ce qui aura des conséquences juridiques<sup>198</sup>. On peut qualifier cet **effet d'assertif**. Dans la même ligne, les gouvernants cherchent, en déclarant l'état d'urgence, à rassurer une opinion publique inquiète voire paniquée face à un péril d'une grande ampleur. On peut le qualifier **d'effet sécurisant**. La déclaration d'état d'urgence a également pour objectif de mobiliser les forces vives de la Nation pour accroître l'efficacité des services régaliens, plus généralement des services publics mais aussi du secteur privé dont le soutien peut être indispensable comme la crise sanitaire l'a démontré. Cela pourra se traduire par le rappel des agents retraités, par la suspension des congés, etc. Michel Signoli, dans son ouvrage consacré à la Peste noire, raconte le départ des populations et des médecins fuyant la peste avant la fermeture des portes des villes<sup>199</sup>. En déclarant l'urgence, les autorités espèrent pouvoir rappeler chacun à son devoir. Elle renvoie à l'idée d'*effort de guerre*. Ainsi la puissance publique, par le simple effet de la déclaration d'état d'urgence, imagine ses moyens d'action démultipliés et renforcés. On peut qualifier cela **d'effet démultiplicateur ou mobilisateur**. En outre, en affirmant solennellement le caractère exceptionnel de la situation à laquelle la Nation est confrontée, postulant la difficulté d'y faire face et de garantir une continuité de l'État, les gouvernants peuvent espérer que cette déclaration d'état d'urgence suscite l'indulgence de l'opinion publique et des juges. On peut le qualifier **d'effet bienveillant**.

Certains effets particulièrement recherchés par les gouvernants sont **propres à chaque type d'état d'urgence**. En déclarant **l'état d'urgence de la loi de 1955**, le Gouvernement cherche à déstabiliser les fauteurs de troubles<sup>200</sup>. En s'armant d'outils exorbitants pour lutter contre les menaces à l'ordre public, l'État ébranle leurs plans, perturbe leur organisation. On peut qualifier cet effet **d'effet déstabilisateur**. En déclarant **l'état d'urgence sanitaire**, l'effet recherché est d'astreindre la population à prendre conscience de la gravité de la menace pour obtenir son adhésion. Pour marquer la particulière gravité de la situation et faire cesser le cours normal des

196 J. Searle, dans son ouvrage *La construction du langage* (1995), affirme que les actes de langage fabriquent des réalités sociales, distinctes des réalités naturelles.

197 F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Léviathan, PUF, 2001 ; M. Tropper, *Traité international de droit constitutionnel*, T2 2012, Dalloz, p. 738.

198 J.-F. de Montgolfier, « L'urgence et le Conseil constitutionnel », *Les NCC*, n° 54, janvier 2017.

199 M. Signoli, *La Peste noire*, Que sais-je, 2018, p. 86.

200 B. Cazeneuve lors de la conférence sur *Les états d'urgence, pour quoi faire ?* au Conseil d'État le 14 octobre 2000.

choses – à l’instar du tocsin qui sonnait autrefois lorsque le péril était grand – les gouvernants utilisent la déclaration d’urgence pour mobiliser le plus largement possible, y compris les sceptiques. Albert Camus soulignait, dans les premières pages de *La Peste*, l’incrédulité persistante de la population malgré le nombre de rats morts qui s’entassaient dans les rues et le refus du plus grand nombre de reconnaître ce qui était en train d’advenir. L’objectif recherché par les gouvernants est aussi de conditionner psychologiquement l’opinion pour lui faire accepter des mesures très contraignantes et revigorer la solidarité du corps social. On peut qualifier cela **d’effet d’adhésion** de la population aux restrictions de liberté. Enfin, les gouvernants peuvent chercher à donner une assise démocratique et juridique plus importante à la gestion de crise que celles offertes par le droit commun. Aux premiers jours de l’épidémie de la covid-19, le Gouvernement a estimé que l’état d’urgence permettait de répondre aux insuffisances du régime de la menace sanitaire grave, mais il était également important pour lui que le Parlement puisse jouer un rôle actif dans le débat sur les moyens à mettre en œuvre. On peut qualifier cela **d’effet de légitimation et de sécurisation** des actions gouvernementales.

- **Les effets à éviter** – Certains effets des états d’urgence peuvent conduire les États à éviter d’y recourir, même lorsqu’ils sont confrontés à des crises majeures. Le premier est **l’effet anxigène**. Si l’état d’urgence présente l’avantage de qualifier la gravité de la menace et d’engendrer une prise de conscience, il induit corrélativement une peur importante qui peut se transformer en panique. L’usage de l’état d’urgence postule la gravité de la crise et l’impuissance de l’État à la juguler avec les instruments ordinaires. Ainsi l’Espagne, pourtant dotée dans sa Constitution de plusieurs régimes d’exception, n’y a-t-elle jamais eu recours pour lutter contre le terrorisme basque et islamiste ni pour répondre aux revendications indépendantistes de la Catalogne alors qu’elle a eu recours à l’état d’alerte pour lutter contre la Covid-19. À cet effet anxigène, s’ajoute **l’effet stigmatisant de certains groupes de personnes ou d’évènements et amplificateur** que les gouvernements peuvent chercher à éviter. Plusieurs événements ayant marqué l’histoire de France du XX<sup>e</sup> siècle, qui auraient pu justifier des régimes d’exception, n’y ont pas donné lieu. Il en est ainsi des crises de février 1934 et de mai 1968. Pour cette dernière, s’il n’a pas été question d’utiliser l’état de siège ou l’état d’urgence – qui n’avait alors jamais été utilisé sur le territoire métropolitain – l’usage de [article 16](#) a été envisagé<sup>201</sup>. Une note de Bernard Ducamin, conseiller technique au secrétariat général de la présidence de la République, indique que le Général de Gaulle, qui y avait songé, a été dissuadé d’y recourir, ses conseillers craignant que cela n’envenime la situation<sup>202</sup>. René Coty avait déjà estimé qu’il s’agissait d’une « *solution juridiquement contestable, politiquement dangereuse* »<sup>203</sup>.

### 2.1.1.2. Les attentes et craintes des citoyens relatives aux états d’urgence

- **Les attentes : une protection renforcée de la sécurité et de la vie par l’État** – L’organisation de la vie en société repose pour une large part sur la recherche de sécurité et de paix entre les individus. Hobbes a fondé sa théorie du contrat social

201 C. Roynier, C. Bargues, « L’Exécutif sous tension. Les enseignements de Mai 68 », *Jus Politicum*, n° 24, mai 2020.

202 AN, AG (5)/1/2227, note datée du 18 mai 1968.

203 CC, délibération du 23 avril 1961, PV, p. 4.



sur la peur de la mort violente : chacun a intérêt à quitter l'état de nature et à remettre son destin dans les mains d'une instance neutre, dépositaire de ce que Max Weber appellera plus tard « le monopole de la violence légitime ». La sécurité des populations est un des fondements de la construction étatique et l'on ne peut s'étonner que « *l'homme occidental, éternel angoissé* »<sup>204</sup> se tourne vers l'État lorsque sa sécurité est menacée ou que surgit une calamité. **C'est à mesure que l'État a tenté d'apporter des réponses aux périls auxquels était confronté le peuple que celui-ci a pris pour habitude de se tourner vers lui pour chercher protection et assistance**<sup>205</sup>. Alors que la puissance de l'État se manifestait autrefois par le *faire mourir*, elle s'est transformée en *faire vivre*, traduite par Michel Foucault dans l'expression du *biopouvoir*<sup>206</sup>. Le maintien de la sécurité est apparu à la fois comme la justification originelle de l'État, la source de sa légitimité et le but de sa mission<sup>207</sup>. La recherche de protection pour assurer la sécurité physique – dans son double sens de sécurité/sûreté et de sécurité/santé – n'a cessé de croître au fil des années au bénéfice des réformes allant de la mise en place de dispositifs contraignants – l'obligation des individus à se faire vacciner pour éradiquer des maladies, à porter une ceinture de sécurité en voiture – à la création de la sécurité sociale pour garantir les risques liés à la maladie, à la vieillesse, l'invalidité, la perte d'emploi, à la mise en place des mécanismes assurantiels obligatoires, à la consécration du **principe de précaution**, à la multiplication des réformes pénales. Etape après étape, le **droit à la protection de la santé**<sup>208</sup> et **l'objectif de protection de la sécurité des personnes et de protection de l'ordre public** ont été consacrés comme des objectifs à valeur constitutionnelle<sup>209</sup>. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme proclame, quant à elle, le **droit à la vie** dans son article 2. L'état d'urgence, perçu comme un outil de gestion de crise permettant de protéger la vie des citoyens, est regardé comme un prolongement naturel de cette évolution.

• **Les craintes : les libertés asservies et le maniement de la peur** – L'instauration des états d'urgence peut aussi susciter de la crainte. En ce qu'il s'accompagne d'une augmentation des prérogatives de police administrative et de restrictions de liberté, il agite le spectre de **l'État de police**, notion introduite par Von Mohl au début du XIX<sup>e</sup> siècle, théorisée par plusieurs juristes – notamment Brian Chapman<sup>210</sup> – et philosophes – notamment Michel Foucault<sup>211</sup> – et immortalisé par Georges Orwell dans son ouvrage *1984*. Carré de Malberg<sup>212</sup> le définit par opposition à l'État de droit comme « *celui dans lequel l'autorité administrative*

204 J. Delumeau, *La peur en occident*, Fayard, 1978, Pluriel.

205 Les premières mobilisations de l'État seraient intervenues, selon Emmanuel Le Roy Ladurie, lors de la disette de 1693-1694 qui fit un 1,3 million de morts sur une population d'environ 20 millions de personnes. (O. Rey, *L'idolâtrie de la vie*, Tract Gallimard, n° 15, 2020).

206 D. Fassin, *Leçon inaugurale au Coll. de France, Les inégalités des vies.*, Fayard, 30 septembre 2020, M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Cours au Coll. de de France., 1978-1979, Gallimard-Seuil, Paris, 2004, Leçon du 17 janvier 1979, p. 39.

207 Les études du Conseil d'État, *La prise en compte du risque dans la décision publique*, 2018, p. 9 s.

208 CC, décision n° 74-57 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse.

209 CC, décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, considérant 17.

210 B. Chapman, « Police State » (1971), *American Political Science Review*, vol. 67, n° 3, septembre 1973, p. 1045-1046.

211 M. Foucault, « Sécurité, Territoire, Population (1978-1979) », cours au collège de France, 1978.

212 R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Lib. de la Sté du Rec., Sirey, 1920, p. 488.

peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative, en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose : ce régime de police est fondé sur l'idée que la fin suffit à justifier les moyens ». Des penseurs contemporains<sup>213</sup> estiment que nos sociétés se transforment peu à peu en État de police et que l'usage des législations d'exception, comme la loi martiale et le *Patriot Act* aux États-Unis, en serait une manifestation. Ils reconnaissent que les garanties de l'État de droit ne disparaissent pas mais s'inquiètent des multiples glissements, regardés comme dangereux, qui s'opèrent au fil du temps<sup>214</sup>.

L'état d'urgence peut aussi être redouté en ce qu'il est fondé sur la peur. Renforçant les angoisses, **il peut créer de l'insécurité**. « *La politique sécuritaire est condamnée à entretenir l'inquiétude qui la légitime* »<sup>215</sup> et l'on sait que la peur peut engendrer des comportements de repli, de méfiance, voire de rejet et de déshumanisation<sup>216</sup>. Paul Virilio, dans son ouvrage *L'administration de la peur*, analyse la tentation que peuvent avoir les États d'orchestrer les peurs au soutien de leurs politiques et souligne que cette tendance est d'autant plus forte dans un contexte de mondialisation où seule la sécurité corporelle des citoyens reste l'apanage des États<sup>217</sup>.

Pour autant, l'état d'urgence, qu'il soit redouté ou souhaité, ne trouve de justification que dans l'objectivation de sa cause. Sa légitimité repose sur un événement à ce point anormal ou pathologique qu'il appelle une réaction « extraordinaire ». Il s'agit d'une situation de **crise majeure, d'une particulière gravité**.

## 2.1.2. L'appréciation du péril

Pour déterminer quel type de péril peut justifier le déclenchement d'un état d'urgence, il faut s'interroger sur la **notion de crise**, ses différents niveaux de gravité, les moyens permettant de l'objectiver et d'apprécier l'insuffisance des outils de droit commun permettant d'y faire face.

### 2.1.2.1. L'identification et l'évaluation de la situation de crise

Si la crise ne se confond pas à la menace, les deux notions sont liées. L'identification et l'évaluation de la situation de crise dépendent beaucoup de la façon dont une société appréhende les **menaces** qui la guettent.

Ainsi que l'a souligné le Conseil d'État dans son étude consacrée à la prise en compte du risque dans la décision publique<sup>218</sup>, l'espoir du progrès inspiré par la science a fait place à un climat dominé par l'inquiétude et l'incertitude<sup>219</sup>. Depuis la fin des

213 B. Stiegler, *De la démocratie en pandémie*, Tract, n° 23 ; F. Sureau, *Sans liberté*, Tract Gallimard n° 8, 2019 ; G. Agamben *op. cit.*

214 M. Delmas-Marty, *Libertés et Sûreté dans un monde dangereux*, Ed. Seuil, 2010 ; F. Sureau, *op. cit.*

215 M. Fössel, « La Sécurité : Paradigme Pour Un Monde Désenchanté », *Esprit*, n° 327 (8/9), 2006, p. 194.

216 D. Jodelet, « Dynamiques sociales et formes de la peur », *Nouvelle revue de psychosociologie*, 2011, p. 239-256.

217 P. Virilio, *L'administration de la peur*, Textuel, 2010.

218 Les études du Conseil d'État, La Documentation française, 2018 *op. cit.*

219 U. Beck, *La société du risque*, Champs, Flammarion, 2011, p. 15 ; F. Ewald, *L'État-Providence*,



années 80, au ralentissement économique intervenu depuis les chocs pétroliers, aux accidents industriels majeurs notamment nucléaires (Tchernobyl et Fukushima) et aux interrogations sur la pérennité des modèles sociaux, se sont ajoutées la menace terroriste internationale, l'identification d'une crise environnementale planétaire et, en 2021, une épidémie mondiale qui a figé la vie de la planète. Dans ce contexte qui s'accompagne d'une mondialisation et accélération sans précédents des modes de communication et des nouvelles technologies, le rapport au risque, tant dans l'espace que dans le temps, a changé. S'agissant de l'espace et comme l'avait identifié Ulrich Beck, **les menaces sont désormais « globales et transnationales »**. S'agissant du temps, il avait également vu juste en énonçant que « *la société du risque est une société de la catastrophe. L'état d'exception menace d'y devenir un état normal* ». Cette hypersensibilité au risque et à la prise de conscience de notre vulnérabilité, s'est paradoxalement accompagnée du sentiment que la plupart des risques peuvent être anticipés et maîtrisés. Les États, sollicités par les citoyens comme les seuls protecteurs utiles face à des menaces mondiales et systémiques et dont les missions s'en sont par conséquent trouvées transformées, doivent anticiper les risques et, lorsqu'ils adviennent, gérer les crises. Ils endossent le rôle d'une sorte de méga-assureur, garant d'une vie paisible<sup>220</sup>. Le défi est immense car les **menaces sont nombreuses et complexes**. Celles que l'on croyait révolues, telles les catastrophes naturelles, les famines et autres épidémies, sont redevenues, sous l'effet de la crise environnementale, d'actualité<sup>221</sup>. Celles qui résultent des risques industriels et technologiques s'accroissent à mesure de notre dépendance à ces progrès, notamment les cyberattaques qui augmentent mois après mois, faisant craindre des intrusions d'ampleur nationale. D'autres enfin, qui résultent de l'action de groupes déterminés, qu'il s'agisse de troubles sociaux ou de terrorisme, sont également susceptibles de générer des crises majeures. Si l'appréhension du risque et des menaces influent sur celle du péril et son anticipation, c'est bien la réalité de la **crise** qu'il convient de caractériser pour évaluer la nécessité d'utiliser des pouvoirs d'exception. **Toute menace n'engendre pas des crises et l'état d'urgence, par nature temporaire, a vocation à répondre à un désordre momentané et non à des menaces pérennes.**

### 2.1.2.2. Le caractère relatif et contingent d'une crise : la perception des crises

Le terme de crise, auparavant cantonné au domaine médical<sup>222</sup>, renvoie plus largement, depuis le XVII<sup>e</sup> siècle à un moment de **rupture imprévisible, brusque et spectaculaire**. « *Coup de tonnerre dans un ciel paisible* »<sup>223</sup>, la crise se caractérise par la désorganisation, la perte de repères et de sens qu'elle induit<sup>224</sup>. De différentes natures et gravités, les crises mettent à l'épreuve les organisations ordinaires et appellent des réponses adaptées à chaque situation. Outre ces critères objectifs, la crise repose sur **des critères plus relatifs et contingents**. Si l'imprévu fait partie

Grasset, 1986 ; A. Giddens, *Les conséquences de la modernité*, L'Harmattan, 1994.

220 A. Cot. « Quand Michel Foucault décrivait 'l'étatisation du biologique' », *Le Monde*, 20 avril 2020.

221 Sécheresse massive, tempêtes, zoonoses, incendies, inondations, dé-pollinisation, déforestation, pollution de l'air, etc.

222 Ayant donné naissance aux expressions « crise cardiaque » ou « crise de nerfs ».

223 A. Rasmussen, Conférence sur les états d'urgence, « Les leçons de l'histoire », Conseil d'État, 9 décembre 2020.

224 O. Borraz, « Qu'est-ce qu'une crise ? », *Site de Sciences Po paris*, le 20 avril 2020.

de la vie, les individus et les nations accorderont plus ou moins d'importance à des événements soudains en fonction de leur histoire, de leur culture, des progrès de la connaissance, des moyens d'adaptation dont ils disposent, etc.<sup>225</sup>. Une mauvaise récolte ou un incendie n'a pas le même impact sur les populations en 2021 qu'au Moyen Age. Beaucoup d'observateurs expliquent que les pays asiatiques ont mieux géré l'épidémie de covid-19 en raison de leur expérience récente de l'épidémie de SRAS. En outre, dans notre société mondialisée où les acteurs ont besoin d'attirer l'attention sur leur propos dans la masse d'information quotidienne et où la sémantique de l'excès est préférée à celle de la modération, la notion de crise est utilisée de façon très extensive, même pour évoquer une situation durable. La « *crise économique* », la « *crise de confiance* », la « *crise sécuritaire* », la « *crise sociale* »... Par ailleurs et comme l'ont souligné différents analystes, une utilisation politique peut être faite de ce concept<sup>226</sup>. Les **biais de perception** sont aussi à l'œuvre dans un sens inverse et l'imminence du danger et sa caractérisation ne relèvent pas toujours de l'évidence. L'exemple de la canicule d'août 2003, qui a occasionné 15 000 décès entre le 1<sup>er</sup> et le 20 août, est à cet égard parlant<sup>227</sup>. À la différence d'autres catastrophes, elle est intervenue dans un premier temps à bas bruit et la réalité de la crise sanitaire n'a pas été perçue immédiatement<sup>228</sup>. Ainsi, la qualification de la crise ne relève pas toujours de l'évidence.

**Comme élément déclencheur d'un état d'urgence, c'est à une acception stricte qu'il faut revenir.** Les critères déclencheurs des pouvoirs de crise que sont le « péril imminent », la « catastrophe » ou la « calamité », même s'ils ne sont pas définis juridiquement, renvoient à une **gravité** certaine. C'est bien de **crise majeure** qu'il s'agit. Outre la gravité, se trouvent mobilisés des **éléments temporels** qui démontrent que l'événement intervenu de façon imprévisible est circonscrit à un temps donné, ce qui le distingue de la menace qui peut s'exercer sur le long terme. La brutalité d'une crise n'a d'égale que **sa soudaineté**. Mais des outils d'évaluation et d'expertise sont nécessaires pour asseoir une telle qualification, pour l'analyser avec clairvoyance et proposer les bons outils.

### 2.1.2.3. L'objectivation et le diagnostic de la crise : le recours à l'expertise

Avant de déterminer les moyens à mettre en **œuvre**, les autorités politiques doivent pouvoir disposer, même en situation d'urgence, d'informations susceptibles d'éclairer leurs décisions. Pour parvenir à comprendre le réel et écarter les biais de perception, **la démarche de connaissance est essentielle**. Elle conduit à « *n'écarter aucun fait, à n'épargner la critique à aucune valeur, à accumuler tout à la fois les connaissances et les doutes, en précisant impitoyablement les conditions extérieures et les hypothèses préalables auxquelles est suspendue la vérité des propositions* »

---

225 J. Diamond, *Bouleversement, les nations face aux crises et au changement*, Nrf Essais, Gallimard, 2020.

226 Cf. *supra* les thèses de C. Schmidt et les explications de M. Goupy.

227 M. Milet, « Cadres de perception et luttes d'imputation dans la gestion de crise : l'exemple de la 'canicule' d'août 2003 », *RFSP*, 2005, p. 573-605 ; Rapport n° 1455 fait au nom de la commission d'enquête sur les conséquences sanitaires et sociales de la canicule, enregistré le 25 février 2004 ; F. Lalande et al., *Rapport de la Mission d'expertise et d'évaluation du système de santé pendant la canicule*, 2003.

228 Pour un autre ex., v. : M. Bourrier, « Dans les coulisses de la gestion de l'épidémie Ebola en Afrique de l'Ouest (2014-2016) : l'ère de l'OMS », *Sciences sociales et santé*, 2019, vol. 37, n° 2, p. 39-35.



générales »<sup>229</sup>. Le temps n'a pas démenti les réflexions de Max Weber sur cet enjeu. Chaque crise démontre combien un **décodage technique et scientifique est essentiel pour identifier la crise**, la comprendre et guider les responsables publics. Il en est *a fortiori* ainsi face à la question de savoir si un état d'urgence doit être actionné. Cet appui est, par ailleurs, tout aussi indispensable pour anticiper les crises, voire les éviter. Si la question de l'expertise a relevé de l'évidence lors de l'état d'urgence sanitaire, il en a été différemment lors des précédents états d'urgence, peut-être parce que la gestion de troubles à l'ordre public semblait relever naturellement de l'expertise de l'État. Plusieurs questions se posent dès lors : faut-il mobiliser des experts pour toute situation ? Le cas échéant, comment identifier les experts utiles ? Comment appréhender des paroles divergentes ? Comment articuler la prise de décision et la parole de l'expert ?

Sur la question de l'opportunité de mobiliser des experts pour anticiper et comprendre toute situation de crise, l'histoire semble plaider pour une réponse positive. Mais la question n'est pas tant de savoir s'il faut consulter des experts que de savoir **qui consulter et comment**<sup>230</sup>. On a pu observer, en effet, au gré des crises, que les différentes sensibilités et le cloisonnement des expertises peuvent influencer sur les politiques publiques. Dans le domaine du terrorisme, alors que différentes analyses s'étaient exprimées après l'affaire *Mérah*, une hypothèse unique reposant sur « la thèse du loup solitaire » a été privilégiée, conduisant l'autorité publique à ne pas appréhender à sa juste mesure le phénomène des départs en Syrie et la menace que cela constituait pour la France. Une connaissance affinée de la menace terroriste a démontré que celle-ci est pérenne et de plus en plus endogène, remettant en cause la pertinence de l'usage de l'état d'urgence à son encontre<sup>231</sup>. Cette expérience démontre l'importance de mobiliser, même en urgence, une expertise **pluridisciplinaire et plurivoque**. L'objectivation d'une menace ou d'une crise ne peut souffrir une absence de remise en question d'une pensée dominante, quitte à la conforter après l'avoir éprouvée. Cependant, cette ouverture aux voix dissonantes peut être facteur de confusion et susciter le désarroi des responsables et de l'opinion publique. Au début de la crise sanitaire, même si l'ensemble des acteurs de santé au niveau national avaient bien identifié le risque épidémique et activé les dispositifs de crise en amont<sup>232</sup>, les divergences de vues quant à la gravité de la maladie, aux traitements administrables aux patients infectés ou aux types de mesures prophylactiques à adopter ont été nombreuses et particulièrement audibles du fait d'une médiatisation importante. Malgré la déclaration du 30 janvier 2020 de l'OMS reconnaissant l'urgence de santé publique de portée internationale, cette confusion a été nourrie par des informations parcellaires en provenance de Chine et le manque de connaissance sur le virus. Ces difficultés se sont même traduites par des recours contentieux<sup>233</sup>. Le Premier ministre, lors de son audition devant la commission d'enquête de l'Assemblée nationale, a ainsi fait

229 R. Aron, préface de M. Weber, *Le savant et le politique*, 1919, p. 19.

230 D. Truchet, *L'expertise publique, Santé, environnement et alimentation*, rapport, 2019.

231 V. les travaux de G. Kepel, B. Rougier et H. Micheron, notamment *Le Jihadisme français. Quartiers, Syrie, prisons*, Gallimard, 2020.

232 Rapport d'information n° 1399 déposé par la mission d'information relative à l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de covid-19, 3 juin 2020.

233 CE, ord., 28 mars 2020, [n° 439765](#) et CE, 28 janvier 2021, n° 439764, n° 440129, [n° 439936](#) et [n° 441751](#).

part de la difficulté « *d'organiser une parole médicale légitime* » et de la nuisance que cela a occasionné, notamment dans la compréhension par l'opinion publique de la gestion de la crise<sup>234</sup>. **La difficulté de concilier des approches scientifiques parfois incompatibles** est une contrainte redoutable des temps de crise. Si l'homme de science, qui œuvre à « *désenchanter le réel* »<sup>235</sup>, n'est ni prophète, ni démagogue – ce qui fait la valeur de sa parole – il n'a pas vocation à chercher un consensus<sup>236</sup>. Savoir et pouvoir sont bien dissociables<sup>237</sup>. Il revient aux autorités de prendre en compte ce risque qui rend l'arbitrage politique encore plus délicat. Si le responsable public ne peut donc attendre une position univoque des experts, il peut, à tout le moins imposer des garanties propres à assurer des expertises de qualité. Ces garanties tiennent aux **modalités de choix des experts et aux exigences d'impartialité et d'indépendance** qui sont désormais requises par la loi dans le champ sanitaire ou dans les règlements intérieurs des instances d'expertise<sup>238</sup>.

**S'agissant des choix des experts et des modalités de consultation en temps de crise**, différentes méthodes peuvent être identifiées qui entremêlent plus ou moins fortement l'expertise et la décision. L'autorité politique peut tout d'abord s'appuyer sur **des instruments d'expertise préexistants**. Ainsi **l'Allemagne** s'est appuyée durant la crise sanitaire, comme la loi fondamentale le prévoyait, sur **l'Institut Robert Koch**, chargé de la protection de la santé publique qui n'a pas seulement la mission de réagir en cas de crise en élaborant des directives et des recommandations pour conseiller les décideurs publics, mais constitue aussi « *l'autorité nationale pour la prévention des maladies transmissibles et pour la détection précoce et la prévention de la propagation des infections.* »<sup>239</sup>. Le **Royaume-Uni** s'est également appuyé sur une structure préexistante : le **Groupe Scientifique Consultatif pour les Urgences** (SAGE pour *Scientific Advisory Group for Emergencies*) qui est un organe **permanent** qui fournit une présentation des concepts scientifiques nécessaires à la compréhension de l'extrême urgence en cours, formule un avis sur les évolutions probables de la situation en prenant en compte les incertitudes qui l'entourent et présente les solutions possibles d'un point de vue scientifique ainsi que les options pour améliorer l'évaluation et la surveillance des risques. Il est activé pour tout type de catastrophe et sa **composition est modulable** en fonction de l'urgence en cause par une décision du comité surnommé COBRA, ou *Civil Contingencies Committee*, composé de hauts fonctionnaires et de ministres chargé de l'élaboration de réponses aux différentes crises que peut traverser le pays. Le SAGE représente donc le pan scientifique de la réponse aux situations de crise, tandis que le comité COBRA est chargé de l'élaboration des politiques publiques. Le responsable public peut aussi

---

234 Note *op. cit.*, rapport d'information n° 1399.

235 Cf. R. Aron, *op. cit.*

236 Les experts connaissent la relativité de la vérité et sont familiers de ses divergences. Durant l'épidémie de grippe espagnole, des batailles d'experts avaient aussi eu lieu : A. Rasmussen, « Dans l'urgence et le secret », *Mil neuf cent*, Revue d'histoire intellectuelle, 2007.

237 M. Weber, *Le savant et le politique*, 1919 ; France Stratégie, *L'expertise face à une crise de confiance?*, janvier 2018, *Quelles relations entre savoirs, pouvoirs et opinions*, 2020.

238 Not. [art. L. 1451-1](#) et suivants du code de santé publique : S. Houlié et P. Gosselin, *Rapport de la mission « flash » sur le régime juridique de l'état d'urgence sanitaire*, 14 décembre 2020.

239 Ses recommandations et estimations sont prises en compte par les tribunaux administratifs dans le cadre des recours formés contre la légalité des décrets relatifs à la lutte contre la covid-19 ou la légalité de certaines mesures sanitaires.



préférer créer des **instances ad hoc** dont la composition varie. **L'Espagne et l'Italie** ont créé des comités à l'occasion de la crise qui étaient composés de représentants d'instances d'expertise préexistantes et de quelques personnalités. **Le conseil technique scientifique espagnol** a été consulté chaque semaine, par le Président du gouvernement sur l'évolution de l'épidémie et sur les mesures à prendre. **Le comité technique scientifique** (*Comitato Tecnico Scientifico*) **italien** comportait, en sus des experts, des représentants des ministères, des provinces et régions autonomes et quelques experts agissant en leur nom propre. **Aux États-Unis** a été instaurée à la Maison blanche une **Task Force covid-19**, ayant pour but de définir la politique gouvernementale de lutte contre le virus. En son sein, ont siégé des responsables des différentes agences gouvernementales dont la *Federal Emergency Management Agency* (FEMA) chargée de la gestion de crise d'ampleur et rattachée au ministère de l'intérieur – et dont la mobilisation permet le déblocage de fonds et programmes d'assistance- le *Center for Disease Control and Prevention* (CDC) chargé de répondre aux menaces sanitaires et rattaché au ministère de la santé et le *National Institute of Allergy and Infectious Disease*, (NIAID) mais aussi des ministres. Désormais dénommée *covid-19Response Team*. Elle a déterminé une stratégie générale de lutte contre le virus et permis d'apporter une réponse uniforme au sein de toutes les instances fédérales.

**En France**, la loi créant et instituant l'état d'urgence sanitaire a instauré la réunion sans délai d'un « **comité de scientifiques** », structure *ad hoc* appelée communément *conseil scientifique* dont le président est nommé par décret du Président de la République et qui comprend uniquement des personnalités choisies pour leur compétence propre<sup>240</sup>. Il a été conçu non seulement pour éclairer le pouvoir exécutif mais aussi pour **guider l'action publique** tout en conservant une indépendance et une distance par rapport à la décision politique<sup>241</sup>. Ephémère puisque sa dissolution est prévue à la fin de l'état d'urgence sanitaire, il est présenté comme une structure **transdisciplinaire et indépendante** dont le fonctionnement « *souple et agile* » permet « *d'innover dans la gouvernance de la décision publique* » en aidant le Gouvernement à « *se forger une opinion* » et en contribuant à ce que la gestion de crise soit basée sur « *des éléments de preuves scientifiques.* »<sup>242</sup>. Ses avis, dont certains ont été le fruit d'une auto-saisine comportent une partie analytique et une partie de recommandations, laissant au politique la maîtrise de ses décisions. Ils n'ont d'ailleurs pas toujours été suivis par les gouvernants. Parallèlement a été mise en place en vue du déconfinement une autre instance, intitulée **CARE** (Comité d'analyse, recherche et expertise), réunissant des chercheurs, chargée de donner des avis sur les propositions d'approches innovantes scientifiques, technologiques et thérapeutiques<sup>243</sup>. Plusieurs voix se sont élevées pour que les règles de déontologie et d'indépendance des membres de ces comités soient alignées sur celles des instances déjà existantes<sup>244</sup>. Si nul n'a douté de la pertinence d'instaurer

240 L. 3131.19 du code de la santé publique et décret d'application du 3 avril 2020. Son président est Jean-François Delfraissy. A ses côtés siègent d'autres médecins et des représentants des sciences humaines et sociales.

241 J. Chevallier, « Expertise scientifique et décision politique », *RDSS*, 2020, p. 831 : selon l'auteur, l'expertise sollicitée n'est plus uniquement descriptive, elle a acquis une « dimension prescriptive ».

242 Conférence de presse du ministère de la santé du 17 mars 2020.

243 Présidé par Françoise Barré-Sinoussi.

244 S. Houlié, P. Gosselin, Rapport de la mission « flash » sur le régime juridique de l'état d'urgence

auprès du pouvoir exécutif des structures capables de l'éclairer sur la gestion de crise, l'instauration de comités *ad hoc*, dépourvus de représentants officiels des instances sanitaires chargées de l'expertise dans ces domaines<sup>245</sup> – même si des liens ont été maintenus – et des instances de renom telles que l'académie de médecine, et dépourvus également de représentants des usagers du système de soin appelés à être étroitement associé aux décisions publiques, a constitué une rupture dans les rapports classiques entre l'expertise publique sanitaire et le décideur public<sup>246</sup>. On peut regretter que le savoir capitalisé par les instances de droit commun n'ait pas été mis davantage à profit et s'inquiéter d'une dévalorisation implicite de l'expertise publique. S'agissait-il d'éviter des dissensions entre les agences existantes et les lourdeurs bureaucratiques et de disposer d'une structure de petite taille, facilement mobilisable et suffisamment réactive ? Pour les plus critiques, ce dispositif semble avoir réactivé la figure classique des « conseillers du prince », impression qui a pu être renforcée par la mobilisation du Conseil de défense par le Président de la République<sup>247</sup>. **La commission des affaires sociales du Sénat** a préconisé la création « *d'une instance nationale d'expertise scientifique unique sur la sécurité sanitaire chargée de conseiller les pouvoirs publics* » qui serait apte « *à mobiliser et coordonner les sources d'expertise existante, en garantissant l'indépendance et la transparence de ses travaux* ». Ces réflexions démontrent la nécessité de **mieux structurer et coordonner** la multitude d'instances d'expertise qui interviennent en temps ordinaire en les dotant d'outils performants et souples en temps de crise pour éviter, à l'instar d'autres pays, la création en urgence d'instances *ad hoc* et la déperdition de connaissances<sup>248</sup>.

Lorsque la crise d'ampleur est caractérisée et objectivée, le décideur public doit fixer un cap à l'action publique à mener, avant d'examiner de quels moyens il dispose et s'il doit mobiliser un régime d'exception.

#### **2.1.2.4. La finalité de l'état d'urgence : la résolution d'une crise aiguë et temporaire**

La finalité paraît tautologique : face à une crise brutale, les responsables publics doivent tout mettre en œuvre pour la surmonter. Mais, dans la plupart des crises, et même si elles semblent de prime abord très différentes, le péril est de deux natures distinctes et l'action publique doit être conduite sur ces deux fronts. Il menace d'abord tout ou partie de la **population**, mise en danger par des comportements de tiers (troubles à l'ordre public, terrorisme) ou par des calamités naturelles ou industrielles (épidémie, accident nucléaire, inondations, etc.). L'action publique commande de protéger les populations victimes. Mais le péril peut aussi menacer l'État lui-même, dans son organisation et ses structures. L'action publique commande alors de préserver les institutions républicaines, de garantir la continuité de l'État et des services publics. Après des attentats d'importance et un risque de

---

sanitaire, 14 décembre 2020.

245 Haut Conseil de santé publique, Haute Autorité de santé, Santé publique France, Agence nationale de sécurité du médicaments, Conférence nationale de santé, etc.

246 J. Chevallier, « Expertise scientifique et décision politique », *RDSS*, 2020, p. 831.

247 France Stratégie, « Quelles relations entre savoirs, pouvoirs et opinions », 2020.

248 V. not. les analyses d'H. Bergeron et al., *Covid-19 : une crise organisationnelle*, Presses de Sciences Po, 2020.



réitération élevée visant à déstabiliser la société et ses pouvoirs publics, la mise en œuvre de pouvoirs d'exception est justifiée, au moins dans un premier temps. Mais l'action publique d'urgence n'a de sens que si une action momentanée, dans une logique de « coup de poing », est utile pour résoudre la crise à court terme ou amoindrir ses effets ou que **le péril est circonscrit dans le temps**. Le concept de crise aiguë et l'action exceptionnelle qu'elle induit implique **un début et une fin**. À défaut, ce n'est pas d'une urgence qu'il s'agit mais d'une menace au long cours. Mettre fin à des troubles à l'ordre public, à une cyberattaque, lutter contre une épidémie, répondre à une attaque terroriste de masse peuvent nécessiter des **actions temporaires**. En revanche, lutter contre les racines du terrorisme, contre le réchauffement climatique ou tout autre mal pérenne ne semble pas relever d'une action momentanée<sup>249</sup>. A cet égard, il faut noter que si le Parlement européen a voté à deux reprises des résolutions déclarant l'urgence climatique environnementale en Europe et dans le monde<sup>250</sup> afin d'inciter les autres institutions européennes et les États membres à adopter des mesures de réduction de leurs émissions de gaz à effets de serre le plus rapidement possible, il a précisé que ces actions, malgré leur caractère urgent, doivent être menées de manière durable et sur le long terme. Elles peuvent difficilement être appréhendées dans le cadre d'un pouvoir de crise.

**Lorsque la crise aiguë confrontée à l'ensemble de ces tamis (objectivation par l'expert, identification de la finalité de l'action envisagée, caractère temporaire) impose une action d'urgence, les pouvoirs publics sont appelés à déterminer les leviers dont ils ont besoin et à répertorier les outils de droit commun dont ils disposent, avant de recourir à des pouvoirs d'exception.**

#### **2.1.2.5. L'insuffisance des outils de droit commun pour agir ou la nécessité d'une législation d'exception : la gradation des réponses juridiques aux crises**

Sans s'attarder sur l'**identification des besoins**, qui sont par nature relatifs et contingents à chaque crise, l'**identification des outils de droit commun est un travail indispensable** pour déterminer s'ils sont ou non suffisants et si les outils offerts par l'état d'urgence sont pertinents.

**1. La gradation des réponses opérationnelles et juridiques aux crises** – L'action de crise relève des attributions naturelles du pouvoir exécutif. L'anticipation et la gestion de crise font partie du quotidien des responsables publics. Les mobilisations et réponses sont graduées en fonction du type de crise, du secteur et du territoire concernés, des services à mobiliser, des effets collatéraux probables *etc.* Pour faire face au plus grand nombre d'éventualités, les autorités publiques se sont dotées de dispositifs opérationnels et juridiques, au niveau central, déconcentré ou décentralisé.

---

249 B. Manin, « The emergency paradigm and the new terrorism », in *Les usages de la séparation des pouvoirs*, sous la dir. de S. Baume, B. Fontana, Paris, Michel Houdiard, 2008, p. 136-171.

250 Résolution du Parlement européen du 28 novembre 2019 sur l'urgence climatique et environnementale (2019/2930(RSP)) ; Résolution du Parlement européen du 28 novembre 2019 sur la conférence des Nations unies de 2019 sur les changements climatiques à Madrid, Espagne (COP 25) – (2019/2712(RSP)).



**Des dispositifs opérationnels** (livres blancs, circulaires, plans, instructions, cellules de crise), dont l'architecture a été réorganisée à la suite des préconisations du *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale de 2008*, permettent de procéder à l'analyse de la crise, à la détermination des objectifs à poursuivre, à la désignation d'un chef de file, et organisent la coordination, le partage d'informations entre tous les acteurs, les actions de communication vis-à-vis de la population et l'anticipation des effets secondaires de la crise. La première réponse à la crise est généralement locale et repose principalement sur le **préfet** de département et le **maire**. Lorsque la crise sectorielle nécessite une coordination interministérielle, elle est dite majeure (en raison de son ampleur et de son incidence sur plusieurs secteurs d'activités affectant divers secteurs ou domaines de la société et donc divers départements ministériels). La **cellule interministérielle de crise** (CIC) est chargée de coordonner le travail interministériel lors d'une crise majeure. Si la crise est cantonnée à un seul domaine ou secteur d'activité, elle doit être gérée par le centre de crise du ministère compétent qui active sa cellule de crise. L'articulation entre les différents ministères et leurs administrations pour la gestion opérationnelle des crises majeures s'effectue sous la direction politique et stratégique assurée par le Premier ministre en liaison avec la Président de la République. À cet égard, les décisions sont prises en **conseil de défense et de sécurité nationale** (CDSN)<sup>251</sup> dont le secrétariat est assuré par le secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN)<sup>252</sup>.

Présidé par le Président de la République, le **CDSN** traite de l'ensemble des questions de défense et de sécurité. Il est le fruit d'une fusion opérée en 2009 entre le **comité de défense** présidé par le Président de la République<sup>253</sup> et le **conseil de sécurité intérieure** (CSI) créé en 1986 suite à la série d'attentats de 1985 et 1986, présidé par le Premier ministre puis, à partir des attentats du 11 septembre 2001, par le Président de la République<sup>254</sup>. Le CDSN est compétent tant sur les **questions de défense que de sécurité nationale**. Conçu à l'origine pour répondre à des menaces ponctuelles, il se réunit régulièrement depuis 2016 et sa place dans le paysage institutionnel de crise n'a cessé d'augmenter<sup>255</sup>. Après l'attentat de Nice du 14 juillet 2016, le Président de la République a pris la décision de tenir chaque semaine un CDSN. A partir de l'été 2020 et durant l'état d'urgence sanitaire, il est devenu l'instrument privilégié de gestion de crise. En formation plénière, il rassemble le Premier ministre, le ministre de la défense, le ministre de l'intérieur, le ministre chargé de l'économie, le ministre chargé du budget, le ministre des affaires étrangères, ainsi que les ministres concernés par les sujets abordés. Il est chargé de définir les orientations en matière de

251 Décret n° 2009-1657 du 24 décembre 2009 relatif au conseil de défense et de sécurité nationale codifiées à l'[art. R.\\* 1122-1](#) du code de la défense.

252 Le SGDSN est chargé d'assurer le secrétariat des réunions de crise, de formaliser les décisions qui y sont prises et de les notifier à la CIC. Il est également chargé, dès la mise en œuvre de la CIC, de mettre en place une fonction de retour d'expérience afin d'améliorer la qualité de la réponse gouvernementale. Plus généralement, il assiste le Premier ministre pour la préparation, la mise en œuvre et le suivi des décisions du Gouvernement en matière politique générale de la défense.

253 [Art. 15](#) de la Constitution de 1958.

254 Parmi eux, l'attentat de la rue de Rennes qui fit 7 morts et 55 blessés.

255 On compte deux ou trois réunions annuelles sous la présidence de Nicolas Sarkozy, il s'est réuni à 32 reprises en 2016 et 42 réunions ont été tenues en 2017, selon le rapport d'activité 2017 du SGDSN.

programmation militaire, de dissuasion, de conduite des opérations extérieures, **de planification des réponses aux crises majeures**, de renseignement, de sécurité énergétique et économique, de programmation de sécurité intérieure concourant à la sécurité nationale et de lutte contre le terrorisme (décret du 24 décembre 2009 *op. cit.*). Cette instance compte également une déclinaison environnementale depuis avril 2019, à la suite du Grand débat national, afin de coordonner les politiques publiques autour des objectifs environnementaux : le premier s'est tenu le 23 mai 2019. Le CDSN est assisté par le **secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale** (SGDSN, anciennement secrétariat général de la défense nationale (SGDN)).

Outre ces dispositifs opérationnels, il existe une vingtaine de **plans** et autant de déclinaisons spécifiques, qui se distinguent en deux grandes catégories : les plans nationaux et les plans territoriaux. On connaît bien le **plan Vigipirate** propre à la lutte contre la menace terroriste, sous l'égide duquel les Français vivent depuis désormais le 7 janvier 2015. Établi en 1978 et déclenché pour la première fois en 1991 lors de la guerre du Golfe, il constitue un instrument essentiel de vigilance, de prévention et de protection face à la menace terroriste. Utilisé lors des attentats de 1995, après le 11 septembre 2001, les attentats commis par Mohammed Merah en 2012 et l'attaque de Charlie Hebdo en janvier 2015, il a été jugé insuffisant à prévenir les attentats de novembre 2015 ce qui a notamment conduit le pouvoir exécutif à déclencher **l'état d'urgence**. Il existe aussi des plans pour répondre aux calamités naturelles (ORSEC) ou sanitaires (ORSAN, plans blanc, bleu, etc.)

Au côté de ces instruments opérationnels de préparation et de gestion de crise, il existe de nombreuses **dispositions juridiques dérogatoires** qui ont intégré le droit commun et qui permettent au pouvoir exécutif central ou déconcentré d'être doté de pouvoirs exorbitants pour faire face à une crise. Ils permettent des transferts de compétence au profit d'une autorité unique, facilitent les recours aux réquisitions ou mobilisation de moyens exceptionnels tels les réservistes. Il en existe **dans tous les codes** et en particulier celui de la **défense** (état de siège, état de mobilisation générale, prérogatives exceptionnelles du Premier ministre en cas de crises majeures menaçant ou affectant la sécurité des système d'information), des **collectivités territoriales** au profit du maire en cas de danger grave et imminent, de la **sécurité intérieure** en cas d'urgence et d'exposition particulière à un risque d'acte de terrorisme, en cas d'accident nucléaire ou de catastrophes. Dans le **code de la santé publique**, outre les dispositions déjà examinées en cas de menace sanitaire grave et le régime de l'état d'urgence sanitaire<sup>256</sup>, des dispositions confèrent des pouvoirs au préfet de département en cas de « risque pour la santé publique » au sens de l'article 1<sup>er</sup> du *règlement sanitaire international adopté en 2005*. *Hormis les dispositions applicables en période d'urgence, il existe des dispositions qui ne sont pas, à proprement parler, des dispositions de crise, mais qui permettent de lutter spécifiquement contre certaines menaces profondes, telles les dispositions spéciales du code pénal ou de procédure pénale pour lutter contre le terrorisme*<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> Cf. *supra*.

<sup>257</sup> Code pénal, Livre IV, Titre II, art. 421-1 à 422-7 ; code de procédure pénale, art. 706-16 à 706-25-3.



Cet tour d'horizon non exhaustif atteste que notre droit positif comporte un important *corpus* de **règles spéciales de crise** que l'on peut classer en **trois catégories** : celles permettant de doter les gestionnaires de crise de pouvoirs exceptionnels pour y faire face, celles permettant d'adapter certaines règles juridiques devenues trop contraignantes en cas de crise (notamment pour accélérer les traitements) et celles permettant de lutter contre des *événements* ou comportements qui pourraient engendrer de telles crises. Il n'est pas certain que ces règles soient suffisamment connues de tous les acteurs concernés et, partant, pleinement mobilisables en temps de crise. Leur identification peut s'avérer d'autant plus complexe que le droit est devenu cloisonné et peu lisible. Cette difficulté plaide pour une **simplification du droit, une clarification des compétences** et un meilleur partage des plans de gestion des risques dans les secteurs les plus exposés en amont des crises<sup>258</sup>. On oublie par ailleurs trop souvent, lors de la phase d'élaboration d'un texte, d'inscrire dans les normes des dispositions permettant de lever des verrous en permettant les adaptations justifiées par une crise. Maîtrisées et réparties dans les différents champs juridiques, **ces dispositions d'anticipation** pourraient, si les crises se multiplient, s'avérer précieuses pour gérer celles-ci et éviter un recours à l'arme atomique que constitue l'état d'urgence. **Systématiser un bilan des dispositions existantes** avant de solliciter un dispositif aussi massif que l'état d'urgence est indispensable (v. sur ce point la 3<sup>e</sup> partie).

## 2. Les insuffisances des outils de droit commun et les besoins supplémentaires

Il arrive que des outils existent mais que, compte tenu de la **nouveauté de la situation** que le législateur n'avait pas pu avoir à l'esprit au moment de l'écriture du texte et de l'évolution des exigences fixées par la jurisprudence, l'administration puisse hésiter à les utiliser, les estimant inappropriés ou reposant sur des fondements juridiques peu solides. C'est ainsi qu'en mars 2020, le Gouvernement n'a pas souhaité utiliser le dispositif de [l'article L. 3131.1](#) du code de la santé publique habilitant le ministre de la santé à prendre une décision de confinement généralisé de la population, bien qu'une lecture littérale de l'article l'y autorisait. Le **plan pandémie grippale**, conçu pour faire face à une épidémie pour laquelle on disposait d'un vaccin et on pouvait acheter à l'étranger des matériels manquant à la France, s'est révélé **insuffisant** et a fait l'objet de critiques<sup>259</sup>. Lors de la déclaration d'état d'urgence antiterroriste le 13 novembre 2015, les autorités avaient estimé le **plan Vigipirate** insuffisant pour combattre l'ampleur de la menace.

Certains instruments généraux de régulation qui interviennent *a posteriori* comme **la théorie des circonstances exceptionnelles, l'urgence** ou **la force majeure** peuvent aussi, malgré leur grande plasticité, être considérés comme insuffisants au regard des exigences de sécurité juridique. En effet, la crainte de contentieux futurs peut faire hésiter les responsables publics et privés à recourir à un instrument dont on ne sait par avance quelle lecture le juge en donnera et dont les conditions d'application sont strictes. Pourtant, en extrême urgence, ils sont d'une grande utilité. Le décret du 16 mars 2020 décidant du confinement général de la population a notamment visé les circonstances exceptionnelles auxquelles le pays était confronté. Le Conseil

258 Les études du Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, La Documentation française, 2016.

259 Covid-19, D. Pittet et al., *Mission indépendante nationale sur l'évaluation de la gestion de la crise Covid-19 et sur l'anticipation des risques pandémiques*, 18 mai 2021.



d'État a confirmé, par sa décision du 22 décembre 2020, la faculté pour le Premier ministre d'interdire, par décret adopté dans des circonstances exceptionnelles, tout déplacement hors du domicile, sur le fondement des pouvoirs de police générale qui lui sont reconnus depuis la [décision Labonne](#) du 8 août 1919 et en dehors de toute habilitation législative, dès lors que les mesures sont strictement proportionnées à la menace<sup>260</sup>. **Le principe de proportionnalité** qui, depuis la décision *Benjamin*, guide le juge dans l'appréciation de la légalité des mesures de police administrative, est un outil performant de régulation.

