

## Pour la constitutionnalisation de l'état d'urgence

Par Pierre Esplugas-Labatut, professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole, Institut Maurice Hauriou

Evoquer la question de la constitutionnalisation de l'état d'urgence selon un parti-pris favorable n'est pour la doctrine pas une évidence. En effet, la plupart des auteurs sont ouvertement hostiles à l'état d'urgence en tant que tel et à fortiori à sa constitutionnalisation. Pour ne donner que trois exemples récents d'auteurs éminents, le professeur Paul Cassia a ainsi rédigé un opus intitulé *Contre l'état d'urgence*<sup>1</sup> dont le titre parle de lui-même ; le professeur Olivier Beaud a co-écrit un remarquable mais aussi très critique ouvrage sur *L'état d'urgence*<sup>2</sup> ; le professeur Dominique Rousseau n'est quant à lui pas directement contre le principe même de l'état d'urgence mais émet des réserves fortes sur ses conditions d'application en raison de l'insuffisance des contrôles et la nécessité de ne pas installer durablement cet régime supposé être d'exception<sup>3</sup>. Les préoccupations idéologiques, voire parfois politiques, ne sont, il est vrai, pas absentes de ce débat. Il est un fait que le débat pour ou contre l'état d'urgence et son insertion dans la Constitution passe effectivement par un clivage droite-gauche. Sans évidemment nier l'indépendance d'esprit des auteurs précités, ceux-ci ont eu l'occasion de se positionner dans le débat public plutôt à gauche. Ce positionnement est au demeurant davantage intellectuel que partisan dès l'instant où le projet de loi constitutionnelle visant à constitutionnaliser l'état d'urgence<sup>4</sup> a été initié et porté par un président de gauche, François Hollande, trois jours après les attentats du 13 novembre 2015 dans son allocution devant le Congrès.

Pour s'en tenir à des considérations exclusivement juridiques, l'objet de cette article est de sortir du débat frontal qui consisterait à considérer que tout renforcement de l'assise de l'état d'urgence est une régression pour les libertés fondamentales. Au contraire, la thèse que nous souhaitons développer dans le cadre de cette étude est que sa constitutionnalisation peut être l'occasion de poser, enfin, un cadre strict qui a certes bien pour effet de valider le principe même de l'état d'urgence mais aussi de fixer des limites claires à son application (I). Cet objectif peut être atteint à condition de procéder à une réécriture du contenu des dispositions plus générales relatives aux états d'exception selon une méthode finaliste qui est d'autoriser tout en les encadrant des mesures prises à titre exceptionnel (II).

### I. L'intérêt de poser un cadre constitutionnel clair relatif à l'état d'urgence

L'existence d'un cadre constitutionnel clair relatif à l'état d'urgence peut être, d'une part, justifiée par les différents sens, téléologique, matériel et formel, que l'on donne aux Constitutions modernes (A). D'autre part, la constitutionnalisation de l'état d'urgence pourrait illustrer une nouvelle fois sous la Vème République la théorie du « droit au dernier mot » du pouvoir constituant selon laquelle ce dernier récupère sa souveraineté par une révision de la Constitution en cas de dispositions jugées non conformes (B).

#### A. La cohérence de la constitutionnalisation de l'état d'urgence avec le sens de la Constitution

---

<sup>1</sup> P. Cassia, *Contre l'état d'urgence*, Dalloz, 2016.

<sup>2</sup> O. Beaud, C. Guérin-Bargues, *L'état d'urgence. Etude constitutionnelle, historique et critique*, Coll. Systèmes, LGDJ, 2016.

---

<sup>3</sup> D. Rousseau, « Un projet de révision constitutionnelle recevable mais qui doit être réécrit », *Le Monde*, 21 déc. 2015.

<sup>4</sup> Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation n° 3381 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 décembre 2015.