Cependant, il peut être difficile de savoir, *a priori* et avec certitude, la façon dont ces outils vont être appliqués par le juge<sup>261</sup>. Pour imposer sereinement des mesures de police administrative exceptionnelles dans un cadre lisible et solide, la logique d'un régime de droit écrit est de fixer des normes. **L'exigence de sécurité juridique** peut donc légitimement commander le recours à la norme d'exception.

**Ainsi, lorsque l'ensemble des outils de droit commun ne répondent pas aux besoins identifiés pour lutter efficacement contre la crise majeure et temporaire, le régime d'exception, au regard des bénéfices et des risques exposés plus haut, peut apparaître comme l'outil adéquat.** Se pose alors la question de l'utilisation du cadre de la loi de 1955 ou de la nécessité d'élaborer des régimes d'état d'urgence *ad hoc*.

#### **2.1.2.6. La pertinence de créer un régime *ad hoc* d'état d'urgence en fonction du type de crise ?**

La création en 2020 d'un **nouveau régime d'état d'urgence sanitaire** pour lutter contre une catastrophe sanitaire conduit à s'interroger sur la nécessité de disposer d'un outil spécifique pour chaque type de crise. Ce nouveau régime a été bâti à la fois pour offrir un cadre juridique à la mesure des moyens nécessaires pour lutter contre l'épidémie de covid-19 et répondre à **de futures crises sanitaires**. L'idée était de disposer de plusieurs outils de crise selon la finalité recherchée et la gravité de la crise. Deux autres options avaient été envisagées : la première consistait à s'appuyer uniquement sur le droit existant, la seconde à enrichir les dispositions de [l'article L. 3131.1](#) du code de la santé publique. Le Conseil d'État, dans son **avis du 18 mars 2020** sur le projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, a indiqué souscrire à « *l'objectif du Gouvernement visant à donner un cadre juridique spécifique aux mesures de police administrative nécessaires en cas de catastrophe sanitaire, notamment d'épidémie* », jugeant que, si les premières mesures ont été prises sur le fondement de [l'article L. 3131.1](#) du code et la théorie des circonstances exceptionnelles, « *l'existence d'une catastrophe sanitaire rend utile un régime particulier de l'état d'urgence pour disposer d'un cadre organisé et clair d'intervention en pareille hypothèse* ». Si les assemblées ont convenu qu'au regard des atteintes aux libertés un cadre plus solide était nécessaire et que le fondement des circonstances exceptionnelles complexifiait et faisait perdre en

260 CE, 22 décembre 2020, *M. A.*, n° 439800 et s..

261 CE, 19 mai 1933, *Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers*, n° 17413, 17520 « Le maire doit concilier l'exercice de ses pouvoirs de police avec le respect de la liberté de réunion ; par suite, il ne saurait interdire une conférence publique susceptible de provoquer des troubles, alors que le maintien de l'ordre pouvait être assuré par des mesures de police. »



lisibilité le dispositif, le Sénat a émis des doutes sur la création « à chaud » d'un régime *ad hoc*, sans disposer d'un recul suffisant. Il a soutenu qu'aurait pu être envisagé un dispositif plus restreint pour gérer la seule épidémie du covid-19 à l'instar de nombreux autres pays européens. Par précaution, le nouveau régime a ainsi été créé de **façon temporaire**. Si l'adoption *in fine* du nouveau régime d'état d'urgence sanitaire répondait, dans un contexte marqué par la peur, à l'impossibilité d'appliquer *ex abrupto* la loi du 3 avril 1955 destinée à lutter contre les troubles à l'ordre public à la situation épidémique et a rempli correctement son office, il est permis de s'interroger, plus d'un an après son instauration, sur l'opportunité de sa pérennisation et sur le **risque de multiplication de régimes *ad hoc*** en fonction du type de crise. L'adoption d'une loi spécifique de lutte contre l'épidémie de covid-19 n'aurait-elle pas permis d'atteindre les mêmes objectifs sans galvauder un concept jusqu'alors réservé à la lutte contre des troubles à l'ordre public ? Pourquoi créer un nouveau régime juridique à chaque situation nouvelle ? Les exigences de simplification et de lisibilité du droit n'incitent-elles pas à davantage à la prudence ?

**Une fois l'état d'urgence déclaré par décret (ou très exceptionnellement par la loi)<sup>262</sup>, dans quelle mesure le juge contrôle-t-il les conditions juridiques de son déclenchement ?**

#### **2.1.2.7. Le contrôle relatif du juge sur la pertinence du recours ou de la prorogation de l'état d'urgence**

Le déclenchement de l'état d'urgence de la loi de 1955 et celui de l'état d'urgence sanitaire obéissent à des critères explicitement mentionnés dans les textes qui ont créé ces régimes. Comment le juge contrôle-t-il la réalité de ces motifs que sont « *le péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* » (loi de 1955) ou la « *catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* » (loi de 2020) ? **Moins qu'un contrôle de la pertinence du recours à l'état d'urgence, c'est un contrôle restreint sur la réalité du péril qui est opéré.**

- 1. Le contrôle restreint et limité dans le temps du juge administratif** – Jusqu'en 1960, l'état d'urgence étant déclenché par la loi, la question du contrôle par le juge administratif ne se posait pas. Ce n'est qu'en 2005 que le Conseil d'État fut amené à se prononcer. Par une **ordonnance du 14 novembre 2005<sup>263</sup>**, le juge des référés du Conseil d'État a écarté la qualification d'acte de gouvernement du décret déclarant l'état d'urgence au motif que l'intervention du Parlement appelé à se décider sur sa prorogation n'était pas certaine au moment de l'édition du décret. Rappelant l'objet de la loi du 3 avril 1955 et l'évolution de la législation ayant conduit à réserver au chef de l'État la responsabilité de ce choix, il en déduit que **le Président de la République dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu** lorsqu'il décide de déclarer l'état d'urgence et d'en définir le champ d'application territorial et que le juge de l'excès de pouvoir n'exerce dès lors **qu'un contrôle restreint** en la matière. Appliquant ce cadre

262 La loi du 23 mars 2020 a instauré l'état d'urgence sanitaire et déclenché son application dans le même temps.

263 JRCE, 14 novembre 2005, n° 286835.



aux circonstances de l'espèce, il a estimé légal son déclenchement. La décision ajoute que « *Compte tenu des caractéristiques propres au régime défini par la loi du 3 avril 1955, la prorogation de l'état d'urgence par le législateur ratifie la décision prise par décret de déclarer l'état d'urgence. Une fois le législateur intervenu, la légalité des dispositions du décret déclarant l'état d'urgence n'est, dès lors, plus susceptible d'être discutée par la voie contentieuse* »<sup>264</sup>. Cette orientation a été confirmée par une décision de l'assemblée du contentieux en mars 2006 et, s'agissant de l'état d'urgence sanitaire, par une décision de non-lieu du Conseil d'État du 4 juin 2021<sup>265</sup>. Ainsi le contrôle sur les critères de recours à l'état d'urgence n'est plus pertinent une fois que le législateur est intervenu. Par ailleurs, le juge administratif n'a pas à examiner si les conditions d'application de l'état d'urgence sont réunies lorsqu'il se prononce sur la légalité des mesures individuelles ou réglementaires prises sur son fondement<sup>266</sup>. Cette solution se justifie par la nature même de l'état d'urgence : à la différence par exemple de la théorie des circonstances exceptionnelles, le péril résulte d'un « état » fixé par la loi et n'a pas à être apprécié *in concreto* par le juge à chaque fois qu'il se trouve saisi d'une mesure le mettant en œuvre.

2. **Le contrôle retenu du juge constitutionnel** – Lorsque la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances lui avait été transmise, le Conseil constitutionnel n'avait pas examiné si les conditions fixées par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 3 avril 1955 étaient réunies – ce qui avait suscité l'étonnement voire les critiques de la doctrine<sup>267</sup>. Ce n'est que très récemment, à l'occasion de l'examen de la loi prorogeant jusqu'au 16 février 2021 l'état d'urgence sanitaire, que l'étendue de son contrôle sur cette question a été clarifiée. Il a ainsi jugé, dans sa décision [n° 2020-808 DC](#) du 13 novembre 2020, après avoir rappelé les motifs de fait avancés par le législateur pour justifier cette nouvelle prorogation que, ne disposant pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, il ne lui appartenait pas de remettre en cause l'appréciation par le législateur de l'existence d'une catastrophe sanitaire et de sa persistance prévisible dans les quatre prochains mois, « *dès lors que, comme c'est le cas en l'espèce, cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de la situation présente de l'ensemble du territoire français* ». Il est désormais clair que le Conseil constitutionnel exerce lui aussi **un contrôle restreint sur la réalité du motif justifiant le recours à l'état d'urgence**. Cette position, qui se situe dans la même ligne que la jurisprudence du Conseil d'État, reconnaît ainsi au législateur **une marge de manœuvre importante** pour décider de l'opportunité d'entrer en état d'urgence tout en préservant la possibilité d'y mettre fin si une prorogation semblait manifestement inappropriée. Un bon équilibre semble avoir été trouvé entre ce qui relève du champ politique et du champ juridique.

Lorsque le recours à l'état d'urgence est nécessaire et que le Gouvernement y a recouru, une mécanique particulière se met en place.

---

264 CE, Ass., 24 mars 2006, [n° 286834](#) ; CE, 15 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme*, [n° 395091](#).

265 CE, 4 juin 2021, [n° 445833](#).

266 CE, Sect., 11 décembre 2015, [n° 395009](#), pt. 30.

267 F. Luchaire, « Note sous DC du 25 janvier 1985 », *Rec. Dalloz*, 1985, p. 365.

## 2.2. La mécanique des états d'urgence

Une fois instauré, l'état d'urgence influe sur les équilibres institutionnels et les équilibres normatifs. Ces changements exacerbent-ils des tendances déjà identifiées en période normale ou procèdent-ils à une redistribution inédite ?

### 2.2.1. Un renforcement ou une déstabilisation des équilibres institutionnels ?

Le régime de l'état d'urgence permet au pouvoir exécutif de voir ses compétences renforcées pour gérer une crise notamment en édictant des mesures individuelles ou générales qu'il ne peut prendre en période normale sans autorisation du législateur. Comment le pouvoir exécutif fait-il face à cette situation inédite ? Comment le pouvoir parlementaire s'adapte-t-il ? Comment les institutions de contrôle continuent-elles à exercer leur office ?

#### 2.2.1.1. Un pouvoir exécutif prédominant mais confronté à l'incertitude

« *Gouverner c'est prévoir* » aurait dit Adophe Thiers, mais en période de crise aiguë la prévisibilité est réduite. L'identification du niveau pertinent de décision n'est, dans ces conditions, pas toujours évidente. L'articulation entre les différents acteurs, dans une société constellée d'autorités administratives de différentes natures, est aussi délicate. En première ligne, le pouvoir exécutif dispose d'une grande marge de manœuvre mais se trouve, du même coup, particulièrement exposé.

■ **L'identification du chef de file dans un contexte de concentration des pouvoirs** – Comme cela a été souligné précédemment, les instructions ministérielles organisent la répartition des pouvoirs entre les différentes autorités compétentes en période de crise. Ces instructions gardent toute leur pertinence pendant les états d'urgence. Plusieurs **points de tension** sont apparus lors de leur mise en œuvre, mais les questions posées ont été bien différentes entre les deux derniers états d'urgence.

Si le **Président de la République** « assure par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État » (article 5 de la Constitution) et dispose du **conseil de défense et de sécurité nationale (CDSN)** qui arrête les décisions en matière de direction politique et stratégique de réponse aux crises majeures (article L. 1111.3 du code de la défense), le **Premier ministre** « dirige l'action du Gouvernement » (article 20 de la Constitution) et à ce titre, « prépare et coordonne l'action des pouvoirs publics en cas de crise majeure » (article L. 1131.1 du code de la défense)<sup>268</sup>. Ainsi, tant dans son principe que dans son application, la direction politique et stratégique de la crise est bicéphale. Cependant, en état d'urgence, la **présidentialisation** de la V<sup>e</sup> République se manifeste plus encore qu'en période normale. Le chef de l'État décide du déclenchement de l'état

268 Circulaires n° 5567-SG du 2 janvier 2012 et n° 6095-SG du 1<sup>er</sup> juillet 2019 relatives à l'organisation gouvernementale pour la gestion des crises.



d'urgence en conseil des ministres et a pris l'habitude de s'adresser à la population pour l'informer du déclenchement de l'état d'urgence. Il se présente souvent comme l'ultime instance décisionnelle pour prendre les décisions les plus sensibles (par exemple, engager puis retirer le projet de révision constitutionnelle durant l'état d'urgence antiterroriste, annoncer un confinement généralisé pendant l'état d'urgence sanitaire). En atteste la place de plus en plus importante du CDSN chargé de définir la stratégie et la direction politique de la crise qu'il préside et dont il fixe l'ordre du jour<sup>269</sup>. Sur les sujets préemptés par le Président de la République, le Premier ministre, bien qu'il soit également membre du CDSN, semble n'avoir qu'une compétence résiduelle ou à tout le moins complémentaire. La place du CDSN dans la conduite de l'urgence a été critiquée pour son opacité et pour le renforcement de l'« hyper-présidentialisation » qu'elle induit au détriment notamment du conseil des ministres<sup>270</sup>. Mais les décisions les plus sensibles, notamment concernant le couvre-feu, ont bien été prises en conseil des ministres et le secret-défense ne s'applique pas, contrairement à l'opinion largement répandue, à l'ensemble des documents et décisions prises par le CDSN. L'utilisation de cette instance chargée de définir la stratégie des crises graves traversées par l'État tant dans le domaine militaire que civil semble bien adaptée au pilotage d'un état d'urgence. Réunissant les principaux acteurs particulièrement exposés, bénéficiant d'une composition modulable en fonction des besoins, il apporte **collégialité, pluridisciplinarité et souplesse**, mais il serait sans doute nécessaire de mieux informer la population sur son rôle et son fonctionnement pour éviter des incompréhensions.

Concernant **l'articulation entre les chefs de l'exécutif et les ministres**, elle n'a pas semblé poser de difficultés pendant l'état d'urgence antiterroriste car le ministre de l'intérieur était, en application des circulaires de 2012 et 2019 précitées, naturellement en première ligne. Pendant l'état d'urgence sanitaire, les organisations ont été bouleversées par le caractère inédit de la crise et des mesures nécessaires pour lutter contre l'épidémie<sup>271</sup>. Au départ, la crise étant avant tout sanitaire et la principale difficulté étant la saturation du système hospitalier, se sont mises en place deux cellules de crise : une au ministère des affaires étrangères pour organiser le rapatriement des personnes de Wuhan et une, avenue de Ségur, au ministère de la santé. À la mi-mars, l'ouverture de la CIC de la place Beauvau est apparue nécessaire, compte tenu des conséquences très larges de la crise. Mais au départ, la CIC, pourtant en principe destinée à coordonner les crises sur le territoire national, n'a pas joué ce rôle, conduisant le directeur de cabinet du Premier ministre à effectuer au quotidien, aux côtés du directeur de cabinet du ministère de l'Intérieur, cette coordination au sein d'une cellule de crise appelée « CIC synthèse », illustrant le constat que face à des structures pléthoriques et difficiles à coordonner, la réponse fréquente est souvent d'en créer une nouvelle pour répondre aux besoins<sup>272</sup>. Pour de nombreux acteurs concernés, le pilotage en

269 Cf. *supra*, présentation du CDSN et SGDSN.

270 « Le CDSN où se décide la gestion de crise, est prisé par E. Macron et décrié par l'opposition », *Le Monde*, 11 novembre 2020.

271 Rapport d'information n° 3053 déposé par la mission d'information relative à l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de covid-19 de l'Assemblée nationale, présenté par R. Ferrand, 3 juin 2020.

272 H. Bergeron, O. Borraz, P. Castel, F. Dedieu, *Covid-19 : une crise organisationnelle, Essai*, Presses de Sciences Po, 2020, p. 136.



première ligne, pendant toute la durée du premier confinement, de la cellule de crise du ministère de la santé n'a pas été optimale, les problématiques étant plus larges que celles relevant du sanitaire et ce ministère n'ayant pas l'expertise de la CIC de la place Beauvau (expertises logistique et opérationnelle en lien avec la sécurité civile notamment)<sup>273</sup>. Aux difficultés liées à la **multiplication des structures**, s'est parfois ajouté **un manque de clarté dans la répartition des rôles** stratégique d'une part et opérationnel d'autre part alors que la distinction entre ces deux fonctions est cardinale en temps de crise. Il en est résulté une très forte centralisation des décisions, un allongement des circuits de circulation d'information, des niveaux de représentation inadéquats dans certaines structures ralentissant le processus décisionnel, des partages d'information imparfaits, un épuisement des équipes et une faible place laissée aux initiatives locales. Il faut ajouter que plusieurs acteurs ont été touchés par la covid-19 rendant encore plus complexe la gestion de crise. Constatant la perte d'énergie et d'efficacité de ce fonctionnement au moment du déconfinement, et même si l'appareil d'État a tenu bon grâce à la mobilisation exceptionnelle des personnels impliqués, des ajustements ont été opérés à la demande du Premier ministre<sup>274</sup>. Un nouveau centre interministériel de crise a été mis en place le 20 mai 2020 avec une direction bicéphale intérieur-santé, les deux étant incontournables<sup>275</sup>. L'état d'urgence sanitaire a révélé la nécessité de mieux identifier les niveaux stratégiques qui relèvent du Président de la République et du Gouvernement, le niveau de conduite exercé par les ministères dans les domaines de leur compétence et la désignation d'un opérateur interministériel de conduite de crise unique. Ce besoin de **clarification** s'étend aux autorités locales. Il est d'autant plus nécessaire qu'il permet de s'assurer que les décisions sont prises au bon niveau et que ne remontent pas au niveau national des sujets qui pourraient être gérés au niveau local.

■ **L'identification du bon niveau de compétence et la nécessaire articulation des acteurs déconcentrés et de l'institution judiciaire avec les autres instances** – La plupart des décisions en période de crise et d'état d'urgence ne nécessitent pas une validation au niveau national et interministériel. Quant à celles qui sont prises au plus haut niveau, elles peuvent rester lettre morte si elles ne sont pas relayées et mises en œuvre par l'échelon local. Les **autorités locales sont donc les chevilles ouvrières des états d'urgence**. L'identification du chef de file dans la mise en œuvre de l'état d'urgence au niveau local ne pose pas difficulté. Comme il a été dit plus haut<sup>276</sup>, tant les textes de droit ordinaire que les lois instituant les états d'urgence confèrent au **préfet de département** le rôle de pilote de crise au niveau local. Ce dernier doit cependant articuler ses prérogatives avec celles des autres autorités locales constituées, notamment les maires et les préfets de zone.

Durant l'état d'urgence antiterroriste, l'articulation indispensable avec les **procureurs de la République** s'est avérée fructueuse<sup>277</sup>. La lutte contre le terrorisme

273 Dans son rapport d'information (sic), l'Assemblée nationale critique une « *gestion trop longtemps insuffisamment interministérielle* » et déplore que « *pendant près de deux mois (de janvier à mars), le pilotage de la gestion de crise repose exclusivement sur le ministère de la santé.* »

274 [Rapport](#) de la mission relative au contrôle qualité de la gestion de crise sanitaire, juin 2020.

275 P. 89 du rapport de la mission précitée.

276 Cf. *supra* : les dispositifs opérationnels de gestion de crise.

277 Entre 2015 et 2017, on note une augmentation de 75% d'ouvertures d'information judiciaire pour



s'organise depuis toujours autour de deux cercles de compétence : les services de renseignement chargés d'anticiper la menace en amont (police administrative) et la justice pénale chargée d'identifier les auteurs d'attentats et de les condamner (police judiciaire). L'état d'urgence a confirmé une tendance déjà observée depuis plusieurs années consistant dans le rapprochement très étroit de ces deux sphères<sup>278</sup>. Si l'état d'urgence de 2015 a octroyé aux autorités administratives des prérogatives inédites en matière de lutte contre le terrorisme à l'égard de personnes soupçonnées de préparer des attentats – comme les assignations à résidence – il était indispensable que ces actions ne fragilisent pas des enquêtes pénales en cours<sup>279</sup>. À l'inverse, il était utile de « lever les doutes » sur des situations pour lesquelles la justice pénale ne disposait pas de suffisamment d'éléments pour réaliser des perquisitions judiciaires<sup>280</sup>. Pour optimiser la lutte contre le terrorisme et face à cette zone grise entre police administrative et police judiciaire une articulation des compétences des préfets et des procureurs de la République était donc primordiale pour partager les informations, répartir les actions de chacun et les optimiser (éviter notamment les vices de procédures). Cette **association** des procureurs aux mesures administratives de l'état d'urgence a été mise en œuvre de façon efficace<sup>281</sup>.

Durant la crise sanitaire, une articulation avec les **agences régionales d'hospitalisation (ARS)** s'est également avérée indispensable. Mais celle-ci a pu être délicate notamment en raison de leur champ d'action régional tandis que l'échelon pertinent de gestion de crise, sous l'égide du préfet, est départemental<sup>282</sup>. Les ARS, créées par la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (HPST) se sont substituées à plusieurs instances dont les agences régionales d'hospitalisation (ARH), les directions régionales et départementales de l'action sanitaire et sociales (DRASS et DDASS) et l'union et les caisses régionales d'assurance maladies (URCAM et CRAM). Etablissements publics administratifs placés sous la tutelle du ministère chargé de la santé, elles sont chargées de plusieurs fonctions dont le pilotage régional de la politique de santé. L'article L. 1431.2 du code de la santé publique prévoit qu'« Elles contribuent, dans le respect des attributions du représentant de l'État territorialement compétent et, le cas échéant, en relation avec le ministre de la défense, à l'organisation de la réponse aux **urgences sanitaires et à la gestion des situations de crise sanitaire** ». Bien

---

des infractions terroristes (de 90 en 2015 à 157 en 2017).

278 Côté renseignement, on a doté les services de techniques de collecte d'information jusque là réservées à la police judiciaire (Loi renseignement du 24 juillet 2015). Côté justice, on a renforcé les outils répressifs permettant notamment de poursuivre des personnes poursuivant une entreprise terroriste sans qu'il y ait eu passage à l'acte (création de l'infraction d'association de malfaiteur en lien avec une entreprise terroriste).

279 Circulaire du ministre de l'intérieur du 14 novembre 2015 (NOR INTK1500247J) et circulaire du garde des sceaux du 14 novembre 2015 sur l'articulation des compétences.

280 F. Molins, Procureur général près la Cour de cassation, intervention lors de la conférence du Conseil d'État sur le thème *Les états d'urgence, pour quoi faire ?*, 14 octobre 2020.

281 Rapport d'information n° 4281 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de l'Assemblée nationale, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale, sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence, présenté par D. Raimbourg et J.-F. Poisson, le 6 décembre 2016, p. 109.

282 Rapport d'information n° 3053 déposé par la mission d'information relative à l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de covid-19 de l'Assemblée nationale, présenté par R. Ferrand, le 3 juin 2020.



qu'elles disposent de délégations départementales, des difficultés d'articulation avec les instances locales, déjà renforcées par la réduction de leur nombre par la loi du 16 janvier 2015 consécutive au découpage des régions, ont été soulevées durant l'état d'urgence sanitaire. Chargées de relever des défis majeurs durant la crise (multiplication du nombre de lits en des temps records, articulation médecine hospitalière/privée/de ville, etc.) et préparées surtout aux conséquences d'un attentat, elles ne l'avaient pas été à une épidémie d'une telle ampleur. Durant les premières semaines d'état d'urgence, des acteurs locaux, notamment les conseils départementaux responsables du cofinancement des EHPAD, ont pu se plaindre de manque d'informations de la part des ARS, d'une lenteur de décisions trop centralisées, d'une insuffisante coordination ou hiérarchisation avec les arbitrages des préfets de départements. Si l'article L. 1435-1 du code de la santé publique prévoit que les ARS sont sous l'autorité fonctionnelle des préfets pour l'exercice de leurs compétences, cette disposition ne semble pas avoir été mise en œuvre durant la crise<sup>283</sup>. Sur le fondement de ces constats, le projet de loi dite 4D pour « *décentralisation, différenciation, déconcentration, diverses mesures de simplification de l'action publique locale* » a tiré de premières leçons en permettant aux élus locaux de siéger au sein des conseil d'administration des ARS présidé par le préfet de région. Cette nouvelle gouvernance devrait permettre d'améliorer l'ancrage territorial des ARS. Si l'état d'urgence sanitaire a démontré l'importance d'améliorer les relations des ARS avec les autres instances déconcentrées et décentralisées, il révèle de façon plus globale (en sus du constat effectué s'agissant du nombre important d'autorités d'expertise) la **difficulté de gérer efficacement une crise dans un paysage parsemé d'autorités multiples relevant de l'État**. Il appelle à une réflexion profonde et objective sur l'organisation de l'État sachant que certaines fusions ont aussi entraîné des déperditions de compétences préjudiciables. La fusion de l'EPRUSS et de la réserve sanitaire au sein de Santé publique France a probablement joué un rôle dans l'insuffisante préparation à la crise sanitaire.

■ **L'identification du bon niveau de compétence et la nécessaire articulation avec les autorités décentralisées** – L'état d'urgence exacerbe des difficultés de coordination qui existent en temps normal entre l'État, les autorités déconcentrées et les **collectivités territoriales** mais démontre combien leurs actions sont complémentaires<sup>284</sup>. **L'état d'urgence antiterroriste** a renforcé les demandes des maires d'être davantage informés voire associés aux actions conduites sur leur commune notamment en ayant accès au FSPRT<sup>285</sup> ou en se voyant autorisés à utiliser des logiciels de reconnaissance faciale. Sans aller si loin, des avancées notables ont été réalisées pour mieux capter au niveau local les « signaux faibles » : création de cellules restreintes au sein du conseil local de sécurité et de prévention de la délinquance (CLSPD), cellules départementales de prévention de la radicalisation et l'accompagnement des familles (CDPRAF), cellules départementales de lutte

283 « (...) Pour l'exercice de ses compétences dans les domaines sanitaires et de la salubrité et de l'hygiène publiques, le représentant de l'État territorialement compétent dispose à tout moment des moyens de l'agence. »

284 Rapport d'information n° 579 sur les enseignements de la consultation nationale menée par le Sénat auprès des élus locaux pendant la période de confinement de J.-M. Bockel et E. Kerrouche, fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, 1<sup>er</sup> juillet 2020.

285 Fichier des signalements pour la prévention de la radicalisation à caractère terroriste.



contre l'islamisme et le repli communautaire (CLIR). Mais ces questions de coordination concernent en réalité la lutte contre le terrorisme sur le long terme et non à proprement parler, l'état d'urgence.

**S'agissant de l'état d'urgence sanitaire**, les problématiques sont différentes et le nombre des collectivités territoriales et secteurs concernés plus large (éducation, secteur médico-social, aide sociale, soutien économique aux entreprises). Ces dernières, très exposées en raison de leur proximité avec la population, des nombreuses mesures à mettre en place, de la période électorale arrivée concomitamment à la crise et de l'effondrement des finances locales engendré par les mesures instaurées pour lutter contre la propagation de l'épidémie, ont démontré des capacités d'adaptation et de réactivité « exceptionnelles »<sup>286</sup>. Même si la coordination avec les préfets a plutôt bien fonctionné, les collectivités territoriales ont critiqué le manque de concertation et la marginalisation des acteurs locaux<sup>287</sup>, l'augmentation de la **centralisation** et des lourdeurs bureaucratiques qui ajouteraient à la complexité de la gestion de crise<sup>288</sup>. Elles réclament davantage de confiance<sup>289</sup> et sollicitent la territorialisation des mesures. La loi 4D en cours de discussion tente de répondre à ces souhaits en promouvant la différenciation. Mais celle-ci peut se révéler délicate au regard du **principe d'égalité**. De plus, il est apparu dans des pays fédéraux comme l'Allemagne ou confédéraux comme le Royaume-Uni que les différences de politique ont parfois pu être préjudiciables à la résolution de la crise. L'équilibre entre centralisation et décentralisation semble assez difficile à trouver mais sachant que l'intervention de chacun est indispensable, l'enjeu d'identifier les compétences respectives permettant d'articuler les prérogatives est plus que jamais d'actualité.

S'agissant des **pouvoirs de police administrative**, il est revenu au juge administratif de rappeler les règles d'articulation. Certains maires, en vertu de leur pouvoir de police générale qui leur impose de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser les dangers graves et imminents en application de l'[article L. 2212-2](#) du code général des collectivités territoriales ont souhaité prendre des mesures plus restrictives que celles prises au niveau national. Le Conseil d'État, rappelant les termes de sa jurisprudence<sup>290</sup>, a jugé que si la loi du 23 mars 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire institue aux [articles L. 3131.15](#) à L. 3131.17 du code de la santé publique une **police administrative spéciale** de l'urgence sanitaire au profit de l'État, l'existence de cette police spéciale au niveau national ne fait pas obstacle à l'exercice par le maire de son pouvoir de police administrative générale au niveau local<sup>291</sup>. Cette action locale est néanmoins circonscrite afin de ne pas nuire à **la cohérence du dispositif** mis en place à l'échelle nationale. Ainsi, les maires ne

286 Rapport d'information [n° 625](#) fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales du Sénat sur l'urgence économique Outre-mer à la suite de la crise du covid-19, 10 juillet 2020.

287 L'Association des maires de France a présenté les résultats d'un sondage, publié en novembre 2020 en lien avec le CEVIPOF de Sciences Po, qui indique que 66% des maires ont jugé efficaces ou plutôt efficaces leurs relations avec les services préfectoraux. Ils ne sont que 40% à avoir la même opinion de celles qui ont été entretenues avec les agences régionales de santé (ARS).

288 « Les maires et l'État, une relation à dure épreuve », *Le Monde*, 10 mai 2021 ; « La crise du covid-19 révèle la folie bureaucratique française », *Tribune au Figaro*, 14 novembre 2020.

289 Notamment les consignes relatives à l'ouverture des écoles.

290 CE, 18 avril 1902, *Commune de Nérès-les-Bains* ; CE, 18 décembre 1959, *Société « Les films Lutetia »*.  
291 CE, 17 avril 2020, *Commune de Sceaux*, [n° 440057](#).



peuvent intervenir qu'en complément des mesures prises par le Gouvernement et à la condition que des **circonstances locales** particulières le justifient<sup>292</sup>.

S'agissant de la mise en œuvre des décisions prises par le pouvoir exécutif, le **soutien notamment logistique et technique** des collectivités territoriales s'est avéré indispensable<sup>293</sup>. Très nombreuses sont celles qui se sont mobilisées notamment pour fournir des masques à la population, organiser les centres de vaccination, assurer les enregistrements des décès et l'organisation du service funéraire continu, organiser l'accueil des enfants de soignants dans les crèches et les écoles, le soutien à l'économie locale, etc. L'inspection générale de l'administration (IGA) qui a réalisé un rapport relatif à *La mobilisation des services publics locaux pendant le premier état d'urgence sanitaire* (mars 2021) a constaté combien **les collectivités territoriales ont assuré la continuité des services publics locaux malgré les difficultés, notamment avec les ARS**. Cette mission a pointé la nécessité de reconnaître « *la place et le rôle des exécutifs locaux en période d'exception* », de davantage les associer à la stratégie d'action contre la pandémie en les associant au processus décisionnel au niveau central et déconcentré. L'IGA plaide pour une sécurisation de l'intervention des collectivités lorsqu'elles interviennent en dehors de leur champ de compétences, à la demande de l'État, pour un approfondissement de la gestion de crise en collectivité pour développer une culture de gestion de crise partagée. Dans un autre rapport de décembre 2020, la commission d'enquête *Évaluation des politiques publiques face aux pandémies* du Sénat préconisait pour sa part une gestion plus souple et décentralisée des crises en désignant le **département** comme le bon niveau territorial de gestion de crise<sup>294</sup>.

■ Plus largement, la mise en œuvre de l'état d'urgence implique des articulations avec l'ensemble des **acteurs de la société, qu'ils soient publics ou privés** – La crise a montré la résilience de certains services publics (éducation nationale, services communaux de garde, funéraires, etc.) et a révélé des soutiens et collaborations fructueuses qui démontrent l'importance de développer des partenariats publics-privés dans les domaines qui s'y prêtent. Durant l'état d'urgence antiterroriste, le coFis, comité de la filière industrielle de sécurité mis en place par le Premier ministre en 2013<sup>295</sup> et destiné à fédérer les efforts de l'État, des collectivités territoriales, de l'industrie, de la recherche et des grands opérateurs publics et privés, pour développer des solutions de sécurité efficaces, a soutenu l'État par l'intermédiaire d'une *task force* pour mettre à disposition gratuitement des équipements et des équipes de recherche. Durant l'état d'urgence sanitaire, le **secteur privé** a montré sa capacité à faire face à des situations inédites et a apporté son aide à l'État et à son administration, notamment logistique. Ce fut le cas dans le secteur de la santé

292 CE, 22 mars 2020, *Syndicat Jeunes Médecins*, n° 439674. S'agissant des mesures moins strictes, v. TA Montpellier, 15 février 2021 ; TA Nice, 5 novembre 2020, s'agissant des mesures de police plus strictes (CE, Ord., 30 décembre 2020, n° 448201 ; TA Nice, 8 février 2021 ; JRCE, 16 février 2021, n° 449605 ; TA Montpellier, JR, 18 mai 2020, n° 2002055 ; TA Dijon, JR, 7 mai 2020, n° 2001174).

293 Banque des territoires, « Masques, gels, respirateurs... Comment les collectivités contribuent à structurer une filière de crise », 31 mars 2020.

294 Rapport de la commission d'enquête du Sénat *Santé publique : pour un nouveau départ - Leçons de l'épidémie de covid-19*, 8 décembre 2020.

295 Communiqué de presse du ministre de l'intérieur et du ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, 1<sup>er</sup> décembre 2015 : [Premier comité de pilotage de filière industrielle de sécurité](#)



où la médecine de ville, les cliniques privées et le réseau officinal ont été fortement mobilisés, dans le secteur alimentaire, de la propreté, des pompes funèbres, la mobilisation des acteurs privés a permis de ne pas ajouter de crises à la crise. De même, pour assurer la continuité de la vie économique au moment du premier confinement, une structure d'urgence a été adossée à la cellule nationale fiduciaire de la Banque de France pour organiser le maintien des flux par les transporteurs de fonds en lien avec les préfets. L'État ne devrait-il pas disposer de partenariats plus poussés pour bénéficier d'outils industriels et de recherche en période de crise majeure ? Les États-Unis disposent d'une agence américaine pour la recherche et le développement biomédical avancé, (*Biomedical Advanced Research and Development Authority* (BARDA) rattachée au département de la Santé et des Services sociaux des États-Unis (HHS) qui est une sorte de *task force* fondée sur un partenariat public-privé qui permet de financer massivement des essais cliniques et des capacités de production. Mise en place après le 11 septembre pour faire face à une éventuelle menace bioterroriste, cette organisation s'est révélée performante durant la pandémie de covid-19 et a fortement contribué à la mise au point rapide de vaccins américains. La commission européenne réfléchit actuellement à la mise en place d'un BARDA européen.

■ **En période d'état d'urgence, le pouvoir exécutif a eu besoin à plusieurs reprises de l'expertise ou du contrôle de plusieurs autorités administratives indépendantes** comme la HAS (au sujet notamment des dépistages, tests, vaccinations, médicaments et actes médicaux) et la CNIL qui a été particulièrement sollicitée lors des deux derniers états d'urgence – Durant l'état d'urgence sanitaire, l'utilisation massive du digital dans le cadre de la crise sanitaire (télé-travail, télé-médecine, mise en place d'applications de suivi de l'épidémie et de traçage des personnes contaminées telles *Stop Covid-19* et *Tous anti covid-19*) a donné lieu à de nombreux avis lui offrant l'occasion de définir le bon équilibre entre la protection de la vie privée et la protection de la santé. La CNIL a notamment été consultée sur la question de l'utilisation par les communes de traitements de données personnelles pour procéder à une distribution équitable de masques ou sur l'accès aux fichiers sociaux par les départements pour pouvoir porter assistance aux citoyens<sup>296</sup>. Les députés Houlié et Gosselin ont proposé que leur rôle soit sanctuarisé<sup>297</sup> durant de futurs états d'urgence.

■ **Ainsi, si l'état d'urgence antiterroriste avait mis en exergue l'importance pour les acteurs locaux d'articuler au mieux leur action concernant les questions sectorielles de sécurité, l'état d'urgence sanitaire, par sa dimension multisectorielle, a renforcé la nécessité d'agir à plusieurs niveaux.** De nombreuses améliorations ont d'ailleurs été réalisées au fil de la crise mais des réformes structurelles à plus large spectre semblent nécessaires. Au sein d'un État disposant d'une multitude d'administrations et d'acteurs aux compétences sectorisées, il semble utile, ainsi que le préconisent plusieurs rapports parlementaires<sup>298</sup>, **de simplifier** les structures,

296 Sur le [site internet](#) de la CNIL : « CNIL, covid-19 : les traitements de données associés aux opérations de distribution de masques », 1<sup>er</sup> mai 2020.

297 *Op. cit.*

298 Assemblée nationale : [rapport](#) de la commission des lois du 14 décembre 2020, Mission flash sur le régime juridique de l'état d'urgence sanitaire. Sénat : rapport d'information n° 609 (2019-2020)



en évitant d'en créer de nouvelles dans la mesure du possible, de **clarifier les compétences des acteurs publics**, de **mieux identifier les niveaux stratégiques et opérationnels**, de **ne pas négliger les aspects opérationnels** dans la prise de décision stratégique<sup>299</sup>, de disposer d'un outil efficace d'**arbitrage** interministériel, de **mieux déconcentrer et décentraliser** les sujets ne méritant pas d'arbitrage au niveau national en mettant en œuvre de façon efficiente le principe de subsidiarité, de faire davantage confiance aux autorités locales en permettant des **politiques différenciées**, de désigner le **préfet de département** comme chef de file local, de mieux s'appuyer sur l'ensemble des **forces vives du pays** comme le secteur privé et associatif et de rendre plus performants les outils et plans de gestion de crise.

### 2.2.1.2. Des instances démocratiques sous tension

Si l'efficacité de l'action publique commande en état d'urgence un renforcement des compétences du pouvoir exécutif, le besoin pour ce dernier de s'appuyer sur une forte adhésion démocratique est essentiel. Le rôle du Parlement et l'écoute accordée aux autres voix de la société civile sont donc primordiaux pour garantir une acceptabilité des mesures et permettre d'éviter une fracture entre la population et ses dirigeants.

**1. Un pouvoir parlementaire tirillé** – Outre les mesures internes prises pour assurer la continuité de sa mission en période de crise que le Conseil constitutionnel a souhaité voir précisées<sup>300</sup>, le Parlement, en période d'état d'urgence, doit adapter ses fonctions législatives et de contrôle aux nouvelles circonstances<sup>301</sup>. Il est alors tirillé entre plusieurs objectifs difficiles à concilier : se montrer solidaire face à la crise tout en exerçant son rôle de contre-pouvoir, lutter contre l'accoutumance à l'état d'urgence tout en répondant aux attentes des français en matière de sécurité<sup>302</sup>.

■ **Un pouvoir de légiférer limité ?** – Si le vote du Parlement est nécessaire pour valider et proroger un état d'urgence décrété par le pouvoir exécutif, celui-ci n'accepte d'augmenter les prérogatives de l'exécutif que pour la durée nécessaire au rétablissement de l'ordre ou à la gestion de la crise. Pour lui permettre de s'assurer du caractère temporaire de ce régime exceptionnel, les lois de 1955 et 2020 lui confèrent la **maîtrise du calendrier**. L'article 3 de la loi du 3 avril 1955 prévoit une intervention du Parlement dans un délai de douze jours après la déclaration de l'état d'urgence par le Président de la République tandis que [l'article L. 3131-14](#) du code de la santé publique porte à un mois ce délai. Dans les deux régimes, le Parlement est seul compétent pour déterminer la **durée de la prorogation** de l'état d'urgence. Toutefois, en pratique, il lui est difficile de s'opposer à une prorogation. Ce refus apparaîtrait comme un désaveu du Gouvernement alors que la crise nécessite une union nationale et que l'état d'urgence semble répondre aux attentes

---

du 8 juillet 2020, *Mieux organiser la Nation en temps de crise*, et [rapport](#) de la commission des lois du 29 avril 2020, COVID-19 : *deuxième rapport d'étape sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire*.  
299 Proscrire la doctrine du « Décider et le reste suivra ».

300 Décision [n° 2021-814 DC](#) du 1<sup>er</sup> avril 2021.

301 J. Bigot, séance du Sénat, juin 2017, « *Nous serions bien en peine de refuser la prorogation, mais on ne pourra pas toujours proroger !* »..

302 E. Thiers, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », *Pouvoirs*, n° 134, 2010.



de la population<sup>303</sup>. Il l'a fait cependant à l'occasion du vote de la loi sur la sortie de l'état d'urgence sanitaire en refusant au pouvoir exécutif de déclarer un éventuel état d'urgence sanitaire localisé sans que le Parlement n'intervienne avant deux mois<sup>304</sup>. Le Parlement, réduit à « proroger ou ne pas proroger », tend à devenir une chambre de validation. À ce choix binaire s'ajoute la pression importante pour **voter en urgence** les lois proposées par le Gouvernement. L'examen sommaire des lois relatives aux états d'urgence est regretté depuis ses origines. Le 1<sup>er</sup> avril 1955, déjà, le sénateur Namy constatait : « *C'est la première fois, à ma connaissance, que le Conseil de la République discute une loi aussi grave dans des conditions aussi insolites, et je ne pense pas qu'il en sorte grand* ». Si les temps de réflexion et de débat qui caractérisent le débat parlementaire se trouvent considérablement réduits par l'usage des **procédures accélérées**, le vote des premières lois de prorogation d'état d'urgence toujours adoptées en des temps records démontre cependant que le Parlement peut agir rapidement, contrairement à ce que beaucoup lui dénie. Cette **capacité d'adaptation** s'est aussi vérifiée lorsqu'en mai 2020, confrontée à un très fort taux de propagation du virus au sein de l'Assemblée nationale, la conférence des présidents s'est résolue à choisir 75 députés selon une méthode de stricte représentation proportionnelle pour participer au débat. Le Conseil constitutionnel a validé cette procédure<sup>305</sup>. Déjà en 1910, durant une crue de la Seine, Paul Doumer s'était écrié « *Quand il y aura de l'eau dans l'hémicycle, nous monterons sur les gradins!* ».

Manifestant à plusieurs reprises « *son désaccord profond sur l'étendue des prérogatives du Parlement en temps de crise sanitaire* »<sup>306</sup>, le **Sénat** a joué un rôle actif durant l'état d'urgence sanitaire, notamment en proposant de réduire la durée de prorogation de l'état d'urgence à deux mois et en sollicitant que la prolongation d'un confinement au-delà d'un mois soit soumise à l'autorisation préalable du Parlement. Certains de ses amendements ont été adoptés par l'Assemblée nationale, comme le caractère temporaire du nouveau régime de l'état d'urgence sanitaire et le refus de lui confier une clause générale de compétence pour faire face à l'épidémie. Lors de l'examen du projet de loi de prorogation de l'état d'urgence en janvier 2021, le Gouvernement voulait maintenir également en vigueur le régime transitoire jusqu'au 31 décembre 2021. Les députés ont d'abord rejeté en bloc cette disposition prévue à l'article 3, avant de réduire sa durée de prorogation au 30 septembre 2021.

Des mécanismes ont été instaurés pour améliorer la concertation entre le pouvoir exécutif et le Parlement. Plusieurs **réunions ou rencontres** entre le Gouvernement et des membres des assemblées ont eu lieu pour parvenir à des textes de consensus. Ainsi en 2015, la collaboration entre les présidents rapporteurs des commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat a été très étroite afin

---

303 J.-Ph. Derosier, G. Toulemonde, *Le Parlement français et la pandémie : un Parlement sous assistance respiratoire*, Fond R. Schuman, 2020.

304 Cf. CE, avis du 21 avril 2021, n° 402.632, csdt 17 et débats parlementaires sur la loi relative à la gestion de la sortie de la crise sanitaire.

305 Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

306 Rapport du Sénat n° 609 (2019-2020) du 8 juillet 2020, *op. cit.*



de parvenir à un texte consensuel et solide<sup>307</sup>. En novembre 2020, le Premier ministre Jean Castex a mis en place un **comité de liaison parlementaire** composé des présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat et des différents chefs de groupes parlementaires, nouvelle structure ayant vocation à remplacer les réunions avec les chefs de partis qui avaient lieu jusqu'alors dans le cadre de l'état d'urgence<sup>308</sup>. Malgré cela, le rôle du Parlement reste d'autant plus modeste en période d'état d'urgence que s'appliquent les nombreuses règles constitutionnelles qui permettent d'opposer une irrecevabilité aux initiatives parlementaires. Or, s'agissant notamment de l'opportunité des mesures restrictives de liberté à l'égard de l'ensemble de la population, le Parlement aurait été légitime à disposer de plus grandes marges de décision. Les députés Sacha Houlié et Philippe Gosselin ont proposé à cet égard de réduire le champ des irrecevabilités dans l'examen des projets de loi de prorogation de l'état d'urgence sanitaire, notamment celles qui relèvent de l'article 41, afin notamment de pouvoir légiférer sur les mesures les plus contraignantes dévolues au pouvoir réglementaire (confinement, couvre-feu)<sup>309</sup>. Le député Philippe Gosselin a également proposé que les conditions de majorité nécessaires à l'adoption d'une loi de prorogation soient de plus en plus contraignantes à mesure que l'état d'urgence sanitaire est prorogé (sous réserve d'éventuels ajustements constitutionnels nécessaires).

Les outils de contrôle dont disposent le Parlement sont-ils efficaces ?

■ **Un pouvoir de contrôle renforcé ?** – En contrepartie des larges pouvoirs conférés au pouvoir exécutif pour lui permettre de remplir son office sans entrave, le Parlement, a souhaité augmenter son activité de contrôle prévue par l'article 24 de la Constitution et les règlements des assemblées. S'il s'est exercé au moyen d'instruments classiques telles que les questions écrites et orales (même si durant le premier confinement, l'organisation fut un temps allégée<sup>310</sup>), il a surtout pris corps à travers des travaux des **commissions**. En 2015, à l'initiative des parlementaires eux-mêmes, un **article 4-1**, prévoyant une obligation pour le pouvoir exécutif **d'informer sans délai le Parlement des mesures prises par le Gouvernement** a été ajouté au sein de la loi du 3 avril 1955<sup>311</sup>. Le même type de disposition a été *in extremis* introduite en commission mixte paritaire dans la loi du 23 mars 2020 portant création de **l'article L. 3131.13** du code de la santé publique. On aurait pu penser que de telles dispositions, pour souhaitables qu'elles soient, auraient davantage leur place dans la Constitution. Le Conseil d'État avait ainsi rappelé dans son avis du 18 mars 2020, qu'« *une injonction du Parlement au Gouvernement ne relève pas du domaine de la*

307 O. Beaud et C. Guérin-Bargues, « L'état d'urgence : une étude constitutionnelle, historique et critique », *LGDJ*, Collection système, 2<sup>e</sup> éd., 2018.

308 G. Toulemonde, « Le dysfonctionnement parlementaire en période d'état d'urgence ». Propos tenus lors du colloque : *Droit des crises et crise du droit : les répercussions de l'état d'urgence sur le droit public interne*, Université de Lille, 26 mars 2021.

309 Rapport de la mission « flash » de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le régime juridique de l'état d'urgence sanitaire, *op. cit.*

310 Cf. J.-Ph. Derosier, G. Toulemonde, *op. cit.*

311 **Art. 4-1** : « *L'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence. Les autorités administratives leur transmettent sans délai copie de tous les actes qu'elles prennent en application de la présente loi. L'Assemblée nationale et le Sénat peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures.* »



loi ». Le Conseil constitutionnel saisi de la disposition ne l'a cependant pas exclue et, dans sa décision n° 2020-800 DC, a explicité la marge de manœuvre du législateur en jugeant qu'il « est loisible au législateur de prévoir des dispositions assurant l'information du Parlement afin de lui permettre, conformément à l'article 24 de la Constitution, de contrôler l'action du Gouvernement et d'évaluer les politiques publiques. Toutefois, en prévoyant une transmission immédiate à l'Assemblée nationale et au Sénat d'une copie de chacun des actes pris en application de l'article 11 de la loi déferée, le législateur, compte tenu du nombre d'actes en cause et de la nature des données en jeu, a méconnu le principe de séparation des pouvoirs et les articles 20 et 21 de la Constitution ». Durant **l'état d'urgence antiterroriste**, une **transmission exhaustive** de milliers de décisions administratives (ministérielles et préfectorales) a été réalisée en temps réel. Pour traiter cette masse d'informations, les assemblées ont organisé, au sein de leurs commissions des lois, des missions ou comités *ad hoc* détenant les prérogatives attribuées aux commissions d'enquête tels que le pouvoir d'investigation sur pièce et sur place et la possibilité de convoquer toute personne dont elles estiment l'audition nécessaire<sup>312</sup>. Une **veille continue**, enrichie d'avis extérieurs notamment du Défenseur des droits et de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, et d'indicateurs de suivi recensant les mesures exceptionnelles et leur utilisation, a alors été mise en place pour assurer un contrôle effectif et permanent et formuler le cas échéant des recommandations. Au total une vingtaine de rapports parlementaires ont été publiés, comportant des analyses fines et des appréciations des mesures opérationnelles prises dans le cadre de l'état d'urgence<sup>313</sup>. Durant **l'état d'urgence sanitaire**, une mission d'information *ad hoc*, créée par la conférence des présidents de l'Assemblée nationale du 17 mars 2020, a été dotée, au moins dans les premiers temps, des prérogatives d'une commission d'enquête. Au Sénat, la commission des lois a lancé une mission d'information qui a commencé ses travaux dès la fin du mois de mars 2020<sup>314</sup>. Au total, ce sont près d'une trentaine de rapports qui ont été réalisés par les différentes commissions parlementaires pendant l'état d'urgence sanitaire (au 1<sup>er</sup> juin 2021). Quant aux **saisines a priori du Conseil constitutionnel** sur les lois de prorogation ou de sortie, elles ont souvent été plus appréhendées comme un risque que comme une garantie permettant de renforcer la légalité du texte. Alors que le Conseil constitutionnel, saisi en 1985 sur l'état d'urgence néo-calédonien, avait démontré qu'il était capable de statuer à très bref délai et de ne pas ralentir à l'excès le processus, les saisines ont été volontairement évitées. De 1985 à mai 2020, aucune loi prorogeant un état d'urgence n'a été déferée au Conseil constitutionnel.

Il est difficile d'évaluer l'impact réel de ces contrôles. En ce qu'ils maintiennent une attention constante et donnent lieu à des rapports d'une grande richesse notamment dans le cadre des évaluations ou retours d'expérience réalisés, ils sont d'une grande utilité, notamment quand il s'agit de pérenniser des dispositifs. Mais ils

---

312 Conformément à l'art. 5 *ter* de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, la commission des lois peut, pour une durée de 6 mois et pour une mission déterminée se voir confier, dans les conditions et les limites prévues par cet article, les prérogatives attribuées à une commission d'enquête.

313 D. Raimbourg et J.-F. Poisson, *Le contrôle parlementaire de l'état d'urgence*, rapport n° 3784, Assemblée nationale, 25 juin 2016.

314 Rapport Santé publique : pour un nouveau départ : leçon de l'épidémie de covid-19, décembre 2020.



sont insuffisants pour permettre de remettre en question certains choix en urgence ou de peser dans les décisions gouvernementales, enjeux qui renvoient au pouvoir de légiférer. Par ailleurs, la transmission de milliers de décisions en temps réel au Parlement, lourde et chronophage pour le pouvoir exécutif, oblige les assemblées à un colossal travail d'analyse. Au fil du temps, un constat **d'essoufflement** s'est imposé. Trop d'informations n'affaiblissent-elles pas l'efficacité de ce mode de contrôle ? Ne faudrait-il pas **organiser un contrôle plus qualitatif que quantitatif** ? En outre, peut se poser la question de permettre aux assemblées d'être des lieux de véritables **contre-expertises** à la politique mise en place par l'exécutif en leur donnant accès aux informations sensibles, en mobilisant des instances internes ou en prévoyant la possibilité de saisir des instances d'expertise. La mise en place de la délégation parlementaire au renseignement créée par la [loi n° 2007-1443](#) du 9 octobre 2007 répondait à un tel vœu. La loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire a aussi modifié [l'article L. 3131.19](#) du code de la santé publique pour **permettre aux commissions parlementaires de saisir le comité des scientifiques** sur toute question relative à la catastrophe sanitaire. L'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) a, quant à lui, été très peu sollicité. Jean-Jacques Urvoas, qui a présidé la commission des lois de l'Assemblée nationale pendant une partie de la période d'application de l'état d'urgence antiterroriste, a regretté que le Parlement ne se soit pas doté d'**instruments d'expertise** permettant de discuter de la proportionnalité des mesures prises pendant l'état d'urgence sanitaire, obligeant à se reposer sur l'étude d'impact du projet de loi et l'avis du Conseil d'État<sup>315</sup>. Mais, plus que le Parlement, c'est **l'opposition** qui a du mal à faire entendre sa voix. Outre les propositions réalisées en temps normal pour renforcer le poids du Parlement et amoindrir le **fait majoritaire**<sup>316</sup>, le rapport du député Sylvain Waserman qui fait suite au groupe de travail chargé d'étudier les dispositifs permettant aux parlementaires d'assurer leurs missions constitutionnelles en période de crise propose plusieurs dispositions en ce sens et notamment de confier la présidence des commissions à des binômes majorité-opposition. Ces réflexions démontrent l'importance de **repenser le rôle du Parlement en période d'état d'urgence**. Il convient de trouver un équilibre satisfaisant entre la latitude nécessaire qui doit être laissée au Gouvernement pour gérer la crise et la garantie d'une forte assise démocratique des décisions les plus sensibles.

■ **Le recours massif aux ordonnances durant l'état d'urgence sanitaire : un cumul de deux procédures d'exception qui affaiblit plus encore le rôle du Parlement ?** – Contrairement à la loi de 1955 et à celles qui l'ont successivement modifiée, la loi du 23 mars 2020 et celles qui ont modifié le régime de l'état d'urgence sanitaire ont prévu de très nombreuses habilitations du Gouvernement à légiférer par ordonnance. 54 ordonnances ont été prises dans les trois premiers mois de l'état d'urgence sanitaire. Elles ont permis au Gouvernement d'intervenir notamment en matière de droit du travail, de droit civil, de droit commercial et de droit pénal, couvrant ainsi un champ très large d'adaptations juridiques rendues nécessaires

315 Propos tenus *in* « Les bâtisseurs de ruine ou comment priver le Parlement de son pouvoir de contrôle en cinq leçons », colloque sur *La mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire*, université de Bordeaux, juin 2020.

316 En 2015, le rapport Bartolone-Winock proposait un contre-rapporteur d'opposition pour chaque texte discuté devant l'Assemblée nationale.



par le caractère exceptionnel de la crise sanitaire<sup>317</sup>. La loi de prorogation du 14 novembre 2020 a par la suite habilité le gouvernement à prendre 70 ordonnances. Lors de la discussion parlementaire, les sénateurs ont réduit ce nombre à 30, mais l'Assemblée nationale a rétabli le nombre initial d'habilitations. Les députés sont toutefois intervenus pour limiter la durée d'habilitation accordée au gouvernement et raccourcir le délai pendant lequel il doit déposer les projets de loi de ratification de ces ordonnances. Une analyse détaillée *ex post* pourrait permettre d'évaluer la pertinence de ce nombre important d'habilitations, la qualité de leur rédaction et de distinguer celles paraissant justifiées de celles résultant de précautions excessives, à l'instar de ce qu'a dénoncé le sénateur Philippe Bas<sup>318</sup>. Malgré l'utilité indéniable des ordonnances en période de crise, une **utilisation massive accentue fortement le déséquilibre institutionnel au profit du pouvoir exécutif**. Ce déséquilibre est d'autant plus fort que les dispositions figurant dans des ordonnances revêtent désormais, pour le Conseil constitutionnel, un caractère législatif en l'absence de ratification passé le délai de ratification<sup>319</sup>.

**2. Les autres voix de la société civile** – Deux instances ont été particulièrement actives dans la production d'avis et de recommandations en matière de protection des libertés publiques sous les régimes d'état d'urgence. La **Commission nationale consultative des droits de l'homme** (CNCDH), qualifiée par son président Jean-Marie Burguburu de « lanceur d'alerte institutionnel », a dénoncé à plusieurs reprises le détournement de certaines mesures permises en état d'urgence, s'agissant notamment des dérives alléguées des perquisitions administratives<sup>320</sup>. Dès le début de l'épidémie de covid-19, la CNCDH a contesté la pertinence de la création du régime d'état d'urgence sanitaire, en invoquant les textes déjà existants, et critiqué son imprécision<sup>321</sup>. La CNCDH a créé un « *Observatoire de l'état d'urgence sanitaire et du confinement* » en avril 2020 et formulé de nombreuses recommandations aux pouvoirs publics. Le **Défenseur des droits** est également apparu comme une institution emblématique de la protection des droits pendant les états d'urgences. En 2016, il avait alerté sur l'atmosphère de « *suspicion généralisée* » accompagnant l'état d'urgence et recommandé plusieurs aménagements pour rendre compatibles les assignations à résidence avec certaines situations particulières<sup>322</sup>. Pendant l'état d'urgence sanitaire, il a, par exemple, dénoncé la fermeture des guichets uniques pour demandeurs d'asile (GUDA). En pleine réflexion sur la réforme de son organisation et de sa composition<sup>323</sup>, le **Conseil économique, social et environnemental** est apparu plus en retrait sur les effets immédiats des états

317 Par ex., l'[ordonnance n° 2020-304](#) du 25 mars 2020 permet le transfert de compétence d'une juridiction à une autre du ressort si la première est empêchée de fonctionner.

318 Rapport [n° 109](#) de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire

319 Dans sa décision [n° 2020-843 QPC](#) du 28 mai 2020, le Conseil constitutionnel a en effet jugé que les dispositions prises par ordonnance dont le projet de loi de ratification n'avait pas été déposé dans le délai fixé par le législateur revêtaient une valeur législative.

320 [Avis](#) du 18 février 2016 sur le suivi de l'état d'urgence : « *la CNCDH s'interroge sur la proportionnalité de telles mesures lorsqu'elles sont justifiées par des motifs sans lien avec le péril imminent ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence* ».

321 [Avis de la CNCDH](#), Ass. Plén., 28 avril 2020, *État d'urgence sanitaire et État de droit*.

322 [Avis](#) du Défenseur des droits [n° 16-06](#) du 26 février 2016 relatif au suivi de l'état d'urgence.

323 Rapport au Premier ministre du comité prévu à [l'art. 7](#) de la loi organique du 15 janvier 2021, *Pour un nouveau CESE*.



d'urgence. Il a néanmoins été saisi par le Premier ministre le 9 décembre 2020 pour réfléchir à l'accompagnement de la campagne vaccinale et formuler des recommandations à l'exécutif. Désireux de tenir compte des préoccupations des citoyens et de la société civile concernant la stratégie de vaccination, il a engagé des travaux autour de trois axes : la création d'une commission temporaire, un collectif de 35 citoyens tirés au sort et une plateforme de consultation citoyenne. Les **partenaires sociaux**, enfin, ont été régulièrement impliqués dans la gestion des conséquences économiques et sociales occasionnées par les restrictions imposées à des pans entiers de l'activité du pays pendant la crise sanitaire. Les syndicats et les représentants du patronat ont été invités à de nombreuses reprises par le Gouvernement à se concerter pour organiser l'adaptation des conditions de travail, redéfinir le cadre du télétravail massivement développé dans les premières semaines de l'épidémie ou échanger sur les protocoles sanitaires et les calendriers de réouverture des commerces, restaurants ou encore des lieux de culture.

### **2.2.1.3. Le rôle déterminant et croissant du juge ou l'état d'urgence soumis au droit**

Le rôle croissant du juge durant les deux derniers états d'urgence démontre combien ce dispositif d'exception s'inscrit dans l'État de droit et s'y soumet. De plus en plus sollicité, il est devenu un acteur incontournable. Il lui appartient d'apprécier le respect des équilibres normatifs et de tracer les limites des pouvoirs législatif et exécutif (1). Mais lorsque son contrôle peut susciter des interrogations lorsque, concomitant à la crise, il met en difficulté l'action publique de crise (2).

#### **■ Un maillage juridictionnel complet**

Le jeu combiné de l'institution de la procédure de référé-liberté devant le juge administratif en 2000, de la question prioritaire de constitutionnalité en 2008 et l'appropriation progressive de ces outils par le justiciable ont augmenté sensiblement le nombre de recours concernant les états d'urgence devant les juges administratif et constitutionnel. Le rôle du juge judiciaire, dans une situation où les pouvoirs de police administrative se trouvent accrus, est logiquement moins prégnant. Dans le cadre de l'examen des décisions contentieuses les plus significatives, les décisions contentieuses concernant le cadre juridique institué<sup>324</sup>, le déclenchement<sup>325</sup> et la sortie<sup>326</sup> faisant l'objet de développements distincts, il faut se concentrer ici sur celles relatives aux mesures prises pour son application.

### **1. Le contrôle croissant du juge constitutionnel**

Si on peut regretter que ni la loi de 1955 ni celle du 23 mars 2020 créant le régime de l'état d'urgence sanitaire n'aient fait l'objet de contrôle d'ensemble car c'est parfois la somme des dérogations au droit commun plus qu'une disposition prise isolément qui pose difficulté, **l'instauration de la QPC** a notablement augmenté le

---

324 Cf. *supra* : le juge constitutionnel a validé la possibilité pour le législateur de créer un régime d'état d'urgence (décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985).

325 Sur l'entrée en état d'urgence, il a admis un contrôle de la manifeste inadéquation (décision n° 2020-808 DC du 13 novembre 2020).

326 Cf. p. 132.



contrôle du Conseil constitutionnel<sup>327</sup>. S'agissant du contrôle des mesures pouvant être prises en application du régime de l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel se concentre sur l'adéquation entre les atteintes aux droits et libertés et l'objectif recherché par les mesures instaurées.

■ **Le contrôle sur les dispositions figurant dans la loi de 1955 : focus sur le dernier état d'urgence (2015-2017)** – Le Conseil constitutionnel a été saisi à de nombreuses reprises de dispositions de la loi de 1955 modifiée<sup>328</sup>. Dans chaque décision, il a rappelé le cadre de son office : celui d'assurer 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. Il a rappelé aussi qu'il statue sur une mesure cantonnée à une période temporaire où l'état d'urgence est déclaré et qu'il lui appartient de vérifier, au regard de l'ensemble des conditions d'encadrement prévues par la loi, la constitutionnalité de cette mesure. Il a souvent pris en compte le fait que la mise en œuvre de la mesure s'exerçait sous le contrôle du juge administratif. Ses décisions ont permis de délimiter le niveau d'atteinte aux libertés fondamentales par le pouvoir exécutif en état d'urgence et de fixer des lignes rouges, en vérifiant que les atteintes aux libertés étaient chaque fois clairement circonscrites, justifiées et entourées de garanties suffisantes. **Il s'est montré de plus en plus exigeant au fil des recours**<sup>329</sup>. **La portée effective de ces censures doit cependant être relativisée**<sup>330</sup>. Même si elles s'imposent pour l'avenir, elles interviennent souvent trop tardivement pour profiter au requérant<sup>331</sup>. Par ailleurs, comme l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution le permet, le Conseil constitutionnel **module les effets de l'inconstitutionnalité** lorsqu'il apparaît que l'abrogation immédiate méconnaît l'objectif à valeur constitutionnel de sauvegarde de l'ordre public et aura des conséquences manifestement excessives. Si cette possibilité est vivement critiquée par une partie de la doctrine qui y voit un contrôle purement théorique du Conseil constitutionnel, cela révèle un pragmatisme qui, au fil des décisions, permet d'améliorer les garanties des droits tout en évitant de mettre en péril les objectifs poursuivis par l'état d'urgence<sup>332</sup>. On peut, à l'inverse, imaginer un effet cliquet de certaines décisions qui pourraient, dans le futur, dissuader le législateur de prendre certaines mesures qui s'avèreraient indispensables.

■ **Le contrôle de l'état d'urgence sanitaire : le Conseil constitutionnel face à des enjeux inédits** – Le contrôle du Conseil constitutionnel pendant l'état d'urgence sanitaire a tout d'abord été marqué par la suspension (jusqu'au 30 juin 2020) de l'exigence d'examen trimestriel des QPC par la loi organique du 30 mars

327 O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et l'état d'urgence », actes du colloque du 25 octobre 2019 à l'Université de Poitiers, *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés* (à paraître) ; D. Baranger, « L'état d'urgence dans la durée », *RFDA*, 2016, p. 448.

328 Pour une approche chronologique des différentes décisions du Conseil constitutionnel intervenues durant l'état d'urgence de 2015-2017, cf. *supra*. première partie (2.1.2).

329 V. not. la décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 dite *Cédric D* prononcée en début d'état d'urgence et la décision n° 2017-677 QPC du 1<sup>er</sup> décembre 2017 en fin d'état d'urgence.

330 S. Benzina, « L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel », *LGDJ*, 2017, p. 247 et s.

331 V. not. la décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, *M. Georges F. et a.* sur les perquisitions administratives.

332 V. Champeil-Desplats, *op. cit.*



2020 rendant, *de facto*, impossible un contrôle constitutionnel dans les délais habituels. Outre le fait que l'adoption de la **loi organique** n'avait pas respecté le délai impératif de 15 jours entre le dépôt de la loi organique et son examen par le Parlement, sans être censurée pour ce motif par le Conseil constitutionnel au regard de « *circonstances particulières* »<sup>333</sup> – suscitant les foudres de la doctrine – cette suspension d'une voie de recours particulièrement prompte à assurer l'effectivité des droits et libertés publiques en période d'état d'urgence a pu surprendre. Par ailleurs, si la loi du 23 mars 2020 instaurant l'état d'urgence sanitaire n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel, la disposition permettant au Premier ministre de prononcer un confinement général sur le fondement de cette loi n'a pas non plus été transmise au Conseil constitutionnel par la voie de la QPC. En effet, le Conseil d'État, rappelant que la décision procède d'une mesure réglementaire à caractère général et non d'une mesure individuelle a estimé que le moyen tiré de l'atteinte à l'article 66 de la Constitution n'était pas sérieux<sup>334</sup>. **Le Conseil constitutionnel s'est toutefois prononcé de nombreuses fois durant cet état d'urgence**<sup>335</sup>. **Par sa décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020** le juge constitutionnel – qui n'avait pas statué dans le cadre d'un contrôle *a priori* depuis 1985 – a confirmé la constitutionnalité de ce régime et repris le même cadre que celui concernant le contrôle des mesures prises sur le fondement de la loi de 1955 en l'adaptant. Il a opéré un strict **contrôle de proportionnalité** entre les mesures laissées à la main des autorités administratives justifiées par l'objectif de protection de la santé et, le respect de la liberté d'aller et de venir, du droit au respect de la vie privée, de la liberté d'entreprendre et du droit d'expression collective des idées et des opinions. Il a validé la majorité des dispositions mais opéré quelques **censures et réserves d'interprétation** notamment concernant les traitements de données à caractère personnel de nature médicale aux fins de « traçage » et les aménagements relatifs aux peines privatives de liberté (prolongation automatique de la détention provisoire, recours à la visio-conférence)<sup>336</sup>. Ces décisions lui ont donné l'occasion de préciser les frontières des atteintes à l'article 66 de la Constitution et de démontrer **la place particulière qu'il accorde à la protection de la liberté individuelle**.

**2. La place prépondérante du juge administratif** depuis 2015 : le champ matériel et temporel d'un contrôle sans cesse élargi.

Les états d'urgence, en ce qu'ils ont pour objet d'augmenter les pouvoirs de police administrative des autorités administratives, corrélés à la réforme des procédures d'urgence par la loi du 30 juin 2000 ont mathématiquement conduit à donner une **place centrale** et particulièrement exposée au juge administratif. Le législateur a d'ailleurs souligné son rôle central en l'inscrivant expressément dans la loi.<sup>337</sup> Durant les deux derniers états d'urgence, la juridiction administrative a fait face à **l'augmentation massive et rapide des contentieux** et a démontré sa capacité à maintenir, en toute circonstance, l'État de droit. **L'appropriation de ces recours**

333 Cf. *infra* La modification de l'équilibre normatif.

334 CE, 22 juillet 2020, *M. B.*, n° 440149.

335 Cf. première partie.

336 M. Verpeaux, « Le Conseil constitutionnel sauve l'essentiel », *AJDA*, 2020, p. 1242.

337 L'art. L. 3131.18 du CSP renvoie au juge des référés tandis que l'art. 14-1 de la loi de 1955 renvoie au contrôle du juge administratif, ce qui traduit un attrait de plus en plus fort pour le contrôle en temps réel.



par les justiciables a révélé une incontestable confiance des Français envers le juge administratif<sup>338</sup>. Pendant l'état d'urgence antiterroriste, la juridiction administrative a été saisie de 1 147 recours portant sur des mesures individuelles – pour un taux de « remise en cause de la décision » (c'est-à-dire d'abandon par l'autorité administrative avant la décision du juge, d'annulation ou de modification de cette décision par le juge) de 23,7%. Plus de la moitié de ces recours (600) a concerné les assignations à résidence prévues à l'article 6 de la loi du 3 avril 1955. Les sollicitations du juge administratif des référés ont été encore plus intenses pendant l'état d'urgence sanitaire. Du 17 mars au 31 décembre 2020, la section du contentieux du Conseil d'État a rendu 840 ordonnances de référé en lien avec l'épidémie de covid-19, soit six fois plus qu'en 2018 si on ne tient compte que des ordonnances rendues en premier ressort. Outre la question du contrôle du juge sur le déclenchement et la sortie de l'état d'urgence (cf. *supra*)<sup>339</sup> il faut s'arrêter sur le contentieux des **mesures prises en application des états d'urgence**.

Dans le cadre de la loi de 1955, le contentieux a concerné exclusivement des **décisions individuelles**, essentiellement d'assignations à résidence et de perquisitions administratives tandis que dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, il s'agit, pour beaucoup de **décisions réglementaires** même si des décisions individuelles ont aussi été contestées devant les juridictions administratives. Certains recours contestent directement les décisions prises par le Gouvernement ou la carence des autorités à ne pas avoir pris les dispositions nécessaires pour lutter contre l'épidémie ou protéger les autres droits et libertés, d'autres portent sur les mesures d'adaptation liées à la crise sanitaire. Si la période d'état d'urgence est exceptionnelle, les principes et techniques juridiques mobilisés sont, eux, issus du droit commun, de sorte que les garanties offertes par l'État de droit demeurent intactes.

■ **Le contrôle en temps réel des décisions des pouvoirs publics : l'office inédit du juge des référés, garant de l'État de droit** – « *L'état d'urgence appelle un juge de l'urgence* »<sup>340</sup>. Pour donner un **effet utile** aux recours contentieux réalisés durant un état d'urgence, la procédure d'urgence est souvent la plus pertinente. En effet, s'agissant de l'état d'urgence prévu par la **loi de 1955**, à l'exception des dissolutions d'associations ou de groupements, les autres mesures prennent fin au terme de chaque prorogation de l'état d'urgence par le législateur. En outre, pour certaines mesures comme les **assignations à résidence**<sup>341</sup>, seul le référé peut donner une portée effective au contrôle. C'est donc logiquement que le juge des référés s'est trouvé en première ligne durant l'état d'urgence antiterroriste. Si les deux procédures de **référé-suspension et de référé-liberté** sont mobilisables, la seconde est souvent préférée car le juge est obligé de statuer dans les 48 heures. Pour renforcer cette effectivité, le Conseil d'État a reconnu une **présomption d'urgence** pour ces mesures qui, en raison de leur objet et de leurs effets portent

338 Dans les autres pays occidentaux, on a pu constater un accroissement du recours au juge mais dans une moindre mesure (Conférence de la SLC du 17 juin 2021).

339 Cf. *supra* deuxième partie 1.2.6.

340 G. Odinet, « Le rôle du juge administratif dans le contrôle de l'état d'urgence », *Les cahiers de la Justice*, Dalloz, 2017/2, n° 2.

341 A. Roblot-Troizier, « Assignations à résidence en état d'urgence », *RFDA*, 2016, p. 123.



atteinte à la liberté d'aller et venir et créent par nature une situation d'urgence<sup>342</sup>. Cette présomption a permis de garantir l'homogénéité des décisions prises sur l'ensemble du territoire et a ensuite été intégrée à la loi<sup>343</sup>. Afin d'améliorer son **contrôle**, le Conseil d'État a imposé un **contrôle poussé** des mesures de police administrative alors même que le critère légal est celui de l'illégalité manifeste. Systématiquement, il a vérifié à la fois la proportionnalité de la mesure (de façon moins stricte qu'un juge du fond) et de ses modalités. Pour l'assignation à résidence par exemple<sup>344</sup>, il a contrôlé la période de jour ou de nuit, l'obligation de pointage, le nombre et lieux de pointage, les conditions de renouvellement, etc.<sup>345</sup>

Durant **l'état d'urgence sanitaire**, le référé, et notamment le référé-liberté, a aussi été la voie privilégiée par les justiciables. Pour faire face à l'afflux massif de recours et assurer une parfaite continuité du service public de la justice administrative, une organisation exceptionnelle constituée d'une trentaine de juge des référés a pu statuer rapidement et garantir la cohérence de la jurisprudence. L'effectivité du rôle du juge des référés s'est vérifiée non seulement à l'aune des décisions rendues mais aussi eu égard aux résultats concrets auxquels sont parvenues les parties. Grâce à l'oralité de la procédure et à la **dynamique de l'audience**, les parties ont pu se rencontrer et être invitées à s'écouter. « *Le prétoire semble devenu un lieu à destinations multiples, d'élaboration des actes administratifs, de tenue du dialogue syndical, d'arbitrage* »<sup>346</sup>. Le juge des référés, profondément ancré dans l'immédiateté et le concret, s'est mué en une sorte de « juge de paix », facilitateur de dialogue et d'évolutions de la part de l'administration pouvant conduire à résoudre des litiges. Certaines audiences ont entraîné des améliorations spontanées de l'État de droit, sans que cela soit nécessairement visible dans le dispositif des ordonnances. Par exemple, au terme de plusieurs heures d'échanges entre le juge et les parties, l'administration a modifié une note sur l'organisation de la réponse sanitaire en milieu pénitentiaire<sup>347</sup>.

Les sujets soumis au juge des référés ont été très divers. Car au fil des années et de son succès, le référé-liberté peut désormais saisir « *non seulement les manquements de l'administration à son devoir de respecter les libertés fondamentales (obligation de s'abstenir) mais aussi ses carences dans l'action matérielle permettant de les réaliser (obligation de faire) et dans l'action normative permettant de les protéger*

---

342 CE, ord., 25 février 2016, n° 397153 et CE, ord., 6 décembre 2016, n° 405476 ; CE, Sect., 11 décembre 2015, n° 395009 ; CE, Sect., 11 décembre 2015, n° 394990.

343 Art. 14-1 de la loi de 1955 modifiée.

344 JRCE, 14 mars 2018, n° 418689. L'administration n'a pas à justifier de faits nouveaux pour adopter une nouvelle mesure d'assignation à résidence sur le fondement du CSI, mais elle doit en revanche respecter les conditions propres à cette nouvelle base légale.

345 Il faut rappeler la création d'un recours spécifique devant le juge des référés des tribunaux administratifs et du Conseil d'État introduit par la loi du 21 juillet 2016 concernant l'autorisation d'exploiter des données ou des matériels saisis à la suite de perquisitions administratives. Cette procédure, choisie pour son effectivité a été fortement critiquée comme relevant par principe du contrôle du JLD, s'agissant d'une autorisation délivrée *a priori* de saisine des données. Le juge administratif s'est d'ailleurs senti assez démuni pour affronter ce contentieux inédit. La loi SILT y a mis fin (JRCE, 5 août 2016, n° 402139).

346 M.-O. Peyroux-Sissoko, « Quel rôle pour le Conseil d'État dans le confinement des libertés ? », *Le blog Droit administratif*, 4 mai 2020.

347 JRCE, 8 avril 2020, *Section française de l'OIP e.a.*, n° 439827.



en encadrant les interactions entre personnes, y compris privées.(obligation de réguler) »<sup>348</sup>. Le contrôle du juge des référés a permis de rappeler les nombreuses exigences qui doivent entourer les mesures de police administrative : la **clarté et l'intelligibilité**<sup>349</sup>, leur **applicabilité**<sup>350</sup>, leur **cohérence**. Le juge des référés est allé parfois, jusqu'à formuler des **recommandations** dans ses ordonnances. C'est ainsi que par des ordonnances du 15 avril 2020 il a indiqué les conditions dans lesquelles doivent être accueillies dans les établissements hospitaliers les personnes âgées atteintes du covid-19<sup>351</sup>. Surtout, il a été amené à ériger en liberté fondamentale certains intérêts publics pour mieux les concilier à d'autres (cf. *infra*<sup>352</sup>). Les recours ont mis en exergue des difficultés **d'articulation** des pouvoirs entre les administrations concernant la prise de décisions de nature nationale ou entre le niveau central et local. Le déféré préfectoral a ainsi été utilisé pour garantir l'unité dans l'application territoriale du droit (cf. *supra*<sup>353</sup>). Les recours ont mis également en évidence la difficulté de trancher dans l'**incertitude**. Le juge a dû prendre en compte des inconnues dans ses décisions<sup>354</sup>. Enfin, de nombreux griefs relatifs à la carence des pouvoirs publics dans la gestion de la crise ou ses effets collatéraux ont donné lieu à des contentieux<sup>355</sup>. Aucune présomption d'urgence n'a été instituée mais l'analogie avec l'état d'urgence antiterroriste n'était pas pertinente. Face à des situations très diverses et des niveaux d'urgence très inégaux malgré l'instauration de l'état d'urgence sanitaire, il était essentiel que le juge des référés effectue un contrôle à la lumière des deux critères. Il faut enfin noter l'effet démultiplicateur que les **pouvoirs d'injonction** du juge des référés ont permis<sup>356</sup>.

■ Le **contrôle au fond** : le succès du référé ne doit pas faire oublier l'importance du **contrôle de légalité** par la voie du **recours pour excès de pouvoir** qui permet un contrôle collégial plus approfondi, **source de droit**. Il n'est pas exceptionnel que des décisions non suspendues en référé soient annulées au fond et vice-versa. Durant l'état d'urgence sanitaire, le juge administratif a été conduit à annuler partiellement un article d'une ordonnance prévoyant une dispense de consultation jugée étrangère à l'habilitation donnée par le législateur alors que le recours en référé avait été rejeté<sup>357</sup>. En outre, seul le **plein contentieux** permet de connaître des fautes de l'administration et d'en indemniser les victimes. Il assure une régulation indispensable des écarts de l'administration. À froid, les conditions d'engagement de la responsabilité sont examinées et les comportements que les citoyens sont en droit d'attendre de leur administration sont précisés. S'agissant des mesures de police administrative, le juge administratif exerce traditionnellement **un contrôle entier de proportionnalité** sur les mesures prises sur le fondement de l'état d'urgence, à quelques exceptions près<sup>358</sup>. Durant l'état d'urgence antiterroriste, les

348 C. Malverti, C. Beaufile, « Le référé en liberté », *AJDA*, 2020, p. 1154.

349 JRCE, 30 avril 2020, n° 440179.

350 JRCE, 6 septembre 2020, n° 443751.

351 JRCE, 15 avril 2020, n° 439910, T.et n° 440002, T..

352 Cf. *infra* : 2.2.2.2 L'impact des états d'urgence sur les droits et libertés fondamentaux.

353 Cf. *supra* : 2.2.1.1. Un pouvoir exécutif prédominant mais confronté à l'incertitude.

354 JRCE, 28 mars 2020, *M. A. et a.*, n° 439765.

355 Cf. not. JRCE, 30 avril 2020, n° 440250 : carence dans l'administration des demandes d'asile.

356 JRCE, 19 juin 2020, n° 440916 ; JRCE, 30 avril 2020, n° 440179.

357 CE, 11 novembre 2020, *CGT et a.*, n° 330418.

358 CE, 25 juillet 1985, *Mme X.*, n° 68151 ; CE, Sect., 11 décembre 2015, n° 395009. Mais certaines

**perquisitions administratives** prévues à l'[article 11](#) de la loi de 1955 ont donné lieu à un abondant contentieux devant les juges du fond – et non devant le juge des référés puisque, saisi après l'achèvement de l'opération en cause, ce recours serait inutile. L'office du juge administratif a été défini pour la première fois par deux avis contentieux portant à la fois sur la légalité des ordres de perquisition et les conditions d'engagement de la responsabilité de l'État à la suite d'une telle opération, une faute simple suffisant à engager la responsabilité de l'État (CE, Ass., avis, 6 juillet 2016, [n° 398234](#), 399135). Cet avis qui offre un guide de conduite pour le juge saisi d'une demande au fond relative à une perquisition administrative, témoigne d'une volonté d'offrir **une effectivité maximale à ce recours**, même longtemps après les faits, et d'une exigence forte de respect des règles de motivation<sup>359</sup>. Plusieurs contentieux indemnitaires ont d'ailleurs été engagés et certains ont donné lieu à des transactions<sup>360</sup>. S'agissant de l'état d'urgence sanitaire, quelques décisions de fond ont d'ores et déjà été rendues même si le plus important reste sans doute à venir. Certaines ont examiné la pertinence de mesures dérogatoires prises pendant l'état d'urgence au regard du principe d'égalité<sup>361</sup> ou apprécié la légalité de normes édictées pendant l'état d'urgence<sup>362</sup>. La première d'entre elles s'est fondée sur une motivation différente du juge des référés, démontrant **l'approfondissement notable que permet le recours au fond**.

#### ■ Les interrogations et les critiques exprimées

- *La prédominance du référé sur le fond : dérive ou avancée ?*

Comme cela vient d'être souligné, le contrôle en temps réel des décisions administratives prises durant un état d'urgence constitue une avancée majeure dans la garantie des droits du justiciable. Ces mesures par définition temporaires, devant être rapidement soumises au contrôle d'un juge, l'utilisation du référé en période d'état d'urgence est donc parfaitement appropriée. Cependant, parfois, un examen approfondi au fond est indispensable et justifie l'utilisation d'outils pour accélérer le traitement du dossier lorsqu'il le nécessite (cf. la clause dite « passerelle »). Par ailleurs, le risque n'est pas inexistant que le juge soit sollicité comme un arbitre d'une décision qui n'aurait pas pris suffisamment en compte tous les éléments dans la balance. En outre, si la justice est confrontée à une demande de plus en plus pressante de célérité et d'effectivité, certains contentieux, comme celui de la responsabilité, nécessitent une analyse approfondie et du recul. Enfin, souvent, le contentieux de la légalité, compte tenu de ses enjeux, ne peut se satisfaire d'examen en urgence. Un juste équilibre mérite d'être trouvé.

---

décisions des autorités publiques prises en période de crise sanitaire demeurent soumises à un contrôle restreint, notamment lorsqu'il s'agit de préserver la marge de manœuvre d'une autorité dotée du pouvoir réglementaire : CE, 13 octobre 2020, *Olympique Lyonnais*, [n° 440810](#) ; 359 CE, 28 décembre 2017, *Min. int. contre F.*, [n° 410441](#), Inéd..

360 Rapport d'information déposé au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale de D. Raimbourg et J.-F. Poisson du 6 décembre 2016.

361 CE, 16 décembre 2020 [n° 440214](#) et a. s'agissant de la clause de conscience des professionnels prescrivant des médicaments provoquant des IVG.

362 CE, 18 décembre 2020, [n° 444000](#) et a. s'agissant d'un décret modifiant les critères permettant de regarder une personne comme vulnérable et devant être placée en activité partielle pendant l'épidémie de covid-19.



- *L'administration de la preuve ou le syndrome de David contre Goliath ?*

Durant les états d'urgence, de nombreux juristes ont attiré l'attention sur la difficulté pour le justiciable de se confronter à l'État, notamment s'agissant de l'administration de la preuve.

Pendant **l'état d'urgence antiterroriste**, l'administration s'est appuyée sur des « **notes blanches** » fournies par les services de renseignement pour prendre certaines de ses décisions, pratique qui a été validée dans son principe dès la décision de section *M. D.* du 11 décembre 2015<sup>363</sup>. Controversée en doctrine comme portant atteinte à la loyauté de la preuve<sup>364</sup>, cette approche est pourtant conforme à la méthode générale d'administration de la preuve devant le juge administratif, qui se caractérise par son pragmatisme<sup>365</sup>. À cet égard, simples preuves parmi d'autres, le juge administratif n'accorde à ces « notes blanches » qu'une valeur relative, acceptant parfois de les écarter au vu d'un simple récit circonstancié en sens contraire du requérant<sup>366</sup>. Ces éléments ont nourri les procédures pénales et leur légalité a pu être discutée devant le juge pénal. Cependant, l'asymétrie des règles de preuve devant le juge administratif et pénal suscitent encore des controverses.

Dans le cadre de **l'état d'urgence sanitaire**, la question s'est posée différemment. Des questions très techniques, notamment sur les produits de santé, se sont posées. S'il a pu être reproché au juge administratif de s'appuyer sur les informations fournies par l'administration ou de ne pas prendre en compte certaines études indépendantes<sup>367</sup>, il est arrivé qu'il écarte les informations dont l'administration se prévalait lorsqu'elles étaient sérieusement contestées et que planait sur elles une incertitude persistante. Le juge des référés du Conseil d'État a ainsi confirmé l'injonction prononcée par le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse de fournir des masques aux détenus lors de leurs contacts avec des personnes de l'extérieur, une incertitude existant quant à l'application effective de cette mesure<sup>368</sup>. De même, dans une ordonnance relative à des demandes d'asile en Île-de-France, le juge des référés du Conseil d'État a remis en cause les affirmations de l'administration et a ainsi accueilli un recours en relevant, d'une part, que les mesures promises n'avaient pas été effectivement mises en place et que, d'autre part, l'impossibilité de fait dont se prévalait l'administration n'était pas établie, en allant jusqu'à dessiner la mise en œuvre d'une politique de demande d'asile en période de crise sanitaire<sup>369</sup>.

---

363 CE, Sect., 11 décembre 2015, n° 395009 : « *Aucune disposition législative ni aucun principe ne s'oppose à ce que les faits relatés par les « notes blanches » produites par le ministre (...) soient susceptibles d'être pris en considération par le juge administratif* ».

364 W. Bourdon, *Les dérivés de l'état d'urgence*, Plon, 2017.

365 JRCE, 9 février 2016, n° 396570.

366 Dans un cas au moins, un requérant a demandé au juge des référés d'écarter formellement les éléments recueillis par l'administration pendant la perquisition (JRCE, 16 novembre 2016, *Demay*, n° 404790)

367 C. Lavigne, « Le CE sceptique face à une relation entre infection par le covid-19 et pollution aux particules fines », *EEL* n° 7, juillet 2020.

368 JRCE, 8 octobre 2020, *Garde des sceaux c. M. S. E. et a.*, n° 444741.

369 JRCE, 30 avril 2020, *Ministre de l'intérieur et Ofii*, n° 440250.



- *L'office débattu du juge administratif*

Particulièrement exposé durant la crise, le juge administratif n'a pas échappé à diverses accusations. Tantôt critiquées pour un manque de remise en cause des décisions du Gouvernement<sup>370</sup>, manifestant un retour de la Raison d'État<sup>371</sup> ou un tropisme particulier pour l'intérêt général<sup>372</sup> ou, à l'inverse pour leur caractère trop audacieux laissant planer sur la société l'ombre du « Gouvernement des juges », les décisions du juge administratif n'ont pas laissé les commentateurs indifférents<sup>373</sup>. Il faut tout d'abord rappeler que le juge de l'extrême urgence ne peut ordonner des mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politiques publiques qui sont insusceptibles d'être mises en œuvre à bref délai<sup>374</sup>. Cela explique en partie que n'entrent pas dans la catégorie des mesures susceptibles d'être prises par le juge du référé-liberté<sup>375</sup>, le pouvoir d'ordonner le rachat d'entreprises en difficulté fabriquant des médicaments ou du matériel médical<sup>376</sup>, l'interdiction de la destruction des masques FFP2/NG5 après usage en vue de leur possible réutilisation<sup>377</sup>. De même, le juge des référés ne peut enjoindre à l'État de prendre toute mesure propre à créer des lits de réanimation supplémentaires dédiés aux patients atteints de la Covid-19<sup>378</sup>. **Le juge administratif est celui de la légalité des actes administratifs.** Il s'assure que l'administration respecte le droit et doit se cantonner à cet office. D'autre part, l'acte de juger emporte par définition des insatisfactions, au moins pour les parties qui n'obtiennent pas gain de cause. On ne peut se satisfaire d'un raisonnement qui polariserait le débat en fonction du nombre de recours gagnés ou perdus par l'État. Ce n'est pas parce qu'une demande de mise en liberté d'un détenu ou une demande de main levée d'un patient hospitalisé sous contrainte n'est pas accordée que le juge – judiciaire en l'occurrence – n'a pas rempli son office. Garantir les droits et libertés des individus ne se perçoit pas seulement à l'aune de la réussite des procédures. Si l'État, durant la première année de l'état d'urgence sanitaire, a vu ses actes censurés 51 fois devant le Conseil d'État (sur 647 recours), plus de 200 affaires ont donné lieu à des avancées notables pour les requérants, soit que l'État ait été rappelé à ses devoirs, soit qu'il ait accepté durant les débats de revoir sa position<sup>379</sup>. En réalité, la position du juge a ceci de particulièrement délicat que la balance entre différents types de libertés comporte des éléments subjectifs. **Dès lors, ayant comme seule boussole les lois, principes juridiques et la jurisprudence, le juge s'efforce de définir, en restant sur une ligne de crête, des équilibres respectueux des positions définies en opportunité par le législateur.** Seul ce dernier, détenteur de la souveraineté

370 V. Champeil-Desplats, « L'utilité réversible du juge » in *Ce qui restera toujours de l'urgence*, CREDOF, 2018.

371 A. Roblot-Troizier, « État d'urgence et protection des libertés », *RFDA*, 2016, p. 24.

372 C. Saunier, « La position délicate du juge des référés face à la crise sanitaire : entre interventionnisme ambigu et déférence nécessaire », *Jus Politicum*, 11 avril 2020.

373 M. Gauchet « Remettre à sa juste place l'État de droit par rapport à la souveraineté populaire », *Le Figaro*, 25 octobre 2020.

374 CE, 28 juillet 2017, *Section française de l'OIP*, n° 410677, Rec.

375 C. Broyelle, « Regard sur le référé-liberté à l'occasion de la crise sanitaire », *AJDA*, 2020, p. 1355.

376 JRCE, 29 mars 2020, *Debout la France*, n° 439798.

377 JRCE, 15 avril 2020, *Syndicat Vigi Ministère de l'intérieur*, n° 439925.

378 JRCE, 16 octobre 2020, *Sté LC Sport e.a.*, n° 445102, 445186, 445224, 445225.

379 [Communiqué de presse](#) du Conseil d'État, 21 avril 2021.



populaire, dispose de la légitimité nécessaire pour fixer les choix politiques et remettre en cause, sur ce terrain, les décisions prises par le gouvernement s'il l'estime opportun.

### 3- L'office du juge judiciaire : recul ou mutation ?

Si le juge judiciaire n'est pas au cœur du contrôle de l'état d'urgence, qui accroît principalement le champ des mesures de police administrative<sup>380</sup>, il est le juge naturel de l'antiterrorisme. Partant, lorsqu'en **2015 l'état d'urgence** a été utilisé pour lutter contre cette menace, l'équation semblait difficile à résoudre. Cependant, l'élargissement du droit pénal répressif vers l'objectif de prévention était amorcé depuis longtemps. Initié par la création du délit autonome de participation à une association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste et l'avènement des infractions qualifiées « d'administrativo-pénales », la naissance du « droit pénal de la dangerosité »<sup>381</sup> a brouillé les lignes entre la prévention administrative et la répression pénale<sup>382</sup> même si cette évolution a été freinée par plusieurs décisions du Conseil constitutionnel<sup>383</sup>. L'extension des pouvoirs de police administrative au domaine de la lutte contre le terrorisme par l'état d'urgence de 2015 n'a donc fait que parachever une évolution déjà amorcée en faisant se rencontrer deux champs habituellement distincts jusqu'à leur enchevêtrement. Conformément aux frontières tracées par le Conseil constitutionnel entre la liberté individuelle et la liberté personnelle, s'agissant de mesures purement préventives, le juge administratif était légitime à intervenir<sup>384</sup>. L'article 14-1 de la loi de 1955 modifié par la loi du 20 novembre 2015 lui a finalement attribué cette fonction. Cette éviction du juge judiciaire a suscité des critiques<sup>385</sup>. Cependant, une fois mise en œuvre, l'articulation entre les autorités administratives et judiciaires a été un succès et la qualité du contrôle exercé par le juge administratif n'a pas été remise en cause<sup>386</sup>. Le juge judiciaire n'est cependant pas resté étranger aux contrôles des mesures administratives. En effet, il a pu connaître des infractions sanctionnant le non-respect de ces mesures<sup>387</sup> et, à cette occasion, des contestations de la légalité de leur fondement **par la voie de l'exception d'illégalité**. La chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt du 3 mai 2017<sup>388</sup> rendu sur le fondement des articles 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 111-5 du code pénal, a reconnu la compétence du juge pénal pour connaître par voie d'exception de la légalité d'une **assignation à résidence**. Cette solution a été opportunément étendue aux **perquisitions administratives** par trois arrêts du 13 décembre 2016

380 CE, 11 mai 1951, *Consorts Baud et TC*, 7 juin 1951, *Dame Noualek*.

381 G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité -Droit pénal de l'ennemi », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 69-80.

382 M. Delmas-Marty, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Ed. Seuil, 2013, p. 106.

383 Cf. décisions concernant le délit d'entreprise individuelle terroriste (décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017), censurant le délit de consultation habituelle de sites terroristes (décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 ) et les mesures de sûreté à l'encontre des personnes condamnées pour une infraction en lien avec le terrorisme à l'issue de leur peine (décision n° 2020-805 DC du 7 août 2020).

384 Cf. *infra* Les équilibres normatifs.

385 J.-B. Perrier, « Le juge judiciaire et l'état d'urgence », *RFDA*, 2017 p. 949.

386 Cf. *supra.*, articulation autorité administrative et ministère public.

387 Une dizaine d'infractions ont été créées, donnant lieu à moins d'une centaine de condamnations sur 2015 et 2016 (55 en 2016 et 36 en 2017).

388 CCass, Crim., 3 mai 2017, n° 16-86.155, *AJDA* 2017.910.



alors même que la perquisition n'est pas l'acte à l'occasion duquel l'infraction a été commise<sup>389</sup>. S'agissant du contrôle de la proportionnalité et de la nécessité de la mesure, le juge pénal se heurte à la difficulté de ne pas se substituer à l'appréciation de l'autorité administrative sous peine de méconnaître le principe de séparation des pouvoirs. Pour y répondre, la Cour de cassation, par plusieurs arrêts du 28 mars 2017<sup>390</sup>, a mis en place une solution innovante consistant pour le juge pénal à solliciter le ministère public afin que celui-ci obtienne de l'autorité administrative des informations factuelles. Il faut préciser que la loi du 30 octobre 2017, dite SILT, soumet les visites et saisies à l'autorisation préalable du JLD, démontrant ainsi qu'en période normale le juge judiciaire reste l'unique autorité du contrôle *a priori* des mesures de police administrative lorsqu'elles ont pour objet de découvrir une infraction et peuvent donner lieu à une poursuite pénale.

Concernant **l'état d'urgence sanitaire**, les choses se sont présentées différemment, les secteurs concernés ne relevant pas du seul contrôle du juge judiciaire. Ce dernier est cependant intervenu dans les **domaines qui lui sont réservés** à savoir le contrôle des mesures privatives de liberté et le jugement des infractions aux mesures administratives. S'agissant du premier domaine, la loi du 11 mai 2020 avait uniquement prévu la saisine par le préfet du JLD pour autoriser le prolongement d'une mesure de quarantaine ou d'isolement au-delà de 14 jours. Le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation<sup>391</sup> et enjoint à l'État d'organiser une saisine du JLD pour prolonger une telle mesure au-delà de 12 heures, réitérant ainsi les termes de sa jurisprudence habituelle sur la protection de la liberté individuelle (*cf. infra*<sup>392</sup>). Ce contrôle a été effectif. Ainsi, par exemple, sur 24 recours examinés dans le ressort du tribunal judiciaire de Paris, entre le 10 mai et le 10 juillet 2021 contre ces décisions, 11 mainlevées ont été prononcées pour disproportion, irrégularité ou erreur manifeste. S'agissant du second domaine, le juge pénal s'est trouvé en difficulté pour appréhender certaines nouvelles infractions aggravées par leur caractère réitéré (le précédent n'ayant pas de caractère définitif, contrairement à la récidive) sachant que les systèmes d'information ne permettent pas aisément de retrouver ces précédents<sup>393</sup>. L'office du juge judiciaire a été fortement perturbé par l'état d'urgence sanitaire, notamment à ses débuts, lorsque seuls les contentieux essentiels ont continué à être examinés en application des **plans de continuation d'activités**<sup>394</sup>. Si la justice d'urgence, notamment pénale<sup>395</sup>, a pu faire face aux impondérables, utilisant lorsque cela était nécessaire la notion de *circonstances insurmontables* pour écarter l'application de règles de droit incompatibles avec la situation, une telle interruption, totalement inédite, d'une partie de l'activité judiciaire a désorganisé

389 CCass, Crim., 13 décembre 2016, n° 16-82.176, n° 16-84.162 et n° 16-84.794, JCP 2017.141, avis F. Desportes. La Cour a motivé sa décision en rappelant que si la légalité de l'ordre de perquisition ne constitue pas le fondement des poursuites, il détermine la régularité de la procédure.

390 CCass, Crim., 28 mars 2017, n° 16-85.073 et n° 16-85.072, AJDA 2017.717.

391 Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020.

392 Cf. *infra* : 2.2.2.2 L'impact des états d'urgence sur les droits et libertés fondamentaux

393 En 2020, on dénombre 3 971 condamnations pour une ou plusieurs infractions de non-respect des règles de l'état d'urgence sanitaire.

394 Rapport de la Cour des comptes, BQ du 21 mai 2021.

395 Et plus spécifiquement concernant les violences intrafamiliales. Pendant le premier confinement, on constate un accroissement de 63% du nombre de jugements donc 65% en comparution immédiate.



pour longtemps des juridictions déjà engorgées<sup>396</sup>. Pour garantir la pérennité de l'État de droit en période d'état d'urgence, il est essentiel de remédier pour le futur à ces difficultés. Enfin, les ordonnances des 25 mars et 18 novembre 2020 adaptant et allégeant les procédures contentieuses durant l'état d'urgence sanitaire, ont, dans le domaine pénal, posé de délicates questions concernant les prolongations de plein droit des détentions provisoires qui n'ont pu être dénouées qu'au bénéfice d'un dialogue particulièrement nourri des juges. Concernant l'usage de la **visio-conférence** imposée en matière pénale par ces deux ordonnances, les décisions des différentes juridictions sont allées immédiatement dans le même sens, le sujet ayant déjà été balisé par plusieurs décisions du Conseil constitutionnel<sup>397</sup>.