La Constitution est la norme qui par nature a vocation à accueillir un régime établissant un état d'exception. Celle-ci est en effet un texte qui peut se définir en fonction de trois critères. Le premier, initialement pensé par les auteurs du libéralisme et du constitutionnalisme, est d'ordre téléologique : la Constitution a pour but d'encadrer et de limiter l'action du pouvoir politique et, à ce titre, affirme un certain nombre de libertés dites fondamentales. Sur cette base, deux thèses divergentes pour savoir si la Constitution doit admettre un état d'exception sont possibles. Une première, qui s'inscrit dans le sillage des travaux passés du juriste Carl Schmitt<sup>5</sup> ou contemporains du philosophe Giorgio Agamben<sup>6</sup>, est que l'état d'urgence en tant que régime restrictif pour les libertés fondamentales est par nature incompatible avec une Constitution censée être protectrice de ces libertés. Cette thèse nous semble avoir pour inconvénient d'être trop radicale en faisant de la Constitution le texte du « tout ou rien », soit qui protège les libertés, soit qui les nie en acceptant des restrictions. Au contraire, par une deuxième thèse plus conciliatrice, il est aujourd'hui admis que les libertés fondamentales ne sont jamais absolues et qu'il appartient, précisément parce qu'elles sont fondamentales, au plus haut texte dans la hiérarchie des normes de les aménager<sup>7</sup>.

Le deuxième critère d'une Constitution est d'ordre matériel. De ce point de vue, ce texte contient non seulement des dispositions relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics mais aussi des dispositions relatives à « l'idée de droit », selon l'expression du professeur Georges Burdeau, c'est-à-dire qui expriment la philosophie politique dont le régime se réclame. On pourrait aussi parler de « Constitution démotique », théorisée par le professeur Stéphane Pierré-Caps, au sens où la Constitution contient des dispositions qui contribuent à l'identité d'une nation ou d'un peuple. Selon cette logique, il devient possible de constitutionnaliser toute disposition que le Constituant estime essentielle pour l'intérêt de la Nation. A cet égard, la constitutionnalisation de l'état d'urgence repose, comme le soulignait le « projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation » en 2015, sur la nécessité, dans un contexte dramatique de lutte contre le terrorisme, de protéger les intérêts vitaux de la Nation.

Enfin, le dernier critère d'une Constitution est formel au sens où est constitutionnelle toute disposition adoptée ou modifiée en la forme constitutionnelle. De ce point de vue, une loi constitutionnelle suffit à légitimer l'insertion dans la Constitution des dispositions relatives à l'état d'urgence. Il y aurait d'ailleurs une logique formelle de cohérence. En l'état, on sait que la Constitution de 1958 connaît deux types de régimes d'exception, l'article 16 sur les pouvoirs exceptionnels du président de la République en cas de crise grave et l'article 36 relatif à l'état de siège tandis que l'état d'urgence n'est défini qu'à un niveau législatif. Il ne serait donc pas absurde, dans un souci d'unité et de cohérence, ainsi que l'avait d'ailleurs proposé en 2007 le comité dit « Balladur » pour la modernisation et rééquilibrage des institutions, de concentrer dans un même texte les régimes dérogatoires applicables en cas de crise et ainsi de de constitutionnaliser l'état d'urgence<sup>8</sup>. Cela serait d'autant plus logique si l'on se réfère aux raisons qui expliqueraient que l'état d'urgence n'ait pas à l'origine été inscrit dans la Constitution. Le fait qu'on ne trouve aucun élément à ce sujet lors de l'examen du projet devant le Conseil d'Etat peut s'interpréter de la part des acteurs de l'époque soit comme un oubli, dans la mesure où ils étaient focalisés sur l'article 16 de la Constitution, soit en fonction de l'idée qu'ils pensaient que ce régime prendrait fin avec le règlement de la question algérienne. En constitutionnalisant l'état d'urgence, il s'agirait en quelque sorte de réparer une lacune.

---

<sup>5</sup> C. Schmitt, *Théologie politique*, 1922, rééd. Gallimard, 1988.

<sup>6</sup> G. Agamben, *Etat d'exception, Homo sacer*, II, Seuil, 2003 ; « De l'Etat de droit à l'état de sécurité », *Le monde* 23 déc. 2015.

<sup>7</sup> V. F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Coll. Léviathan, PUF, 2001.

<sup>8</sup> *Rapport pour la modernisation et rééquilibrage des institutions*, Documentation française, 2007, proposition n° 10, p. 20.

## **B. L'application de la théorie du « droit au dernier mot » du pouvoir constituant**

La constitutionnalisation de l'état d'urgence offre un cas typique pour illustrer la théorie formalisée par le doyen Favoreu sur le « droit au dernier mot » du pouvoir constituant<sup>9</sup>. Celle-ci s'est trouvée vérifiée à de multiples reprises à partir de 1992 avec les révisions constitutionnelles sur les traités européens (de Maastricht en 1992, d'Amsterdam en 1999, de Rome établissant une Constitution pour l'Europe en 2005, de Lisbonne en 2008) ou internationaux (traité de Rome créant la Cour pénale internationale en 1999) ou portant sur le droit d'asile en 1993, l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats et fonctions politiques en 1999 et le gel du corps électoral en Nouvelle-Calédonie en 2007. Dans tous ces cas, ces révisions font suite à une décision de censure du Conseil constitutionnel et visent à rendre valides dans notre ordre juridique des dispositions déclarées dans le régime initial non conformes. Le doyen Vedel justifie, par une démonstration similaire au fond à celle du doyen Favoreu, ces cas de révision par une image bien connue selon laquelle le pouvoir constituant peut en souverain « paraître en majesté » face aux juges pour « dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts »<sup>10</sup>. On pourrait ajouter à ces cas de figure des révisions constitutionnelles qui ne font pas formellement suite à une décision du Conseil constitutionnel mais qui ont pour but de justifier une disposition qui n'était pas constitutionnelle avant la révision comme la création en 1993 de la Cour de justice de la République ayant permis de juger pour des faits remontant à 1985-86 des responsables politiques dans l'affaire dite du « sang contaminé » au mépris du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère ou, par ailleurs, la restriction en 1998 du corps électoral en Nouvelle-Calédonie.

Le même schéma semble devoir être appliqué aujourd'hui à l'état d'urgence sous peine d'être réduit à peau de chagrin<sup>11</sup>. Le régime actuel recèle en effet de nombreux vices d'inconstitutionnalité.

---

<sup>9</sup> L. Favoreu, « La légitimité du Conseil tient à ce qu'il n'a pas le dernier mot », *Le Figaro*, 27 août 1993 ; « Le Parlement constituant et le juge constitutionnel », *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 238.

<sup>10</sup> G. Vedel, « Schengen et Maastricht », *RFD adm*, 1992, p. 173.

<sup>11</sup> Pour une opinion critique d'un tel usage, v. I. Boucobza et C. Girard, « "Constitutionnaliser" l'état d'urgence ou comment soigner l'obsession d'inconstitutionnalité ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, févr. 2016, URL : <https://revdh-revues-org.biblio-dist.ut-capitole.fr/1784>.

Dès avant les modifications intervenues à partir de novembre 2015, la constitutionnalité générale du texte de 1955 était tout d'abord douteuse. La décision du Conseil constitutionnel n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, sur laquelle on s'est un temps appuyé pour affirmer le contraire, est effectivement trompeuse. Il s'agit en effet certes d'une décision de conformité à la Constitution de la loi appliquant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie. Cependant, à y regarder de plus près, les conditions très précipitées dans lesquelles le Conseil a rendu sa décision (le relevé du délibéré accessible en ligne fait apparaître qu'il a été saisi dans la nuit du 24 au 25 janvier entre 5h 30 et 6h pour statuer dans la journée à 17h ce qui signifie que la question de la conformité de l'état d'urgence a été expédiée en moins de 24h contre habituellement 1 mois dans le contrôle a priori) n'inclinent pas, contrairement à ce qu'il a d'ailleurs pu être écrit<sup>12</sup>, à la regarder comme une décision irréprochable. Elle est en fait sur le fond critiquable en fondant la constitutionnalité de l'état d'urgence sur l'article 34 de la Constitution selon lequel « la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». On ne voit pas très bien en quoi cette disposition, habilitant simplement le législateur à exercer une compétence, est pertinente pour justifier au fond un régime législatif organisant un état d'exception restreignant et non garantissant des libertés publiques. De plus, dans cette décision, le Conseil n'examine pas exactement la loi générale de 1955 mais celle de 1985 sur l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie qui ne fait qu'appliquer la loi de 1955. Il précise d'ailleurs, comme s'il le regrettait, qu'il peut examiner une loi promulguée à l'occasion d'une loi nouvelle qui modifie une loi ancienne mais non à l'occasion d'une loi qui ne fait que l'appliquer. Cela peut vouloir dire que si la loi de 1985 avait modifié celle de 1955, il se serait réservé le droit d'apprécier la constitutionnalité du régime général de l'état d'urgence fixé en 1955. En réalité, sans doute faut-il voir dans cette décision du Conseil constitutionnel, derrière les arguments juridiques, un argument politique, proche de la raison d'Etat, qui était de ne pas gêner le gouvernement dans le rétablissement de l'ordre en Nouvelle-Calédonie.