#### 4- Le dialogue des juges

L'interpénétration et l'imbrication des droits qu'ils soient privé, public, constitutionnel, communautaire, européen, pourraient conduire à la concurrence des juges mais ceux-ci, au nom d'une conception partagée des exigences de la sécurité juridique et de l'intérêt général, s'astreignent toujours à rechercher **des formes de convergence**. Sur certaines questions non balisées au préalable et sujettes à interprétation, cette convergence est d'autant plus complexe à obtenir que des juges de différents ordres interviennent à des moments distincts, en temps réel (à chaud) ou en temps différé (à froid). Le traitement contentieux de la délicate question de la **prorogation automatique de la détention provisoire** durant l'état d'urgence sanitaire illustre cette difficulté. Au début de la crise sanitaire, par une ordonnance du 3 avril 2020, le juge des référés du Conseil d'État, confronté à la question inédite de la prorogation de plein droit de la détention provisoire sans débat ni accord du détenu, a rejeté les recours formés contre l'ordonnance du 25 mars 2020<sup>398</sup>. Il a notamment estimé que le texte devait, par une interprétation neutralisante, s'interpréter comme permettant une intervention à bref délai du juge. Face aux divergences d'interprétation des juridictions judiciaires du fond, la Cour de cassation a jugé, à l'inverse, que le texte s'interprétait comme ne prévoyant pas de contrôle du juge à bref délai et a, par deux arrêts du 3 novembre 2020<sup>399</sup>, transmis deux QPC conduisant le Conseil constitutionnel, par une décision [n° 2020-878/879 QPC](#) du 29 janvier 2021 à déclarer ces dispositions **non conformes à l'article 66 de la Constitution**. Le juge constitutionnel a estimé qu'il existait une disproportion entre l'objectif poursuivi par l'article 16 de l'ordonnance et l'absence de contrôle par le juge judiciaire, de la nécessité de la mesure, tout en neutralisant les effets de cette déclaration d'inconstitutionnalité pour le passé. Par une décision du 5 mars 2021, **le Conseil d'État, statuant au fond et prenant en compte cette interprétation**, a jugé que si le droit à la sûreté garanti à l'[article 5](#) de la CEDH ne fait pas obstacle à ce que soient prévues des modalités de prolongation des délais de détention provisoire, il demeure impératif que la juridiction compétente se prononce, même dans un contexte exceptionnel, « *systématiquement, après un*

396 J.-P. Jean, « Juger ailleurs, juger autrement, les juridictions face à la pandémie de covid-19 », *Les cahiers de la justice*, 2020, p. 495.

397 JRCE, 27 novembre 2020, [n° 446712](#) ; décision [n° 2020-872 QPC](#) du 15 janvier 2021 ; JRCE, 12 février 2021, [n° 448972](#) ; CE, 5 mars 2021, [n° 440037](#) et [440165](#).

398 CE, ord., 3 avril 2020, [n° 439894](#) ; CE, ord., 3 avril 2020, [n° 439877](#), [439887](#), [439890](#) et [439898](#).

399 CCass., Crim., 3 novembre 2020, [n° 20-83.189](#) et [20-83.457](#), Bull.

*débat contradictoire, dans un bref délai à compter de la date d'expiration du titre de détention, sur le bien-fondé du maintien de la détention provisoire »<sup>400</sup>.*

Si la pluralité de contrôles juridictionnels permet de garantir l'État de droit en période d'état d'urgence, la recherche de responsabilité concomitante au temps de la gestion de crise suscite des interrogations.

### **2.1.3.2. Quel équilibre entre action et responsabilité pénale en temps d'urgence ?**

Si la question de la responsabilité pénale des décideurs n'est pas nouvelle, elle se pose avec une acuité toute particulière en période d'état d'urgence, alors que l'État doit faire face à une crise majeure. Cette question est apparue de façon inédite durant **l'état d'urgence sanitaire**. L'identification d'une responsabilité pénale procédant par essence d'une analyse rétrospective peut-elle être concomitante à une action publique de crise déjà bouleversée par une situation sanitaire incertaine ? Ne risque-t-elle pas de déstabiliser encore plus un État fragilisé dont l'objectif premier est de continuer à fonctionner pour protéger au mieux la population ? Le temps de la recherche de responsabilité peut-il être celui de l'action d'urgence ?

#### *1. La question inédite de la responsabilité pénale des décideurs posée pendant l'état d'urgence sanitaire*

Au mois de juin 2020, des plaintes pénales visant notamment les faits de mise en danger de la vie d'autrui, homicides et blessures involontaires contre des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux et leurs dirigeants ont été déposées devant plusieurs juridictions pénales et, concernant le Premier ministre et plusieurs ministres, devant la Cour de justice de la République comme le prévoit l'[article 68-1](#) de la Constitution. Ces plaintes ont rapidement donné lieu à l'ouverture d'enquêtes pénales, s'accompagnant de perquisitions, saisies de matériel de télécommunication et de convocations pour des auditions<sup>401</sup>. Avant même l'ouverture de ces enquêtes et alors que commençait la période dite de déconfinement, les sénateurs – inquiets de mises en cause de responsables en cas de contamination involontaire d'un usager de service public, d'un résident de structure médicalisée ou encore d'un salarié d'une entreprise – avaient adopté en première lecture, dans le cadre de l'examen du projet de loi de prorogation de l'état d'urgence sanitaire, une disposition introduisant un principe d'irresponsabilité assortie de dérogations. Ils estimaient que le droit commun ne protégeait pas suffisamment les dirigeants d'éventuelles mises en cause et qu'il était nécessaire d'apporter une réponse à une « inquiétude légitime ». Le texte adopté en commission mixte paritaire, soucieux de **ne pas introduire de rupture d'égalité des citoyens devant la loi**, a finalement introduit un [article L. 3136-2 au code de la santé publique](#) dans sa partie consacrée à l'état d'urgence sanitaire qui dispose que « *L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité*

400 CE, 5 mars 2021, n° 440037 et 440165.

401 S. Piel, « Gestion du covid-19 : perquisitions aux domiciles d'Édouard Philippe, Olivier Véran, Agnès Buzyn et Jérôme Salomon », in *Le Monde*, 15 octobre 2020.



*locale ou employeur* ». Le Conseil constitutionnel, confirmant l'absence de portée juridique de cet article – le droit positif imposant déjà au juge une appréciation *in concreto* de la faute – a jugé que cette disposition n'était pas différente du droit commun figurant à l'[article 121-3](#) du code pénal<sup>402</sup>. Ce « *coup d'épée dans l'eau* » témoigne d'une inquiétude croissante face au risque réel d'être poursuivi devant le juge pénal et à la difficulté d'y répondre. S'il est ardu de mesurer combien cette peur influe sur les comportements, la presse s'est faite l'écho de plusieurs élus et organisations patronales qui réclamaient également l'adoption de dispositions législatives protectrices. De fait, la cellule de crise interministérielle a été, tout au long de la crise, saisie de demandes d'acteurs de terrain souhaitant que soient adoptés des textes les autorisant à agir de façon dérogatoire pour éviter de voir leur responsabilité engagée. Ainsi, **la crainte d'une mise en cause pénale semble avoir paralysé les moins téméraires et à tout le moins nourri une attitude prudentielle aiguë**. Pas un jour sans qu'un nouveau protocole sanitaire ne soit édicté ou modifié afin de tenir compte des derniers états des connaissances scientifiques et de guider les professionnels. L'immixtion du juge pénal dans une période où deux états d'urgence se sont succédé pose des questions nouvelles et en fait ressurgir d'autres, plus anciennes. Les questions nouvelles tiennent à l'articulation de la préservation des capacités du pouvoir exécutif à agir face à une situation d'une exceptionnelle gravité et de la recherche, dans le même temps, de la responsabilité pénale des gestionnaires de cette crise par l'autorité judiciaire<sup>403</sup>. Les questions anciennes, déjà examinées dans plusieurs études du Conseil d'État, sont tout aussi épineuses<sup>404</sup>. Elles tiennent à l'imputabilité des infractions non intentionnelles des décideurs publics et privés, à la confusion entre responsabilité pénale et politique des ministres<sup>405</sup> et aux conséquences collatérales de la pénalisation de la société<sup>406</sup>. Même si certains systèmes juridiques étrangers disposent de régime d'immunité en période de crise<sup>407</sup>, **il est peu opportun de**

---

402 M. Verpeaux, « Le Conseil constitutionnel sauve l'essentiel », *AJDA*, 2020, p. 1242.

403 J.-P. Jean « C'est la première fois qu'une avalanche de plaintes est déposée et que la justice enquête dans le temps même de l'action contre une pandémie », *Le Monde*, 15 avril 2021.

404 *La prise en compte du risque dans la décision publique*, étude du Conseil d'État, La Documentation française, 2019 ; *La responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non intentionnelles*, étude du Conseil d'État, La Documentation française, 1996

405 O. Beaud, *Le sang contaminé*, PUF, 1999.

406 « Les recommandations du Sénat face au malaise des élus », *AJDA*, 2018, p. 1989.

407 Les États-Unis prévoient la possibilité de déployer au niveau fédéral un régime d'immunité aux personnes mettant en œuvre des mesures ou administrant des substances ayant pour but de lutter contre une maladie ou une menace à la santé publique en excluant la faute intentionnelle. En Arizona, la législation prévoit qu'une personne agissant sur le fondement de directives prises en application de l'état d'urgence en matière de santé, par exemple en plaçant un individu en quarantaine ou en isolation, ne pourra être poursuivie en matière civile ou pénale lorsqu'elle a agi de bonne foi. En Italie, la législation sur la covid-19 a spécifiquement exclu la responsabilité de l'employeur, public ou privé, en cas de respect, par ce dernier, de l'ensemble des prescriptions contenues dans les protocoles gouvernementaux de lutte contre la diffusion de la covid-19 sur le travail. On trouve trace dans l'histoire de la Grande-Bretagne de lois d'immunité adoptées par le Parlement à la fin des périodes de suspension de l'*Habeas corpus*, destinées à protéger les responsables publics d'inculpations pour agissements illégaux dont ils auraient pu se rendre coupables au cours de cette suspension. Le dispositif n'entraînait pas d'abus car l'adoption de ces lois était incertaine, n'étant votées qu'*a posteriori*, laissant ainsi la possibilité au Parlement de les refuser en cas de soupçon d'écarts de la part du pouvoir exécutif. Le grand juriste britannique Dicey a expliqué dans ses ouvrages que ces lois d'immunité ont exclu les transgressions particulièrement outrageuses comme les actes de cruauté notamment.



**créer un droit spécial de la responsabilité pénale en période d'état d'urgence.** L'état d'urgence est ancré dans l'État de droit parce que le contrôle du juge repose sur des outils et principes de droit commun. Le droit pénal ne fait pas exception. Par ailleurs, les problématiques de fond telles que celles soulevées par l'application du droit des infractions non intentionnelles aux décideurs, déjà affinées par la loi Fauchon, ou celles de l'imputabilité individuelle des fautes des gouvernants lorsque les décisions sont prises collégialement, transcendent la période de crise. Il était prévu, dans le cadre de la réforme de la Cour de justice de la République, que la responsabilité des ministres ne puisse être mise en cause « à raison de leur inaction que si le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable »<sup>408</sup>. L'expérience des états d'urgence incite à prendre en considération un tel ajustement du cadre légal. Pour le reste, cette étude consacrée aux états d'urgence ne constitue pas le cadre idoine pour réexaminer en profondeur ces questions délicates, qui ont fait l'objet de réflexions récurrentes. En outre, moins qu'à l'édiction d'un droit dérogatoire qui ne manquerait d'être interprété comme une résurgence d'une forme de privilège, c'est à la concomitance des poursuites pénales à l'action de crise qu'il faut s'intéresser.

## *2. La concomitance des poursuites pénales à l'action de crise*

Ni la possibilité de poursuivre pénalement certains responsables publics durant la crise sanitaire, fruit **du principe d'égalité devant la loi** et **du droit au recours des citoyens**, ni la réalisation d'actes d'enquête au plus près des faits, qui procède de **l'impératif de conserver les preuves**, ne peuvent être remises en cause pour les seules périodes de crise. C'est aux raisons profondes qui poussent les citoyens à se tourner vers le juge pénal qu'il faut s'intéresser. Il faut tout d'abord rappeler que le champ de la responsabilité pénale n'a cessé de s'étendre ces dernières décennies. Autrefois réservé aux comportements intentionnels les plus graves, il s'est, à mesure que les exigences de prévention des risques ont augmenté dans la société, élargi à des agissements ou des abstentions causant involontairement des dommages, le rapprochant peu à peu de la responsabilité civile délictuelle dans une sorte de processus de banalisation du droit pénal. Plusieurs raisons poussent les citoyens à se tourner vers l'action pénale. Les normes législatives accréditent l'idée que la responsabilité pénale est la seule capable d'assurer l'effectivité d'un dispositif en assortissant toute nouvelle obligation créée, d'une sanction pénale<sup>409</sup>. La gratuité de la justice pénale la rend aisément accessible et la médiatisation qui l'accompagne permet d'atteindre l'objectif de stigmatisation de l'auteur de l'infraction. Plus généralement, l'action pénale participe de la recherche d'un coupable et paraît, pour beaucoup, seule à même de répondre à une situation d'injustice. À certains égards, on fait appel au droit pénal pour raccommoder « *un tissu social déchiré* »<sup>410</sup>. Il est conçu comme une arme qui exprime la détresse ou la réprobation de ceux ne parviennent pas à obtenir les explications qu'ils souhaitent ou à identifier les responsables qu'ils recherchent. L'action pénale agit souvent, à cet effet, comme

408 CE, Ass., avis sur un projet de loi constitutionnelle, n° 397908.

409 Entre 2000 et 2018, on évalue à 19% l'augmentation du nombre d'articles du code pénal (cf. étude du Conseil d'État du 3 mai 2018, *Mesurer l'inflation normative*) On estime à environ 15 000 le nombre d'incriminations sachant que seules 120 d'entre elles sont utilisées ; entre 2000 et 2018, on évalue à 19% le taux d'inflation du code pénal.

410 A. Demichel, « Le droit pénal en marche arrière », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 213.



palliatif et substitut à l'absence de responsabilité professionnelle, sociale ou politique et les plaintes répondent souvent à un besoin de comprendre et de se faire entendre. La justice pénale redonne de la visibilité à des citoyens invisibles qui se sentent démunis face à des administrations ou des structures sociales imposantes. **C'est à ces expressions de détresse et d'incompréhension face à des responsables difficilement accessibles et identifiables qu'il faut tenter de répondre.**

## 2.2.2. Un renforcement ou une déstabilisation des équilibres normatifs ?

L'état d'urgence n'implique pas uniquement des modifications de répartition des compétences des autorités administratives. En bousculant temporairement les équilibres des pouvoirs, il agit sur les équilibres normatifs habituels, renforçant certaines normes, affaiblissant d'autres et faisant surgir de nouvelles formes de régulations. Avant 2020, les états d'urgence, cantonnés à un objectif de prévention de troubles à l'ordre public ou de lutte contre la menace terroriste, bouleversaient essentiellement les normes applicables aux auteurs de troubles. Avec l'état d'urgence sanitaire, ce sont toutes les normes qui régissent la société qui sont concernées.

### 2.2.2.1. L'impact des états d'urgence sur la hiérarchie des normes

Les états d'urgence bousculent la hiérarchie des normes. Si l'**effet direct** de l'état d'urgence sur la hiérarchie des normes en ce qu'il accroît le poids de la norme réglementaire est aisément identifiable, d'autres **effets plus indirects** existent. L'état d'urgence sanitaire s'est en effet accompagné d'un très grand nombre de **normes temporaires** destinées à permettre de concilier la continuité de la vie du pays et les mesures prophylactiques de grande ampleur. Elles **témoignent** de la déflagration qu'engendre une telle crise sur nos structures normatives.

La **norme constitutionnelle** garde sa place primordiale pour déterminer les équilibres fondamentaux. Les décisions rendues au fil des années par la procédure de la QPC, ont contribué à structurer et modeler le schéma normatif français et à garantir le respect des libertés. La décision du 26 mars 2020, [n° 2020-799 DC](#), relative à la loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19<sup>411</sup> a néanmoins été critiquée pour avoir validé une loi organique n'ayant pas respecté les conditions d'examen par le Parlement fixées par l'article 46 de la Constitution en raison de « circonstances particulières », sans plus de précisions.

**La loi**, seule, habilite le Gouvernement à déclencher un état d'urgence et autorise sa prorogation. Elle occupe donc sa place essentielle dans la hiérarchie des normes de crise. La loi de 1955 présente néanmoins une structure inhabituelle en mêlant des dispositions cadres avec des dispositions d'application, ce qui conduit à ce que l'ensemble de l'édifice puisse être rediscuté à chaque déclenchement d'un état d'urgence<sup>412</sup>. Quant à la loi sur l'état d'urgence sanitaire, elle est construite sur le même schéma mais présente un caractère temporaire et a donc vocation à disparaître

411 J. Jeanneney, « La non théorie des 'circonstances exceptionnelles' » *AJDA*, 2020, p. 843.

412 Cf. première partie et la thèse d'O. Beaud sur « la malfaçon législative » de la loi de 1955.



de l'ordonnancement juridique. La portée des lois prorogeant un état d'urgence est fréquemment affectée par l'importance des habilitations données au Gouvernement de légiférer par **ordonnances** sur le fondement de l'article 38 de la Constitution. En outre, le recours massif aux ordonnances conduit les administrations à y insérer de nombreuses dispositions de nature réglementaire, accentuant ce faisant une forme de désordre normatif susceptible de perdurer après l'état d'urgence.

L'état d'urgence sanitaire, qui a nécessité de réguler l'ensemble des champs d'activité, s'est beaucoup appuyé sur des **normes de droit souple**<sup>413</sup>. Les **foires aux questions** (FAQ) qui ont permis de mutualiser les réponses aux questions posées par les internautes et d'assurer une information de bon niveau, ont fait florès. Surtout, pour permettre la continuité de certaines activités tout en respectant des conditions sanitaires compatibles avec la lutte contre la propagation de l'épidémie, les ministères puis l'ensemble des entreprises se sont appuyés sur des **protocoles sanitaires** (eux-mêmes souvent déclinés des avis du Haut conseil de la santé publique). Le ministère du travail a, par exemple, établi un protocole sanitaire national à destination des entreprises et des salariés du secteur privé dans lequel il invitait les partenaires sociaux et les représentants du personnel à dialoguer avec les chefs d'entreprise pour organiser la mise en œuvre des mesures de précaution et anticiper d'éventuelles difficultés. Le même protocole rappelait les comportements à adopter pour lutter efficacement contre le virus, les actions à organiser pour organiser les tests de dépistage, la vaccination et la prise en charge des personnes malades et de leurs proches. Adaptable, flexible, cet instrument a permis de garantir une **mutabilité normative** en cohérence avec l'évolution de la situation épidémique. Les ouvertures de commerces, lieux de culte et autres ont été soumises à son respect<sup>414</sup> mais le juge des référés du Conseil d'État, saisi d'une requête sollicitant la suspension du protocole sanitaire du ministère du travail, a estimé qu'il n'était qu'un **ensemble de recommandations, ne revêtant pas un caractère obligatoire**, ayant pour objet de contribuer à assurer la sécurité des salariés en entreprise (*ordonnance du 19 octobre 2020*)<sup>415</sup>. La portée de cette ordonnance devra être confirmée par une décision au fond, mais elle donne un premier indice de la qualification juridique de cet instrument majeur de régulation utilisé durant l'épidémie. Une décision au fond intervenue le 22 décembre 2020 a reconnu **les effets notables des attestations de déplacement**<sup>416</sup> sur la liberté d'aller et venir<sup>417</sup> et jugé recevable le recours contre le modèle d'attestation.

---

413 Le juge des référés du Conseil d'État, rappelant le bon niveau de compétence aux acteurs de la crise, par une ordonnance du 8 avril 2020, a rappelé également que les communiqués de presse réalisés par le Gouvernement à destination des directeurs d'établissements sociaux et médico-sociaux constituaient de simples recommandations, le pouvoir de prendre des mesures destinées à l'intérieur de l'établissement à faire respecter les consignes ressortant de la seule responsabilité de ces derniers.  
414 JRCE, 7 novembre 2020 n° 446825.

415 JRCE, 19 octobre 2020, *Syndicat alliance plasturgie et composites du futur plastalliance*, n° 444809. La décision explique que le protocole constitue une « déclinaison opérationnelle » des dispositions de l'article L. 4121.1 du code du travail qui oblige l'employeur à prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la santé des salariés.

416 JRCE, 23 avril 2021, n° 451389.

417 CE, 22 décembre 2020, n° 439996.



### 2.2.2.2. L'impact des états d'urgence sur les droits et libertés fondamentaux

Les états d'urgence ont pour objectif de permettre au pouvoir exécutif de prendre des mesures dérogatoires au droit commun pour protéger la sécurité ou la santé des individus particulièrement menacés, ces deux notions renvoyant à la même finalité de **protection de la vie**. En pratique, cela se traduit toujours par des restrictions de libertés. Mais de quelles libertés parle-t-on ? Les périodes d'état d'urgence qui mettent à l'épreuve ces droits et libertés révèlent à quel point les frontières de ces notions sont floues et combien le rôle du juge est délicat<sup>418</sup>. À quel point les restrictions temporaires de libertés modifient-elles temporairement ou structurellement leur consistance ? Si les objectifs de protection de l'ordre public et celui de protection de la santé ont été maintes fois réaffirmés durant les deux derniers états d'urgence et ont été déclinés dans des situations très diverses, d'autres droits et libertés ont connu des mutations. Trois mouvements peuvent être identifiés. Le premier consiste à préciser des principes déjà reconnus.(1). Le deuxième consacre de nouvelles libertés, réajustant de fait la balance des droits et libertés (2). Le troisième enfin, moins visible mais plus profond, modifie le curseur du principe de proportionnalité dans la confrontation qu'il opère entre les objectifs de protection de l'ordre public et de la santé publique ,d'une part, et les autres libertés, d'autre part (3).

**1. Les précisions apportées aux droits et libertés fondamentaux déjà consacrés** – La restriction du champ de la **liberté individuelle** a été formulée avant l'état d'urgence antiterroriste mais ce dernier l'a parachevée. Si le Conseil constitutionnel avait, dans un premier temps, donné à la notion de liberté individuelle une définition large<sup>419</sup>, il l'a circonscrite à partir de 1999 **aux privations de liberté**, selon le schéma inspiré par *l'Habeas corpus*. Il a alors fait apparaître la notion de **liberté personnelle** fondée sur les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen applicable aux mesures **restrictives** de liberté<sup>420</sup>. Cette approche permet de reconnaître le caractère protéiforme de la liberté, les différents niveaux d'atteinte possibles et de dresser une séparation claire entre celles qui relèvent de l'article 66 de la Constitution, protégées exclusivement par le juge judiciaire, des autres. Durant l'état d'urgence antiterroriste, le contrôle de **la mesure d'assignation à résidence** a nécessité un nouvel arbitrage. La personne visée par la mesure se retrouve certes privée de sa liberté de se déplacer mais elle n'est pas au sens strict détenue avec d'autres personnes dans un lieu dédié et la mesure répond à un objectif de prévention de l'ordre public. Ainsi, les juges de la rue Montpensier, s'inspirant de la jurisprudence déjà établie sur l'assignation à résidence des étrangers, lui ont conféré la qualité de mesure de police administrative mais ont ajouté que l'astreinte au domicile ne peut être d'une durée supérieure à **12 heures par jour**. Si certains

418 M. Gauchet, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Revue le Débat*, 2000/ n° 110, p. 258 à 288 ; A. Supiot, *Homo juridicus ?*, Ed. Seuil, 2005, collection Point, not. p. 27.

419 Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977 sur la fouille des véhicules ; décision du 12 juillet 1979 n° 79-107 DC relative aux ponts à péage ; décision du 29 décembre 1983 n° 83- 164 DC, sur les perquisitions fiscales.

420 O. Dutheillet de Lamotte, *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, Presses universitaires de Toulouse, juin 2006 ; S. Théron, « Les mutations de la liberté individuelle : bilan d'une notion à géométrie variable » in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Presses universitaires de Toulouse, 2005.

ont qualifié ce critère prétorien, d'arbitraire<sup>421</sup>, celui-ci a le mérite d'être clair et de n'avoir pas été remis en cause depuis, ce qui en fait une « *indéniable garantie* »<sup>422</sup>. Le Conseil constitutionnel a en effet jugé que les mesures individuelles de **quarantaine et d'isolement d'une durée supérieure à 12 heures** prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire doivent être soumises au contrôle du juge judiciaire à bref délai<sup>423</sup>. Concernant la **liberté d'aller et venir**, le juge des référés du Conseil d'État a eu l'occasion de préciser les limites aux atteintes pouvant lui être portées<sup>424</sup>. Il a également reconnu que le manque de clarté de certains documents publics relatifs à l'usage de la bicyclette portait atteinte à cette liberté.<sup>425</sup> L'état d'urgence sanitaire a aussi été l'occasion pour le Conseil d'État de mettre à l'épreuve **le principe d'égalité** dans un contexte de politiques différenciées selon les territoires et les secteurs concernés<sup>426</sup>. Ces différenciations, fruits des normes voire des jurisprudences (différence entre les lieux de culte et de culture)<sup>427</sup> ont fait l'objet de contestations<sup>428</sup>. De façon plus générale, le principe d'égalité a été utilisé plusieurs fois durant l'état d'urgence sanitaire pour expliquer l'impossibilité juridique de promouvoir un confinement volontaire circonscrit aux personnes les plus vulnérables face au covid-19 pourtant esquissé par le Conseil scientifique. Cette justification semble juridiquement discutable car le principe d'égalité n'est pas atteint lorsque les mesures différentes répondent à des situations différentes<sup>429</sup>. La protection du droit au **respect de la vie privée** a également fait l'objet d'un approfondissement durant les états d'urgence tant les **nouvelles technologies** utilisées pour lutter contre les menaces sont performantes. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont rappelé son étendue dans plusieurs décisions relatives aux garanties permettant d'encadrer les saisies de données informatiques (*cf. supra*<sup>430</sup>) aux conditions de recueil de données personnelles de santé, à leur traitement, leur accessibilité pour lutter contre l'épidémie<sup>431</sup>, à l'hébergement des données de santé<sup>432</sup> ou encore à la surveillance par drone des mesures de sécurité sanitaire<sup>433</sup>. Enfin, le Conseil

---

421 J. Bonnetet et A. Roblot-Troizier, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, vol. 51, no. 2, 2016, pp. 85-110 ; P. Wajzman, « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue de Science criminelle*, 1988, p. 7.

422 V. Sizaire, « Consolidation du domaine de la liberté », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 28 mai 2020.

423 Les mesures réglementaires de confinement général de la population se trouvent en revanche hors du champ de ces jurisprudences, en raison de leur caractère réglementaire *cf.* CE, 22 juillet 2020, n° 440149. *Cf. infra*.

424 J. RCE, 17 avril 2020, n° 440057 ; J. RCE, 6 septembre 2020, n° 443750 ; J. RCE, 12 octobre 2020, n° 445101.

425 J. RCE, 30 avril 2020, n° 440179.

426 V. not. CE, 22 décembre 2020, n° 439804 ; J. RCE, 8 décembre 2020, n° 446715 ; J. RCE, 11 décembre 2020, n° 447208 ; CE, 28 mai 2021, n° 450256.

427 J. RCE, 23 décembre 2020, n° 447698 et s. ; J. RCE, 24 déc. 2020, n° 447900, 447935.

428 J. RCE n° 447295, 447307 ; J. RCE, 21 décembre 2020 n° 447572.

429 J. RCE, 16 décembre 2020, n° 440214, 440316, Rec. ; J. RCE, 16 décembre 2020, *Association Juristes pour l'enfance et Association Alliance Vita, Association Pharmac'éthique*, n° 440214, 440316, Rec.

430 *Cf.* p. 32,33,34,40 et 101

431 Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020 ; J. RCE, 19 juin 2020, n° 440916 ; J. RCE, 24 juillet 2020, n° 442017, *Asso. Le conseil national du logiciel libre et a.*

432 J. RCE, 19 juin 2020, n° 440916 ; J. RCE, 13 octobre 2020, n° 444937 ; J. RCE, 12 mars 2021, n° 450163, *Sté InterHop et a.*

433 J. RCE, 18 mai 2020, n° 440442, 440445, *Association « La Quadrature du Net » et Ligue des droits de l'homme.*



d'État a jugé les dispositions interdisant durant le premier confinement les toilettes mortuaires sur les personnes décédées de la covid-19, contraires au **droit à la vie privée et familiale normale** en raison de leur caractère général et absolu<sup>434</sup>. Mais la période de crise sanitaire a surtout permis d'affirmer que la **protection de la santé** est, aux côtés du droit à la vie<sup>435</sup>, une liberté fondamentale invocable devant le juge des référés<sup>436</sup>. Le **droit au respect de la vie et à recevoir des traitements et soins appropriés** a aussi été invoqué devant le juge des référés pour demander que l'État soit enjoint de prendre toute mesure propre à garantir l'égal accès des malades – notamment les résidents d'EPHAD – aux hôpitaux et services de réanimation<sup>437</sup>, pour réclamer une plus grande liberté de prescription y compris en dehors du cadre autorisé<sup>438</sup>, un confinement plus sévère<sup>439</sup> ou encore la fermeture des entreprises métallurgiques non essentielles à la Nation<sup>440</sup>.

**2. La consécration de nouvelles libertés fondamentales par le juge des référés administratif** – Aussi paradoxal que cela puisse paraître, les états d'urgence offrent l'occasion de consacrer de nouvelles libertés. Mais l'aporie n'est qu'apparente car c'est souvent la perte d'une chose qui fait prendre conscience de sa valeur. Si l'[article L. 521.2](#) du code de justice administrative se réfère à la « *liberté fondamentale* » cette notion n'est nullement définie. Elle ne fait d'ailleurs l'objet d'aucun consensus doctrinal, si bien qu'« *au-delà d'un 'noyau dur'* (la Déclaration de 1789), *le fruit est mou et chacun peut le modeler à sa guise, en fonction de ses convictions et sous l'influence de sa subjectivité* »<sup>441</sup>. Comme il l'avait déjà montré dès les premiers jours de l'entrée en vigueur de cette procédure d'urgence<sup>442</sup>, le juge administratif a usé pleinement de la latitude que lui laissait l'indétermination de cette notion durant l'état d'urgence sanitaire<sup>443</sup>. Afin de ne pas s'en tenir aux strictes dispositions réglementaires soumises à son contrôle mais de vérifier la légalité de leurs implications concrètes sur le terrain, il a reconnu que la faculté de se déplacer en utilisant un moyen de locomotion dont l'usage est autorisé constituait, au titre de **la liberté d'aller et venir et du droit de chacun au respect de sa liberté personnelle, une liberté fondamentale** au sens des dispositions de l'[article L. 521.2](#) du code de justice administrative et a, ensuite, enjoint au Premier ministre de rendre publique la position du ministère relative à l'utilisation du vélo comme moyen de déplacement<sup>444</sup>. À cela, il faut ajouter que par une ordonnance rendue le 23 décembre 2020<sup>445</sup>, il a reconnu comme liberté fondamentale **la liberté de création artistique**<sup>446</sup>.

434 CE, 22 décembre 2020, n° 439804.

435 JRCE, 8 septembre 2005, n° 284803 ; CE, Sect., 11 novembre 2011, n° 353172 ; CE, Ass., 24 juin 2014, n° 375081, *Mme Lambert et autre*.

436 Revenant sur l'ordonnance du JRCE du 8 septembre 2005.

437 JRCE, 15 avril 2020, n° 439910.

438 CE, 28 janvier 2021, n° 439936.

439 JRCE, 22 mars 2020, n° 439674, T.

440 JRCE, 18 avril 2020 n° 440012, T.

441 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2008, n° 1596.

442 C. Malverti et C. Beaufils, « Le référé en liberté », *AJDA*, 2020, p. 1154.

443 Durant l'état d'urgence de 2015 qui avait mis en tension des droits et libertés anciennement consacrés, cela n'avait pas été nécessaire.

444 JRCE, 30 avril 2020, n° 440179, T.

445 JRCE 23 décembre 2020, n° 447698 et s.

446 JRCE, 26 février 2021, n° 449692.



**3. Le déplacement du curseur du principe de proportionnalité et la question de la prévalence de certains droits et libertés** – De l'étude des jurisprudences établies durant les états d'urgence, le constat peut être fait que la balance des droits et libertés ne s'exerce pas de la même façon qu'en période normale. Le juge, rappelant tantôt les objectifs de protection de l'ordre public, de sauvegarde de la santé et les enrichissant par des notions comme « *la nécessité de garantir la continuité de la vie de la Nation* »<sup>447</sup> prend, comme **présupposé** à son contrôle de proportionnalité, la situation d'état d'urgence. La déclaration d'état d'urgence constitue une présomption de péril imminent qui engendre un **nouvel étalonnage** de la balance. Le régime de l'état d'urgence est d'ailleurs, à lui seul, une application du principe de proportionnalité permettant pour une période particulière et compte tenu des menaces exceptionnelles, d'adapter les mesures restrictives de liberté aux nouveaux besoins. Ce principe est utilisé de la même manière qu'en période normale mais les objectifs poursuivis par l'état d'urgence (protection de l'ordre public ou protection de la santé) pèsent plus lourd dans la balance qu'en temps normal. Le juge examine alors, à cette aune, s'il existe une disproportion manifeste entre les restrictions apportées aux libertés et les objectifs poursuivis. Il prend même en compte la dimension d'**incertitude** qui préside aux crises majeures et autorise l'administration à prendre des mesures de protection contraignantes « *sans attendre que la réalité et la gravité des risques ne soient démontrées* »<sup>448</sup>. Les immixtions et restrictions de liberté comme le confinement général, des perquisitions administratives, les couvre-feux semblent plus acceptables en période exceptionnelle quand bien même elles porteraient atteintes à la liberté du travail, de se marier, de se réunir, etc. Dans cette nouvelle balance, certains droits et libertés résistent mieux que d'autres. Eu égard à la gravité de la situation sanitaire, le juge administratif a estimé que certaines atteintes à la **liberté d'entreprendre et à son corollaire, la liberté du commerce et de l'industrie**, malgré leur importance, n'étaient pas disproportionnées. Mais certaines décisions fixent aussi des **limites**. Il a notamment été jugé, dans l'affaire relative au port du « burkini » que « *l'émotion et les inquiétudes résultant des attentats terroristes* » ne sauraient à elles seules caractériser les risques de troubles à l'ordre public justifiant une mesure de police<sup>449</sup>. A été ainsi exclu qu'existe un « *ordre public de l'exception* ». Seuls des risques de troubles matériels à l'ordre public, étayés par des constats de désordres circonstanciés dans le temps et l'espace, peuvent justifier une mesure de police. Les limites aux atteintes à la **liberté individuelle** ont aussi été strictement définies (cf. *supra*). De même le **droit d'expression collective des idées et des opinions**, garanti par la Constitution et les **articles 10 et 11** de la CEDH, et la liberté de **manifester ou de se réunir** qui en découle sont particulièrement protégés par le juge qui rappelle qu'ils sont la « *condition de la démocratie* ». Ont ainsi été annulées les dispositions réglementaires édictées par le Premier ministre prévoyant la possibilité de soumettre à autorisation préalable les manifestations alors qu'aucune loi ne l'y habilitait<sup>450</sup>. Le juge administratif a également veillé à ce que les atteintes portées à la **liberté de culte** soient nécessaires, adaptées et

447 CE, 22 décembre 2020, n° 439804.

448 JRCE, 4 avril 2020, n° 439905.

449 JRCE, 26 août 2016, n° 402742-402777.

450 JRCE, 6 juillet 2020, n° 441257, 441263, 441384. CE, 15 janvier 2021, *CGT et a.*, n° 441265.



proportionnées au regard de l'objectif de sauvegarde de la santé publique, alors même qu'un des premiers foyers de l'épidémie s'est constitué au cours d'une cérémonie religieuse.

Une partie de la doctrine voit dans la **prévalence de certains droits et libertés** un « **noyau dur** »<sup>451</sup> qui pourrait se rapprocher d'un **seuil intangible de droits fondamentaux** à l'instar de ce que prévoit la Cour européenne des droits de l'homme en application de l'[article 15 §2](#) de la CEDH et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>452</sup>. Des auteurs émettent le souhait qu'une telle hiérarchisation soit explicitement consacrée et voient dans les expériences tirées des états d'urgence l'occasion de conférer à ces droits intangibles un régime juridique plus protecteur<sup>453</sup>. Mais cette voie suscite de nombreuses réserves tant parce que la protection des libertés qui ne figureraient pas parmi les droits indérogeables risquerait de s'affaiblir que parce qu'elle apporterait de la rigidité et des contraintes inutiles<sup>454</sup>. La détermination de tels droits n'est en outre pas si évidente à définir. On pourrait par exemple spontanément y inscrire le droit à la vie. Pourtant, certaines valeurs comme la dignité humaine, la souveraineté les valeurs démocratiques apparaissent au-dessus de la vie. Ainsi, des soldats risquent leur vie pour promouvoir et protéger leurs pays et rien, pas même la protection de la vie d'autrui, ne peut justifier la torture. En tout état de cause, il est permis de se demander, à l'instar de François Sureau, si l'accumulation des dispositions restrictives de liberté et la répétition des états d'urgence ne conduisent pas, au fil des mois, à déplacer définitivement le curseur du principe de proportionnalité au nom d'objectifs comme ceux de la protection de l'ordre public ou de la santé publique qui sont difficiles à contrebalancer<sup>455</sup>. En réalité, c'est plus par **un renforcement du droit au recours** que le législateur compense l'absence de délimitation préalable à la restriction des libertés. Le Conseil constitutionnel prend en compte la possibilité d'exercer un recours devant le juge pour apprécier la constitutionnalité des mesures de police administrative et des mesures de police judiciaire (cf. la loi SILT). Mais plus fondamentalement, apparaît en toile de fond la question de **la limite à assigner aux objectifs de sécurité et de protection de la vie**. Le philosophe et mathématicien Olivier Rey pose une question pertinente : « *Quelles libertés, les populations ne sont-elles pas prêtes à accepter, pour fuir devant cette terreur, avec laquelle plus aucun rite ne permet de composer ?* »<sup>456</sup>.

### 2.2.2.3. L'impact des états d'urgence sur le principe de légalité et la sécurité juridique

Les très nombreuses décisions de jurisprudence citées au long de cette étude témoignent de la vivacité du contrôle de constitutionnalité et de légalité pendant

451 P. Gervier estime ainsi que le Conseil constitutionnel protège mieux la sphère personnelle du droit au respect de la vie privée que la sphère sociale et le lieu d'habitation plutôt que le lieu professionnel in « La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public », *LGDI*, 2014.

452 Cf. *supra* première partie.

453 B. Mathieu, « De la difficulté et de l'utilité de modifier les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution », *Mélanges en l'honneur d'Y. Jégouzo*, 2009, thèse de P. Gervier *op. cit.*

454 P. Muzny, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *Revue du droit public*, n° 4, p. 977, 2006.

455 P. Gervier démontre que la notion d'ordre public a été remodelé en lui donnant une assise puissante.

456 O. Rey, *op. cit.*



les états d'urgence. Les décisions de l'administration que ce soit en période normale ou en période d'état d'urgence doivent être conformes au droit en vigueur, qu'il soit national, européen ou international<sup>457</sup>. **Avant leur adoption**, les lois et les décrets en Conseil d'État sont soumis au contrôle *a priori* des sections administratives du **Conseil d'État** qui dispose également d'une procédure d'urgence<sup>458</sup>. En 2020, il a examiné 202 projets de lois, d'ordonnances ou de décrets liés à des mesures covid-19 dont 112 en moins de 5 jours. Sur l'année 2020, on dénombre 628 séances de travail contre 411 en 2019. La section sociale, particulièrement concernée par l'état d'urgence sanitaire, a examiné environ 40% d'affaires de plus qu'en 2019, dont trois fois plus de projets de loi, neuf fois plus de projets d'ordonnance et 10% de plus de projets de décret. Par ailleurs, les juges constitutionnel, administratif et judiciaire, vérifient, chacun dans le cadre de litiges, que les dérogations instituées le sont dans les strictes conditions prévues par la norme supérieure<sup>459</sup>. On peut donc affirmer que **le principe de légalité** est pleinement opérant durant l'état d'urgence. Mais ce principe s'est trouvé, durant l'état d'urgence sanitaire, déstabilisé par l'instauration d'une « **légalité de crise** » ou « **légalité de substitution** ». Répondant à la demande toujours plus pressante d'une norme anticipant toutes les situations de façon précise et exhaustive, l'état d'urgence sanitaire a été marqué par un véritable « **tsunami normatif** »<sup>460</sup> qui s'est manifesté tant par l'adoption de règles sanitaires nécessitant d'être régulièrement revues que par la modification de nombreuses normes qui adaptent l'ensemble des secteurs aux circonstances exceptionnelles engendrées par la crise<sup>461</sup>. « *Le scandale né de la transgression de la règle ordinaire conduit rapidement à une légalité nouvelle qui se veut transitoire mais entend également être complète, cohérente et adaptée à l'état de nécessité* »<sup>462</sup>. On peut voir dans ce phénomène, qui a également pu être constaté chez les pays voisins<sup>463</sup>, le signe d'une attitude prudentielle aiguë mais c'est sans doute aussi la conséquence d'une **conception exigeante du principe de sécurité juridique** tel que reconnu par le Conseil d'État qui demande au pouvoir réglementaire que celui-ci agisse pour assurer l'effectivité des normes supérieures et prévoit les dispositions transitoires afférentes<sup>464</sup>. Nul ne conteste que certaines adaptations aient impérativement besoin d'une assise textuelle et étaient indispensables pour que les activités essentielles se poursuivent<sup>465</sup>, mais il faut s'interroger sur la façon de mieux limiter l'édition de nouvelles normes en période de crise à ce qui est strictement indispensable pour deux raisons évidentes. D'une part, cette fabrication à régime **forcé ne peut que s'accompagner d'une détérioration de la qualité de la norme.**

457 Cf. les décisions rendues dans le domaine des nouvelles technologies

458 Examen du texte par la commission permanente.

459 Cf. par ex. CE, 21 décembre 2020, n° 441399 ; CE, 16 novembre 2020, n° 440418 *op. cit.*

460 D. Tabuteau, *op. cit.*, première partie

461 A titre d'exemple, le décret du 23 mars 2021 prescrivant les mesures générales pour faire face à l'état d'urgence sanitaire a été modifié 19 fois entre son entrée en vigueur et son abrogation à la fin du premier état d'urgence sanitaire. Le second adopté le 16 octobre avait été modifié 30 fois le 19 mai 2021 et comptait 44 pages annexes comprises.

462 J.-E. Schoettl, « Crise de la norme, norme de la crise », *Commentaires* n° 173, Printemps 2021

463 *Conférence* du 17 juin 2021 de la société de législation comparée.

464 CE, Ass., 24 mars 2006, *KPMG*, n° 288461.

465 Cf. les ordonnances ayant permis aux juridictions de continuer à fonctionner durant les confinements, d'alléger les procédures, de recourir à la visio-conférence, de permettre aux entreprises de poursuivre leurs activités etc. Cf. « Entretien avec le directeur des affaires civiles et du sceau », *Les cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, sept-oct.2020.



Le Conseil d'État, qui ne dispose parfois que de quelques jours pour examiner des textes d'importance, ne peut pas garantir le niveau d'expertise optimal. D'autre part, en recherchant une très forte sécurité juridique, le risque est d'engendrer, paradoxalement, à la fois une paralysie des acteurs, un manque d'initiative et *in fine* **une forme d'insécurité juridique qui dévitalise la norme ou la rend illisible**. Destinée en principe à garantir et encadrer l'action, la norme est perçue comme une permission d'agir. En ne luttant pas contre ce phénomène, le réflexe consistant à réclamer une norme avant d'agir, est sans cesse nourri. **Or, le temps consacré à édicter des normes et à « penser la crise » peut se faire au détriment de « l'action de crise »**. Le sociologue Michel Crozier évoquait dans ses ouvrages le « tropisme technocratique », c'est-à-dire la tendance à valoriser la réflexion sur l'organisation formelle et à délaissier la mise en œuvre concrète<sup>466</sup>. L'administration s'inspire trop, selon lui, de l'adage selon lequel « l'intendance suivra ». Cette attention insuffisante portée à la réalisation engendre une forme de « crise de la norme »<sup>467</sup>, car la norme doit être au soutien de l'action et non l'inverse.

Plus encore que l'analyse des bouleversements qu'induit l'état d'urgence sur la mécanique institutionnelle et normative, ce sont les effets de ce régime juridique qui doivent être mesurés, tant pour faire face à la crise que pour en sortir et retrouver le chemin du droit ordinaire.

## 2.3. L'efficacité des états d'urgence

La mesure de l'efficacité des états d'urgence suppose la mise en balance des avantages et des inconvénients qu'ils génèrent (1). Elle permet également de mieux percevoir les maux structurels qui ne sont pas l'apanage des situations d'urgence et nécessitent une action profonde de long terme (2).

### 2.3.1. Les bénéfiques et les risques des états d'urgence

La mesure de l'efficacité des états d'urgence est doublement complexe. D'une part, il n'est pas toujours aisé de distinguer ce qui relève du dispositif juridique instituant l'état d'urgence en lui-même de ce qui relève des conséquences qui s'attachent aux mesures adoptées. Il n'est pas non plus aisé de distinguer ce qui relève de l'état d'urgence de ce qui relève de la façon dont les autorités ont conduit la politique décidée. D'autre part, s'agissant d'un outil préventif, il est, par définition, difficile de mesurer son efficacité car le succès des actions préventives se traduit par des abstentions (absence de trouble, réduction du nombre de décès). Pour dépasser ces obstacles et préserver la clarté du débat, il faut examiner si l'outil juridique que constitue l'état d'urgence facilite la résolution de la crise d'ampleur pour laquelle il a été mobilisé ou non. Il faut ensuite examiner les effets secondaires induits par ce régime pour apprécier sa pertinence sur la balance des bénéfiques et des risques.

466 H. Bergeron, O. Borraz, P. Castel, F. Dedieu, *Covid-19 : une crise organisationnelle*, Presses de Sciences Po, 2020.

467 J-E. Schoettl, « Crise de la norme, norme de la crise », *op. cit.*



### 2.3.1.1. Une efficacité palpable mais difficile à évaluer

C'est à l'aune de l'efficacité des mesures exorbitantes édictées pour faire face aux crises aiguës que l'on peut mesurer celle des états d'urgence. Si certains indices objectifs fournissent des informations utiles, d'autres, plus insaisissables, mais tout aussi importants, doivent être pris en compte.

**1. Les indices aisément pris en compte** – Pour apprécier l'efficacité d'un état d'urgence déclenché sur le fondement de la loi de 1955, le critère le plus direct et facile à appréhender est celui du **retour au calme et de l'arrêt des troubles à l'ordre public**. Cela s'apprécie objectivement et s'en tenant à constater la disparition de manifestations évidentes des troubles. Le traitement des causes n'entre pas en ligne de compte, à défaut l'état d'urgence serait perpétuel. S'agissant de **l'état d'urgence décrété le 8 novembre 2005** qui avait été déclenché dans 25 départements une semaine après le début des émeutes en banlieues qui s'étendaient hors de l'île de France, le retour au calme est intervenu très rapidement après l'application des mesures. **S'agissant de l'état d'urgence antiterroriste**, le critère n'a pu être rempli, plusieurs autres attentats significatifs ayant eu lieu pendant son déroulement. On pourrait certes objecter que depuis l'attentat de Nice, aucun attentat de masse n'est intervenu, mais comment savoir si cela n'est pas plus directement dû à la mutation de la menace, désormais plus endogène et au démantèlement militaire de l'État islamique ? **D'autres indices** peuvent être pris en compte. À la sortie de l'état d'urgence, un rapport du ministère de l'intérieur annonçait 32 attentats déjoués, 13 tentatives d'attentats et 5 attentats ayant fait 92 morts. Du côté du ministère de la justice, on dénombrait une augmentation notable des ouvertures d'information judiciaire (cf. *supra*<sup>468</sup>). S'agissant de **l'état d'urgence sanitaire**, on ne peut se contenter de compter les morts de la covid-19. En effet, pour apprécier la pertinence des mesures dérogatoires prises par l'État, il faut comparer le nombre de décès par rapport au nombre normal de décès annuel et identifier dans quelle mesure la proportion de personnes mortes ou victimes d'importantes séquelles a diminué grâce à l'impact des mesures prises pendant l'état d'urgence sanitaire. Les chiffres fournis démontrent l'efficacité des deux confinements sur la baisse du nombre de décès et une surmortalité globale par rapport à une année normale de 60 pour 100 000<sup>469</sup>. Le rapport final de la mission présidée par le Professeur Pittet situe la France dans le quart haut des pays occidentaux les plus touchés après le Royaume-Uni, l'Italie, les États-Unis et l'Espagne et souligne la bonne performance de la France<sup>470</sup>.

**2. Les indices plus difficiles à quantifier** – Pour apprécier finement l'efficacité des mesures pendant l'état d'urgence sanitaire, il est important de prendre en compte **le nombre de vies perdues par l'effet indirect des mesures prises**<sup>471</sup>. On ne sait pas

468 Cf. p. 87

469 Un tableau de bord des chiffres de l'épidémie a été réalisé par Santé publique France quotidiennement. Au 23 mai 2021, on dénombrait au total 108.625 morts. On dénombre toutes causes confondues 613243 décès en 2019 contre 669 000 décès en 2020 (cf. communiqué de presse du 15 janvier 2021 SPF et base de données de l'INSEE sur le nombre de décès quotidiens).

470 Pr. Pittet, Dr. Boone, Pr. Moulin, M. Briet, Dr. Parneix, *Rapport final de la mission indépendante nationale sur l'évaluation de la gestion de la crise covid-19 et sur l'anticipation des risques pandémiques*, mars 2021.

471 P. Lombraill, T. Lang, I. Gremy, « Derrière l'impératif de protéger les populations à risque se cachent



pour l'instant comptabiliser les conséquences en terme de mortalité des défauts de dépistage de maladie, de déprogrammations, renoncements aux soins et aggravation des maladies mentales mais, en juin 2020, de nouveaux patients qui avaient renoncé à leurs soins pendant cette période ont afflué, leur pathologie étant, dans certains cas, aggravées<sup>472</sup>. Une étude évalue à 2 millions le nombre d'opérations et examens annulés pour des patients non-covid-19 pendant la première vague de l'épidémie.<sup>473</sup> Enfin, l'impact économique et social devra également être pris en compte dans un futur proche, avec le recul nécessaire, pour mesurer les effets sur la mortalité<sup>474</sup>. On sait simplement à ce stade que le PIB a chuté de 10 points. Comme cela a été souligné précédemment, il ne faut pas négliger l'**impact psychologique** de l'utilisation de l'état d'urgence à la fois sur les groupes qui menacent l'ordre public et sur la population générale<sup>475</sup>. De l'avis de tous les acteurs de terrain, l'état d'urgence antiterroriste a permis de déstabiliser et de désorganiser les réseaux terroristes potentiels. L'état d'urgence sanitaire a lui aussi permis de faire prendre conscience à la population de la gravité de l'épidémie et de l'urgence à réagir, confirmant ainsi que l'annonce de l'état d'urgence accélère la prise de conscience de la gravité de la situation et accroît **l'acceptabilité des mesures par les citoyens**. À ce stade, deux constats peuvent être faits. Le premier est qu'il est très difficile de distinguer l'impact de l'état d'urgence sur la résolution d'une crise, de la gestion globale de la crise tant les deux sont liés. Quelle réelle plus-value a eu l'état d'urgence ? Que ce serait-il passé en 2015 si l'état d'urgence n'avait pas été déclenché ? Beaucoup de spécialistes craignaient des répliques aux attaques du Bataclan ; auraient-elles eu lieu en l'absence d'état d'urgence ? Quel aurait été le visage de la crise sanitaire si tout avait reposé sur le civisme des citoyens sans aucune contrainte, ou si une simple loi de lutte contre l'épidémie avait été adoptée ? A titre comparatif, on peut noter que, comme l'a relevé le rapport Pittet, **la Suède**, même si elle a déploré plus de morts que la Norvège et la Finlande qui avaient opté pour des mesures plus strictes en début de la crise, a atteint un niveau de surmortalité très inférieur à la France sans jamais imposer de confinement général ou de fermeture générale des commerces. On peut noter aussi qu'aucun de ces trois pays nordiques n'a mis en œuvre de régime d'exception. Le second constat est que, pour procéder à l'évaluation fine de l'impact des états d'urgence sur les gestions de crise, il faudrait disposer **d'indicateurs plus adaptés**. La mise en place d'un outil d'évaluation élaboré par des experts, dès le début de la crise sanitaire, aurait facilité ce travail<sup>476</sup>.

### **3. L'importance de l'évaluation parlementaire et des autres instances compétentes** – Afin de bénéficier d'une évaluation objective, le travail de chercheurs indépendants et du Parlement est indispensable. À cet égard, les

---

en réalité des choix qui n'ont rien d'évident », *Le Monde*, 6 mai 2021.

472 Rapport Pittet *op. cit.*, rapport de la DRESS sur *Les inégalités sociales face à l'épidémie de covid-19* et rapport de la délégation ministérielle à la santé mentale et à la psychiatrie du ministère de la santé.

473 « A l'hôpital, un désastre invisible », *Journal du dimanche*, 9 mai 2021.

474 Au niveau international, les chiffres sont éloquentes : 142 millions d'enfants dans la pauvreté, doublement du chômage dans les pays de l'OCDE, accroissement des troubles mentaux, défauts de soins etc. L. Cambon, H. Bergeron, P. Castel, V. Ridde, F. Alla, *Quand la réponse mondiale à la pandémie se fait sans la promotion de la santé*, Presses de Sciences Po, 2021.

475 Cf. *supra*, la nécessité des états d'urgence.

476 H. Bergeron, O. Borraz, P. Castel, F. Dedieu, *Covid-19 : une crise organisationnelle*, Presses de Sciences Po, 2020, p. 100.



**rapports des commissions d'enquête et missions parlementaires** sur les différents états d'urgence sont particulièrement précieux. On dénombre une vingtaine de rapports concernant l'état d'urgence antiterroriste et une trentaine pour l'état d'urgence sanitaire. Les regards de la CNCDH, du Défenseur des droits et des autres acteurs de la société civile contribuent également à une meilleure objectivation de l'évaluation critique des états d'urgence<sup>477</sup>.

### **2.3.1.2. Une efficacité discutable : l'utilité décroissante de l'état d'urgence**

Toutes les analyses des deux derniers états d'urgence convergent sur un même constat : l'effet utile des états d'urgence se concentre dans les premières semaines et s'étiolle rapidement. De plus, à mesure que le temps passe, les effets négatifs s'accroissent et remettent en question l'intérêt de **prolonger dans le temps de tels cadres juridiques dont la vocation est**, par définition, d'être temporaires. La balance des avantages et des inconvénients se déséquilibre rapidement et de façon croissante.

**1. Une efficacité reconnue dans les premiers jours** – Face à une crise majeure à laquelle le droit commun apporte une réponse inadéquate, l'utilisation de l'état d'urgence présente, durant les premiers jours de la crise, plusieurs atouts indéniables. Même les commentateurs les plus réservés lui concèdent, dans cette mesure, une utilité. Comme cela a été souligné précédemment, l'état d'urgence est un outil précieux, par sa dimension performative et mobilisatrice, pour lutter contre une menace inédite. Il offre aussi un **cadre d'exception clair et lisible** qui confère au pouvoir exécutif les pouvoirs renforcés lui permettant d'agir avec efficacité. En montrant qu'il est en mesure d'agir sans délai, l'État **rassure** la population et garde le contrôle de la situation.

**2. Une efficacité controversée à moyen terme** – L'efficacité de l'état d'urgence s'érode à mesure que le temps passe car il est, par essence, un outil d'urgence dont l'acceptabilité décroît rapidement. La professeure de droit public Anne Levade évoque à cet égard son « *obsolescence programmée* ». De nombreux acteurs de l'état d'urgence antiterroriste ont pointé l'amenuisement progressif de cet « *effet déstabilisateur, lié à la surprise des opérations menées* », la baisse du nombre de perquisitions administratives et de suites judiciaires données<sup>478</sup>. Les critiques doctrinales ont été d'autant plus virulentes et pertinentes que la menace contre laquelle il s'agit de lutter s'est avérée pérenne<sup>479</sup>. L'état d'urgence sanitaire a vu quant à lui s'opposer deux lignes doctrinales. Pour certains, il faut sortir de l'état d'urgence le plus rapidement possible et au besoin, lorsque la crise persiste, adapter les instruments de droit commun tant que la crise sanitaire dure. Pour d'autres, l'état d'urgence doit être maintenu tant que la crise dure, avant de laisser place à une législation transitoire. En tout état de cause, le prolongement des périodes d'état d'urgence présente **plusieurs dangers pour la vie institutionnelle et démocratique**.

---

477 Cf. *supra*. Le contrôle démocratique de l'état d'urgence

478 G. Fenech, S. Pietrasanta, *Rapport sur les moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015*, Assemblée nationale, juillet 2016

479 B. Manin, « Le paradigme de l'exception », *op. cit.*



Insuffler l'idée qu'une crise grave ne se gère qu'au prisme de l'exception risque de suggérer, d'une part, que les garanties offertes par le droit commun sont des pesanteurs inutiles et, d'autre part, que l'État, fort en période d'état d'urgence, est **faible** en période normale<sup>480</sup>. Cette perception nourrit d'ailleurs les thèses de ceux qui estiment que seules les démocraties dites « illibérales » peuvent faire face aux défis du monde contemporain. Dans un sondage publié par Fondapol le 18 avril 2020, 44% des Français exprimaient l'opinion qu' « *en démocratie, rien n'avance et qu'il vaudrait mieux moins de démocratie mais plus d'efficacité.* » Plusieurs philosophes fustigent ainsi le recours à l'état d'urgence en tant que technique de gouvernement jetant le discrédit sur le fonctionnement normal des institutions et dénoncent une gouvernance par les crises<sup>481</sup>.

Le réflexe de l'état d'urgence conduit par ailleurs à **amalgamer les mesures prises pour affronter une crise majeure et le cadre instauré pour ce faire**. Contrairement à l'idée qui semble se répandre, le pouvoir exécutif peut adopter des mesures exceptionnelles, y compris restrictives de liberté, sans recourir au cadre de l'état d'urgence et sans perte d'efficacité. Bon nombre de pays étrangers appliquent des mesures exceptionnelles sans pour autant mettre en place un régime d'exception. Le raisonnement qui conduit à maintenir un état d'urgence tant que les mesures restrictives de liberté sont utiles et que la menace persiste sans envisager d'autres modes de gouvernance présente le risque de conduire à état d'urgence permanent<sup>482</sup>. Il menace également de conduire à des **cumuls d'état d'urgence** : si chaque crise grave se résout par un état d'urgence, on ne peut exclure que plusieurs états d'urgence se superposent (pour faire face à une attaque terroriste ou cyberattaque en période de pandémie, etc.).

L'usage prolongé de l'état d'urgence, en ce qu'il conduit à une concentration des pouvoirs au sein de l'exécutif de l'État **affaiblit, comme cela a été souligné, les autres acteurs institutionnels**, aux premiers rangs desquels le Parlement et les collectivités territoriales. Qui plus est, cette concentration comporte paradoxalement le risque d'éroder la confiance envers le pouvoir exécutif qui, solennellement astreint à l'obligation de résultat de protéger la vie des citoyens, est menacé de décevoir. L'affaiblissement du Parlement, la concentration des moyens d'expertise autour du pouvoir exécutif peut également renforcer le sentiment de la population de n'être pas entendue et de ne pas être suffisamment associée aux décisions la concernant. Ainsi, pendant l'état d'urgence sanitaire, les confinements ont-ils été justifiés par l'impossibilité pour l'hôpital de faire face à l'afflux de malades et le refus d'opérer des choix entre les patients, alors même que cette priorité donnée aux malades de la covid-19 se faisait au détriment d'autres patients. Les interrogations que cela a fait naître chez nombre de Français ont été renforcées par le non respect, justifié par l'état d'urgence, des règles de consultation d'instances représentatives ou participatives. Dans le même contexte d'état d'urgence sanitaire, le report d'élections politiques en 2020 et 2021 a, lui aussi, été critiqué comme le symptôme d'une démocratie à l'arrêt.

---

480 D. Salas, « La banalisation dangereuse de l'état d'urgence », *Etudes* 2016/3, mars 2016.

481 G. Agamben, M. Goupy, *op. cit.*

482 En septembre 2020 lors de la deuxième vague, face à un risque identifié et une organisation éprouvée, il aurait pu être envisagé de voter une loi pour lutter contre l'épidémie de covid-19 sans instaurer un nouveau un état d'urgence.



Comme cela a été souligné précédemment, l'usage prolongé de l'état d'urgence, *a fortiori* lorsqu'il se traduit par une prolifération de normes d'exception, **affaiblit la valeur intrinsèque du droit** et la **confiance** que l'on peut lui accorder<sup>483</sup>. Le droit se trouve malmené puisqu'il est à la fois accusé d'obsolescence et utilisé avec excès pour répondre à tous les défis. L'état d'urgence instaure de nouvelles règles transitoires qui stigmatisent un droit commun apparaissant rigide et non évolutif et menace d'accentuer la confusion des règles en vigueur. Le projet de loi « instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires »<sup>484</sup>, présenté puis abandonné en décembre 2020 et destiné à créer un nouveau régime intermédiaire de crise sanitaire, distinct de l'état d'urgence en était une illustration : en dépit d'intentions louables, les risques de rigidification des cadres d'action et de complexification que ce texte induisait n'étaient pas négligeables et l'amalgame entre les mesures à prendre et le régime d'encadrement était patent.

On peut craindre, par ailleurs, que l'accoutumance à ces périodes de légalité de crise ne laisse des traces profondes dans le droit commun. Le risque induit par l'utilisation récurrente et prolongée des états d'urgence est celui d'un **affaiblissement progressif des libertés individuelles et de la cohésion nationale**. L'augmentation des pouvoirs de police administrative se traduit inmanquablement par des mesures restrictives de liberté. Parmi d'autres commentateurs critiques, Mireille Delmas-Marty dénonce un « *rêve de perfection* » qui « *transforme nos États de droit en États policiers* »<sup>485</sup>. Force est de constater que durant l'état d'urgence sanitaire, même si des garanties importantes ont été apportées par le contrôle du juge, les restrictions de libertés ont été d'une ampleur sans précédent. Les risques psychologiques induits par le **maintien du climat anxigène** se sont ajoutés au traumatisme de la crise inhérent à la crise elle-même<sup>486</sup>. En outre, ces périodes fracturent le corps social en deux blocs de sensibilités opposées : alors que certains estiment que les mesures protectrices ne sont jamais assez fortes et préconisent des mesures toujours plus contraignantes, fût-ce au détriment des libertés, d'autres estiment, à l'inverse que l'on désresponsabilise les citoyens et qu'il ne faut restreindre les libertés que de façon exceptionnelle. Ainsi l'état d'urgence, lorsqu'il **renforce paradoxalement le sentiment d'insécurité, crée une accoutumance au droit d'exception chez certains et une aversion chez d'autres**, mettant ainsi en cause la cohésion sociale et en nous éloignant de l'objectif de « *redonner de la substance à l'existence collective* » et de « *reformuler le pacte démocratique* »<sup>487</sup>.

S'agissant enfin de certaines conséquences de l'état d'urgence sanitaire et des craintes qu'elle a suscitées, la commission nationale consultative d'éthique s'est inquiétée de processus qui peuvent déshumaniser les individus<sup>488</sup>. La

---

483 A. Vidal-Naquet, « Le droit apparaît comme l'un des grands perdants de la crise engendrée par le covid-19 », *Le Monde*, 25 décembre 2020.

484 Projet de loi n° 3714 déposé le 21 décembre 2020 à l'Assemblée nationale.

485 M. Delmas-Marty, « Le rêve de perfection transforme nos États de droit en États policiers », *Le Monde*, 1<sup>er</sup> mars 2021.

486 V. not. sur cette thématique, Hans Jonas, « L'heuristique de la peur » dans H. Jonas, *Le principe de responsabilité*, Flammarion, 2013, p. 480.

487 A. Garapon et M. Rosenfeld, *Démocraties sous stress, les défis du terrorisme global*, PUF, 2016, p. 7.

488 CCNE, *Enjeux éthiques de la prise en charge et de l'accès aux soins pour tous en situation de forte tension liée à l'épidémie de Covid-19*, 16 novembre 2020.



stigmatisation, la mise à l'écart, l'interdiction d'accompagner un proche en fin de vie ou de pouvoir enterrer collectivement ses morts ont en effet pu susciter de graves douleurs morales, voire des atteintes à la dignité humaine. Thucydide, en son temps, avait déjà décrit l'anomie de la société en proie à la peste et l'abandon des rites funéraires<sup>489</sup>.

## 2.3.2. L'état d'urgence, puissant révélateur des maux du temps ordinaire

Les états d'urgence concentrent, dans leur pratique, l'ensemble des dysfonctionnements des temps ordinaires en les exacerbant et les rendant plus visibles. Ils révèlent en particulier la **perte de confiance** qui affecte la société française.

### 2.3.2.1. Les dysfonctionnements institutionnels

Les états d'urgence témoignent ainsi des difficultés auxquelles est confronté l'État dans la **mise en œuvre de l'action publique**. Les difficultés de coordination entre l'ensemble des acteurs institutionnels, qu'ils agissent à des niveaux sectoriels ou territoriaux distincts, en période d'état d'urgence, ne sont que les manifestations de difficultés structurelles. Les cadres institutionnels et normatifs n'ont cessé de se complexifier occasionnant concurrence, lenteur, manque de culture et de connaissance partagées. Les attentes des citoyens sont de plus en plus contradictoires. Cette superposition de contraintes nuit à une action publique lisible et efficace, dans un contexte d'**affaiblissement de l'autonomie stratégique nationale**. L'État dispose de moins en moins de moyens autonomes d'exécution de ses décisions, ce qui le rend dépendant de partenaires publics et privés, nationaux voire étrangers. Si les services publics ont démontré une forte capacité d'adaptation durant la crise sanitaire, de nombreux signaux rappellent leur fragilité et interrogent leur soutenabilité<sup>490</sup>.

Les états d'urgence révèlent également les **difficultés inhérentes à la démocratie représentative** : structurer le débat public et l'expression de toutes les sensibilités, permettre de dégager des majorités, lutter contre la démagogie<sup>491</sup>, disposer d'instances représentatives reconnues sont des enjeux qui transcendent les périodes ordinaires et extraordinaires.

Les états d'urgence révèlent par ailleurs la **place croissante des juges dans la vie en société**, le droit au recours étant un attribut de la citoyenneté d'autant plus essentiel que les autorités publiques multiplient les contraintes. Si l'augmentation des recours contentieux est le signe d'un État de droit dynamique, on peut aussi y déceler les signes d'une démocratie usée, certains justiciables en usant pour contester les choix politiques voire sanctionner les dirigeants publics.

489 Thucydide, *Histoire de la guerre du Péloponnèse, entre 430 et 426 avant JC*, traduit par J. de Romilly, Robert Laffont, 1990, p. 840.

490 France Stratégie, *Quelles attentes à l'égard de la puissance publique face aux risques ?*, 22 avril 2020 (cf. démissions et arrêts maladies massifs des infirmiers et aides-soignants, paralysie d'une partie de l'institution judiciaire durant le premier confinement etc.).

491 P. Rosanvallon, « Démocratie, l'état d'urgence », *Sciences humaines*, 2020/5 (N° 325), p. 15.



Les états d'urgence mettent enfin en exergue la **difficulté d'anticiper les risques**, d'organiser des retours d'expérience et de disposer d'outils adaptés pour faire face à des crises majeures<sup>492</sup>. L'absence de **culture de crise** conduit à une planification imparfaite des risques et à un effet de surprise déstabilisant. Aucune anticipation exhaustive n'étant possible, la crise de la covid-19 a révélé l'importance de **disposer de canevas adaptables**, reposant notamment sur des modalités d'association entre l'État, les collectivités territoriales et des partenaires privés, permettant de réagir à une diversité de situations graves.

### 2.3.2.2. Le vivre ensemble toujours plus mis à l'épreuve

Les états d'urgence mettent en lumière et accentuent l'**attitude paradoxale des citoyens envers l'État** qui ont de moins en moins confiance en lui mais attendent, dans le même temps, qu'il apporte une garantie maximale contre toutes les formes d'insécurité. La mort est quasiment devenu un échec du système de santé et les attentats la manifestation d'une insuffisance des services de renseignement. L'attente est toujours plus grande et la déception d'autant plus accentuée. Un sondage Odoxa réalisé le 31 octobre 2020 démontrait que seuls 26% des Français faisaient confiance au Gouvernement pour combattre le terrorisme. L'état d'urgence sanitaire a démontré les relations complexes entretenues par la société avec le **principe d'égalité** qui conduit à préférer des restrictions massives aux libertés à l'adoption de règles distinctes selon les situations. De façon générale, les états d'urgence témoignent de la difficulté de **définir démocratiquement l'intérêt général** ayant vocation à prévaloir sur les intérêts particuliers. L'ensemble de ces difficultés traduit selon certains observateurs un épuisement du mode démocratique qui accroît les fractures sociales et le désir d'un pouvoir autoritaire<sup>493</sup>. La succession d'états d'urgence qui s'accompagne d'une communication anxiogène accentue également le sentiment déjà très présent de vivre sous la menace perpétuelle de différents maux en devant respecter des injonctions toujours plus larges. L'hyper-conscience des menaces se mue en hyper-vigilance et pose la question du **niveau d'acceptabilité des risques et d'atteintes aux libertés** par les individus et, plus encore, par le corps social dans son ensemble.

### 2.3.3. Le talon d'Achille : la sortie de l'état d'urgence ?

Le constat fait consensus : il est plus facile d'entrer en état d'urgence que d'en sortir<sup>494</sup>. Pourtant, par nature temporaire, l'état d'urgence n'a pas vocation à durer. Les prolongations accordées par le Parlement sont d'ailleurs toujours

492 V. O. Borraz, « Lubrizol : quelles leçons ? », *Environnement, Risques & Santé*, vol. 20, n° 2, Mars-Avril 2021.

493 D. Reynié, « Notre démocratie ne survivra pas si nous ne savons pas répondre à la crise actuelle. », *Le Figaro*, 9 juillet 2020.

494 L'Histoire a démontré que la sortie des états de siège n'avait pas toujours été aisée. L'état de siège déclenché durant la Première guerre mondiale ne fut levé que le 12 octobre 1919 alors que l'armistice avait été signé le 11 novembre 1918 et le traité de Versailles le 28 juin 1919. Clémenceau souhaita vraisemblablement conserver un contrôle de la presse pendant les négociations de paix. Le Parlement pouvait difficilement retirer sa confiance au président du Conseil à cette période-là.



strictement limitées dans le temps. La loi de 1955 prévoit la caducité de la loi de prorogation à l'issue d'un délai de quinze jours francs suivant la date de démission du Gouvernement ou de dissolution de l'Assemblée nationale. La loi de 2020 prévoit uniquement la possibilité d'y mettre fin par décret en conseil des ministres avant l'expiration de la loi de prorogation. Mais, en pratique, c'est par l'arrivée de l'échéance de la prorogation que l'état d'urgence cesse. Si les modalités juridiques de sortie ne posent pas de difficulté, la décision politique, elle, est délicate. Alors que l'utilité de l'état d'urgence s'étioule avec le temps qui passe, on constate une durée de plus en plus longue des états d'urgence. Pourquoi est-il si difficile d'en sortir ?

### 2.3.3.1. La difficulté de sortir de l'état d'urgence

Si déclencher un état d'urgence signifie protéger la population, en sortir risque d'être interprété comme un renoncement à cette ambition dès lors qu'un risque subsiste. C'est ce dilemme de nature politique qui rend très difficile la sortie des états d'urgence. En présentant l'état d'urgence comme une solution à la crise, en mettant en avant la persistance de la menace pour justifier son maintien, on accrédite l'idée que la sortie de l'état d'urgence est impossible tant que la menace n'a pas disparu. Or, d'une part, il n'est jamais certain que les troubles ayant justifié le déclenchement de l'état d'urgence ne réapparaîtront pas et, d'autre part, certaines menaces sont par nature pérennes. Le coût politique d'une sortie d'état d'urgence qui serait prématurée est considérable. Aussi pertinent soit-il au départ, le déclenchement d'un état d'urgence s'apparente à un piège politique dont il est particulièrement difficile de sortir.

Si les émeutes de **2005** ont rapidement cessé et permis sans trop grand risque de lever l'état d'urgence, tel n'a pas été le cas pour **l'état d'urgence antiterroriste**. Ainsi, alors que le Gouvernement s'apprêtait à le lever, un an et demi plus tard seulement, l'attentat de Nice du 14 juillet 2016 a rebattu les cartes. Il a justifié une nouvelle prolongation de l'état d'urgence et rendu impossible sa levée avant l'élection présidentielle de mai 2017. S'agissant de **l'état d'urgence sanitaire**, il a été levé durant l'été **2020**, chacun souhaitant éviter l'expérience du précédent état d'urgence, mais déclenché à nouveau dès la nouvelle flambée de l'épidémie et pour de nombreux mois. Dans les deux cas, la durée de l'état d'urgence s'est trouvée corrélée à la durée de la menace en cause, confirmant l'amalgame qui s'opère entre la possibilité d'instaurer des mesures de police administrative restrictives de liberté et la mise en œuvre d'un régime juridique d'état d'urgence. Dans un avis du 2 février 2016 rendu sur un projet de loi de prorogation de l'application de l'état d'urgence, le Conseil d'État avait souligné à cet égard que « *L'état d'urgence reste un état de crise qui est par nature temporaire et ses renouvellements ne sauraient par conséquent se succéder indéfiniment* ».

Durant l'état d'urgence de 2005, après trois semaines d'application, des juristes ont demandé, dans le cadre du **référé-liberté**, la suspension de l'état d'urgence ou à défaut qu'il soit enjoint au Président de la République de prendre un décret mettant fin à l'état d'urgence<sup>495</sup>. Le juge des référés s'est reconnu compétent pour

495 JRCE, 9 décembre 2005, *Mme A. et a.*, n° 287777.



statuer mais, rappelant le large pouvoir d'appréciation du chef de l'État, s'en est tenu à un contrôle de l'illégalité manifeste, à l'instar du contrôle exercé lors de l'entrée en état d'urgence. Le juge reconnaît ainsi la dimension politique de la décision mais accepte d'exercer un contrôle restreint. Aller plus loin aurait conduit le juge à se substituer à l'autorité politique et à outrepasser son office. Cette ligne a été réitérée lors de l'état d'urgence antiterroriste<sup>496</sup>.

La voie contentieuse étant étroite, la question d'un **encadrement juridique de la durée des états d'urgence** a été posée à l'occasion de l'état d'urgence déclenché en 2015, dans le cadre du projet de révision constitutionnelle. Les parlementaires avaient inscrit une disposition limitant la prorogation de l'état d'urgence au-delà de 12 jours à une durée ne pouvant excéder 3 mois. Il n'avait cependant pas été question de fixer une durée maximale totale à l'état d'urgence.

Finalement, pour sortir de l'état d'urgence alors que la menace persiste, la solution la plus réaliste est de conférer aux autorités exécutives, par **l'adoption d'une loi** applicable hors du cadre de l'état d'urgence, l'usage de certaines prérogatives exceptionnelles qui demeurent nécessaires. C'est cette solution qui a été choisie en 2017 pour permettre la sortie de l'état d'urgence alors que la menace terroriste était toujours forte. Dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, une loi spécifique dite de sortie d'état d'urgence a également été mise en œuvre après le premier état d'urgence sanitaire et renouvelée le 1<sup>er</sup> juin 2021<sup>497</sup>. La loi du 5 août 2021 a également prévu des mesures particulières de sortie de crise comme l'extension du passe sanitaire et l'obligation de vaccination aux soignants.

**La loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, dite loi « SILT »**, a renforcé un droit déjà fortement dérogoire mais l'a inscrit dans un cadre ordinaire<sup>498</sup>. Directement inspirée de la loi instaurant l'état d'urgence antiterroriste, elle comporte des garanties renforcées, notamment celle d'être soumise à un contrôle renforcé du Parlement. La loi oblige en effet à tenir informées sans délai les commissions des lois des assemblées de l'ensemble des actes pris en application de la loi. De plus, l'Assemblée nationale et le Sénat peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures. À l'instauration de **zones de protection et de sécurité** dans les lieux et aux heures fixées par le préfet pour prévenir des troubles à l'ordre public, a succédé l'instauration de **périmètres de protection** par arrêté motivé du préfet moyennant un cadre strictement défini. La disposition a été validée par le Conseil constitutionnel et déclarée conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution moyennant trois réserves d'interprétation<sup>499</sup>. La possibilité de prononcer **une fermeture administrative de lieux de culte par le préfet** a été maintenue moyennant des critères plus stricts qu'en période d'état d'urgence tenant notamment à la nature des propos tenus qui doivent désormais

496 JRCE, 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et a.*, n° 396220.

497 Cf. les développements dans la première partie sur les lois de sortie d'état d'urgence ; loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de sortie de la crise sanitaire.

498 La législation permettant de lutter contre le terrorisme n'est pas une législation d'exception tout en étant à bien des égards, dérogoire au droit commun. Ainsi, les mis en causes sont jugées par des juridictions de droit commun spécialisées et non des tribunaux d'exception.

499 QPC du 29 mars 2018 n° 2017-695 QPC, *M. Rouchdi B. et a.*



être des provocations ou faire l'apologie de la violence ou de la discrimination<sup>500</sup>. Aux **assignations à résidence** prononcées par le ministre de l'intérieur ont succédé les **mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (MICAS)** qui peuvent prendre diverses formes : assignation à résidence, pointage auprès des services de police, déclaration du lieu de résidence, interdiction d'entrer en relation avec certaines personnes nominativement désignées, assignation dans la commune du domicile. Suite aux réserves du Conseil constitutionnel, des garanties supplémentaires sont apportées<sup>501</sup>. Enfin, aux **perquisitions administratives**, ont succédé les **visites domiciliaires et saisies**<sup>502</sup>. Le contrôle du Conseil constitutionnel se révèle également décisif. Il impose que la visite domiciliaire soit systématiquement soumise à l'autorisation préalable du JLD qui prend la forme d'une ordonnance écrite et motivée après avis du procureur de la République sur saisine du préfet. La saisie de documents, d'objets, de supports ou de données informatiques ne peut donner lieu à exploitation qu'après autorisation du juge des libertés et de la détention. Cette double autorisation constitue une garantie essentielle du respect de la vie privée et du droit de propriété. Certains commentateurs critiquent cette loi au motif qu'elle créerait un état d'urgence perpétuel qui ne dit pas son nom mais, d'une part, les dispositions qui ont été adoptées ont été assorties de garanties plus importantes que durant l'état d'urgence (le rapport parlementaire d'évaluation complet qui été réalisé démontre une utilisation parcimonieuse des outils et l'efficacité des garanties procédurales apportées<sup>503</sup>), d'autre part, il n'existe aucune autre solution permettant de garantir une sortie d'état d'urgence tout en maintenant des outils dissuasifs à la disposition de l'État. S'agissant d'une menace pérenne, les outils doivent logiquement l'être tout autant. La loi du 31 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement a ainsi supprimé le caractère expérimental de certaines mesures. Dans sa décision [n° 2021-822 DC](#), le Conseil constitutionnel, poursuivant son contrôle, a censuré certaines innovations jugées d'une trop grande rigueur compte tenu de l'objectif recherché. **L'État de droit est, par essence, une notion évolutive.** Il revient au législateur, dans le respect des principes constitutionnels, d'en déterminer le cadre précis et de veiller à son équilibre. À cet égard, s'il ne faut

---

500 Ainsi, la tenue de prêches appelant à la relégation des femmes et à l'hostilité à l'égard des juifs et chrétiens a suffi à justifier l'arrêt de fermeture de la mosquée d'Ecqueville sur le fondement de l'article 8 de loi du 3 avril 1955 (JRCE, 6 décembre 2016, *Association islamique Malik Ibn Anas*, n° 405476) tandis que le préfet de Seine-Saint-Denis a dû établir un lien entre les propos tenus au sein de la mosquée de Pantin ou sur ses réseaux sociaux et l'attentat de Samuel Paty afin que les propos soient regardés comme provoquant à la violence et à la haine en lien avec le risque de commission d'actes de terrorisme et donc de nature à justifier la fermeture administrative en application de l'article L. 227-1 du code de la sécurité intérieure (JRCE, 25 novembre 2020, *Fédération musulmane de Pantin*, n° 446303).

501 Les mesures ne peuvent en effet excéder une durée maximale de trois ans, la mesure de contrôle et d'interdiction de fréquenter certaines personnes tout comme la mesure d'assignation dans la commune du domicile pour les individus ne faisant pas l'objet de poursuites judiciaires ne peuvent excéder une durée totale cumulée de douze mois. Enfin, c'est le juge du fond qui doit statuer sur ces mesures et non le juge des référés. Chaque renouvellement est subordonné à l'existence d'éléments nouveaux ou complémentaires (QPC du 29 mars 2018 [n° 2017-695 QPC](#), *M. Rouchdi B. et autre* (Mesures administratives de lutte contre le terrorisme)).

502 [Art. L. 229-1](#) à L. 229-3 du CSI.

503 Y. Braun-Pivet, E. Ciotti et R. Gauvain, *Rapport sur la mise en œuvre des articles 1<sup>er</sup> à 4 de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, 16 décembre 2020.



pas perdre de vue que la lutte contre la menace terroriste passe par des leviers autres que normatifs et procéduraux<sup>504</sup>, le droit commun ne cesse d'être doté d'outils de plus en plus coercitifs pour prévenir les attentats et cette tendance ne résulte pas uniquement des périodes d'état d'urgence.

Quant à l'état d'urgence sanitaire, il a lui aussi donné lieu à la mise en place d'**un régime transitoire de sortie** qui suscite également des controverses<sup>505</sup>. Ce régime permettant de maintenir en vigueur pendant presque une année supplémentaire un cadre juridique habilitant le Premier ministre à prendre des mesures de police sanitaire exceptionnelles affectant les droits et libertés constitutionnellement garantis, plusieurs parlementaires se sont émus de ce qu'à la différence de l'état d'urgence dont le déclenchement est subordonné à un décret du Président de la République et qui peut être levé par décret de manière anticipée, le régime transitoire n'est pas soumis à l'autorisation du Parlement et de ce qu'aucune clause de réexamen ne permette d'y mettre fin prématurément.

Les questions suscitées par la sortie des états d'urgence plaident, en tout état de cause, pour éviter, dans la mesure du possible, leur déclenchement. **La meilleure façon d'en sortir est à l'évidence de ne pas y entrer.** Mobiliser au maximum les outils de droit commun pour gérer des menaces – surtout lorsqu'elles ne sont pas circonscrites dans le temps et l'espace- évite les difficultés liées à l'instauration et à l'abandon d'une légalité de crise. De même, lorsque le recours à l'état d'urgence s'impose comme une nécessité, le retour au droit commun peut être facilité par une adaptation de ce droit aux besoins nouveaux.

### **2.3.3.2. La sortie de l'état d'urgence ou l'heure du bilan : apprendre des états d'urgence**

Lorsque la sortie de l'état d'urgence est effective, la réalisation d'un bilan est un travail indispensable pour capitaliser les effets positifs de la crise, apprendre des dysfonctionnements inévitables qui ont été identifiés et améliorer le fonctionnement démocratique et institutionnel.

Au delà de leurs effets directs, les états d'urgence sont aussi, comme toute crise profonde, **accélérateurs de changements**<sup>506</sup>. Le dialogue instauré durant l'état d'urgence antiterroriste entre les procureurs et les préfets a ainsi amélioré considérablement l'efficacité des services de l'État pour lutter contre le terrorisme. Pendant l'état d'urgence sanitaire, les juges des référés du Conseil d'État ont adapté leur mode de travail pour privilégier la collégialité et la cohérence des décisions rendues ; l'agilité et l'innovation dont ont fait preuve les services publics mais également le secteur privé et associatif ont été unanimement salués ; l'hôpital a démontré, lui aussi, d'importantes capacités d'adaptation et d'innovation ;

504 Dans son avis du février 2016 sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, le Conseil d'État invite 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 internationale* ».

505 Cf. *supra*. première partie : 2.2.4 La création des lois de sortie d'état d'urgence.

506 A titre d'exemple ponctuel, fort de son succès, le [décret n° 2020-395](#) du 3 avril 2020 autorisant l'acte notarié à distance pendant l'état d'urgence sanitaire (10 000 actes ont été signés entre le 3 avril 2020 et le 10 août 2020) a été pérennisé par le [décret n° 2020-1422](#) du 20 novembre 2020.



les outils numériques ont permis une surveillance épidémiologique inédite ; la mobilisation des collectivités territoriales a notamment permis de procéder à une campagne de vaccination de grande ampleur en un temps record. Les retours d'expériences qui seront réalisés au terme de la crise permettront d'enrichir cette liste et de pérenniser les évolutions les plus remarquables.

D'ores et déjà, des propositions peuvent être formulées pour renforcer notre capacité à affronter les crises majeures.



## 3. Mieux s'organiser pour affronter les situations de crise majeure

Devenus, depuis 2015, des phénomènes répétitifs, les états d'urgence constituent des objets juridiques mal maîtrisés qui suscitent beaucoup d'interrogations analysées dans les deux premières parties de cette étude. Il est hautement probable, nonobstant ces interrogations, que de futures crises, de natures diverses, conduisent les autorités de l'État à envisager de recourir à nouveau à ce mode d'action. **Cette éventualité doit être préparée, par l'élaboration d'un cadre global, à la fois juridique et opérationnel.** Un tel cadre doit, d'une part, renforcer l'efficacité de l'action des pouvoirs publics confrontés à des crises majeures et, d'autre part, préserver les principes républicains qui imposent notamment que l'État de droit ne soit affecté que dans la limite de ce qu'exige la situation d'urgence et pour une courte durée. Mais il doit, de façon primordiale, **circonscrire ce qui relève d'un état d'urgence** et ce qui, à l'inverse, relève d'autres modalités de gestion de crise ou de situation exceptionnelle.

Le Conseil d'État recommande d'organiser ce cadre de mise en œuvre des états d'urgence autour de **trois axes** :

- des états d'urgence mieux définis et circonscrits (1) ;
- une puissance publique mieux organisée pour les mettre en œuvre (2) ;
- des contrôles adaptés aux enjeux spécifiques (3).

### 3.1. Des états d'urgence mieux définis et circonscrits

Les analyses conduites dans les deux premières parties de l'étude mettent en évidence un assez grand flou s'agissant de ce que peut et doit être un état d'urgence dans notre système juridique et institutionnel. Ce flou a été accentué par la mise en œuvre d'un état d'urgence à des fins sanitaires ; l'abandon du cadre de la loi de 1955, qui était assez cohérent et stable, laisse présager une évolution protéiforme du concept d'état d'urgence au fil du temps et des crises qui surviendront. Il est en effet hautement probable que de futures crises de différentes natures (sécuritaire, sanitaire, technologique, énergétique, environnementale ou migratoire) puissent conduire à envisager le déclenchement de nouveaux états d'urgence.



Cette perspective impose de s'accorder sur ce qui fait la pertinence d'un cadre juridique et d'action tel que l'état d'urgence et de **sortir de la confusion qui s'est installée entre état d'urgence et gestion de crise, ainsi qu'entre état d'urgence et législation d'exception**. L'État de droit ne comporte pas un standard immuable et il doit sans cesse s'adapter aux exigences de l'action publique. Des pouvoirs de police temporaires et exorbitants du droit commun sont toujours susceptibles d'être prévus et mis en œuvre pour lutter contre les menaces qui le justifient (comme la loi SILT l'a fait en matière de lutte contre le terrorisme). Il est important de souligner que **la mise en œuvre de tels pouvoirs spéciaux ne nécessite pas à elle seule le déclenchement d'un état d'urgence. Celui-ci doit être réservé aux situations dans lesquelles les autorités de la République sont brutalement confrontées à un événement imprévu et de haute intensité face auquel les instruments préexistants sont impuissants** et qui justifie un renforcement des pouvoirs de l'exécutif pour protéger l'État ou la Nation d'un tel péril. De telles circonstances, qui doivent être distinguées de simples menaces et que la terminologie du code de la défense regroupe sous l'intitulé de crises majeures<sup>507</sup>, ne peuvent être que rares et ne doivent concerner que des **périodes très courtes** pendant lesquelles la puissance publique se dote des armes rendues indispensables.

**Ce cadre d'action publique très spécifique doit trouver sa place dans la structuration des pouvoirs de crise prévue par nos institutions.**

Il se distingue bien sûr du régime institué par l'**article 16 de la Constitution** qui permet au Président de la République de prendre *« les mesures exigées par ces circonstances »* *« lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu »*. L'état d'urgence concerne des situations de natures différentes et dans lesquelles, en tout état de cause, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels n'est pas interrompu. Une disposition de l'**article 16** présente en revanche une similitude avec l'un des fondements de l'état d'urgence : elle prévoit que les mesures prises dans le cadre du régime d'*exception* *« doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission »*. De la même façon, la mise en œuvre d'un état d'urgence doit être inspirée par la volonté de rétablir, dans les moindres délais, les équilibres habituels entre les autorités de la République.

Le régime de l'état d'urgence se distingue tout autant de celui de l'état de siège prévu par l'article 36 de la Constitution et régi par les **articles L. 2121.1** à L. 2121-8 du code de la défense. 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 il entraîne le transfert à l'autorité militaire des pouvoirs dont l'autorité civile était investie pour le maintien de l'ordre et la police.

---

507 V. not. son article **L. 1111-3**.



Mais, si les deux distinctions précédentes font aisément consensus, **l'état d'urgence doit aussi être distingué des modalités de gestion des crises qui, parce qu'elles sont récurrentes ou ont été anticipées, n'appellent que la mise en œuvre de plans d'action et de règles spéciales préétablies.** Ces crises, de natures très diverses (atteintes à l'ordre public, catastrophes naturelles ou technologiques, épidémies ou épizooties...) relèvent d'instruments conçus en amont et mis en œuvre dans le cadre de protocoles précis. **Le déclenchement d'un état d'urgence doit correspondre à une situation qui non seulement présente la gravité de ce que le code de la défense qualifie de crise majeure mais, en outre, n'a pas été appréhendée par un tel cadre d'anticipation.**

**Proposition n° 1** - ne concevoir le déclenchement d'un état d'urgence que face à une crise de haute intensité (« crise majeure ») à laquelle la puissance publique ne peut pas répondre dans le cadre de dispositifs d'action et de régimes juridiques prédéterminés.

Il serait très souhaitable, à cet égard, que les deux périodes d'état d'urgence que nous avons vécues ces dernières années, de 2015 à 2017 puis de 2020 à 2021, fassent l'objet d'**une évaluation ex post approfondie.** L'étude adoptée en juillet 2020 par le Conseil d'État (*Conduire et partager l'évaluation des politiques publiques*<sup>508</sup>) a souligné tous les avantages que l'on peut attendre d'une politique d'évaluation plus volontariste et plus structurée. En l'espèce, ce travail mériterait bien sûr de porter sur la pertinence, l'efficacité et l'efficience des mesures prises au regard des enjeux en cause dans chacune de ces grandes crises (notamment les perquisitions administratives, les périmètres de protection et les différents contrôles spéciaux pour l'état d'urgence antiterroriste, les mesures de confinement et de couvre-feu pour l'état d'urgence sanitaire), mais aussi sur **la nécessité et l'utilité de tels cadres d'exception au regard des dispositifs qui existaient au moment du déclenchement de ces deux états d'urgence et sur les enseignements que l'on peut tirer, pour l'avenir, de l'état de nécessité dans lequel le pays s'est trouvé de recourir de la sorte à des régimes d'action définis dans l'urgence.** Les deux contextes sont assurément différents. L'état d'urgence déclenché à l'automne 2015 reposait sur le dispositif préexistant de la loi de 1955 qui offrait un cadre juridique bien identifié et déjà activé à plusieurs reprises par le passé. À l'inverse, l'état d'urgence sanitaire déclenché au printemps 2020 a été conçu et construit dans l'urgence, sur le constat d'une carence du droit existant, alors même que des cadres législatifs de gestion de crises sanitaires avaient antérieurement été fixés dans le code de la santé publique. Cette différence de contexte très substantielle est atténuée par le fait que l'état d'urgence antiterroriste a donné lieu, pendant sa mise en œuvre, à plusieurs modifications successives de la loi de 1955. Éviter de se retrouver dans la nécessité – ou la tentation – de bâtir dans l'urgence des régimes juridiques impose un travail considérable de prévision et de planification qui ne saurait, à l'évidence, exclure tout risque de se voir confronté à des crises de dimensions imprévues mais qui serait de façon tout aussi certaine de nature à réduire considérablement

508 Les [études](#) du Conseil d'État, *Conduire et partager l'évaluation des politiques publiques*, La Documentation française, 2020, p. 193.



le risque d'être surpris par les événements. Les événements de 2015 et 2020 offrent l'opportunité de procéder à une analyse objective et documentée, selon des méthodologies d'évaluation *ex post*, permettant d'apporter pour l'avenir des éléments de réponse pertinents aux quatre questions qui ne peuvent pas être éludées :

- La France disposait-elle, avant le déclenchement de ces deux états d'urgence, de cadres d'action permettant de lutter efficacement contre les deux fléaux ?
- A défaut, un travail d'anticipation en amont aurait-il permis de définir, à froid, les cadres d'action utiles ?
- Un tel travail est-il susceptible d'être conduit pour l'avenir, dans d'autres domaines où risquent de surgir des périls majeurs, de façon à doter les autorités publiques, de façon préventive, des moyens d'action adéquats ?
- Que faut-il penser, d'un double point de vue quantitatif et qualitatif, de la production normative qui a accompagné la mise en œuvre des deux états d'urgence et tout spécialement celui de 2020 ?

L'évaluation de l'état d'urgence sanitaire a d'ores et déjà été partiellement réalisée, *in itinere*, par la mission qui avait été confiée au général Lizurey<sup>509</sup> du côté du Gouvernement et par des missions d'information à l'Assemblée nationale et au Sénat ainsi que par la mission confiée au professeur Pittet<sup>510</sup>. Mais ce travail mérite d'être approfondi et doit impliquer toutes les parties prenantes, Parlement, Cour des comptes, France stratégie, inspections générales et laboratoires de recherche. Eu égard à l'ampleur des enjeux, une conférence nationale de synthèse des analyses pourrait être organisée dans un délai maximal de 18 mois, sous pilotage des deux assemblées parlementaires et de France stratégie.

**Proposition n° 2** - Procéder à une évaluation approfondie des deux états d'urgence mis en œuvre depuis 2015, en s'attachant tout particulièrement à analyser l'articulation entre les dispositifs de gestion de crise préexistants et les cadres d'action élaborés dans l'urgence pour permettre aux autorités publiques d'affronter les périls concernés.

Au-delà de ce travail d'évaluation centré sur les deux états d'urgence récents, il serait très utile de **procéder à un inventaire exhaustif et critique des cadres de gestion de crise existants dans notre droit** afin, d'une part, de mieux les identifier et, d'autre part, de les adapter en tant que de besoin au fur et à mesure de l'évolution des risques. Les moyens opérationnels susceptibles d'être mis en œuvre en situation d'urgence reposent pour une large part sur les cadres juridiques qui peuvent être mobilisés.

509 *Rapport de la mission relative au contrôle qualité de la gestion de crise sanitaire* établi par R. Lizurey avec l'appui d'A. Puccinelli, juin 2020.

510 *Rapport public final de la mission indépendante nationale sur l'évaluation de la gestion de la crise Covid-19 et sur l'anticipation des risques pandémiques*, remis le 18 mai 2021 au Président de la République.

Or la sédimentation de nos cadres juridiques et de nos schémas d'intervention, conjuguée à l'inévitable focalisation des administrations publiques sur les sujets de court terme, aboutit à une mauvaise connaissance par nombre de responsables des dispositifs qui existent et qui sont susceptibles d'être mobilisés en cas de crise. Le défaut d'actualisation de ces dispositifs, parfois sur de longues périodes, accentue la fragilité de notre organisation. Le risque est fort, dans ce contexte, que les responsables publics confrontés à une crise brutale et de grande ampleur aient du mal à maîtriser très rapidement les outils juridiques et opérationnels dont ils disposent et à déterminer ceux dont ils doivent se doter en urgence. Une telle incertitude met en danger les décideurs et peut inciter à construire, dans l'urgence pour ne pas dire la précipitation, des cadres juridiques d'exception. **Une revue des cadres de gestion de crise doit donc être entreprise, secteur par secteur**, à l'initiative de l'ensemble des départements ministériels potentiellement concernés. Il serait utile que le Premier ministre en fixe le champ, les objectifs et les modalités et qu'il centralise et évalue les résultats. Les deux administrations interministérielles placées sous son autorité, secrétariat général du Gouvernement (SGG) et secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN), ont la légitimité et les moyens de coordonner et suivre ce processus, dans le domaine juridique et dans celui des plans d'intervention. Le SGDSN est d'ailleurs déjà engagé dans l'élaboration d'un guide du droit de la crise. Il pourrait être utile qu'**une plateforme interministérielle** répertorie l'ensemble des normes de crises existantes, secteur par secteur, afin de faciliter leur identification et leur utilisation par l'ensemble des acteurs concernés.

En complément de ce processus, il serait utile **que le Guide de légistique**, qui a pour objet de présenter l'ensemble des règles, principes et méthodes qui doivent être observés dans la préparation des textes normatifs, **recommande l'élaboration, dans tous les pans du droit qui le justifient, l'adoption de règles spécifiquement adaptées à des périodes d'urgence** qui peuvent être, selon les circonstances et les champs sectoriels concernés, des allègements de procédure, des adaptations de délais, des compétences spécifiques des autorités administratives, notamment dans les domaines de police administrative, ou tout autre aménagement circonstanciel.

Il serait pertinent, par ailleurs, **d'élaborer, à l'instar du guide de légistique, un guide des bonnes pratiques des normes de crise rendues nécessaires par une situation d'urgence**, reposant sur les principales orientations suivantes : recherche de l'adaptation des outils existants et de leur potentiel de souplesse, recherche d'une application aussi brève que possible d'un régime d'état d'urgence, évaluation systématique *in itinere* et *ex post* des mesures juridiques dérogatoires rendues nécessaires par l'urgence, préparation, dès le déclenchement d'un état d'urgence, des modalités de sa levée (identification des lacunes du droit commun pour gérer la crise sur le long terme, définition des outils devant être pérennisés...).

Ces bonnes pratiques devraient en outre souligner que **l'édiction de normes sous l'empire d'un état d'urgence, a fortiori lorsqu'elle est massive, appelle deux points de vigilance** : ce peut être un handicap, en premier lieu, pour les autorités publiques devant agir pour faire face à une menace grave, d'être simultanément accaparées par des travaux d'élaboration de normes et il n'est pas rassurant, en



second lieu, que des règles, fréquemment restrictives des droits et libertés, soient édictées de façon précipitée. Aussi l'objectif devrait-il être de **n'édicter, pendant la durée d'un état d'urgence, que des normes temporaires rendues strictement nécessaires par une situation d'urgence qui n'a pas pu être anticipée**. Il ne faut pas perdre de vue, à cet égard, que **la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles reconnaît à l'autorité administrative, en cas de péril imminent pour l'ordre public, la faculté de prendre des mesures provisoires** et de pourvoir d'office à ce qui est nécessaire sous le contrôle du juge administratif. Cette construction jurisprudentielle de la légalité d'exception peut conduire le juge administratif à valider des actes qui, en temps normal seraient illégaux, à la triple condition qu'une situation hors normes le justifie, que les autorités soient dans l'impossibilité d'agir selon les règles habituelles et que les décisions aient un but d'intérêt général. Saisi de la contestation d'un décret du Premier ministre instaurant un premier confinement avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2020, le Conseil d'État a fait application de cette ligne jurisprudentielle pour rejeter le recours pour excès de pouvoir (10/9 CHR, 22 décembre 2020, n° 439800, à mentionner aux T.).