On pourrait également s'attarder sur l'argument de la caducité de la loi de 1955 nonobstant la position du Conseil d'Etat<sup>13</sup>. La loi de 1955 dispose en effet que celle ayant déclaré l'état d'urgence est abrogée de plein droit en cas de dissolution de l'Assemblée nationale ou de démission du gouvernement<sup>14</sup>. Or cette loi c'est bien celle du 3 avril 1955 à la fois de portée générale instituant l'état d'urgence et celle applicable à l'Algérie. Elle serait donc caduque, ainsi que le pense une partie de la doctrine<sup>15</sup>, dès la première dissolution de l'Assemblée nationale de décembre 1955.

D'une manière plus particulière ensuite, les décisions QPC du Conseil constitutionnel censurant des dispositions du régime actuel de l'état d'urgence se sont multipliées (6 censures à ce jour) à propos des perquisitions de nuit<sup>16</sup>, des perquisitions opérées dans le cadre de la rédaction antérieure à la loi du 20 novembre 2015<sup>17</sup>, des assignations à résidence<sup>18</sup>, des décisions d'interdiction de séjour<sup>19</sup>, des assignations à résidence concernant un étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion<sup>20</sup> et des zones de protection ou de sécurité<sup>21</sup>. Au final, le régime actuel de l'état d'urgence est lentement détricoté par le Conseil constitutionnel et présente désormais des « trous dans la raquette ».

---

<sup>12</sup> P. Terneyre, « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité » in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, coll. Droit public positif, Paris, PUAM, 1987, p. 192.

<sup>13</sup> CE, 21 nov. 2005, *M. B... A*, n° req. 287217.

<sup>14</sup> L. n° 55-385, 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie, art. 3 et 4.

---

<sup>15</sup> V. R. Drago, « L'état d'urgence et les libertés publiques », *RD publ.* 1955, p. 678 ; O. Beaud, C. Guérin-Bargues, *op. cit.* p. 39.

<sup>16</sup> Cons. const., n° 2016-536 QPC, 19 févr. 2016, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*.

<sup>17</sup> Cons. const., n° 2016-567/568, QPC, 23 sept. 2016, *M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]*.

<sup>18</sup> Cons. const., n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]*.

<sup>19</sup> Cons. const., n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017, *M. Émile L. [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence]*.

<sup>20</sup> Cons. const., n° 2017-674 QPC, 1<sup>er</sup> déc. 2017, *M. Kamel D. [Assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion]*.

<sup>21</sup> Cons. const., n° 2017-684 QPC, 11 janv. 2018, *Associations La cabane juridique / Legal Shelter et autre*.

Enfin, en provoquant un changement de circonstances de droit, la constitutionnalisation de l'état d'urgence pourrait avoir pour conséquence indirecte de fragiliser la constitutionnalité, pourtant aujourd'hui établie<sup>22</sup>, de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Des mesures dérogatoires transposées dans le droit commun pourraient être contestées dans le sens où elles ne seraient autorisées par la Constitution qu'à titre exceptionnel et non permanent.

Sans doute, au final y aurait-il un intérêt à stabiliser et solidifier le droit de l'état d'urgence par un cadre constitutionnel précis tout en l'entourant de garanties fixées à ce niveau.

## **II. La réécriture du cadre constitutionnel relatif aux régimes de crise**

L'état d'urgence ne peut, en tant que régime de crise, être traité de manière isolée. Sa constitutionnalisation est une occasion pour unifier l'ensemble des régimes dits « d'états de crise » (A.) autour de principes directeurs simples et fixant un cadre et des limites à un état d'exception (B.).