**Proposition n° 3** - Procéder, secteur par secteur, à un inventaire des dispositifs juridiques et opérationnels de gestion des crises de grande ampleur donnant aux autorités publiques des outils permettant de faire face aux crises susceptibles d'être anticipées.

Assurer la centralisation, la diffusion et l'actualisation de ces dispositifs afin de constituer un cadre global du droit et de la gestion de crise.

Un tel processus d'inventaire et d'élaboration de normes d'urgence doit à l'évidence **s'appuyer sur un ambitieux travail d'anticipation destiné à identifier les champs insuffisamment couverts par les outils existants et la nature des périls de haute intensité sur lesquels les autorités publiques manquent de moyens d'action appropriés**.

Le déclenchement d'un état d'urgence, aussi nécessaire soit-il, comporte une dimension de constat d'échec, *a fortiori* s'il conduit à élaborer un cadre d'action sous la pression d'événements imprévus. Si l'on met de côté son incontestable vertu politique et mobilisatrice, qui exprime la volonté des autorités de réagir au bon niveau, le déclenchement de l'état d'urgence révèle, pour une part, que la puissance publique est prise au dépourvu et n'avait pas anticipé une calamité en se dotant, par avance, des moyens d'y faire face. Ce constat souligne la nécessité de **conduire un travail ambitieux et approfondi d'anticipation, afin de passer d'une logique réactive à une logique proactive**. Les crises majeures susceptibles de frapper la France méritent d'être un objet prioritaire d'anticipation dans le prolongement de travaux de prospective. De tels travaux sont d'ores et déjà réalisés dans certaines sphères, tout particulièrement en matière de défense nationale au travers des **livres blancs** successifs, qui trouvent une traduction dans des **lois de programmation**, ou encore dans le domaine des relations internationales. Mais la diversité des périls de haute intensité susceptibles de menacer le pays



invite à étendre considérablement le périmètre de ces travaux d'anticipation afin d'englober tous les domaines concernés. Il appartient au Gouvernement, sous l'impulsion du Premier ministre, de prendre l'initiative de ces travaux, d'en fixer le cadre et de veiller à leur prise en compte. L'étude annuelle de 2020 du Conseil d'État, consacrée à l'évaluation des politiques publiques, a souligné l'importance stratégique des travaux de prospective et a recommandé<sup>511</sup> de consolider la capacité de l'État à conduire ces travaux. Les programmes de travail du Haut-Commissariat au Plan et de France Stratégie devraient intégrer cette dimension d'anticipation sur l'ensemble des champs susceptibles de donner lieu à des crises de grande ampleur et être dotés des moyens appropriés. Ils devraient impérativement être articulés avec les travaux du secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN) et des comités d'experts contribuant à ses travaux, ainsi qu'avec l'ensemble des travaux conduits par les instances publiques en charge des plans de gestion de crise. **L'objectif doit être de définir une cartographie des risques majeurs permettant d'élaborer l'ensemble des plans d'action qui seront susceptibles d'être appliqués par les autorités politiques en cas de nécessité. Ces travaux pourront, chaque fois que ce sera pertinent, se concrétiser sous la forme de livres blancs voire, lorsqu'une planification budgétaire est nécessaire, par des lois de programmation.** Le SGDSN a d'ores et déjà produit, au fil des années, une quinzaine de plans relatifs à des menaces graves, mais il n'est pas possible d'affirmer qu'ils couvrent l'ensemble des périls potentiels. Dans l'ouvrage qu'ils ont consacré à la gestion de la crise sanitaire de 2020 (*Covid-19 : une crise organisationnelle*<sup>512</sup>), les sociologues Henri Bergeron, Olivier Borraz, Patrick Castel et François Dedieu relèvent des écarts de performances entre les États qui ont appliqué des plans, tels que la Suède, le Danemark, la Corée du Sud ou la Nouvelle-Zélande, et les autres. Selon l'heureuse formule d'Anthony Quéguineur, prolongeant l'adage « gouverner c'est prévoir », « protéger c'est prévoir<sup>513</sup> ». L'étude que le Conseil d'État a consacrée en 2018 à la prise en compte du risque dans la décision publique soulignait déjà la nécessité de renforcer la prospective publique (proposition n° 2).

**Proposition n° 4** - Passer d'une approche réactive à une approche proactive en conduisant, sous l'autorité du Gouvernement, des travaux d'anticipation et de prospective sur l'ensemble des champs susceptibles de donner lieu à des crises majeures afin de construire, en amont des événements dramatiques, les schémas d'action de la puissance publique.

511 Dans sa proposition n° 19 « Consolider, autour de l'expertise de France Stratégie, la capacité de l'État à articuler les travaux d'évaluation et d'anticipation nécessaires à la définition des politiques publiques jugées prioritaires ».

512 H. Bergeron, O. Borraz, P. Castel et F. Dedieu, *Covid-19 : Une crise organisationnelle*, Presses de Sciences Po, 8 octobre 2020, p. 136.

513 A. Quéguineur, « Protéger, c'est prévoir », revue *Sociographe* 2015/2 (n° 50), pp. 93 à 104.



## 3.2. Une puissance publique mieux organisée pour la mise en œuvre des états d'urgence

Les états d'urgence de 2015-2017 et 2020-2021 ont mis les administrations publiques à très rude épreuve. Elles se sont révélées, dans l'ensemble, remarquablement résilientes et l'état d'urgence sanitaire, qui a pesé sur la totalité des structures, a permis à nombre de services publics de prouver leur capacité de réactivité, d'innovation et d'efficacité. Les services de santé en ont été des illustrations emblématiques mais, dans beaucoup d'autres secteurs, les équipes administratives ont fait preuve d'une mobilisation qui force le respect.

Il reste que l'état d'urgence sanitaire a révélé que si la France dispose d'une organisation de gestion de crise performante pour gérer des événements localisés ou d'ampleur modérée, **notre organisation est perfectible s'agissant des crises de très grande ampleur**. Les faiblesses résultent, pour partie, d'un manque d'anticipation de certaines catégories d'événements ou de plans insuffisamment élaborés mais, pour partie aussi, d'un défaut d'organisation d'ensemble pour le pilotage de crises relevant des attributions de plusieurs ministères. Ces faiblesses sont accentuées par le redoutable émiettement des compétences qui a résulté des strates successives de décentralisation et de délégation de services publics à des agences ou opérateurs, ainsi que par une succession de réductions d'effectifs et de moyens qui a fortement affaibli la capacité opérationnelle de l'État. La crise sanitaire que nous avons affrontée avec la pandémie de la covid-19 en a été un révélateur : qu'il s'agisse des hôpitaux, des moyens des services déconcentrés de l'État ou des capacités techniques et logistiques, **nos administrations publiques ont été guidées depuis trois ou quatre décennies par des logiques de rationalisation et de sobriété de moyens qui ont progressivement altéré notre capacité à affronter les situations de crise**. S'il faut user de la terminologie militaire, **l'État et ses administrations doivent être réarmés pour être en capacité de gérer de façon optimale des événements d'une gravité qui justifie le déclenchement d'un état d'urgence**.

Plusieurs orientations s'imposent et le renforcement de notre capacité d'anticipation et de prospective sur les crises majeures, précédemment évoqué, en est une première.

**2.1. À cette capacité d'anticipation, débouchant sur l'élaboration de cadres juridiques et de schémas opérationnels, doit correspondre, en présence d'une crise de grande ampleur, une capacité opérationnelle de coordination et de pilotage de l'action publique**. Cette capacité opérationnelle appelle, comme la crise sanitaire de 2020 l'a souligné, **la structuration d'un dispositif interministériel plus robuste et, surtout, plus adapté à un commandement par le Premier ministre ou le Chef de l'État**. L'existence d'une cellule<sup>514</sup> interministérielle de crise (CIC) implantée

514 Devenue Centre interministériel de crise Covid-19, en juin 2020.

au ministère de l'intérieur donne l'illusion qu'un tel dispositif existe. Mais cette structure administrative ne fonctionne bien que dans les occurrences de crise relevant à titre principal des attributions du ministère de l'intérieur. Il est révélateur à cet égard que le dispositif d'organisation gouvernementale pour la gestion des crises majeures, fixé par la circulaire du Premier ministre du 2 janvier 2012 relative à l'organisation gouvernementale pour la gestion des crises majeures, prévoit, après avoir posé comme principe que la direction politique et stratégique des crises majeures est assurée par le Premier ministre, que celui-ci confie en principe à un ministre la conduite opérationnelle de la crise : ministre de l'intérieur lorsque la crise concerne le territoire national, ministre des affaires étrangères pour les crises extérieures. Pour ce qui concerne les crises intérieures, cette règle de principe n'est pas parfaitement en phase avec l'organisation des structures de crise au sein des ministères. Outre le ministère de l'intérieur, au moins deux ministères disposent de centres ou cellules de crise couvrant leur périmètre de compétence : le ministère chargé de la santé, avec son centre de crise sanitaire (CCS) qui peut être activé par le centre opérationnel de régulation et de réponse aux urgences sanitaires et sociales (CORRUSS) du ministère, et le ministère en charge du développement durable avec sa cellule ministérielle de veille opérationnelle et d'alerte. Ces structures sectorielles dédiées sont légitimes dès lors qu'elles agissent de concert. L'expérience des premiers mois de l'état d'urgence sanitaire révèle que ce ne fut pas le cas et que le centre de crise sanitaire et la CIC du ministère de l'intérieur ont rivalisé, ce qui a conduit le Gouvernement, en juin 2020, à fusionner les deux structures pour la gestion de la pandémie.

**Les rivalités entre ministères sont accentuées par les démembrements de certaines compétences étatiques** qui créent de nouveaux acteurs, toujours jaloux de leurs prérogatives juridiques, mais pas toujours opérationnels. Les Français ont pu s'étonner, pendant l'état d'urgence sanitaire, d'entendre parfois le ministre de la santé ou son directeur général de la santé indiquer qu'il leur était impossible de répondre à des questions parce qu'elles relevaient des compétences de Santé publique France, établissement public administratif créé en 2016 et placé sous la tutelle du ministère de la santé. Ils auraient été encore plus surpris d'apprendre que pendant les premiers mois de l'état d'urgence sanitaire, cette « agence nationale de santé publique », investie d'importantes responsabilités transférées par l'État, ne disposait d'aucun organigramme de crise opérationnel. La tendance récente à multiplier de telles agences par démembrement des compétences ministérielles est à cet égard **un facteur de complexité et de fragilité supplémentaire pour le dispositif gouvernemental de gestion de crise.**

En tout état de cause, la responsabilité de conduite opérationnelle conférée par la circulaire de 2012 au ministre de l'intérieur soulève une difficulté structurelle lorsqu'une crise de grande ampleur déborde le champ de l'ordre public et comporte des dimensions très interministérielles. Outre que le CIC n'est qu'assez peu interministériel dans son organisation interne<sup>515</sup>, il est placé sous une autorité politique – celle du ministre de l'intérieur – qui n'est pas celle qui prend le commandement des opérations en cas de calamité faisant appel aux attributions

515 Comme l'a souligné le rapport du général Lizurey précité (Mission relative au contrôle qualité de la gestion de crise sanitaire, juin 2020).



et moyens de plusieurs départements ministériels. S'il est une réalité que l'état d'urgence sanitaire a mise en lumière, c'est qu'**un état d'urgence**, comme toute crise de très haute intensité, **place le ou les ministres principalement concernés sous l'autorité directe et permanente du Premier ministre, voire du Président de la République**. C'est un schéma qui sera d'autant moins démenti à l'avenir qu'il correspond, d'une part, à l'esprit et à la pratique des institutions de la V<sup>e</sup> République et, d'autre part, à l'attente des Français, habitués et attachés à l'engagement direct des plus hauts responsables de l'exécutif.

Or, la faiblesse de ce schéma est que ni le Chef de l'État ni celui du Gouvernement ne dispose d'administrations susceptibles d'être le support efficace de leurs responsabilités. Souvent analysée mais jamais résolue<sup>516</sup>, **cette absence d'administration interministérielle de pilotage de politiques publiques est une fragilité intrinsèque**. Si, en vertu de l'[article 21](#) de la Constitution, le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement, c'est le Gouvernement dans son ensemble qui « dispose de l'administration » aux termes de l'article 20. Seule l'autorité personnelle du Chef du Gouvernement et celle de son cabinet sont en mesure de limiter le jeu des rivalités ministérielles. Certes, l'[article L. 1131-1](#) du code de la défense prévoit qu'il « prépare et coordonne l'action des pouvoirs publics en cas de crise majeure », mais ce rôle de coordination n'est pas plus précisé que celui de crise majeure. Comme ce fut le cas pendant les premiers mois de l'état d'urgence sanitaire, cette situation a suscité, sous de nombreux gouvernements, des débats et des frictions qui correspondent à autant d'énergie détournée des priorités opérationnelles. Le pilotage des politiques rendues nécessaires par la pandémie de la Covid-19 est révélateur de la fragilité de l'organisation interministérielle : la concurrence entre la CIC du ministère de l'intérieur et le centre de crise sanitaire (CCS) du ministère de la santé a rapidement conduit Matignon à instituer une « CIC synthèse » présidée quotidiennement par le directeur de cabinet du Premier ministre, en présence d'un représentant du Chef de l'État qui a parfois été le secrétaire général de l'Élysée. Tous les acteurs de l'état d'urgence sanitaire reconnaissent que **cette structure informelle et improvisée qu'était la « CIC synthèse » a joué un rôle déterminant dans le pilotage central de la crise**.

Quant au Président de la République, l'histoire récente atteste elle aussi de son besoin de disposer d'une structure de pilotage opérationnel lorsqu'il estime nécessaire, au-delà du champ du traditionnel « domaine réservé », de prendre le commandement des opérations. Il ne s'agit pas ici de porter une appréciation sur la pertinence d'un tel exercice de la fonction présidentielle, mais de prendre acte de ce que, depuis plus de vingt ans, les Présidents de la République successifs se sont organisés de façon convergente. Après les attaques terroristes du 11 septembre 2001, le président Jacques Chirac s'est attaché à améliorer la gestion des crises majeures et a réorganisé le conseil de sécurité intérieure (CSI) qu'il avait créé lorsqu'il était Premier ministre, après les attentats de l'automne

<sup>516</sup> Le Premier ministre François Fillon avait tenté, en 2009, de créer au sein du secrétariat général du Gouvernement une structure placée sous l'autorité d'un directeur d'administration centrale et chargée de piloter, sous l'autorité directe du Premier ministre et de son cabinet, des politiques interministérielles, mais cette structure a été abandonnée par ses successeurs. Sur l'analyse des structures intergouvernementales sous la V<sup>e</sup> République, v. le n° 171 de la *Revue française d'administration publique*, très documenté, paru au printemps 2020.

1986. Le CSI a alors été placé sous la présidence du Chef de l'État et s'est réuni pour la première fois à l'Élysée le 24 mai 2002. Un décret du 24 décembre 2009 faisant suite au Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale de juin 2008 a transformé la structure en « **conseil de défense et de sécurité nationale** » (CDSN), en maintenant la présidence du Chef de l'État, et en créant le secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN), fusion de l'ancien SGDN et du secrétariat général du CSI. Prévu par l'article L.1111-3 du code de la défense<sup>517</sup>, le CDSN a des attributions fixées par l'article R.1122-1 du code, en des termes assez généraux : il définit notamment les orientations et fixe les priorités « *en matière (...) de planification des réponses aux crises majeures* », le champ de ces dernières n'étant pas précisé<sup>518</sup>.

**Le Président de la République, qui ne dispose d'aucune administration en charge de la conduite de politiques publiques, a ainsi pu s'appuyer ces dernières années sur le CDSN, qu'il préside et dont il a fait l'instance suprême de pilotage des crises majeures, qu'elles relèvent *stricto sensu* du champ de la défense ou de la sécurité nationale ou qu'elles s'y rattachent par extension, comme la crise sanitaire.** Le CDSN, qui avait tenu 10 réunions en 2015, en a tenu 32 en 2016, 42 en 2017 et, sous l'effet de l'état d'urgence sanitaire pour une part importante, 57 en 2020. La fréquence des réunions est devenue hebdomadaire en juillet 2016, après l'attentat de Nice et cette fréquence a été reprise en 2020 dans le cadre de la crise sanitaire<sup>519</sup>.

**Il manque aujourd'hui à ce dispositif de pilotage politique une administration réellement interministérielle** permettant au Premier ministre et, le cas échéant, au Président de la République, de préparer et suivre les décisions opérationnelles qui leur incombent en période d'état d'urgence ou, de façon plus générale, dans les circonstances qui les conduisent à prendre le commandement d'opérations de gestion de crise. Au regard de nos règles constitutionnelles et par souci d'effectivité du commandement, une telle administration se doit d'être placée sous l'autorité directe du Premier ministre. Créer *ex nihilo* une structure dédiée présenterait beaucoup d'inconvénients : **le Conseil d'État recommande de confier cette fonction nouvelle au SGDSN.** Déjà en charge de l'élaboration de plans de gestion de crise et de la préparation des Conseils de défense, il est la structure qui s'y prête le mieux, par son rattachement au Premier ministre, ses liens privilégiés avec le Chef de l'État, ses moyens humains, sa culture et même son implantation<sup>520</sup>. Le SGDSN n'exerce pas aujourd'hui cette fonction opérationnelle et ne dispose pas des moyens appropriés ; il conviendrait, à cet effet, de le restructurer et de le renforcer, en mettant à sa disposition les moyens et savoir-faire appropriés des ministères techniques, y compris, pour ce qui est pertinent, des forces armées. Cette fonction

---

517 Art. L. 1111-3 du code de la défense : « *Les décisions en matière de direction générale de la défense et de direction politique et stratégique de la réponse aux crises majeures sont arrêtées en conseil de défense et de sécurité nationale* ».

518 Selon la doctrine du SGDSN, « *Une crise locale ou limitée devient une crise majeure en raison de son ampleur, de son retentissement médiatique, de son impact sur plusieurs secteurs d'activités ou de sa dimension internationale* ».

519 Il est même arrivé, en de rares occasions, comme en octobre 2020 alors que la 2<sup>e</sup> vague de l'épidémie prenait de l'ampleur, que les réunions soient bihebdomadaires.

520 La gestion de l'EUS a révélé que les centres de gestion de crise ministériels étaient mal installés et manquaient de place.



du SGDSN n'aurait pas pour objet de se substituer à celles qui incombent aux départements ministériels concernés, en particulier au ministère de l'intérieur ; elle viserait seulement à assurer le pilotage, la cohérence et l'effectivité des actions de mise en œuvre des décisions de l'exécutif. Les hauts fonctionnaires de défense et de sécurité (HFDS) des ministères, placés auprès des secrétaires généraux de ces ministères, auraient vocation à être les interfaces ministérielles du SGDSN dans cette fonction nouvelle.

Enfin, la **communication gouvernementale** est une **dimension importante du pilotage d'une gestion de crise** de grande ampleur et mérite d'être placée elle aussi sous l'autorité directe des responsables de l'exécutif lorsqu'ils prennent la direction des opérations. La nouvelle organisation interministérielle devrait intégrer cette fonction, de façon à coordonner la communication ministérielle des cellules dédiées des centres de crise.

**Proposition n° 5** - Donner au SGDSN les compétences et les moyens lui permettant d'être l'administration interministérielle en charge du pilotage de la gestion de crise lorsque le Premier ministre ou le Président de la République prennent le commandement direct des opérations.

**2.2. Renforcer la capacité des autorités publiques à gérer des crises majeures qui peuvent justifier le déclenchement d'un état d'urgence impose par ailleurs de définir, pour les différents types de crise, l'articulation optimale entre les compétences des différents niveaux de l'État (services centraux, déconcentrés et agences spécialisées) et, parallèlement, l'articulation des compétences de l'État et de celles des collectivités territoriales.**

**Faire face à une crise de très grande ampleur nécessite en effet la mobilisation coordonnée de toutes les autorités publiques du pays.** Attendre le déclenchement de la crise pour définir les modalités de coordination à mettre en œuvre expose à des tâtonnements et des pertes de temps. Pour être efficace, **la répartition des rôles doit reposer sur des schémas préétablis**, susceptibles d'être adaptés à l'évolution des événements, mais connus à l'avance par l'ensemble des acteurs concernés. La gestion de la pandémie de 2020 a révélé de grandes hésitations de l'appareil de l'État sur la façon de répartir les compétences entre les échelons centraux et les échelons déconcentrés.

La difficulté n'a pas résulté d'une carence des textes. Au contraire, la loi du 23 mars 2020 qui a fixé le cadre de l'état d'urgence sanitaire avait explicitement permis aux préfets de se voir déléguer par le Premier ministre ou le ministre de la santé les pouvoirs de police spéciale résultant de l'état d'urgence sanitaire. Ainsi, [l'article L. 3131-17](#) du code de la santé publique, issu de cette loi, disposait que « *Lorsque le Premier ministre ou le ministre chargé de la santé prennent des mesures mentionnées aux articles L. 3131-15 et L. 3131-16, ils peuvent habilitier le représentant de l'État territorialement compétent à prendre toutes les mesures générales ou individuelles d'application de ces dispositions. Lorsque les mesures prévues aux 1° à 9° de l'article L. 3131-15 et à l'article L. 3131-16 doivent s'appliquer*

*dans un champ géographique qui n'excède pas le territoire d'un département, les autorités mentionnées aux mêmes articles L. 3131-15 et L. 3131-16 peuvent habiliter le représentant de l'État dans le département à les décider lui-même ».*

Ces hésitations, qui étaient au cas particulier opérationnelles et non juridiques, résultent, lorsqu'elles ne sont pas traitées en amont, de **la confrontation de trois principes qu'il est difficile de concilier dans le feu de l'action** :

- **le principe d'efficacité**, qui peut conduire à privilégier des décisions rapides et centralisées ;
- **le principe de subsidiarité et d'adaptation**, qui repose à l'inverse sur l'attribution de marges de manœuvre aux responsables de terrain, afin, d'une part, de décharger les échelons centraux de la multitude de décisions qui peuvent relever d'autorités locales et, d'autre part, de s'assurer que ces décisions soient en phase avec les réalités locales. Cet aspect est d'autant plus important que les territoires concernés présentent des particularités et il faut notamment mentionner les collectivités d'outre-mer ;
- enfin, **le principe d'égalité de traitement**, qui complique les arbitrages à faire entre les deux précédents tant il est difficilement admis, dans notre psychologie collective, que des situations similaires soient traitées de façons différenciées.

**2.2.1.** Le regard rétrospectif qui pourra être porté sur la gestion de la pandémie de la covid-19, dans le cadre des évaluations approfondies qui seront réalisées (v. la proposition n° 2), devrait permettre de tirer de précieux enseignements sur cette thématique. Dans cette attente, les premières analyses que l'on peut faire conduisent à penser qu'il est difficile de définir de façon théorique et générale l'organisation optimale des circuits de décision et que **la question de la répartition des compétences respectives entre les échelons centraux et déconcentrés de l'État doit être appréhendée dans le cadre de scénarios de crise anticipés** qui peuvent, selon la nature des crises appréhendées et des prérogatives à mettre en œuvre, appeler des organisations différentes. Le travail d'anticipation et de prospective mentionné dans la proposition n° 4 devrait à l'évidence comporter ce volet, en faisant correspondre, à chaque scénario de crise majeure, un plan d'organisation des circuits de décision et de répartition, au moins par grands blocs, des prérogatives des différentes autorités publiques concernées.

Ce processus de planification et d'organisation devrait clarifier non seulement l'articulation entre les compétences des échelons centraux et celles des échelons déconcentrés, mais également, pour ces derniers, **les chaînes de décision au sein des différentes autorités déconcentrées de l'État et de ses agences ou opérateurs**. Cet aspect du sujet revêt une très grande importance, car **il serait vain de renforcer les structures de pilotage de crise au sein de l'État central en laissant perdurer les flottements qui existent, sur le terrain, entre des responsabilités éclatées voire concurrentes**. Le processus qui, depuis plusieurs décennies, a multiplié, à côté de la représentation de l'État par l'administration préfectorale, les structures territoriales spécialisées est inspiré par **une logique de spécialisation et de sophistication de l'action déconcentrée de l'État qui n'est pas pertinente face à des situations de crise grave qui imposent que des décisions**



**soient prises dans l'urgence et de façon intelligible et cohérente.** De même que l'état d'urgence se traduit, au sommet de l'État, par la concentration des pouvoirs d'impulsion et de décision, il doit se traduire, **au plan local**, par **une unité de commandement** qui, sans affaiblir la capacité des autorités sectorielles à apporter leurs éclairages, garantit la rapidité, l'efficacité et l'intelligibilité des décisions à prendre. **C'est à l'évidence l'administration préfectorale qui**, sur le fondement des textes qui régissent les prérogatives des préfets et sous-préfets, et au regard de son savoir-faire, **doit exercer cette unité de commandement territorial** de l'État dans les régions, départements et arrondissements. Cette analyse est d'ailleurs unanimement partagée par les élus territoriaux et les associations qui les représentent<sup>521</sup>.

Toutes les agences de l'État représentées sur le territoire n'ont pas vocation à concourir à la gestion de crises majeures, mais plusieurs d'entre elles sont susceptibles de l'être comme l'ont été, de façon particulièrement évidente, les ARS pendant l'état d'urgence sanitaire. Face à d'autres types de crises graves, les services déconcentrés de l'ADEME, des agences de l'eau, de l'office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA) ou du conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres peuvent avoir un rôle à jouer dans la réaction des autorités étatiques. À la période de multiplication de ces agences et opérateurs dédiés a succédé, depuis une dizaine d'années, un regard plus critique, tant au Parlement<sup>522</sup> qu'au sein du Gouvernement. Le Premier ministre a adressé aux membres du Gouvernement, le 23 juin 2015, une [circulaire](#) relative au pilotage des opérateurs et autres organismes publics contrôlés par l'État, dans laquelle, après avoir rappelé que « les agences et opérateurs de l'État *constituent des instruments essentiels de la conduite des politiques publiques* » il invitait chaque ministère à réorganiser la tutelle sur ces structures, mais il est vrai dans un souci primordial de rationalisation des dépenses. Le Conseil d'État a consacré aux agences son étude annuelle de 2012 (*Les agences, une nouvelle gestion publique ?*). Plusieurs développements y étaient consacrés à la problématique de la cohérence de l'action territoriale de l'État, un des trois axes de propositions étant de « Renouveler les relations entre l'État central et territorial et les agences ». La proposition n° 18 invitait à « *Renforcer, en termes d'autorité de qualification et de moyens, la structure consacrée à la fonction de pilotage des agences, au sein des secrétariats généraux (des ministères) ou de chaque direction* » et, s'agissant plus précisément de l'organisation territoriale, la proposition n° 21 suggérait de « *Redéfinir le rôle du préfet vis-à-vis des agences en se fondant sur sa compétence générale de garantie de la cohérence territoriale des politiques publiques* ». Alors même qu'elle n'appréhendait pas spécialement les enjeux de la gestion de crise, l'étude soulignait, page 116, que « *ce sont les insuffisances du commandement et de l'animation de ce dispositif (...) qui entraînent les difficultés rencontrées par l'État pour assurer la cohérence de son action, sous toutes ses formes* ». Évaluant l'orientation consistant à faire des préfets les délégués

521 Ainsi, en d'avril 2020, le président de l'Association des maires de France avait demandé au Premier ministre de placer les ARS sous l'autorité des préfets de département, soutenu par de nombreux présidents de département et même des présidents de région.

522 V., en particulier, le rapport du Sénat, *Où va l'État territorial ? Le point de vue des collectivités*, du 6 décembre 2016 (par É. Doligé et M.-F. Perol-Dumont, au nom de la délégation aux collectivités territoriales).



territoriaux des agences, le Conseil d'État estimait que ce « *n'est pas de nature à aboutir à une clarification suffisante* », ajoutant que cette formule « *conduit à des constructions trop subtiles pour être efficaces sur le plan opérationnel*<sup>523</sup> ». Ce constat ne peut qu'être confirmé, et de façon plus évidente encore, s'agissant de la gestion des crises majeures. La crise sanitaire de 2020-2021 révèle que les textes relatifs aux relations entre l'autorité préfectorale et les services déconcentrés des agences existent parfois. C'est ainsi qu'aux termes de l'[article L. 1435-1](#) du code de la santé publique, « *Pour l'exercice de ses compétences dans les domaines sanitaire et de la salubrité et de l'hygiène publiques, le représentant de l'État territorialement compétent dispose à tout moment des moyens de l'agence (...) Les services de l'agence sont placés pour emploi sous l'autorité du représentant de l'État territorialement compétent lorsqu'un événement porteur d'un risque sanitaire peut constituer un trouble à l'ordre public* ». Ces règles ont leur pendant pour les zones de défense à l'[article L. 1435-2](#) du même code : « *Dans les zones de défense, le préfet de zone dispose, pour l'exercice de ses compétences, des moyens de l'ensemble des agences régionales de santé de la zone de défense. Leurs services sont placés pour emploi sous son autorité lorsqu'un événement porteur d'un risque sanitaire peut constituer un trouble à l'ordre public au sein de la zone. Le directeur général de l'agence régionale de santé du chef-lieu de la zone assiste le préfet de zone dans l'exercice de ses compétences* ». On peut sans doute regretter que ces dispositions visent les situations de « *trouble à l'ordre public* », notion peu précise et plus restrictive que celle de crise majeure, mais la véritable carence révélée par la crise ne relevait pas la lettre du texte mais de la sociologie administrative : il est patent que l'immense majorité des acteurs concernés ne connaissaient pas ces dispositions ou ont préféré les ignorer. Ce constat renforce la nécessité non seulement d'élaborer, en amont des crises majeures, des schémas d'articulation entre les différentes autorités de l'État et de ses agences ou opérateurs spécialisés, mais aussi d'en informer en temps utile tous les acteurs concernés (v. la proposition n° 3).

**L'enjeu n'est pas seulement juridique, il concerne aussi les moyens humains et matériels susceptibles d'être engagés par l'État.** Les agences et opérateurs disposent souvent de moyens supérieurs à ceux des services déconcentrés de l'État dont les effectifs, surtout dans les départements, ont été considérablement réduits, pour des motifs budgétaires et pour tirer les conséquences des transferts de compétences résultant de la décentralisation, au fil des réformes engagées depuis deux décennies. Il ne faut pas négliger, notamment, l'effet induit par la disparition des structures d'ingénierie territoriale de l'État qui a résulté de la révision générale des politiques publiques (RGPP) de 2007 et de la réforme de l'administration territoriale (RéATE) de 2010. Les services déconcentrés de l'État ne sont plus en mesure de réaliser nombre d'interventions techniques et, même si ce n'est pas général, certains agences ou opérateurs peuvent contribuer à pallier cette carence. Les grandes collectivités territoriales le peuvent plus encore (v. *infra*).

Il faut enfin souligner que **les schémas de gestion qui devront être conçus pour mettre l'État à même d'affronter dans de meilleures conditions les crises majeures devront intégrer, pour chaque configuration envisagée, la question des compétences respectives du niveau régional et du niveau départemental de**

523 Page 162 de l'étude.



**déconcentration.** Les dernières décennies se sont traduites, dans l'organisation territoriale de l'État, par une primauté donnée au niveau régional sur l'échelon départemental traditionnel. Ce processus résulte pour partie d'un prisme économique et d'une volonté de cohérence renforcée de l'action de l'État, incarnée par la relation privilégiée qui s'est instaurée entre les secrétariats généraux des ministères, les principales directions d'administration centrale en charge des politiques sectorielles et les préfets de région. Il s'appuie aussi sur le renforcement des services ministériels régionaux qui s'est opéré au détriment des services départementaux de l'État souvent très affaiblis. Ce processus de recentrage des liens entre les administrations centrales et les services déconcentrés peut avoir sa pertinence en mode de gestion courant, mais il présente des inconvénients lorsqu'il s'agit de gérer des crises majeures : outre qu'il se traduit, structurellement, par une moindre réactivité des échelons départementaux, soumis au double degré d'instruction venant de Paris et du chef-lieu de région, il est beaucoup moins adapté, surtout depuis la constitution des grandes régions de métropole, à la déclinaison locale des orientations nationales et aux échanges avec les élus de terrain. Il ne saurait s'agir ici de recommander de façon générale et absolue de renoncer à l'intervention des services régionaux de l'État ou de la marginaliser ; il est seulement souligné que cette dimension des futurs schémas d'intervention à mettre en place revêt une importance particulière et appelle, au cas par cas, des arbitrages clairs.

### **2.2.2. Même si elle relève de la décentralisation et non de la déconcentration, la problématique de l'articulation entre les compétences de l'État et celles des différentes collectivités territoriales se présente en des termes assez proches.**

La première remarque à faire, sur ce terrain, est que si la répartition des compétences entre l'État et les trois niveaux de collectivités territoriales, depuis les premières lois de décentralisation, a immanquablement rendu plus complexe la coordination des politiques partagées, **les capacités d'action dont disposent aujourd'hui les communes (et intercommunalités), les départements et les régions sont en mesure de démultiplier localement tous les plans de gestion de crise, a fortiori** lorsque l'ampleur des événements à affronter met l'État en difficulté. L'impératif doit donc être le même que celui qui prévaut pour la structuration des chaînes opérationnelles internes à l'État : **définir, en amont des crises, des modalités de coordination qui permettent**, tout en respectant l'autonomie de chaque collectivité garantie par l'organisation décentralisée de la République, **l'union de l'ensemble des acteurs publics autour des orientations stratégiques fixées par l'État et l'agilité d'action des collectivités** qui peuvent mettre en œuvre des moyens opérationnels et qui, en outre, sont en mesure d'assurer les liens de proximité, d'écoute, de pédagogie et de confiance avec les populations.

Si l'état d'urgence antiterroriste a surtout impliqué l'État, **les collectivités territoriales se sont toutes révélées très mobilisées dans la gestion de la pandémie de la covid-19.** Cela a concerné en premier lieu le domaine sanitaire. Outre l'implication très directe des départements dans la gestion des services d'incendie et de secours, la faiblesse du maillage local des ARS a fréquemment

été compensée par les liens directs existants entre les collectivités et les centres hospitaliers et de soins. Nombre de CHU se sont positionnés comme experts de proximité auprès des collectivités pour la définition de protocoles sanitaires, pour la commande et la gestion de stocks de masques ou, de façon encore plus spécifique, pour l'identification et l'organisation des dispositifs de garde scolaire ou périscolaire des enfants de soignants. Les collectivités ont fréquemment été en mesure de faciliter la coopération avec des réseaux associatifs ou professionnels qui ont contribué, par exemple, à la fabrication de masques ou d'autres équipements rendus nécessaires par la pandémie. Le Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) a contribué à cette dynamique en incitant les élus et cadres territoriaux à organiser sur tout le territoire ce qu'il a qualifié de « riposte territoriale ». Cette dynamique a aussi permis d'accélérer la mobilisation d'outils d'intervention mis à disposition par des entreprises publiques locales ou des délégataires de services publics locaux. Le champ local a ainsi été une illustration remarquable de la coopération public-privé<sup>524</sup>.

En dépit de quelques frictions ponctuelles, la logique de coopération entre les différents niveaux de collectivités a bien fonctionné, notamment grâce à la logique des chefs de file qui, au-delà de la clause de compétence générale dont bénéficient les communes, a conduit les régions à investir prioritairement dans les politiques de relance économique et les départements en matière d'action sociale.

Il reste que **de nombreuses collectivités ont souligné les complexités et les lourdeurs des relations avec les services de l'État**, en raison des difficultés rencontrées par les préfets pour leur transmettre des orientations claires et du manque de coordination entre les différentes représentations de l'État et de ses agences, au premier rang desquelles les ARS.

L'importance déterminante que peut avoir la mobilisation des collectivités territoriales dans certaines situations de crise majeure et la nécessité de clarifier, dans ces situations, les modalités de coopération entre elles et les services de l'État appelle, parallèlement au processus interne à l'État évoqué précédemment, **la définition de cadres de coopération destinés à assurer la complémentarité et l'efficacité des outils des différentes collectivités publiques**, dans les différentes configurations de crise qui peuvent se présenter. Même s'il a vocation à définir des schémas de proximité, **un tel processus ne peut pas relever de concertations locales ; il relève d'échanges organisés à l'échelle nationale entre l'État et les associations nationales d'élus** des différents niveaux de collectivités. Il ne saurait évidemment s'agir d'organiser sur le papier tous les scénarios imaginables ; l'objectif doit être de **déterminer des schémas cadres**, fixant, dans les différents domaines de compétences partagées ou complémentaires, les orientations en matière de circuits d'information et de consultation, de coopération, d'outils juridiques et matériels à mobiliser, afin de fluidifier par avance les relations et d'éviter, dans toute la mesure du possible, les tâtonnements que l'on a observés pendant l'état

524 Pour un premier bilan de ces actions territoriales, v. la contribution de Mmes Garcin-Escobar, DGA de la Grande Motte, et Leblond-Masclat, DGA de Brest Métropole, dans les actes du colloque « Entre centralisation, déconcentration et décentralisation, la gestion de la crise sanitaire à l'heure du déconfinement », *Bulletin juridique des collectivités territoriales* n° 7-8/2020, p. 499 et s.



d'urgence sanitaire. Chargé de piloter l'élaboration des plans d'intervention interministériels, le SGDSN pourrait, sur ce terrain également, être chargé d'organiser les échanges avec les associations d'élus, en lien étroit avec le ministère chargé des collectivités territoriales et les ministères techniques concernés. Un tel **chantier de définition de coopérations opérationnelles en matière de gestion de crise** pourrait, au demeurant, constituer un utile laboratoire de coopérations structurelles entre l'État et les collectivités territoriales. Les faiblesses constatées en la matière constituent en effet un des points de préoccupation des progrès de la décentralisation.

**Proposition n° 6** - Définir et formaliser, pour l'ensemble des crises majeures susceptibles d'être anticipées, des schémas d'intervention définissant des cadres types d'articulation entre les différents niveaux de responsabilité de l'État (central et déconcentré) ainsi qu'entre les compétences de l'État et celles des différentes collectivités territoriales concernées.

**2.3. S'agissant non plus de la définition mais de la mise en œuvre des schémas opérationnels de gestion des crises majeures**, plusieurs enseignements concrets peuvent être tirés de l'expérience de l'état d'urgence sanitaire. Plusieurs d'entre eux ont été mentionnés dans le rapport élaboré à la demande du Premier ministre, en juin 2020, par le général Lizurey (*Mission relative au contrôle qualité de la gestion de crise sanitaire*, juin 2020<sup>525</sup>).

En premier lieu, cette organisation de gestion de crise majeure doit s'accompagner de **structurations d'états-majors, d'une gestion active de réserves opérationnelles, de plans de relève ou de remplacements**. Les premières semaines de l'état d'urgence sanitaire ont révélé qu'à de rares exceptions près (ministère de l'intérieur notamment) les administrations centrales de l'État et celles des agences ou opérateurs concernés ne disposaient, ni dans leurs organigrammes, ni dans la réalité, d'états-majors identifiés pour assurer le pilotage de la gestion de crise. Cette situation témoigne d'un **affaiblissement préoccupant de la culture de crise de l'État**, celui-ci ayant probablement été trop accaparé au cours des dernières décennies par les enjeux de modernisation et de rationalisation de la gestion courante, y compris au sein de ministères pourtant confrontés, dans des périodes relativement récentes, à des menaces graves. Les forces armées savent combien ces questions d'organisation touchant aux chaînes de commandement, aux circuits logistiques, aux salles de crise ou de commandement, à la sécurisation des réseaux de communication ou encore à la préparation de relèves d'équipes opérationnelles qui peuvent être épuisées ou hors d'état de servir, sont importantes et requièrent un luxe de préparation et de mises à jour régulières.

**Les administrations civiles de l'État doivent acquérir cette culture de la préparation organisationnelle**, en s'inspirant le cas échéant du savoir-faire des forces armées et ce d'autant plus que la coopération de ces dernières est susceptible d'être sollicitée en certaines occasions, comme l'a illustré également l'état d'urgence sanitaire, s'agissant de moyens logistiques ou de mise à dispositions d'unités spécialisées. Le

525 V. le [rapport](#) précité du général R. Lizurey avec l'appui d'A. Puccinelli, juin 2020, p. 67.

SGDSN est, ici encore, une structure appropriée pour le développement de cette culture et la définition des outils adéquats. Le processus ne devra pas négliger **l'importance de la formation à dispenser aux équipes opérationnelles** identifiées, notamment aux cadres de l'État et de ses opérateurs concernés, mais également à ceux des collectivités territoriales qui seront appelées, comme cela a été souligné, à interagir dans de nombreuses circonstances avec l'appareil d'État. Des cycles de formation initiale et continue mériteraient d'être construits dans les écoles du service public, institut national du service public (INSP), institut national d'études territoriales (INET) et école des hautes études en santé publique (EHESP) tout particulièrement.

**Ce cadre de préparation opérationnelle doit également associer les opérateurs privés susceptibles d'être mis à contribution.** Le régime de la réquisition ne peut rester le seul mode opératoire et les plans d'intervention doivent avoir déterminé, en amont des crises, l'ensemble des modalités de coopération qui peuvent être employées, notamment pour ce qui concerne les enjeux logistiques ou de production. Comme cela a été souligné dans la deuxième partie de l'étude, le comité de la filière industrielle de sécurité (CoFIS) s'est révélé très utile lors de l'état d'urgence antiterroriste et illustre bien les bénéfices que la puissance publique peut tirer de tels partenariats.

**L'élaboration et la sécurisation de réseaux de communication est un enjeu crucial,** tant leur défaillance risque de fragiliser ou réduire à néant tous les schémas opérationnels préétablis. Ni l'état d'urgence antiterroriste ni l'état d'urgence sanitaire n'ont été perturbés sur ce terrain, mais tous les acteurs lucides ont conscience du risque de voir d'autres crises majeures donner lieu, par accident ou attaque, à des pannes ou perturbations de réseaux qui pourraient avoir des conséquences désastreuses. Le sujet est pris très au sérieux par les autorités de l'État depuis plusieurs années et l'Agence nationale de sécurité des systèmes d'information (ANSSI), rattachée au SGDSN, bénéficie d'une montée en puissance rapide de ses moyens. La poursuite de ces investissements et du développement de procédure de sécurisation des réseaux névralgiques mérite de bénéficier d'une attention toute particulière.

Enfin, l'expérience de l'impréparation face à la pandémie de la covid-19 souligne l'impérieuse nécessité de **préparer l'ensemble des acteurs concernés par les crises majeures dans le cadre d'exercices réguliers.** L'organisation régulière d'exercice destinés à tester les plans d'intervention (ORSEC, POLMAR...) et à habituer les services concernés à les mettre en œuvre a longtemps été une composante de la culture administrative française, spécialement dans l'administration préfectorale et déconcentrée. Cette culture semble s'être étiolée et il n'est pas excessif de souligner qu'elle est absente dans nombre de sphères administratives. À la décharge des services concernés, les réorganisations successives de ces vingt ou trente dernières années ont conduit à donner la priorité à d'autres enjeux et elles ont parfois fait disparaître les équipes spécialisées ou les moyens budgétaires nécessaires. De nombreuses structures nouvelles, telles que les agences, n'ont pas intégré cette sensibilisation à l'utilité des exercices de gestion de crise. Dans le domaine de la santé, les ARS et Santé publique France en sont des illustrations ;



mais il y en a d'autres et la capacité très hétérogène des services publics à mettre en œuvre des plans de continuité d'activité lors de l'état d'urgence sanitaire en témoigne également. Le SGDSN devrait avoir pour mission de fixer le cadre et les modalités de ces exercices dont les retours d'expérience devraient être transmis non seulement aux membres du Gouvernement mais également, eu égard à l'importance des enjeux, au Parlement.

**Proposition n° 7 - Renforcer la culture étatique de la gestion de crise majeure.**

- Structurer, pour la mise en œuvre des plans opérationnels de gestion de crises majeures, des états-majors susceptibles d'être installés en urgence et disposant de l'ensemble des moyens matériels nécessaires à leurs missions.
- Préparer, dans une logique de réserves opérationnelles, des plans de relève ou de remplacement pour ces états-majors et l'ensemble des postes opérationnels prioritaires.
- Assurer la formation des cadres et de l'ensemble des opérateurs concernés de l'État et des collectivités territoriales.
- Définir, en appui de ces plans, des schémas prédéterminés de concours d'opérateurs privés.
- Préparer l'ensemble des acteurs concernés par les crises majeures dans le cadre d'exercices réguliers.
- Procéder à une amélioration et une sécurisation permanentes des outils technologiques nécessaires aux communications opérationnelles de l'État.

#### **2.4. Mettre les pouvoirs publics en capacité d'affronter les crises majeures appelle également une organisation de l'expertise publique en temps de crise**

L'état d'urgence sanitaire, plus encore que l'état d'urgence antiterroriste, a révélé l'importance que revêt, pour les autorités comme pour l'opinion publique, le fait de pouvoir disposer d'éclairages d'experts sur les sujets qui le justifient et tout particulièrement en matière scientifique. La France dispose d'une grande richesse et d'une grande diversité de scientifiques, d'experts et de centres ou laboratoires d'analyse et de recherche. Cette situation devrait permettre au pays d'aborder les crises majeures avec une grande capacité à en maîtriser les enjeux et, partant, à éclairer les décideurs et l'opinion. Néanmoins, les enseignements que l'on tire de l'état d'urgence sanitaire sont aussi que **notre organisation est complexe et qu'elle prend insuffisamment en compte les besoins opérationnels, comme d'ailleurs la nécessité de mettre les éléments pertinents à la disposition des médias et des Français**. La multiplication des instances d'expertise créées par les autorités suscite, comme on l'a observé pendant l'état d'urgence sanitaire<sup>526</sup>, des incohérences d'analyses et, par voie de conséquence, des retards dont les décideurs pâtissent et, par ailleurs et de façon tout aussi fâcheuse, des brouillages de communication vis à vis des médias et de l'opinion. Comme cela a été indiqué dans la deuxième partie de

526 V. les développements de la 2<sup>e</sup> partie de cette étude ainsi que l'ouvrage précité *Covid-19 : une crise organisationnelle* d'H. Bergeron, O. Borraz, P. Castel et F. Dedieu, octobre 2020 aux Presses de Sciences Po, ainsi que le rapport précité du général Lizurey.

l'étude, des exemples étrangers, notamment ceux de l'Allemagne et des États-Unis, révèlent qu'une organisation de l'expertise plus hiérarchisée atténue ces défauts.

**Deux améliorations distinctes doivent être recherchées** : la première concerne les autorités politiques et administratives en charge du pilotage opérationnel des crises, la seconde le Parlement, les médias et le corps social dans son ensemble. Pour les premières, c'est la capacité à décider qui doit être privilégiée; pour les seconds, la capacité à comprendre et débattre.

**2.4.1. Les décideurs** peuvent avoir besoin, selon la nature des événements auxquels ils sont confrontés, que soient mises rapidement à leur disposition les connaissances pertinentes dont peuvent disposer les structures de recherche, à des fins opérationnelles. Cet objectif appelle une structuration, en amont des éventuelles crises majeures, des circuits de remontée d'informations vers les centres de décision gouvernementaux. De tels circuits existent déjà partiellement, dans les cellules de crise dont disposent certains ministères ou dans des services centraux chargés de l'évaluation et de la prospective. Ils reposent, selon les cas, sur des partenariats organisés avec des centres de recherche ou sur des liens plus informels et moins fiables. **Une évaluation extensive mériterait d'être faite pour déterminer les éventuels points faibles voire les carences de ces circuits.** Un travail de structuration plus ambitieuse et plus opérationnelle pourrait être conduit sous l'égide du nouveau dispositif interministériel de préparation et de pilotage des crises majeures, organisé autour du SGDSN et des hauts fonctionnaires de défense et de sécurité des ministères. En cas de pluralité de l'offre entraînant des risques de contradiction ou de confusion, le processus doit être en mesure de déterminer les critères de priorité évitant, dans toute la mesure du possible, de placer les autorités destinataires dans l'incertitude. Un tel travail ne peut reposer que sur des échanges, en amont, avec les structures, publiques (centres de renom, académies...) ou privées lorsqu'il en existe, y compris à l'étranger, susceptibles d'évaluer la fiabilité des résultats proposés. Comme cela a été indiqué dans la deuxième partie de l'étude, le Royaume-Uni donne un exemple d'une telle structure scientifique consultative, destinée à éclairer les autorités en période d'urgence et modulable selon la nature des crises (*Scientific Advisory Group for Emergencies, SAGE*). Ce processus doit également conduire à prévoir, au sein de chaque instance d'expertise existante, une organisation permettant d'appréhender les situations de crise.

Une dimension connexe mériterait d'être ajoutée à ce chantier. Elle concerne **l'amélioration des outils technologiques d'analyse et de traitement des données nécessaires à la maîtrise des situations de crise majeure par la puissance publique.**

La maîtrise des données est d'autant plus indispensable aux autorités que des décisions lourdes de conséquences doivent être prises en urgence, ce qui est le cas, par définition, en cas de crise majeure. Le processus de structuration des remontées d'expertises vers les décideurs publics doit donc idéalement être complété par le perfectionnement de l'ensemble des outils numériques permettant d'exploiter les données de masse aujourd'hui accessibles. Le « pilotage des politiques publiques par la donnée » est un processus déjà engagé par le Gouvernement, sous l'égide en particulier de la direction interministérielle du numérique (DINUM) et il devrait s'enrichir d'un volet spécifique dédié à la gestion de crise.



**Proposition n° 8** - Structurer, sous l'égide du SGDSN et des hauts fonctionnaires de défense et de sécurité des ministères, dans le champ de chaque domaine potentiel de crise majeure, un dispositif de partenariats et de coordination avec les organismes de recherche pertinents permettant de faire remonter rapidement les expertises utiles aux décideurs politiques et administratifs.

Doter chaque instance nationale d'expertise d'une organisation permettant d'appréhender les situations de crise.

Ajouter au programme de pilotage des politiques publiques par la donnée un volet dédié au pilotage des situations d'urgence.

**2.4.2. S'agissant de l'information du Parlement, des médias et de l'opinion,** les enjeux ne sont pas identiques. Dans un pays dans lequel prévaut une forte méfiance à l'égard de la parole officielle et scientifique, la recherche de pédagogie et de transparence doit conduire à une organisation offrant à la fois un niveau d'excellence, une diversité des analyses chaque fois qu'il n'y a pas d'unanimité des experts et une présentation pédagogique. Une telle organisation peut reposer sur la confrontation des analyses d'un nombre élevé de centres d'expertise.

Ces objectifs pourraient être atteints dans une instance publique indépendante disposant des moyens, en cas de crise majeure, d'assurer une fonction de confrontation des positions des experts pertinents, de synthèse et de communication. Il pourrait être pertinent, pour éviter la création d'une structure additionnelle dans un paysage scientifique déjà très morcelé, de **confier ce rôle à l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques (OPECST)**<sup>527</sup>. Cette formule présenterait plusieurs avantages :

- s'adosser à la légitimité du Parlement, d'autant que l'Office est une structure commune aux deux assemblées, en contribuant au renforcement du rôle du Parlement dans le suivi des crises graves ;
- assurer une participation de toutes les sensibilités politiques représentées au Parlement, l'OPECST étant composé à la proportionnelle des groupes politiques des deux assemblées ;
- disposer de l'apport du comité scientifique de haut niveau qui associe, au sein de l'OPECST, toutes les grandes institutions de recherche françaises et des liens de travail réguliers que l'Office a noué depuis qu'il existe avec de nombreuses autorités et équipes scientifiques (partenariat avec l'Académie des sciences et de nombreux réseaux académiques de recherche).

S'ils validaient cette suggestion, l'Assemblée nationale et le Sénat devraient attribuer à l'OPECST, qu'ils administrent en commun (avec une présidence alternée), les moyens humains et matériels permettant d'exercer cette fonction additionnelle susceptible d'entraîner une activité soutenue en cas de crise majeure. On pourrait attendre d'un tel dispositif, au-delà de la seule problématique des périodes de crise, une amélioration progressive de la compréhension des enjeux scientifiques dans le débat public.

527 La loi n° 83-609 du 8 juillet 1983 qui a institué l'OPECST devrait être modifiée à cet effet.

**Proposition n° 9** - Confier à l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques (OPECST) une fonction de recueil, de confrontation et de présentation pédagogique des expertises susceptibles d'être prises en considération en période de crise majeure comportant une ou plusieurs dimensions scientifiques.

## **2.5. Le renforcement des capacités de la puissance publique à faire face aux crises majeures ne peut pas faire l'impasse sur les compétences de l'Union européenne.**

Même si le déclenchement et la mise en œuvre d'un état d'urgence relève pour l'essentiel du droit national et si les compétences de l'État ne sauraient être remises en cause en la matière, les attentats terroristes comme la pandémie de la Covid-19 ont montré qu'un certain nombre de leviers d'action des pouvoirs publics requièrent, pour être pleinement efficaces, un élargissement vers le champ international ou à tout le moins européen. Cette dimension doit être prise en considération.

Les principales problématiques des états d'exception instaurés lors des crises de grande ampleur sont communes aux différents États de l'Union européenne et celle-ci dispose de compétences dans plusieurs des domaines qui ont trait aux politiques conduites dans ces périodes de crise. **Des orientations communes méritent donc d'être recherchées et la présidence française de l'Union européenne, au 1<sup>er</sup> semestre 2022, pourrait être mise à profit à cet effet.**

**Le Conseil européen pourrait en premier lieu constituer le cadre approprié pour l'élaboration d'une « déclaration politique » ou d'un « code d'engagements » des chefs d'État et de Gouvernement sur la réaffirmation des libertés fondamentales dans le contexte des crises majeures.** Cet enjeu mérite d'être réaffirmé solennellement au plus haut niveau politique et la présidence française pourrait en prendre l'initiative. Cette déclaration ou ce code pourrait s'accompagner de l'adoption d'un cadre de vigilance européen spécifique aux états d'urgence : identification des mesures susceptibles d'être adoptées par chacun des gouvernements, élargissement de la procédure préjudicielle d'urgence aux situations d'état d'urgence ou création d'une procédure en manquement inspirée de l'article 88 de la CECA pour une liste d'atteintes graves à l'État de droit durant la même période. Ces mesures pourraient figurer soit dans le cadre d'un texte du droit de l'Union européenne, soit dans le cadre d'un traité multinational classique.

**Une coopération renforcée pourrait être proposée autour des enjeux concernant les travailleurs frontaliers.** Ces derniers ont particulièrement souffert des fermetures de frontières et des disparités administratives de gestion de la circulation des populations frontalières. Cette coopération renforcée pourrait viser, par la définition d'un régime autonome concernant ces travailleurs, à maintenir leur libre circulation. Elle pourrait comporter des structurations régionales différentes selon les zones géographiques (pays baltes, zone germano-polono-tchèque, triangle rhénan).



**La signature de conventions bilatérales ou multilatérales de coopération administrative entre les administrations de pays frontaliers pourrait être recherchée.** Ces conventions prolongent dans les domaines de compétence restés nationaux (coopération administrative) les coopérations renforcées précitées, en permettant de s'accorder sur des formulaires, attestations, centres de tests agréés... qui facilitent et confortent la coopération. Ces coopérations pourraient, de façon très utile, concerner l'ensemble des domaines dans lesquels les pays de l'Union peuvent mettre en commun des moyens ; la crise sanitaire de 2020/2021 a mis en évidence les bénéfices que les États peuvent tirer de coopérations intra-européennes.

**Parallèlement aux chantiers concernant l'Union européenne, une priorité devrait être accordée aux difficultés rencontrées dans la mise en œuvre du code frontières Schengen.** Le chantier concernant les **possibilités coordonnées de fermeture des frontières**, dont la nécessité est apparue dans les deux situations d'état d'urgence traversées ces dernières années, en matière sanitaire et de lutte contre le terrorisme, doit être conduit à son terme dans les meilleurs délais. Il est important de mettre à plat, à froid, les modalités de gouvernance des zones frontalières dans de tels contextes. Il est possible d'envisager une coordination politique resserrée entre les seuls gouvernements concernés par la crise, afin d'adopter des mesures contraignantes à l'unanimité d'un conseil des ministres géographiquement restreint aux zones posant des problèmes. Il faudrait en outre prévoir, au sein de l'espace Schengen, la possibilité d'une fermeture uniforme des frontières extérieures vis-à-vis de zones particulièrement touchées par un fléau. Il est en effet incompréhensible, dans le cadre de la pandémie de la Covid-19, que des passagers venant de l'extérieur de l'espace Schengen puissent être refusés par un État membre alors qu'ils peuvent accéder à son territoire, par transit intra européen, après être entré par dans un autre État membre qui n'a pas prévu la même interdiction d'entrée. La France pourrait engager, pendant sa présidence de 2022, une nouvelle dynamique sur ces sujets, d'autant plus que la présidence slovène, pour le second semestre de 2021, s'est fixée pour objectif de renforcer l'espace Schengen.

**Proposition n° 10** - Intégrer à la présidence française de l'Union européenne, au 1<sup>er</sup> semestre 2022, un plan d'action tirant les enseignements de la crise terroriste et de la crise sanitaire et comportant, parmi ses points principaux :

- la proposition d'une déclaration politique ou à un code d'engagements ayant vocation à être pris par les chefs d'État et de Gouvernement sur la réaffirmation des libertés fondamentales dans le contexte des crises majeures ;
- l'élaboration d'une coopération renforcée autour enjeux des travailleurs frontaliers ;
- la signature de conventions bilatérales ou multilatérales de coopération administrative entre les administrations de pays frontaliers dans les domaines utiles à la gestion des crises majeures.

Accélérer par ailleurs et faire aboutir le chantier de réforme du code frontières Schengen.

### 3.3. Des contrôles adaptés aux enjeux spécifiques des états d'urgence

Même s'il ne dégrade pas l'État de droit et concourt à sa préservation face à des périls graves, l'état d'urgence se traduit par définition par un renforcement considérable des prérogatives du pouvoir exécutif, tout particulièrement en matière de police administrative. Pour légitime et temporaire qu'il soit, ce renforcement appelle un équilibre par les contrôles parlementaires et juridictionnels.

#### 3.3.1. Un Parlement garant des équilibres démocratiques

Aucune disposition des lois qui régissent les états d'urgence, qu'il s'agisse de celle de 1955 ou de celle de 2020, n'altère les prérogatives parlementaires. C'est le Parlement qui a voté et modifié ces textes et il conserve, sous leur empire, l'intégralité des prérogatives constitutionnelles que lui confère le premier alinéa de l'article 24<sup>528</sup> de la Constitution, tout particulièrement en matière de contrôle du Gouvernement et d'évaluation des politiques publiques. Pour autant, comme cela a été souligné dans la deuxième partie de l'étude, **l'état d'urgence conjugué au fait majoritaire accentue considérablement le déséquilibre du fonctionnement de la V<sup>e</sup> République au profit de l'exécutif** qui bénéficie, en particulier, d'une forte extension du pouvoir de légiférer par ordonnances.

Ne pas veiller à ce que le rôle du Parlement soit conforté dans le cadre de la mise en œuvre des états d'urgence risquerait dès lors de fragiliser l'idée d'un processus destiné à protéger l'état de droit. L'état d'urgence déclenché face à une crise majeure met inévitablement la vie démocratique sous tension, mais il ne doit pas la mettre en sommeil.

Ne pas en rester, sur ce terrain, à des vœux pieux conduit à envisager la nécessité d'un **cadre procédural de niveau constitutionnel**, les autres normes, dont la loi, ne pouvant suffire à garantir les équilibres entre les pouvoirs publics.

**Il est paradoxal que les régimes d'exception régis par la Constitution (celui de l'article 16 et l'état de siège mentionné à l'article 36) soient ceux qui n'ont pas connu de mise en œuvre depuis plusieurs décennies, tandis que celui sous l'empire duquel la République a vécu de façon répétée et durable depuis 2015, l'état d'urgence, ne fait l'objet d'aucun cadre constitutionnel, fût-il très général.** Le comité Vedel en 1993 (Comité consultatif pour une révision de la Constitution) et le comité Balladur en 2007 (Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République) avaient l'un et l'autre proposé de modifier l'article 36 de la Constitution pour y insérer, à côté des

528 « Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques ».



dispositions relatives à l'état de siège, des dispositions relatives à l'état d'urgence<sup>529</sup>. Si ces propositions n'ont pas été retenues à ce jour c'est pour une bonne part en raison du manque d'intérêt du Constituant pour un sujet qui était assez théorique jusqu'en 2015 (l'état d'urgence n'ayant été déclenché jusqu'alors que pendant de brèves périodes et dans des zones bien circonscrites). La donne a aujourd'hui changé et rend beaucoup plus nécessaire un tel cadrage constitutionnel. Il avait d'ailleurs été envisagé par le Président Hollande dont l'initiative aurait pu recueillir un consensus, sur le principe tout au moins – la rédaction proposée n'ayant pas convaincu les assemblées parlementaires – si elle n'avait pas été parasitée par un autre volet du projet.

Eu égard au caractère protéiforme que peuvent revêtir les crises majeures susceptibles de justifier le déclenchement d'un état d'urgence, **il est difficile d'envisager d'inscrire dans la Constitution des règles de fond rigides qui risqueraient de se révéler inappropriées** ; l'intérêt supérieur de la République est de conserver à cet instrument la souplesse que peuvent exiger des circonstances imprévues. **Il serait en revanche utile et légitime de fixer le cadre procédural applicable**, par similitude avec les règles relatives à la mise en œuvre de l'[article 16](#). Un tel cadre procédural pourrait définir les **règles de déclenchement d'un état d'urgence, les règles de prorogation et de contrôle par le Parlement, les prérogatives éventuelles du Conseil constitutionnel**. Comme le proposait le comité Balladur, une partie de ces règles pourrait être renvoyée à une loi organique pour ne pas alourdir le texte constitutionnel.

L'objection la plus souvent exprimée à l'inscription de l'état d'urgence dans la Constitution tient à ce qu'elle conférerait une légitimité à ce régime d'exception et faciliterait son emploi. Mais l'objectif serait à l'opposé. C'est l'absence de tout cadre constitutionnel qui permet au Gouvernement et à sa majorité de fixer et modifier librement les règles de mise en œuvre d'un état d'urgence. C'est cette même absence qui a permis d'élaborer en urgence des cadres d'exception et de les laisser perdurer pendant de très longues périodes. On peut enfin relever que s'il n'existe évidemment pas de standards internationaux en matière de constitutionnalisation de tel ou tel sujet, la Commission de Venise, instance consultative du Conseil de l'Europe en matière constitutionnelle, avait accueilli favorablement, le 14 mars 2016<sup>530</sup>, le projet français de constitutionnalisation, sur son principe, tout en émettant des recommandations relatives aux limites à fixer à la faculté de déclarer un état d'urgence.

---

529 [Rapport Vedel](#), *Propositions pour une révision de la Constitution*, remis au Président de la République le 1<sup>er</sup> février 1993 : « Il existe en droit français deux régimes législatifs des temps de crise : l'état de siège et l'état d'urgence. Pour des raisons de circonstances, la Constitution ne mentionne que l'état de siège. Il paraît désormais nécessaire d'aligner le dispositif de l'état d'urgence sur celui de l'état de siège en inscrivant dans la Constitution des règles qui figurent d'ores et déjà dans la loi réglementant l'état d'urgence ». [Rapport Balladur](#), *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*, 29 octobre 2007 : « Il y a lieu de mettre à jour les mécanismes de l'état de siège et de l'état d'urgence ... de telle sorte que le régime de chacun de ces états de crise soit défini par la loi organique et la ratification de leur prorogation autorisée par le Parlement dans des conditions harmonisées ».

530 Commission européenne pour la démocratie par le droit, [avis n° 838/2016](#) du 14 mars 2016 sur le projet de loi constitutionnelle « de protection de la nation » de la France.

Il n'appartient pas au Conseil d'État, dans le cadre de la présente étude, de suggérer des rédactions détaillées de règles constitutionnelles qui relèvent des délibérations et de la souveraineté du pouvoir constituant. Les suggestions qu'il estime pouvoir faire sont les suivantes :

- Conserver au pouvoir exécutif le **pouvoir de déclenchement**, par décret, d'un état d'urgence.
- Soumettre la prorogation de l'état d'urgence à l'**approbation du Parlement au terme d'une période aussi courte que possible**. On peut relever que si le délai fixé à 12 jours dans la loi de 1955 (depuis 1960) n'a jamais été remis en cause et qu'il est identique à celui que prévoit l'article 36 de la Constitution pour l'état de siège, le Parlement a accepté un délai de 30 jours dans la loi régissant l'état d'urgence sanitaire mais refusé que ce délai soit porté à deux mois lors de l'examen de la loi de sortie de cet état d'urgence.
- Évaluer la pertinence d'une règle soumettant d'éventuelles prorogations successives à **des règles de majorité parlementaire qualifiée**, le cas échéant graduelles, de façon à éviter que ne perdure trop longtemps, sans un large consensus de la représentation nationale, un régime d'exception qui n'a vocation qu'à permettre aux autorités de la République de s'organiser face à une crise imprévue.
- Envisager la **saisine automatique du Conseil constitutionnel** sur toute loi de prorogation de l'état d'urgence et toute loi établissant le cadre nouveau d'un état d'urgence. L'expérience révèle que, depuis 2015, les lois prorogeant les états d'urgence ont comporté le plus souvent d'importantes dispositions de fond modifiant le cadre légal d'intervention de la puissance publique et celui de l'exercice de certaines libertés individuelles. Toutes n'ont pas été soumises au contrôle préalable du Conseil constitutionnel. Au contraire, ni en 2005 ni en 2015-2017, les lois de prorogation de l'état d'urgence n'ont été transmises au Conseil constitutionnel pour un contrôle *a priori*. La loi du 20 mars 2020 instaurant l'état d'urgence sanitaire ne l'a pas été non plus et il a fallu attendre la loi du 11 mai 2020 prorogeant cet état d'urgence pour enregistrer une première saisine (v. la décision [n° 2020-800 DC](#) du 11 mai 2020). Le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité permet certes de contester ces règles à l'occasion d'un procès devant le juge judiciaire ou administratif où elles trouvent à s'appliquer, mais ce contrôle peut intervenir avec un décalage relativement long par rapport à leur entrée en vigueur et il y a de bons motifs à préférer s'assurer de leur constitutionnalité avant leur promulgation. Le souci de ne pas retarder l'entrée en vigueur des lois de prorogation d'un état d'urgence pourrait justifier que ce contrôle de constitutionnalité s'effectue dans un délai contraint.
- Enfin, si la prudence justifie de ne pas chercher à donner une définition de portée constitutionnelle aux états d'urgence, la loi suprême ou, le cas échéant, la loi organique pourraient néanmoins **réserver ce cadre aux circonstances de « crises majeures »** selon la terminologie adoptée par le code de la défense.

Un tel cadre constitutionnel et organique présenterait l'avantage de **constituer le socle commun des différentes déclinaisons juridiques susceptibles d'être rendues**



**nécessaires par les particularités des crises majeures justifiant le recours à un état d'urgence.** Il serait en effet illusoire d'imaginer un cadre normatif uniforme pour faire face à des crises qui peuvent prendre au fil du temps des formes imprévisibles. L'expérience de la pandémie de 2020 démontre que chaque crise majeure appelle des cadres d'action spécifiques qu'il appartient au législateur et au pouvoir réglementaire de définir au cas par cas, dans leurs compétences respectives. Ainsi, la spécificité de chaque crise majeure justifiant le déclenchement d'un état d'urgence pourrait continuer, comme il est souhaitable, à donner lieu à des dispositions législatives et réglementaires *ad hoc*, sous la seule contrainte du socle procédural commun de nature constitutionnelle.

Une observation périphérique mérite d'être faite ici : si l'état de siège est un sujet différent des états d'urgence et relève de contextes et de règles spécifiques, il peut être fait observer que si le Constituant devait envisager l'adoption d'un cadre procédural pour les états d'urgence, ce pourrait être l'occasion de moderniser en parallèle l'[article 36](#) de la Constitution relatif à l'état de siège qui, outre son libellé très laconique (« *L'état de siège est décrété en conseil des ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement* »), n'est plus en phase avec les dispositions que le code de la défense consacre à l'état de siège.

Dans l'hypothèse de fixation de règles constitutionnelles relatives à l'état d'urgence, **la question d'un aménagement des dispositions de l'[article 38](#) de la Constitution** mérite d'être posée. Le constat de la place croissante que prennent les ordonnances dans l'édition des normes juridiques a été fait à de nombreuses reprises. Il suffit de rappeler que, sur le fondement des lois d'habilitation votées par le Parlement, le Gouvernement a publié en moyenne 50 ordonnances par an au cours de la dernière décennie<sup>531</sup> alors qu'il en a publiées 125 en 2020 dont l'immense majorité dans le cadre des habilitations délivrées en application de l'état d'urgence sanitaire<sup>532</sup>. Ces chiffres révèlent combien **l'état d'urgence conduit à renforcer non seulement les pouvoirs de police administrative des autorités exécutives mais également leur pouvoir normatif, au détriment du Parlement.** Ce phénomène n'est pas pour autant illégitime et il faut y voir la plasticité d'un dispositif constitutionnel qui se révèle particulièrement adapté aux nécessités de l'action publique dans une situation de crise majeure qui appelle des mesures de grande urgence. Pour autant, il faut d'une part rappeler que le Parlement a eu plusieurs occasions de prouver sa capacité à voter des lois dans des délais extrêmement brefs lorsque la nécessité l'imposait et admettre, d'autre part, que cette explosion du recours aux ordonnances appelle une réflexion.

On pourrait s'interroger, au passage, sur le respect de la lettre de l'article 38 de la Constitution (« *Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ») lorsqu'il est demandé au Parlement l'autorisation d'adopter des normes d'urgence exigées par des circonstances imprévues qui ne sont aisément assimilables à l'exécution

531 Cette moyenne était à peine supérieure à 35 au cours de la décennie précédente (2001/2010).

532 Les années concernées par l'état d'urgence antiterroriste, 2016 et 2017, avaient respectivement donné lieu à l'édition, toutes matières confondues, de 66 et 79 ordonnances.

du programme du Gouvernement. Plus fondamentalement, si l'on admet la pertinence de limiter les périodes d'état d'urgence aux strictes situations dans lesquelles la puissance publique doit affronter une crise majeure à laquelle les outils préexistants ne lui permettent pas de faire face (v. la proposition n° 1), **il y a une logique institutionnelle à ce que les délégations du pouvoir de légiférer par ordonnance soient elles aussi cantonnées dans cet espace de temps, lorsqu'elles sont justifiées par l'état d'urgence.** Le Constituant pourrait, s'il se saisit du sujet, prévoir une corrélation entre la durée d'habilitation et la durée de prorogation de l'état d'urgence décidée par le Parlement, ainsi qu'une caducité des dispositions de ces ordonnances au terme de l'état d'urgence en l'absence de ratification parlementaire. Autrement dit, circonscrire l'adoption et la durée de validité de dispositions prises par voie d'ordonnance aux périodes d'état d'urgence, le Parlement réservant sa compétence pour l'adoption d'éventuelles dispositions d'application plus durable, *a fortiori* si elles ont vocation à être pérennes.

**Enfin, une évolution ponctuelle de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires pourrait être envisagée.** L'article 5 ter de cette ordonnance permet aux commissions parlementaires de demander à l'assemblée à laquelle elles appartiennent de se voir conférer, « pour une mission déterminée et une durée n'excédant pas six mois », les prérogatives attribuées aux commissions d'enquête. L'Assemblée nationale et le Sénat ont utilisé cette faculté, à l'occasion des deux états d'urgence déclarés depuis 2015, qui s'est révélée bien adaptée au suivi spécifique de l'action du Gouvernement en période de crise majeure. Cette faculté pourrait devenir une automaticité, pour une des commissions de chacune des deux assemblées parlementaires lors du déclenchement d'un état d'urgence et pour la durée de celui-ci.

**Proposition n° 11** - Inscire dans la Constitution des règles procédurales fixant le cadre de mise en œuvre des états d'urgence, s'agissant de leurs modalités de déclenchement, de prorogation et de contrôle de constitutionnalité.

Fixer un cadre adapté à la délégation du pouvoir de légiférer par voie d'ordonnances sous l'empire d'un état d'urgence et confier à une commission permanente de chacune des assemblées parlementaires les prérogatives attribuées aux commissions d'enquête pour la durée d'un tel état d'urgence.

Le souci de conforter l'exercice des prérogatives parlementaires pendant la durée d'un état d'urgence peut également justifier, à un niveau infra constitutionnel, que **le Parlement fixe, dans les lois qu'il est appelé à voter pour régir un état d'urgence, un cadre de contrôle particulier aux compétences nouvelles qu'il donne à l'exécutif.**

S'il est naturel, en situation d'urgence face à une crise majeure, que le Parlement adopte des dispositions législatives renforçant temporairement les prérogatives de l'exécutif, il serait pertinent qu'il détermine, à l'occasion du vote de ces dispositions, **les mesures pour lesquelles sa confirmation s'imposera au terme d'une période d'application déterminée.** Un tel droit de confirmation serait un complément très



efficace du contrôle parlementaire qui s'exerce sur l'exécutif en période d'état d'urgence. Les deux assemblées parlementaires se sont efforcées, pendant l'état d'urgence antiterroriste comme pendant l'état d'urgence sanitaire, d'exercer ce contrôle de façon très dynamique, notamment en conférant aux commissions parlementaires les plus concernées les prérogatives de commissions d'enquête, mais la combinaison de compétences largement conférées par la loi à l'exécutif et de moyens d'investigation limités n'a pas permis à ces travaux de contrôle d'atteindre le niveau optimal. Le réalisme impose de constater que le Parlement dispose de peu d'emprise sur les actes de l'exécutif une fois qu'il lui a conféré par la loi des prérogatives. Des pouvoirs d'exception attribués dans le cadre d'un état d'urgence mériteraient d'être soumis à un cadre plus contraignant comportant un tel pouvoir de validation passé un délai d'application fixé dans la loi. Un tel dispositif permettrait de concilier l'efficacité dont doit pouvoir disposer l'exécutif pour faire face à une crise majeure avec l'exercice du contrôle du Parlement sur les mesures les plus sensibles.

**Proposition n° 12** - Prévoir, dans les lois conférant des pouvoirs d'exception aux autorités exécutives sous l'empire d'un état d'urgence, une procédure de confirmation parlementaire, au terme d'une période d'application déterminée, des mesures sur lesquelles le Parlement estime devoir exercer un contrôle renforcé.

### 3.3.2. Des juges garants de la préservation de l'État de droit

**3.3.2.1.** Garant essentiel de l'État de droit, le **juge constitutionnel** dispose avec le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité de la faculté d'être saisi à l'occasion de tout procès d'une contestation portant sur une disposition législative adoptée dans le cadre d'un état d'urgence.

La pertinence de soumettre au contrôle préalable du Conseil constitutionnel les lois de prorogation d'un état d'urgence ou fixant le régime d'un nouvel état d'urgence pourra être appréciée par le Constituant (v; proposition n°11).

**3.3.2.2.** Si les **juridictions judiciaires** et pénales en particulier n'ont pas été confrontées à des difficultés particulières pendant l'état d'urgence antiterroriste de 2015 à 2017, l'état d'urgence sanitaire a soulevé pour elles, en 2020, des questions inédites en raison notamment des modifications législatives destinées à adapter le droit procédural aux contraintes liées au confinement. S'agissant de questions potentiellement sensibles dans le contexte exceptionnel d'une crise majeure et de modifications parfois importantes de l'ordre juridique, les outils à disposition des juridictions pour être en mesure d'apprécier dans des délais très brefs ces nouvelles règles se sont avérés insuffisants. Outre le mode de saisine habituelle de la Cour de Cassation, qui suppose que le litige concerné ait été jugé en dernier ressort, la juridiction suprême de l'ordre judiciaire peut être saisie pour avis sous plusieurs

conditions et notamment celles que la question posée soit soulevée dans le cadre d'un litige, qu'elle soit nouvelle, de pur droit et qu'elle se pose dans plusieurs litiges. Lorsqu'il formule une telle demande d'avis, le juge doit en informer les parties au procès ainsi que le ministère public, afin que ces derniers soient en mesure de soumettre leurs propres observations à la Cour de cassation. Une demande d'avis a pour effet de suspendre la procédure, la Cour de cassation disposant de trois mois pour se prononcer. Cette procédure, qui ne donne lieu habituellement qu'à un faible nombre de saisines par an, est-elle adaptée à l'urgence ? La question a été évoquée lors d'un colloque relatif à la justice face à la crise sanitaire en mai 2021 à la Cour de cassation et a donné lieu, depuis 2020, à l'ouverture d'une réflexion sur l'aménagement d'un dispositif permettant une saisine pour avis en urgence de la Cour par les juges du fond confrontés à une règle de droit dont l'interprétation pose une difficulté particulière et urgente. Cette réflexion pourrait faire l'objet de prochaines propositions de la Cour de cassation qu'il appartiendra à la Chancellerie de traduire dans les textes.

Par ailleurs, l'état d'urgence sanitaire a également révélé, comme le souligne notamment le rapport de la Cour des comptes du 20 mai 2021, « Le plan de continuité d'activité des juridictions judiciaires pendant la crise sanitaire<sup>533</sup> », que l'organisation des juridictions judiciaires et les moyens dont elles disposent ne garantissent pas la continuité de l'exercice de leurs missions en période de crise de grande ampleur. Or cette continuité est l'une des garanties de l'État de droit. Les recommandations de la Cour des comptes relatives à la modernisation des plans de continuité d'activité et à l'accélération du programme de transformation numérique devraient pour ce motif être mises en œuvre sans délai.

**Proposition n° 13** - Aménager la procédure de demande d'avis transmise à la Cour de cassation par les juges du fond confrontés à une difficulté d'interprétation de règles de droit édictées sous l'empire d'un état d'urgence, afin d'assurer une homogénéité rapide de l'application de ces règles dans l'ensemble des ressorts judiciaires.

Accélérer le programme de transformation numérique des juridictions judiciaires et les doter, de façon plus générale, des moyens leur permettant d'assurer la continuité de l'activité juridictionnelle en période de crise majeure.

**3.3.2.3.** Parce qu'il renforce substantiellement les pouvoirs de police administrative, **l'état d'urgence confère mécaniquement un rôle accru au juge administratif** comme cela a été souligné dans la deuxième partie de l'étude. Les procédures de référé issues de la loi du 30 juin 2000 et, tout spécialement, celle du référé liberté ont permis aux tribunaux administratifs, aux cours administratives d'appel et au Conseil d'État de jouer au mieux leur rôle de gardiens de la légalité administrative sur l'ensemble du territoire pendant l'intégralité des périodes d'état d'urgence qui se sont succédé ces dernières années.

<sup>533</sup> [Rapport](#) de la Cour des comptes, *Le plan de continuité d'activité des juridictions judiciaires pendant la crise sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19*, 20 mai 2021, p. 163.



Si les recours enregistrés à l'occasion de l'état d'urgence antiterroriste de 2015/2017 ont été relativement circonscrits autour de quelques procédures de police administrative (tout particulièrement les assignations à résidence prévues à l'article 6 de la loi de 1955, qui ont représenté la moitié des recours, et les perquisitions administratives), l'état d'urgence sanitaire, qui a directement concerné l'ensemble des Français et de très nombreuses activités, a donné lieu à une multiplication des saisines, au point que les juges des référés se sont trouvés plongés presque en permanence au cœur de l'actualité. La réflexion conduite au sein de la section du contentieux du Conseil d'État, en lien avec les tribunaux et les cours, dans le cadre du retour d'expérience de cet état d'urgence sanitaire permettra, avec le recul approprié, de tirer les enseignements utiles de cette période particulièrement riche. Il apparaît d'ores et déjà que l'organisation dont s'était dotée par anticipation la juridiction administrative, à l'initiative du Conseil d'État, a amplement contribué à la résilience de cet ordre de juridiction et à sa capacité à faire face, sans solution de continuité, à l'ensemble de ses missions. Un premier bilan des enseignements de la crise a été tiré, pour l'année 2020, par Jean-Denis Combrexelle, alors président de la section du contentieux du Conseil d'État<sup>534</sup>, qui soulignait notamment la nécessité d'accélérer la dématérialisation des procédures et celle de développer le recours à l'intelligence *artificielle* « *dans des conditions qui soient à la main des juges et des greffes et non dans des logiques commerciales de justice prédictive* ».

L'articulation entre les attributions des juges judiciaires et administratifs mérite une attention particulière sous l'empire des états d'urgence. Comme l'a illustré l'état d'urgence sanitaire, les pouvoirs exceptionnels conférés en période de crise aux autorités exécutives peuvent conduire les juridictions administratives à appréhender, par le contentieux des actes qui leur sont déférés, des questions proches de celles qui incombent au juge judiciaire. Une illustration en a été donnée par les décisions du juge des référés du 3 avril 2020 (notamment JRCE, *Union des jeunes avocats et Paris et autres*, n° 439877) relatives aux règles de détention provisoire, modifiées en raison de la crise sanitaire, qui ont donné lieu ultérieurement à un arrêt de la Cour de cassation (CCass., crim., 26 mai 2020, n° 20.81-971). Sur les sujets délicats de compétences ainsi croisées, il serait utile **d'organiser, entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, un dialogue des juges** destiné à favoriser, dans le strict respect de l'indépendance des deux ordres de juridiction, les convergences de jurisprudence dans les domaines qui le justifient. **Un comité de liaison pourrait à cet effet être activé dès le déclenchement d'un état d'urgence et examiner toutes les questions susceptibles de justifier un regard croisé.**

**Proposition n° 14** - Activer, dès le déclenchement d'un état d'urgence, un comité de liaison entre le Conseil d'État et la Cour de cassation permettant d'examiner les questions de droit susceptible de justifier un regard croisé des deux ordres de juridiction.

534 « L'année contentieuse 2020 », in [Rapport public 2020 du Conseil d'État et des juridictions administratives](#), La Documentation française, 2021, p. 408.

**3.3.2.4. Le régime de responsabilité pénale des responsables publics**, qui suscite depuis de nombreuses années de vifs débats, a fait l'objet de nouvelles interrogations à l'occasion de la crise sanitaire de la covid-19. Comme l'a relevé le magistrat Jean-Paul Jean, dans une tribune publiée dans *Le Monde* du 15 avril 2021, « *C'est la première fois qu'une avalanche de plaintes est déposée et que la justice enquête dans le temps même de l'action contre une pandémie* ». De fait, voir le Premier ministre et le ministre chargé de la santé se faire perquisitionner, à leurs domiciles et dans leurs bureaux, au moment même où ils conduisaient l'action de l'État pour protéger les Français contre l'épidémie, ou apprendre la saisie des ordinateurs de l'agence Santé publique France, lors d'une perquisition effectuée quelques mois plus tard alors que cette agence était l'un des acteurs essentiels du dispositif sanitaire, a suscité de nombreuses incompréhensions. Moins médiatisées mais assez nombreuses selon les témoignages recueillis lors de cette étude, les mises en cause pénales de responsables d'EHPAD témoignent également d'une dérive de la gestion de crise vers le terrain pénal.

Comme cela a été souligné dans la deuxième partie de l'étude, la menace de poursuites pénales est un facteur susceptible d'obérer l'action des responsables politiques et administratifs, comme d'ailleurs celle des responsables privés, confrontés à la nécessité de prendre des mesures d'urgence. Le paradoxe est fort : alors que la situation de péril pour l'ordre public appelle des décisions rapides, courageuses voire audacieuses, les responsables risquent d'être inhibés par les risques de poursuites pénales auxquels ils sont exposés. Le droit pénal est conçu pour appréhender des responsabilités individuelles alors que la lutte contre les fléaux qui justifient des états d'urgence repose à l'évidence sur une action collective et des responsabilités partagées.

**Le Parlement a tenté d'apporter une réponse à ce problème**, dans le respect des principes fondamentaux de la responsabilité pénale mais, comme cela a été souligné, le nouvel [article L. 3136-2](#) du code de la santé publique qu'il a voté pour préciser le cadre d'interprétation de l'article 121-3 du code pénal sous l'empire de l'état d'urgence sanitaire n'a pas substantiellement modifié l'état du droit de la responsabilité pénale (« *L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur* »).

**L'étude du Conseil d'État réalisée, en 2018, sur la prise en compte du risque dans la décision publique<sup>535</sup> a consacré à cette problématique des analyses très approfondies<sup>536</sup> et fait des propositions dont la pertinence est renforcée par l'expérience de la crise sanitaire de 2020-2021.** Deux d'entre elles méritent plus particulièrement d'être rappelées :

---

535 Les études du Conseil d'État, *La prise en compte du risque dans l'action publique. Pour une action publique plus audacieuse*, 2018, La Documentation française, p. 124.

536 V. pp. 60 à 75 et 101 à 104 de l'étude.



- **Proposition n° 30** : mettre en place un outil statistique permettant de mesurer le « risque » pénal pour les agents publics, afin de disposer de données permettant d'apprécier le risque pénal de façon objective et fiable. Si de nombreux responsables admettent redouter d'être l'objet d'une mise en cause pénale, il n'existe aucun recensement précis permettant de prendre la mesure réelle de ces mises en cause.
- **Proposition n° 31** : réduire la durée de la phase d'enquête et d'instruction, selon trois voies suggérées (simplification des règles procédurales, renforcement des moyens judiciaires, accélération des expertises judiciaires). Ce point est essentiel : il est avéré que le risque pénal ne porte pas tant sur les condamnations, qui ne sont pas nombreuses, mais sur la durée des périodes de mises en cause, qui peut s'étendre sur plusieurs années et suscite de la sorte de réels préjudices matériels et moraux.

Saisi en 2018 de projets successifs de réforme de la Constitution ayant notamment pour objet de modifier le cadre de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement, le Conseil d'État avait par ailleurs proposé que cette responsabilité « *ne (puisse) être mise en cause à raison de leur inaction que si le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable* ». Cette rédaction, qui vise à prendre en compte le fait que les actes accomplis dans l'exercice de fonctions exécutives s'inscrivent parfois dans des processus complexes de choix de politiques publiques, susceptibles d'être constitutifs d'infractions involontaires, pourrait compléter, pour l'ensemble des responsables publics et privés, les règles de la responsabilité pénale à raison de la mise en danger délibérée d'autrui fixées à l'[article 121-3](#) du code pénal. Elle avait été reprise, pour les ministres, dans le projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique adopté par le conseil des ministres du 28 août 2019.

**Le Conseil d'État recommande fortement que ces orientations soient prises en considération dès la fin de la crise** afin de mettre un terme à la fuite en avant inquiétante à laquelle nous assistons dans ce domaine.

Il formule en outre **une proposition nouvelle**. La plainte pénale contre des dirigeants publics ou privés pour des infractions non intentionnelles est le plus souvent le fruit d'une incompréhension, d'une détresse ou d'une colère. Elle répond à un besoin de comprendre, de se faire entendre et d'identifier un coupable. Ce constat invite à suggérer qu'il puisse être proposé aux plaignants, s'agissant de réclamations portant sur des infractions non intentionnelles, **un espace de dialogue préalable à la plainte**, leur permettant, sous l'égide de la personne morale concernée ou d'une autre autorité, d'expliquer leurs griefs et leurs demandes. Cette procédure, qui devrait s'inscrire dans un cadre préservant les droits de chacun, donnerait l'occasion au représentant de la personne publique ou privée ou à la personne physique mise en cause de répondre aux questions posées. Si le dialogue ne pouvait apporter directement des apaisements, il pourrait présenter les voies d'action non pénales existantes : contentieux indemnitaire ou disciplinaire, saisine du Défenseur des droits...



La procédure de conciliation qui existe dans la quasi intégralité des régimes juridiques de responsabilité repose sur l'idée qu'il est toujours préférable de prévenir les conflits plutôt que de les laisser s'exacerber. De telles procédures existent devant de nombreuses juridictions et sont même parfois imposées préalablement à l'instruction de l'affaire, comme devant les juridictions ordinales ou les prud'hommes mais, en matière pénale, la conciliation est exclue car, une fois l'action publique enclenchée, les parties ne disposent pas librement de leurs droits. En effet, l'opportunité des poursuites revient au ministère public. Il existe la médiation pénale qui, concernant les infractions d'une faible gravité, permet à l'auteur qui reconnaît les faits de présenter ses excuses, de réparer le préjudice subi par la victime et au procureur de classer la procédure après s'être assuré de la réparation du préjudice subi et de la fin du trouble né de l'infraction.

Pour ne pas mettre à mal les principes du droit de la procédure pénale, **la phase de dialogue suggérée devrait intervenir avant le dépôt de plainte et préserver les droits des plaignants de poursuivre leur action dans le sens qu'ils souhaitent.**

**Une telle procédure pourrait, au moins à titre expérimental, rester facultative.** Une fois évaluée au terme de cette période expérimentale, la question d'un cadre plus ambitieux pourrait être expertisée, notamment pour permettre au parquet de prendre l'initiative d'une telle procédure lorsqu'il l'estime opportun.

**Proposition n° 15** - Aménager le régime de responsabilité pénale selon les orientations suivantes :

- Mettre en place un outil statistique permettant de mesurer le « risque » pénal pour les agents publics, afin de disposer de données permettant d'apprécier le risque pénal de façon objective et fiable.
- Réduire la durée de la phase d'enquête et d'instruction, selon les trois voies suggérées par le Conseil d'État en 2018 (simplification des règles procédurales, renforcement des moyens judiciaires, accélération des expertises judiciaires).
- Modifier le cadre de la responsabilité pénale en disposant que celle-ci ne peut être mise en cause, à raison de l'inaction de la personne concernée, que si le choix de ne pas agir lui est directement et personnellement imputable.
- Offrir aux plaignants un espace de dialogue préalable à un éventuel dépôt de plainte pénale, sous l'égide de la personne morale concernée ou d'une autre autorité.





---



# Conclusion

*« La vie, ce n'est pas d'attendre que l'orage passe,  
c'est d'apprendre à danser sous la pluie. »*

Sénèque

Face aux crises inéluctables, souvent globales et complexes, qui rythment la vie des sociétés, l'État et au-delà de lui chaque individu, doivent s'adapter et réinventer les outils permettant d'assurer à tous une protection suffisante. Contrairement à ce que l'idéologie du progrès a pu laisser croire, la maîtrise totale de l'homme sur la nature et ses semblables pour vivre en paix est bien de l'ordre de l'utopie décrite par Thomas Moore. C'est un défi majeur pour les démocraties contemporaines que de parvenir à conserver ce modèle en période de crise grave. Et si certains tâtonnements ont pu être constatés durant l'année qui vient de s'écouler dans l'ensemble des pays occidentaux, ceux-ci ont globalement tenu bon, la France aussi. Mais les stigmates sont visibles et la vigilance, dans une société où la fréquence des crises s'accélère, doit recommander la plus grande prudence. Il faut donc s'armer pour le futur, d'outils performants.

Parmi ces instruments, l'état d'urgence est un des plus radicaux, tant par les effets positifs que négatifs qu'il induit. Il permet au pouvoir exécutif de mobiliser la Nation et de bénéficier d'une grande marge de manœuvre pour gérer les crises les plus graves. Cependant, à terme, il engendre une dévalorisation du fonctionnement ordinaire des institutions et permet difficilement de garantir un niveau suffisant d'adhésion de la population aux mesures contraignantes qui sont prises. Instrument ponctuel et efficace en cas de crise soudaine et inédite, il se révèle délétère à long terme lorsqu'il est utilisé pour un événement qui n'est pas *stricto sensu* une crise et s'apparente plus à une menace. C'est pourquoi cette étude, après avoir défini les contours de ce régime et son utilité, recommande de le circonscrire aux crises majeures délimitées dans le temps, pour lesquelles les instruments de droit commun sont imparfaits et l'adoption d'une loi de circonstance insuffisante, car dépourvue de l'effet performatif que comporte l'état d'urgence.

Dans un monde imprévisible, menacé notamment par des crises environnementales majeures et des cyberattaques d'envergure, le Conseil d'État s'efforce de définir les voies d'un équilibre entre la préservation de cet outil efficace et son utilisation à bon escient. À cette fin, la question du recours à l'état d'urgence doit s'inscrire dans un cadre plus général de traitement des crises majeures. Les propositions d'amélioration sont guidées par le souci d'assurer l'équilibre optimal entre l'efficacité de l'action des pouvoirs publics et la préservation de l'État de droit. Elles s'articulent autour de trois axes : mieux définir et circonscrire les états d'urgence en les distinguant de ce qui relève d'autres modalités de gestion de crise ou de situation exceptionnelle, mieux organiser la puissance publique autour d'une culture de gestion de crise en la dotant d'outils appropriés et d'une capacité d'anticipation, adapter les prérogatives du Parlement et les contrôles juridictionnels aux enjeux spécifiques des crises majeures.

Si l'anticipation ne peut jamais être exhaustive face à une crise inédite, la préparation est décisive pour gagner une bataille. Celle-ci nécessite que la culture de crise infuse les politiques publiques et s'inscrive dans le temps long. En identifiant un coordonnateur unique (SGDSN), en répertoriant les outils existants, en renforçant le droit commun de l'urgence, en organisant la coordination de l'expertise publique, en s'appuyant sur le secteur privé, en planifiant les actions à réaliser sur des durées longues et en définissant les cas dans lesquels l'état d'urgence est pertinent, la réactivité en temps de crise pourrait être améliorée. De même, en clarifiant les rôles de chaque acteur (autorités centrales, déconcentrées, décentralisées, secteurs privés et associatifs), en définissant les conditions de l'efficacité de leur coopération, en décloisonnant les savoir-faire, en organisant de façon appropriée les prérogatives respectives des exécutifs, du Parlement et des juges, la confiance mutuelle serait renforcée et les responsabilités plus aisément endossées. De même que les états d'urgence révèlent les dysfonctionnements ordinaires de la société, les améliorations préconisées pour la gestion de crise pourraient – par une sorte d'effet de résonance – profiter au temps calme. Penser les politiques publiques de crise dans un *continuum* avec le temps ordinaire pourrait rejaillir sur des sujets majeurs comme l'autonomie stratégique, la place du Parlement, l'office du juge, l'organisation des pouvoirs publics et la protection des droits et libertés fondamentaux.

Les crises révèlent les talents, stimulent les innovations et sont souvent porteuses de renouveau. En partageant une même culture de crise, en apprenant sur les compétences des partenaires, en améliorant l'écoute des administrés, en faisant confiance aux autres acteurs de crise, l'administration est conduite – ainsi que l'appelle de ses vœux Mireille Delmas-Marty<sup>537</sup>, reprenant les mots du poète Edouard Glissant – à « grandir dans l'imprévisible ». Cette étude sur les états d'urgence, bien plus loin que la seule analyse de ce régime juridique, nous invite à réfléchir aux conditions d'existence et de rénovation du pacte social dans une démocratie sous contraintes.

---

537 M. Delmas-Marty, *Libertés et Sécurité dans un monde dangereux*, Ed. Seuil, 2010



---

# Liste des propositions de l'étude

## 1. Des états d'urgence mieux définis et circonscrits

**Proposition n° 1** - Ne concevoir le déclenchement d'un état d'urgence que face à une crise de haute intensité (« crise majeure ») à laquelle la puissance publique ne peut pas répondre dans le cadre de dispositifs d'action et de régimes juridiques prédéterminés.

**Proposition n° 2** - Procéder à une évaluation approfondie des deux états d'urgence mis en œuvre depuis 2015, en s'attachant tout particulièrement à analyser l'articulation entre les dispositifs de gestion de crise préexistants et les cadres d'action élaborés dans l'urgence pour permettre aux autorités publiques d'affronter les périls concernés.

**Proposition n° 3** - Procéder, secteur par secteur, à un inventaire des dispositifs juridiques et opérationnels de gestion des crises de grande ampleur donnant aux autorités publiques des outils permettant de faire face aux crises susceptibles d'être anticipées.

Assurer la centralisation, la diffusion et l'actualisation de ces dispositifs afin de constituer un cadre global du droit et de la gestion de crise.

**Proposition n° 4** - Passer d'une approche réactive à une approche proactive en conduisant, sous l'autorité du Gouvernement, des travaux d'anticipation et de prospective sur l'ensemble des champs susceptibles de donner lieu à des crises majeures afin de construire, en amont des événements dramatiques, les schémas d'action de la puissance publique.

## 2. Une puissance publique mieux organisée pour la mise en oeuvre des états d'urgence

**Proposition n° 5** - Donner au SGDSN les compétences et les moyens lui permettant d'être l'administration interministérielle en charge du pilotage de la gestion de crise lorsque le Premier ministre ou le Président de la République prennent le commandement direct des opérations.

**Proposition n° 6** - Définir et formaliser, pour l'ensemble des crises majeures susceptibles d'être anticipées, des schémas d'intervention définissant des cadres types d'articulation entre les différents niveaux de responsabilité de l'État (central et déconcentré) ainsi qu'entre les compétences de l'État et celles des différentes collectivités territoriales concernées.

**Proposition n° 7** - Renforcer la culture étatique de la gestion de crise majeure.

- Structurer, pour la mise en oeuvre des plans opérationnels de gestion de crises majeures, des états-majors susceptibles d'être installés en urgence et disposant de l'ensemble des moyens matériels nécessaires à leurs missions.
- Préparer, dans une logique de réserves opérationnelles, des plans de relève ou de remplacement pour ces états-majors et l'ensemble des postes opérationnels prioritaires.
- Assurer la formation des cadres et de l'ensemble des opérateurs concernés de l'État et des collectivités territoriales.
- Définir, en appui de ces plans, des schémas prédéterminés de concours d'opérateurs privés.
- Préparer l'ensemble des acteurs concernés par les crises majeures dans le cadre d'exercices réguliers.
- Procéder à une amélioration et une sécurisation permanentes des outils technologiques nécessaires aux communications opérationnelles de l'État.

**Proposition n° 8** - Structurer, sous l'égide du SGDSN et des hauts fonctionnaires de défense et de sécurité des ministères, dans le champ de chaque domaine potentiel de crise majeure, un dispositif de partenariats et de coordination avec les organismes de recherche pertinents permettant de faire remonter rapidement les expertises utiles aux décideurs politiques et administratifs.

Doter chaque instance nationale d'expertise d'une organisation permettant d'appréhender les situations de crise.

Ajouter au programme de pilotage des politiques publiques par la donnée un volet dédié au pilotage des situations d'urgence.

**Proposition n° 9** - Confier à l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques (OPECST) une fonction de recueil, de confrontation et de présentation pédagogique des expertises susceptibles d'être prises en considération en période de crise majeure comportant une ou plusieurs dimensions scientifiques.

**Proposition n° 10** - Intégrer à la présidence française de l'Union européenne, au 1<sup>er</sup> semestre 2022, un plan d'action tirant les enseignements de la crise terroriste et de la crise sanitaire et comportant, parmi ses points principaux :

- la proposition d'une déclaration politique ou à un code d'engagements ayant vocation à être pris par les chefs d'État et de Gouvernement sur la réaffirmation des libertés fondamentales dans le contexte des crises majeures ;
- l'élaboration d'une coopération renforcée autour enjeux des travailleurs frontaliers ;
- la signature de conventions bilatérales ou multilatérales de coopération administrative entre les administrations de pays frontaliers dans les domaines utiles à la gestion des crises majeures.

Accélérer par ailleurs et faire aboutir le chantier de réforme du code frontières Schengen.

### 3. Des contrôles adaptés aux enjeux spécifiques des états d'urgence

#### 3.1. Un Parlement garant des équilibres démocratiques

**Proposition n° 11** - Inscrire dans la Constitution des règles procédurales fixant le cadre de mise en œuvre des états d'urgence, s'agissant de leurs modalités de déclenchement, de prorogation et de contrôle de constitutionnalité.

Fixer un cadre adapté à la délégation du pouvoir de légiférer par voie d'ordonnances sous l'empire d'un état d'urgence et confier à une commission permanente de chacune des assemblées parlementaires les prérogatives attribuées aux commissions d'enquête pour la durée d'un tel état d'urgence.

**Proposition n° 12** - Prévoir, dans les lois conférant des pouvoirs d'exception aux autorités exécutives sous l'empire d'un état d'urgence, une procédure de confirmation parlementaire, au terme d'une période d'application déterminée, des mesures sur lesquelles le Parlement estime devoir exercer un contrôle renforcé.



### 3.2. Des juges garants de la préservation de l'État de droit

**Proposition n° 13** - Aménager la procédure de demande d'avis transmise à la Cour de cassation par les juges du fond confrontés à une difficulté d'interprétation de règles de droit édictées sous l'empire d'un état d'urgence, afin d'assurer une homogénéité rapide de l'application de ces règles dans l'ensemble des ressorts judiciaires.

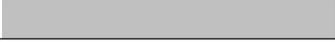
Accélérer le programme de transformation numérique des juridictions judiciaires et les doter, de façon plus générale, des moyens leur permettant d'assurer la continuité de l'activité juridictionnelle en période de crise majeure.

**Proposition n° 14** - Activer, dès le déclenchement d'un état d'urgence, un comité de liaison entre le Conseil d'État et la Cour de cassation permettant d'examiner les questions de droit susceptible de justifier un regard croisé des deux ordres de juridiction.

**Proposition n° 15** - Aménager le régime de responsabilité pénale selon les orientations suivantes :

- Mettre en place un outil statistique permettant de mesurer le « risque » pénal pour les agents publics, afin de disposer de données permettant d'apprécier le risque pénal de façon objective et fiable.
- Réduire la durée de la phase d'enquête et d'instruction, selon les trois voies suggérées par le Conseil d'État en 2018 (simplification des règles procédurales, renforcement des moyens judiciaires, accélération des expertises judiciaires).
- Modifier le cadre de la responsabilité pénale en disposant que celle-ci ne peut être mise en cause, à raison de l'inaction de la personne concernée, que si le choix de ne pas agir lui est directement et personnellement imputable.
- Offrir aux plaignants un espace de dialogue préalable à un éventuel dépôt de plainte pénale, sous l'égide de la personne morale concernée ou d'une autre autorité.

---



# **Frise chronologique : évènements historiques, cadre juridique**



## CONTEXTE HISTORIQUE

## ETATS D'URGENCE

## ANNEE

4<sup>e</sup> République

Guerre d'Algérie  
1<sup>er</sup> nov. 1954 –  
5 juil. 1962

Chute du gouvernement Mendès France (5 fév. 1955)

Putsch d'Alger (13 mai 1958)

Semaine des barricades (24 janv.-1<sup>er</sup> fév. 1961)  
Putsch des généraux (21 avr. 1961)

[...]

Evénements de Nouvelle-Calédonie (nov. 84-mai 88)

5<sup>e</sup> République

Emeutes à Papeete (23 oct. 1987)

[...]

Emeutes dans les banlieues (oct. 2005)

[...]

Attentats de Paris et Saint-Denis (13 nov. 2015)  
Attentat de Nice (14 oct. 2016)

Epidémie COVID-19  
(depuis 2020)

Déclaration par l'OMS d'une urgence de santé publique de  
portée internationale (30 janv. 2020)

1953

1954

Etat d'urgence en Algérie (3 avr.-16 déc. 1955)

1956

1957

Etat d'urgence en métropole (17 mai-1<sup>er</sup> juin 1958)

1959

1960

Etat d'urgence en métropole (22 avr. 1961 - 24 oct. 1962)

1961

1962

1963

1983

1984

Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie (12 janv. - 30 juin 1985)

Etat d'urgence à Wallis et Futuna (29-30 oct. 1986)

Etat d'urgence en Polynésie française (24 oct.-5 nov. 1987)

1988

1989

2004

Etat d'urgence en métropole (8 nov. 2005 - 4 janv. 2006)

2006

2014

2015

Etat d'urgence antiterroriste (14 nov. 2015 - 1<sup>er</sup> nov. 2017)

2016

2017

2018

2019

2020

2021

Etat d'urgence sanitaire EUS (23 mars 2020 - 1<sup>er</sup> juin 2021)

**Les différents états d'urgence :**

- 1. État d'urgence en Algérie** (3 avril – 16 décembre 1955) ;
- 2. État d'urgence en métropole** (17 mai – 1<sup>er</sup> juin 1958) ;
- 3. État d'urgence en métropole** (22 avril 1961 – 24 octobre 1962) ;
- 4. État d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances** (12 janvier – 30 juin 1985) ;
- 5. État d'urgence à Wallis et Futuna** (29 octobre – 30 octobre 1986) ;
- 6. État d'urgence en Polynésie française** (24 octobre – 5 novembre 1987) ;
- 7. État d'urgence en métropole** (8 novembre 2005 – 4 janvier 2006) ;
- 8. État d'urgence antiterroriste** (14 novembre 2015 – 1<sup>er</sup> novembre 2017) ;
- 9. État d'urgence sanitaire – EUS** (23 mars 2020 – 1<sup>er</sup> juin 2021, sauf en Guyane où il est prolongé jusqu'à fin septembre 2021).

*Ce document a été mis à jour au 8 juillet 2021.*





---

# Cycle de conférences du Conseil d'État sur les états d'urgence

## Discours introductif du cycle de conférences sur les états d'urgence

---

*Conseil d'État, conférence inaugurale du cycle conférences sur  
Les états d'urgence, 14 octobre 2020  
par Bruno Lasserre,  
vice-président du Conseil d'État<sup>538</sup>*

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'État 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'État 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'État 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 ?

---

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



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-19<sup>539</sup> ; et lorsque cette pandémie s'est déclarée, nous sortions difficilement d'un état d'urgence antiterroriste 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 États 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 théoriques<sup>540</sup>. 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'État 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 soutenir<sup>541</sup>, avec Montesquieu, que c'est pour la bonne cause, les citoyens ne perdant « *leur liberté pour un temps que pour la conserver pour toujours* »<sup>542</sup>. Surtout, que reste-t-il de la légitimité de l'État 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.

---

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

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

541 B. 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-etatde-droit>).

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



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).

\*

## **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 militaire<sup>543</sup> 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 État à sa propre sauvegarde, ou droit de légitime défense. Notons que l'institutionnalisation de l'exception a été admise sans difficulté chez les Romains<sup>544</sup>, qui n'y voyaient pas tant une faille de l'État 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 religieux<sup>545</sup>. Plusieurs siècles plus tard, ces justifications seront adaptées à l'État moderne en construction : le but premier des régimes d'exception n'est plus au premier chef la défense de l'ordre et de l'État, 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 Dieux* »<sup>546</sup>. Rousseau ajoutera des considérations tenant à l'impossibilité, pour le législateur, de tout prévoir, en jugeant qu'il « *ne faut pas vouloir affermir les institutions politiques jusqu'à s'ôter le pouvoir d'en suspendre l'effet* »<sup>547</sup>.

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

543 V. B. Manin, « Le paradigme de l'exception », in *La Vie des idées*, 15 décembre 2015.

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

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

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

547 J.-J. Rousseau, *Du Contrat social*, IV, 6 11 Cicéron, *Des lois*, III, 3, 9



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 mandat. La suspension de l'*Habeas Corpus*, votée avant et 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 siège<sup>548</sup> 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'État 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 Manin<sup>549</sup>. 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'application<sup>550</sup> 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'État 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 justifient<sup>551</sup>. 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 2020<sup>552</sup>, l'état d'urgence désignait exclusivement le régime issu de la loi du 3 avril 1955<sup>553</sup>. 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

548 Lois du 9 août 1849 et du 3 avril 1878 relative à l'état de siège. Le régime législatif est aujourd'hui codifié aux art. L. 2121.1 à L. 2121-8 du code de la défense.

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

550 Art. L. 2121.1 du code de la défense

551 CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. 651, GAJA 2019, 22<sup>e</sup> éd., n° 29 ; CE, 28 février 2019, *Dames Dol et Laurent*, Rec. 208, GAJA, 22<sup>e</sup> éd., n° 31. V. par ailleurs l'article de J. Massot, « Le Conseil d'État face aux circonstances exceptionnelles », *Les Cahiers de la justice*, 2013, p. 27

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

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



par anticipation<sup>554</sup>, 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 « *l'insuffisance des moyens de droit qui n'ont pas été conçus pour des périodes insurrectionnelles* »<sup>555</sup> ; 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 français<sup>556</sup>.

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 publique.* »<sup>557</sup> Entre 1955 et 2015, les principales modifications ont résulté de l'ordonnance du 17 avril 1960<sup>558</sup> 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 groupements<sup>559</sup> et de procéder plus facilement à des contrôles d'identité ; d'autres, enfin, ont été précisés, comme les assignations

---

554 V. par ex. 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.).

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

556 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.

557 Article 1<sup>er</sup> de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

558 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.

559 [Art. 4](#) de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015.



à résidence<sup>560</sup> et les perquisitions administratives<sup>561</sup>, dont les régimes ont été refondus en profondeur afin, notamment, de se conformer à la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>562</sup>. 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 actes édictés sur ce fondement, ces assemblées pouvant requérir toute information complémentaire dans le cadre de leurs missions de contrôle et d'évaluation<sup>563</sup>.

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<sup>er</sup> avril 2021<sup>564</sup>, à charge pour le Parlement de le pérenniser après l'avoir évalué<sup>565</sup>. 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 question<sup>566</sup>. 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'État 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 agit<sup>567</sup>.

560 [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.

561 [Loi n° 2015-1501](#) du 20 novembre 2015 ; [loi n° 2016-987](#) du 21 juillet 2016 ; [loi n° 2017-258](#) du 28 février 2017.

562 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.

563 Art. 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](#)).

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

565 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).

566 Par ex., en faveur d'une loi instituant un nouvel état d'urgence sanitaire : D. Truchet, « Covid-19 : point de vue d'un administrativiste sanitaire » ([blog de Jus Politicum](#)), qui invoque principalement la tradition française de droit écrit ; D. de Béchillon, « Le Conseil d'État refuse d'imposer le confinement total mais impose un durcissement de la réglementation sur les sorties et les marchés couverts » ([blog du Club des juristes](#)), qui estime qu'il est « *démocratiquement bon sur le principe que le Parlement soit impliqué dans l'édition 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. 567 V. ce qu'en disait l'ancien ministre de la justice, J.-J. Urvoas, « Dans la crise que nous vivons, le

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'État est sans doute lié à 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 « ordinaire » 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'État 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 1955<sup>568</sup>. 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'interprétation<sup>569</sup> et n'hésitant pas, lorsque cela s'imposait, à censurer certaines de ses dispositions<sup>570</sup>. Il a

*contrôle parlementaire peut et doit s'exercer* », Interview dans l'opinion, 23 mars 2020.

568 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.

569 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*.

570 Par ex. la décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*, par laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré contrairement à la Constitution les dispositions de la 2<sup>de</sup> phrase du 3<sup>e</sup> 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. et a.* par laquelle il a déclaré que les dispositions du 1<sup>o</sup> de l'article 11 de la loi



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'isolement<sup>571</sup>, ou encore souligné que la prolongation de la détention provisoire pendant le confinement ne pouvait se faire sans l'intervention du juge judiciaire<sup>572</sup>.

2. Gardien de la liberté individuelle<sup>573</sup>, 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 relais 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'État 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 provisoire<sup>574</sup>.

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 publique<sup>575</sup>.

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-Bonnet<sup>576</sup>, 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 sanitaire<sup>577</sup>.

---

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.

571 Décision [n° 2020-800 DC](#) du 11 mai 2020.

572 Décision [n° 2020-851/852 QPC](#) du 3 juillet 2020, *M. Sofiane A. et a.*

573 [Art. 66](#) de la Constitution.

574 Cass., crim., 26 mai 2020 (4 arrêts), [n° 971, 973, 974 et 977](#).

575 Décision [n° 86-224 DC](#) du 23 janvier 1987.

576 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.

577 [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* ».



Ceci étant dit, le Conseil d'État s'est estimé compétent pour contrôler le décret déclarant l'état d'urgence<sup>578</sup>, comme il l'avait déjà fait pour la décision de recourir à l'état de siège<sup>579</sup>. Mais il s'agit d'un contrôle restreint qui reflète la large marge d'appréciation dont dispose, de fait, le chef de l'État pour prendre une telle décision. Les mêmes considérations déterminent la manière dont le juge contrôle son refus d'y mettre fin<sup>580</sup>. Je crois d'ailleurs que l'intervention du juge sur 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'État 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 évolué* »<sup>581</sup>. 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'État 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 restreint<sup>582</sup>, il est passé au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation<sup>583</sup> puis au contrôle de proportionnalité<sup>584</sup>.

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 résidence<sup>585</sup>, renforçant l'effectivité des référés<sup>586</sup> 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 proportionnalité<sup>587</sup>. Cette relative liberté prise avec le texte légal<sup>588</sup> est justifiée par le fait que le référé est la seule voie de droit

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

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

580 CE 9 décembre 2005, *Mme Allouache et a.*, 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 État 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.

581 CE 9 décembre 2005, *Mme Allouache et a.*, préc.

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

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

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

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

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

587 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.

588 Art. 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.* »



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'État 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 contentieux<sup>589</sup> 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'État. 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 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'émeute* »<sup>590</sup>, 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'État 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'État 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'État a par exemple suspendu les interdictions de manifester<sup>591</sup> et de se rassembler dans des lieux de culte<sup>592</sup> 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'État 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.

---

589 CE, Ass., 6 juillet 2016, *MM. A.E., D.M. et P.C.*, n° 398234, 399135.

590 A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8<sup>e</sup> éd. (1915), Indianapolis, Liberty Classics, 1982, ch. V, p. 140 et s. 55 ; CE 13 juin 2020, *Ligue des droits de l'homme et a.*, n° 440846, 440856, 441015.

591 CE, 13 juin 2020, *Ligue des droits de l'homme et a.*, *op.cit.*

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



*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'urgence<sup>593</sup> ? Nous avons vu que le caractère temporaire des états d'exception est une condition

de leur compatibilité avec l'État de droit. La doctrine du Conseil d'État est constante à cet égard, il n'a cessé de le rappeler au contentieux<sup>594</sup> 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 indéfiniment* »<sup>595</sup>.

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 unimaginable 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 « vagues »<sup>596</sup> de terrorisme qui ne sont pas liées à des organisations uniques

593 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 (CERCCLÉ) 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).

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

595 CE, 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.

596 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 D. 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.



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'État 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 internationale*<sup>597</sup> ». 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 États sont informés du risque et ont eu les moyens d'y parer<sup>598</sup> ?

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 2017<sup>599</sup>, 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 protection<sup>600</sup>, ordonner la fermeture temporaire des lieux de culte<sup>601</sup> ou prescrire certaines mesures individuelles de surveillance<sup>602</sup>. Je pense également au régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire actuellement en vigueur<sup>603</sup> et qui devrait être prorogé au moins jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021<sup>604</sup>.

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 État qui protège est un État 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 pharmaceutiques<sup>605</sup> : 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

---

597 CE, 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.

598 Voir le magistral [article](#) de N. Rich, « Losing Earth : the Decade We Almost Stopped Climate Change », The New York Times Magazine, 1<sup>er</sup> août 2018.

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

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

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

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

603 [Loi n° 2020-856](#) du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

604 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.

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



l'État 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.

Je salue enfin très chaleureusement la section du rapport et des études, en particulier sa présidente Martine de Boisdeffre, son rapporteur général, François Sénér 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.

## Programme des conférences

### **Conférence inaugurale : 14 octobre 2020 - Les états d'urgence : pour quoi faire ?**

**Animation de la conférence :** Martine de Boisdeffre, présidente de la section du rapport et des études du Conseil d'État

#### **Intervenants**

- Monique Canto-Sperber, philosophe, directrice de recherche au CNRS
- Bernard Cazeneuve, ancien Premier ministre, ancien ministre de l'intérieur
- François Molins, procureur général près la Cour de cassation

 [\*Retrouver ici la page internet de la conférence\*](#)

### **2<sup>e</sup> conférence : 9 décembre 2020 - Les états d'urgence : quelles leçons de l'histoire ?**

**Modérateur :** Bernard Pêcheur, président de section honoraire au Conseil d'État

#### **Intervenants**

- Anne Rasmussen, historienne, directrice d'études à l'École des hautes études en sciences sociales (EHESS)
- François Saint-Bonnet, professeur d'histoire du droit à l'université Panthéon-Assas

 [\*Retrouver ici la page internet de la conférence\*](#)



### **3<sup>e</sup> conférence : 3 mars 2021 - Les états d'urgence : comment les pouvoirs publics s'y adaptent-ils ?**

**Modérateur** : Jean-Denis Combrexelle, président de section au Conseil d'État et ancien président de la section du contentieux du Conseil d'État

#### **Intervenants**

- Anne Hidalgo, maire de Paris
- Martin Hirsch, directeur général de l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris (AP-HP)
- Général Richard Lizurey, ancien directeur général de la Gendarmerie nationale, adjoint au maire de Chartres en charge de la sécurité et de la tranquillité publique

 [Retrouver ici la page internet de la conférence](#)

---

### **4<sup>e</sup> conférence : 16 juin 2021 - Les états d'urgence : comment en sort-on ?**

**Modératrice** : Sylvie Hubac, présidente de la section de l'intérieur du Conseil d'État.

#### **Intervenants**

- Philippe Bas : ancien ministre, Premier questeur du Sénat
- Anne Levade : professeure de droit public à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et présidente de l'Association française de droit constitutionnel
- Pascal Perrineau : professeur des universités à l'Institut d'études politiques de Paris, président de Sciences Po Alumni

**Clôture du cycle de conférences** sur les états d'urgence : Bruno Lasserre, vice-président du Conseil d'État

 [Retrouver ici la page internet de la conférence](#)

---



---



# Annexes

Annexe 1 – Liste des personnes auditionnées

Annexe 2 – Groupe de contact et comité d’orientation de l’étude annuelle

Annexe 3 – *Les instruments juridiques autres que l’état d’urgence en réponse aux crises*, note documentaire élaborée par la section du rapport et des études



## Annexe 1 – Liste des personnes auditionnées

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées au moment de l'audition. Sauf indication contraire, les auditions ont eu lieu au Conseil d'État.*

*(Présentation par ordre alphabétique)*

*Jean-Olivier Arnaud, directeur général de l'Assistance publique – Hôpitaux de Marseille*

---

*Olivier Beaud, professeur des universités, université Panthéon-Assas*

---

*Laure Beccuau, procureure de la République près le tribunal judiciaire de Créteil*

---

*Henri Bergeron, directeur de recherche au CNRS, chercheur au centre de sociologie des organisations de Sciences Po*

---

*Marie-Caroline Bonnet-Galzy, conseillère d'État en service extraordinaire*

---

*Olivier Borraz, directeur de recherche au Centre national de la recherche scientifique, directeur du centre de sociologie des organisations de Sciences Po*

---

*Stéphane Bouillon, Secrétaire général de la défense et de la sécurité nationale*

---

*Me William Bourdon, avocat, accompagné de Me Vincent Brengarth, avocat*

---

*Jean-Marie Burguburu, président de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*

---

*Patrick Calvar, ancien directeur général de la sécurité intérieure*

---

*Paul Cassia, professeur des universités, université Panthéon-Sorbonne*

---

*Patrick Castel, directeur de recherche de la fondation nationale des sciences politiques de Sciences Po*

---

*Caroline Cayeux, présidente de Villes de France*

---

*Geneviève Chêne, directrice générale de Santé publique France*

---

*Cécile Courrèges, inspectrice générale des affaires sociales*

---

*William Dab, ancien directeur général de la santé, professeur au Conservatoire national des arts et métiers*

---

*Mireille Delmas-Marty, professeure émérite au Collège de France, membre de l'Académie des sciences morales et politiques*

---



---

*Marie-Laure Denis, présidente de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, accompagnée de Louis Dutheillet de Lamothe, secrétaire général*

---

*Catherine Deroche, sénatrice, présidente de la commission des affaires sociales du Sénat*

---

*Katia Dubreuil, présidente du syndicat de la magistrature, accompagnée de Sarah Massoud, secrétaire générale*

---

*Louis Gautier, ancien SGDSN, président de la 3e chambre à la Cour des comptes*

---

*Philippe Gosselin, député, vice-président de la commission des lois*

---

*Marie Goupy, maître de conférences en philosophie, Institut catholique de Paris*

---

*Claire Hédon, Défenseuse des droits*

---

*Sacha Houlié, député*

---

*Michel Lalande, préfet des Hauts-de-France*

---

*Claire Landais, Secrétaire générale du Gouvernement*

---

*Christophe Lannelongue, inspecteur général des affaires sociales*

---

*Anne Levade, professeure de droit public, université Panthéon-Sorbonne*

---

*Gabrielle Maubon, secrétaire générale du syndicat de la juridiction administrative, accompagnée de Julien Illouz et de Anne-Laure Delamarre*

---

*Olivier de Mazières, délégué ministériel aux industries de sécurité et à la lutte contre les cybermenaces et délégué aux coopérations de sécurité au ministère de l'intérieur*

---

*Michel Mercier, ancien garde des sceaux, sénateur du Rhône*

---

*Hugo Micheron, enseignant-chercheur, université de Princeton*

---

*Cécile Mamelin, vice-présidente de l'union syndicale des magistrats, accompagnée de Ludovic Friat, secrétaire général*

---

*Nathalie Poux, juge d'instruction antiterroriste, cour d'appel d'Orléans*

---

*Guillaume Poupard, directeur général de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI)*

---

*Dominique Reynié, directeur général de Fondapol*

---



---

*Benoît Ribadeau-Dumas, ancien directeur de cabinet du Premier ministre*

---

*Jean-François Ricard, procureur de la République antiterroriste*

---

*Général d'armée Christian Rodriguez, directeur général de la gendarmerie nationale*

---

*François Saint-Bonnet, professeur d'histoire du droit, université Panthéon-Assas*

---

*Jacques Toubon, ancien ministre, ancien Défenseur des droits*

---

*Charles Touboul, directeur des affaires juridiques des ministères sociaux*

---

*Laurent Touvet, préfet de la Moselle*

---

*Jean-Jacques Urvoas, ancien président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, ancien ministre de la justice, maître de conférence en droit public, université de Bretagne*

---

*Christian Vigouroux, président de section honoraire au Conseil d'État, président du conseil d'administration de l'Institut Pasteur*

---





## Annexe 2 – Groupe de contact et comité d'orientation de l'étude annuelle

*(les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la participation aux travaux de l'étude)*

### Le groupe de contact de l'étude annuelle

Le groupe de contact de l'étude annuelle 2021 du Conseil d'État a réuni de hautes personnalités ayant une expérience diversifiée dans les domaines abordés par l'étude. Le groupe a eu pour rôle de mettre en débat les principales orientations et les propositions qui lui ont été présentées par la section du rapport et des études avant que celle-ci délibère du projet soumis à l'assemblée générale.

#### Composition

---

Laure Beccau, *procureure de la République près le tribunal judiciaire de Créteil*

---

Camille Broyelle, *professeure de droit, université Panthéon-Assas*

---

Jean-Marie Burguburu, *président de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*

---

Vincent Delhomme, *directeur du think tank Génération libre et de l'Observatoire des libertés confinées*

---

Frédéric Desportes, *Premier avocat général à la Cour de cassation*

---

Marie Goupy, *maître de conférence en philosophie, Institut catholique de Paris*

---

Claude d'Harcourt, *directeur général des étrangers en France, ministère de l'intérieur*

---

Vincent Lesclous, *procureur général près la cour d'appel de Bordeaux*

---

François Saint-Bonnet, *professeur d'histoire du droit, université Panthéon Assas*

---

Jean-Eric Schoettl, *conseiller d'État honoraire*

---

Didier Sicard, *professeur émérite de médecine*

---

Jean-Michel Sommer, *président de chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation*

---

Christophe Soulard, *président de la chambre criminelle de la Cour de cassation*

---

François Sureau, *avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation*

---

Jacques Toubon, *ancien ministre, ancien Défenseur des droits*

---

Laurent Touvet, *préfet de la Moselle*

---



## Le comité d'orientation de l'étude annuelle

Le comité d'orientation constitué dans le cadre des travaux d'élaboration de l'étude annuelle 2021 du Conseil d'État a réuni des membres du Conseil d'État issus des différentes sections administratives et de la section du contentieux. Ce comité a apporté son expertise sur l'analyse générale de la situation, les grands axes de l'étude et la préfiguration des propositions qui lui ont été présentés par la section du rapport et des études avant que celle-ci délibère du projet soumis à l'assemblée générale du Conseil d'État.

### Composition

---

Coralie Albumazard, *maître des requêtes en service extraordinaire, section du contentieux, section des travaux publics*

---

Thomas Andrieu, *conseiller d'État, assesseur à la section du contentieux*

---

Louise Cadin, *auditrice de 1<sup>re</sup> classe, section du contentieux, section des travaux publics*

---

Catherine Calothy, *maître des requêtes en service extraordinaire, section du contentieux, section des finances*

---

Hélène Cazeau-Charles, *conseillère d'État en service extraordinaire, section de l'intérieur*

---

Jean-Denis Combrexelle, *président de section, ancien président de la section du contentieux*

---

Michel Delpuech, *conseiller d'État en service extraordinaire, section de l'intérieur*

---

Bénédicte Fauvarque-Cosson, *conseillère d'État, section du contentieux*

---

Mathieu Héronard, *conseiller d'État, section du contentieux*

---

Thierry Lataste, *conseiller d'État en service extraordinaire, section de l'intérieur*

---

Bertrand Mathieu, *conseiller d'État en service extraordinaire, section du contentieux*

---

Jean-Luc Nevache, *conseiller d'État, assesseur à la section du contentieux*

---

Aurélien Robineau-Israël, *conseillère d'État, section de l'intérieur*

---

Céline Roux, *maître des requêtes en service extraordinaire, section du contentieux, section sociale*

---

Matthieu Schlesinger, *maître des requêtes, section sociale*

---

Stéphanie Véra, *maître des requêtes en service extraordinaire, section du contentieux, section de l'intérieur*

---



## Annexe 3 – Les instruments juridiques autres que l'état d'urgence en réponse aux crises

### Note documentaire élaborée par la section du rapport et des études

Aux côtés des instruments opérationnels de préparation et de gestion de crise, il existe des dispositions juridiques pérennes, qui ont intégré le droit commun et qui permettent aux autorités compétentes d'être dotées de pouvoirs exorbitants pour faire face à une crise. Ces dispositifs qui permettent souvent des accroissements de compétence au profit d'une autorité unique, facilitent les recours aux réquisitions ou la mobilisation de moyens exceptionnels tels les réservistes. En voici quelques-uns.

Le **code des collectivités territoriales** prévoit que la police municipale a, parmi ses missions d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique, « *le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de toute nature, tels que les incendies, les inondations, les ruptures de digues, les éboulements de terre ou de rochers, les avalanches ou autres accidents naturels, les maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties, de pourvoir d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours et, s'il y a lieu, de provoquer l'intervention de l'administration supérieure* » (L. 2212-2 5° du CGCT). En cas de danger grave ou imminent, tel que les accidents naturels prévus au 5° de l'article L. 2212-2, le maire prescrit **l'exécution des mesures de sûreté exigées par les circonstances**. Il informe d'urgence le représentant de l'État dans le département et lui fait connaître les mesures qu'il a prescrites (L. 2212-4).

Le **code de la défense**, dont l'article L. 1111-1 définit la stratégie de sécurité nationale dont l'objet est « *d'identifier l'ensemble des menaces et des risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation, notamment en ce qui concerne la protection de la population, l'intégrité du territoire et la permanence des institutions de la République, et de déterminer les réponses que les pouvoirs publics doivent y apporter* » comporte plusieurs dispositions qui s'apparentent à des régimes de crise. Y figure le régime de l'état de siège<sup>606</sup>, celui de la mobilisation générale ou partielle, celui de la mise en garde (articles L. 2141-1 et L. 2141-2 de ce code<sup>607</sup>) et celui du service et de réserve de sécurité nationale<sup>608</sup> qui permettent de mobiliser

606 Art. L. 2121.1 à L. 2121-8 du code de la défense

607 « *La mobilisation générale met en œuvre l'ensemble des mesures de défense déjà préparées. La mise en garde consiste en certaines mesures propres à assurer la liberté d'action du Gouvernement, à diminuer la vulnérabilité des populations ou des équipements principaux et à garantir la sécurité des opérations de mobilisation ou de mise en œuvre des forces armées et formations rattachées.* »

608 « *Le service de sécurité nationale est destiné à assurer la continuité de l'action de l'État, des collectivités territoriales, et des organismes qui leur sont rattachés, ainsi que des entreprises et établissements dont les activités contribuent à la sécurité nationale* » (art. L.2151-1) et « *En cas de survenance, sur tout ou partie du territoire national, d'une crise majeure dont l'ampleur met en péril la continuité de l'action de l'État, la sécurité de la population ou la capacité de survie de la Nation, le Premier ministre peut recourir au dispositif de réserve de sécurité nationale par décret.* » (art. L. 2171-1)



des réservistes en cas de crise majeure. Activés par décret en conseil des ministres, ils permettent la mise en oeuvre de mesures exceptionnelles. Ainsi, l'article [L. 2141-3](#) renvoie à des décrets le soin de fixer les mesures de préparation et d'adaptation nécessitées par la défense et la possibilité d'user de **réquisitions**, de rationnement et de répartition des ressources utiles au ravitaillement. L'article [L. 1321-1](#) ouvre la possibilité d'utiliser les moyens de la gendarmerie à des fins de maintien de l'ordre public lorsque cela est nécessaire et l'article [L. 1231-1](#) permet, « *en cas de menace portant sur une ou plusieurs installations prioritaires de défense* », de concentrer, par décret en conseil des ministres, dans les mains du commandement militaire désigné à cet effet par le Président de la République en conseil de défense et de sécurité nationale, la responsabilité de l'ordre public et la coordination des mesures de défense civile avec les mesures militaires de défense à l'intérieur du ou des secteurs de sécurité délimités autour de ces installations.

Le code de la défense modifié par la [loi n° 2013-1168](#) de programmation militaire 2014-2019<sup>609</sup> confère également des pouvoirs très larges au Premier ministre en cas de « *crises majeures menaçant ou affectant la sécurité des **systèmes d'information*** » c'est à dire « *d'attaque informatique qui vise les systèmes d'information affectant le potentiel de guerre ou économique, la sécurité ou la capacité de survie de la Nation* ». Il peut prescrire, en application des articles [L. 1332-1](#) et [L. 1332-2](#) des mesures aux **opérateurs d'importance vitale**<sup>610</sup> « *dont l'indisponibilité risquerait de diminuer d'une façon importante le potentiel de guerre ou économique, la sécurité ou la capacité de survie de la nation de coopérer à leurs frais à la protection des dits établissements et ouvrages contre toute menace, notamment terroriste.* »<sup>611</sup>. L'article [L. 1321-2](#) de ce code prévoit également la possibilité pour les services de l'État dans les conditions fixées par le Premier ministre de « *procéder aux opérations techniques nécessaires à la caractérisation de l'attaque et à la neutralisation de ses effets en accédant aux systèmes d'information qui sont à l'origine de l'attaque* » et ce « *pour répondre à une attaque informatique qui vise les systèmes d'information affectant le potentiel de guerre ou économique, la sécurité ou la capacité de survie de la Nation* ». Le texte autorise également ces services « *à détenir des équipements, des instruments, des programmes informatiques et toutes données susceptibles de permettre la réalisation d'une ou plusieurs des infractions prévues aux articles [323-1](#) à [323-3](#) du code pénal, en vue d'analyser leur conception et d'observer leur fonctionnement.* »<sup>612</sup> Le Conseil d'État, au rapport de

---

609 Art. [L.1332-6-4](#) à [L.1332-6-6](#) du code de la défense

610 Les opérateurs d'importance vitale (OIV) sont définis à l'article [L. 1332-1](#) et [L. 1332-2](#) du code de la défense, comme gérant ou utilisant un ou des établissements ou ouvrages, une ou des installations dont le dommage ou l'indisponibilité ou la destruction par suite d'un acte de malveillance, de sabotage ou de terrorisme risquerait, directement ou indirectement, d'obérer gravement le potentiel de guerre ou économique, la sécurité ou la capacité de survie de la Nation ou de mettre gravement en cause la santé ou la vie de la population

611 Le non-respect des prescriptions du Premier ministre est assorti d'un dispositif de sanctions, précisé à l'article [L. 1332-7](#) du code de la défense.

612 L'inscription dans la loi de cette disposition permet de dégager les opérateurs concernés de leurs responsabilités vis-à-vis de leurs clients. Elle prévoit deux mesures dérogatoires donne la possibilité aux services compétents en matière de cybersécurité de déroger aux [articles 323-1 à 323-3](#) du code pénal, en autorisant la détention par ces services d'équipements informatiques en capacité de s'introduire, d'extraire, de détenir des informations issues dans les systèmes de traitement automatisé données

la section de l'administration, a estimé que cette autorisation donnée par la loi aux services de l'État, pour répondre à une attaque informatique, de détenir des matériels permettant l'intrusion dans un système d'information, et la suppression, la modification ou l'altération des données ou de son fonctionnement afin de procéder aux opérations techniques strictement nécessaires à la caractérisation de l'attaque et à la neutralisation de ses effets ne se heurtait à aucun obstacle constitutionnel.

Plusieurs articles réglementaires confèrent également au ministre de la défense, en cas **d'accident nucléaire**, le soin de prendre, en cas d'urgence, toute mesure de nature à faire cesser le trouble et à assurer la sécurité, notamment par suspension du fonctionnement de l'installation<sup>613</sup>. Dans certains cas, le Premier ministre peut réunir un comité interministériel aux crises nucléaires ou radiologiques qui est chargé de proposer au Premier ministre les mesures à prendre.

**Le code de la sécurité intérieure (CSI)** comporte de nombreuses dispositions qui confèrent au préfet et à Paris, au préfet de police, lorsque certaines conditions légales sont remplies (notamment en cas d'urgence et d'exposition particulière à un risque d'acte de terrorisme), des pouvoirs exorbitants. Ainsi, notamment, en cas d'accident, sinistre ou catastrophe, outre la mobilisation du plan ORSEC, il peut réquisitionner les moyens nécessaires aux secours<sup>614</sup>, il peut instaurer des contrôles à l'entrée de grands événements<sup>615</sup> ou permettre la mise en place de système de vidéo-surveillance sans autorisation de la commission départementale de vidéo protection<sup>616</sup> ou encore permettre l'utilisation de techniques de renseignements sans avis préalable de la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement en cas d'urgence absolue<sup>617</sup>. Le préfet de zone de défense et de sécurité peut, dans le cadre de sa mission de coordination en cas de crise ou d'évènement d'une particulière gravité user d'un pouvoir de réquisition.<sup>618</sup>

---

dans le but de caractériser la nature de l'attaque et de neutraliser ses effets en accédant aux systèmes qui en sont à l'origine.

613 Art. R. 1333-49, D. 1333-68 du code de la défense

614 Art. L. 742-2 du CSI : « En cas d'accident, sinistre ou catastrophe dont les conséquences peuvent dépasser les limites ou les capacités d'une commune, le représentant de l'État dans le département mobilise les moyens de secours relevant de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics. En tant que de besoin, il mobilise ou réquisitionne les moyens privés nécessaires aux secours. Il assure la direction des opérations de secours. Il déclenche, s'il y a lieu, le plan Orsec départemental. Lorsque le représentant de l'État prend la direction des opérations de secours, il en informe les maires des communes dont le territoire est concerné par ces opérations. » L'article R. 122-8 du CSI donne également un pouvoir de réquisition au préfet de la zone de défense et de sécurité ou au ministre de l'intérieur lorsque l'évènement affecte plusieurs zones de défense.

615 Art. L. 211-11-1 du CSI

616 Art. L. 223-4 du CSI

617 Art. L. 821-5 du CSI

618 Art. R. 122-8 du CSI : « Le préfet de zone de défense et de sécurité prend les mesures de coordination nécessaires lorsque intervient une situation de crise ou que se développent des événements d'une particulière gravité, quelle qu'en soit l'origine, de nature à menacer des vies humaines, à compromettre la sécurité ou la libre circulation des personnes et des biens ou à porter atteinte à l'environnement, et que cette situation ou ces événements peuvent avoir des effets dépassant ou susceptibles de dépasser le cadre d'un département. Il prend les mesures de police administrative nécessaires à l'exercice de ce pouvoir. /Il fait appel aux moyens publics ou privés à l'échelon de la zone de défense et de sécurité et les réquisitionne en tant que de besoin. »



Le **code de la santé publique** (CSP), outre les dispositions déjà examinées en cas de menace sanitaire grave et le régime de l'état d'urgence sanitaire<sup>619</sup> comporte des dispositions qui confèrent des pouvoirs au préfet de département en cas de « risque pour la santé publique » au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Règlement sanitaire international adopté en 2005, c'est-à-dire « la probabilité d'un événement qui peut nuire à la santé des populations humaines, plus particulièrement d'un événement pouvant se propager au niveau international ou présenter un danger grave et direct ». Il peut immobiliser des moyens de transport, mettre à l'isolement des cargaisons, dérouter un aéronef, imposer un contrôle sanitaire aux voyageurs et prendre, par arrêté motivé « *toute mesure individuelle permettant de lutter contre la propagation internationale des maladies, notamment l'isolement ou la mise en quarantaine de personnes atteintes d'une infection contagieuse ou susceptibles d'être atteintes d'une telle infection, sur proposition du directeur général de l'agence régionale de santé.* » (L. 3115-10 du CSP). Le code comprend également plusieurs dispositions permettant au préfet, préfet de zone ou Premier ministre de prendre des réquisitions en cas de situation sanitaire exceptionnelle (L. 3131-8 à L. 3131-10-1) et au ministre de la santé de mobiliser la réserve sanitaire (L. 3132-1). D'autres règles permettent de déroger au droit commun des autorisations de mise sur le marché des médicaments en cas de circonstances exceptionnelles (L. 5121-9).

Outre les mesures pouvant être prise au titre de la prévention des risques naturels, le **code de l'environnement** autorise également préfet à prendre des mesures de restriction ou de suspension d'activités polluantes.<sup>620</sup> Le **code des transports** prévoit également en cas de crise, un pouvoir du préfet de disposer des services des voies navigables de France<sup>621</sup>. L'autorité portuaire dispose également d'un pouvoir de réquisition des bâtiments, navires et marins en période de crise (L. 5331-9). Le **code de l'énergie** comportent plusieurs dispositions qui habilite le gouvernement ou le ministre chargé de l'énergie à prendre de mesures exceptionnelles relatives à la gestion des ressources en cas de pénurie énergétique<sup>622</sup>.

---

619 Cf. *supra* partie 1.2.2.2.

620 Art. L. 223-1 du code de l'environnement : « *Le préfet de zone de défense et de sécurité prend les mesures de coordination nécessaires lorsque intervient une situation de crise ou que se développent des événements d'une particulière gravité, quelle qu'en soit l'origine, de nature à menacer des vies humaines, à compromettre la sécurité ou la libre circulation des personnes et des biens ou à porter atteinte à l'environnement, et que cette situation ou ces événements peuvent avoir des effets dépassant ou susceptibles de dépasser le cadre d'un département. Il prend les mesures de police administrative nécessaires à l'exercice de ce pouvoir. /Il fait appel aux moyens publics ou privés à l'échelon de la zone de défense et de sécurité et les réquisitionne en tant que de besoin. (...)* »

621 Art. L. 4311-1-2 du code des transports

622 Art. L. 143-1 du code de l'énergie : « *En vue de remédier à une pénurie énergétique y compris localisée ou à une menace sur l'équilibre des échanges extérieurs, le Gouvernement peut, par décret en conseil des ministres, et pour une période déterminée, soumettre à contrôle et répartition, en tout ou en partie, les ressources en énergie et en produits énergétiques de toute nature, ainsi que les produits pétroliers, même à usage non énergétique, et les produits dérivés ou substituables y compris les produits chimiques. Il peut également, dans les mêmes conditions, interdire toute publicité ou toute campagne d'information commerciale relative à ces produits ou à leurs conditions d'utilisation. Toutefois, des dérogations peuvent être accordées à des actions publicitaires compatibles avec la politique d'économie d'énergie du Gouvernement.* »

Diverses dispositions sont également prévues pour adapter les règles de droit commun à des circonstances exceptionnelles. Ainsi le **code de la commande publique** (CCP) prévoit notamment la possibilité, pour les prestations strictement nécessaires pour faire face à une situation d'urgence, de passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence en cas d'urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures non prévisibles ([L. 2122-1](#) et [R. 2122-1](#) du CCP). Le paiement différé dans les marchés de défense ou de sécurité, habituellement interdit, est autorisé en cas de circonstances particulières ([L. 2391-5](#)) Les délais de candidatures peuvent également être prolongés. ([R. 2161-12](#)). Certaines règles dérogatoires sont également prévues pour la conclusion des contrats de concession ([L. 1321-2](#) du CCP).

Le **code monétaire et financier**<sup>623</sup> et le **code des relations entre le public et les administrés**<sup>624</sup> comportent également des dispositions permettant de déroger à quelques règles de droit commun en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles.

Le **code pénal** comporte des infractions spécifiques qui sanctionnent les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation définis par l'article [410-1](#) du code pénal comme ceux portant atteinte à « *son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel* ». Des infractions spécifiques répriment ainsi les atteintes aux institutions de la République ([412-1](#) à [412-8](#) du code pénal) et sanctionnent plus sévèrement les atteintes à la sécurité des forces armées en période d'état de siège ou d'état d'urgence<sup>625</sup>. L'article [700](#) du code de procédure pénale renvoie à un décret en conseil des ministres le soin d'établir des tribunaux territoriaux des forces armées en cas d'état de siège. L'article [701](#) donne compétence à ces juridictions en temps de guerre « *pour instruire et juger des infractions contre les intérêts fondamentaux de la Nation et les infractions qui leur sont connexes* », et confère au procureur de la République « *le pouvoir d'accomplir ou faire accomplir les actes nécessités par l'urgence et requérir à cet effet le juge d'instruction de son siège* ». L'article précise qu'il doit « *se dessaisir ou requérir le dessaisissement du juge d'instruction dès que l'urgence a cessé.* » Des dispositions spécifiques de droit pénal (articles [421-1](#) à [422-2](#) du code pénal) et de procédure pénale (pouvoirs d'enquête dérogatoires et juridictions spécifiques) concernent la lutte contre le terrorisme. Hormis les dispositions applicables en temps de guerre ou en état d'urgence, les infractions mentionnées ci-dessus ne sont pas, à proprement parler, des dispositions de crise. Elles répriment des comportements qui peuvent, mais pas nécessairement, être liés à une crise. En effet, si le terrorisme peut engendrer des situations de crise, il reste une menace permanente. Le droit pénal spécial du terrorisme démontre que certaines luttes ne s'inscrivent pas dans un dispositif temporaire mais nécessitent un droit exorbitant au long cours. Parfois, l'imminence de la crise peut justifier un régime encore plus dérogatoire. C'est ainsi que l'article [706-88-1](#) du code de

623 Art. [L. 151-3-1](#) et [R. 151-12](#) du CMF

624 Art. [L. 121-1](#) et [L. 121-2](#) du CRPA qui permettent de déroger au respect de la procédure contradictoire préalable à une décision administrative individuelle défavorable.

625 Art. [413-1](#) et s. et art. [414-1](#) du code pénal



procédure pénale permet, à titre exceptionnel, de prolonger, sur autorisation du JLD, 24 heures renouvelables une fois, la garde à vue d'une personne s'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger.

Le **code du travail** prévoit la possibilité, en cas de circonstances exceptionnelles, de recourir au télé-travail ([L. 1222-11](#)) et de dépasser la durée légale hebdomadaire et quotidienne du travail ([L. 3121-21](#) et [L. 3121-18](#)).

Ajoutons à ces éléments que le **Parlement** dispose de plusieurs outils pour accélérer l'examen d'un texte<sup>626</sup>. En tout état de cause, le gouvernement bénéficie d'une priorité pour l'examen des projets relatifs aux états de crise et le délai de six semaines entre le dépôt du texte et son examen ne s'applique pas ([art. 42](#) de la Constitution). Le Conseil constitutionnel s'est lui-même montré ouvert à une grande souplesse dans les délais d'examen des lois (organiques en l'espèce) en jugeant que « *compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que {la} loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution* »<sup>627</sup>.

---

626 La procédure d'examen simplifiée (articles 103 et suiv. du règlement de l'Assemblée nationale), la procédure de législation en commission (Chapitre XIV *bis* du règlement du Sénat et articles 107-1 et suiv. du règlement de l'Assemblée nationale), le « temps législatif programmé » (art. 49 et 55 du règlement de l'Assemblée nationale), la procédure la plus mobilisée restant largement la procédure accélérée (procédure « d'urgence » avant 2008, art. 42, 45 et 46 de la Constitution) qui est exclusivement d'initiative gouvernementale (les Conférences des présidents des deux assemblées peuvent s'y opposer conjointement).

627 [Décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020](#)



# Table des matières

■ LISTE DES ABRÉVIATIONS ET DES ACRONYMES .....	7
■ AVANT-PROPOS .....	9
■ SYNTHÈSE .....	13
■ INTRODUCTION .....	23
<b>1. La construction des états d'urgence – Une notion polymorphe, aux origines lointaines .....</b>	<b>29</b>
1.1. Les « états d'exception » : sauvegarde ou négation de l'État de droit ? .....	29
1.1.1. Les fondements philosophiques et juridiques des « états d'exception » .....	30
1.1.2. Les « états d'exception » à travers l'histoire .....	35
1.1.3. La genèse de la conception française de l'exception : l'exception saisie par le droit ? .....	37
1.2. Le régime de l'état d'urgence .....	42
1.2.1. Le régime de l'état d'urgence institué par la loi du 3 avril 1955 : une large augmentation des pouvoirs de police administrative .....	43
1.2.2. L'état d'urgence sanitaire .....	53
1.2.3. Les caractéristiques communes des états d'urgence en droit français .....	60
1.3. Les régimes d'exception dans les démocraties contemporaines .....	63
1.3.1. Les pays de <i>common Law</i> .....	64
1.3.2. Les pays de droit continental .....	68
1.4. Les états d'urgence confrontés au droit international .....	73
1.4.1. L'état d'urgence et le droit de l'Union européenne .....	73
1.4.2. L'état d'urgence et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme .....	74
1.4.3. L'état d'urgence et les autres conventions internationales .....	77
<b>2. Entre représentation et réalité, la légitimité des états d'urgence ....</b>	<b>79</b>
2.1. La question de la nécessité du recours aux états d'urgence .....	79
2.1.1. Les objectifs assignés à l'état d'urgence .....	79
2.1.2. L'appréciation du péril .....	83
2.2. La mécanique des états d'urgence .....	97
2.2.1. Un renforcement ou une déstabilisation des équilibres institutionnels ? .....	97
2.2.2. Un renforcement ou une déstabilisation des équilibres normatifs ? .....	126
2.3. L'efficacité des états d'urgence .....	134
2.3.1. Les bénéfiques et les risques des états d'urgence .....	134
2.3.2. L'état d'urgence, puissant révélateur des maux du temps ordinaire .....	140
2.3.3. Le talon d'Achille : la sortie de l'état d'urgence ? .....	142



<b>3. Mieux s'organiser pour affronter les situations de crise majeure.....</b>	<b>147</b>
3.1. Des états d'urgence mieux définis et circonscrits.....	147
<i>Proposition n° 1</i> : une conception restrictive du déclenchement des états d'urgence	
<i>Proposition n° 2</i> : une évaluation approfondie des états d'urgence mis en œuvre depuis 2015	
<i>Proposition n° 3</i> : un inventaire des dispositifs juridiques et opérationnels de gestion des crises de grande ampleur	
<i>Proposition n° 4</i> : un plan gouvernemental d'anticipation et de prospective sur les crises majeures	
3.2. Une puissance publique mieux organisée pour la mise en œuvre des états d'urgence .....	154
<i>Proposition n° 5</i> : une administration interministérielle en charge du pilotage de la gestion des crises majeures	
<i>Proposition n° 6</i> : des schémas d'articulation entre les différents niveaux de responsabilité de l'État et les collectivités territoriales	
<i>Proposition n° 7</i> : une culture étatique renforcée de la gestion de crise majeure	
<i>Proposition n° 8</i> : une organisation opérationnelle centralisée de l'expertise scientifique	
<i>Proposition n° 9</i> : un débat démocratique pluraliste sur les enjeux scientifiques	
<i>Proposition n° 10</i> : un plan d'action pour la présidence française de l'Union européenne	
3.3. Des contrôles adaptés aux enjeux spécifiques des états d'urgence .....	171
3.3.1. Un Parlement garant des équilibres démocratiques.....	171
<i>Proposition n° 11</i> : un cadre constitutionnel procédural	
<i>Proposition n° 12</i> : un contrôle parlementaire adapté	
3.3.2. Des juges garants de la préservation de l'État de droit .....	176
<i>Proposition n° 13</i> : des moyens renforcés pour les juridictions judiciaires	
<i>Proposition n° 14</i> : un comité de liaison entre le Conseil d'État et la Cour de cassation	
<i>Proposition n° 15</i> : un régime de responsabilité pénale aménagé	
<b>■ CONCLUSION .....</b>	<b>183</b>
<b>■ LISTE DES PROPOSITIONS DE L'ÉTUDE .....</b>	<b>185</b>
<b>■ FRISE CHRONOLOGIQUE : ÉVÈNEMENTS HISTORIQUES, CADRE JURIDIQUE</b>	<b>189</b>
<b>■ CYCLE DE CONFÉRENCES DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LES ÉTATS D'URGENCE</b>	<b>193</b>
3.3.3. Discours introductif du cycle de conférences sur les états d'urgence.....	193
3.3.4. Programme des conférences.....	205
<b>■ ANNEXES .....</b>	<b>207</b>
3.3.5. Annexe 1 – Liste des personnes auditionnées .....	209
3.3.6. Annexe 2 – Groupe de contact et comité d'orientation de l'étude annuelle ....	213
3.3.7. Annexe 3 – Les instruments juridiques autres que l'état d'urgence en réponse aux crises.....	215