### **A. L'unification des régimes des états de crise**

Il existe aujourd'hui trois régimes applicables en cas de crise, deux prévus par la Constitution, le régime de l'article 16 de la Constitution qui donne des pouvoirs exceptionnels au président de la République en cas de « menace grave et immédiate » et « d'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics », l'état de siège, prévu à l'article 36 de la Constitution, qui consiste à transférer des pouvoirs aux autorités militaires et l'état d'urgence organisé à ce stade la loi. Les deux premiers régimes sous la Vème République, soit n'ont pas été appliqués (état de siège dont la dernière application remonte à la 2<sup>ème</sup> Guerre mondiale), soit de manière exceptionnelle (l'article 16 C. a été appliqué une seule fois en 1961 au moment du putsch des généraux à Alger). Le caractère pertinent de ces deux régimes, du point de vue de l'efficacité même, serait encore incertain. En revanche, l'état d'urgence serait utile pour les pouvoirs publics si l'on en juge par le recours à ce régime lors de quatre types évènements (dans les trois départements algériens en 1958 et 1961-62 à la suite d'émeutes en vue de l'indépendance de ces territoires, en Outre-Mer en Nouvelle Calédonie en 1985 pour les mêmes raisons mais aussi à Wallis et Futuna en 1986 et Polynésie en 1987, en Ile-de-France en 2005 à l'occasion de violences urbaines dans les banlieues et entre novembre 2015 et novembre 2017 à la suite des attentats terroristes dits Djihadistes).

Une hypothèse serait donc d'unifier ces trois régimes par un titre spécifique consacré aux régimes « de crise ». Deux sous-hypothèses sont possibles : soit on associe les trois régimes mais on voit mal l'intérêt purement formel d'une telle révision, soit de manière plus radicale mais aussi novatrice, on supprime les dispositions sur l'article 16 de la Constitution et l'état de siège qui ne servent plus à rien et on fait « monter l'état d'urgence » à un rang constitutionnel.

En outre, on pourrait remettre en cause le terme même « d'état d'urgence » qui ne voudrait en fait rien dire. Le terme « état de police » serait certainement plus proche de la réalité car on accroît effectivement les pouvoirs de police mais ce ne serait pas politiquement très habile (et ferait même un peu « froid dans le dos »). Meilleure expression serait sans doute celle, sur le modèle de la Constitution espagnole (art. 116), « d'état d'exception » qui à la fois traduit correctement une réalité et induit, d'un point de vue politique et démocratique, un régime dérogatoire mais temporaire.

---

<sup>22</sup> Cons. const., n° 2017-695 QPC, 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre*.



Formellement, la révision constitutionnelle pourrait consister à abroger les actuels articles 16 et 36 de la Constitution et à leur substituer en fin de Constitution (compte tenu du fait que le nouveau régime fait intervenir une pluralité d'acteurs constitutionnels évoqués dans la Constitution précédemment) un nouveau titre dédié intitulé « Etat d'exception » qui serait numéroté « titre XII bis » (« bis » pour ne pas décaler les titres suivants) placé après le titre sur les collectivités territoriales et avant les dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie.

## **B. Les principes directeurs de l'état d'exception**

Le propre d'une Constitution est d'établir des principes directeurs et de ne pas entrer dans des détails comme une simple loi ou à fortiori un acte réglementaire. Il ne s'agit donc pas simplement de reprendre à l'identique les dispositions de la loi du 3 avril 1955 mais simplement de fixer un cadre qui à la fois légitime des mesures d'exception et prévoit des limites à celles-ci. Une fois le cadre posé, celui-ci devrait renvoyer à des lois organiques ou ordinaires, comme l'habitude a été prise, notamment à la suite de la révision constitutionnelle d'ensemble dite de « modernisation des institutions » de 2008.

Ce cadre pourrait reposer sur trois points cruciaux qui ont soulevé des débats dans l'application du régime jusqu'alors législatif de l'état d'urgence concernant tout d'abord le fait générateur de l'état d'exception (1), ensuite, les garanties entourant le déclenchement et l'application de cet régime (2) et, enfin, la fin de celui-ci (3).

### **1. Sur le fait générateur de l'état d'exception**

Les formules antérieures pour décider d'appliquer le régime de crise, que ce soient celles en vigueur de l'article 16 de la Constitution ou celles de l'état d'urgence, sont assez alambiquées et désuètes (« interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics », « péril imminent », « calamité publique »). Pourquoi ne pas dire les choses par leur nom et viser directement le danger par ce qu'il est aujourd'hui, à savoir « risque d'attentat terroriste », à charge de renvoyer au droit pénal une définition précise, et non tautologique, de ce type d'infraction<sup>23</sup> ?

Au demeurant le fait de ramener le fait générateur à ce seul risque a pour conséquence par hypothèse de limiter les cas où l'on applique un régime dérogatoire qui reste ainsi exceptionnel. Si l'on souhaite, au contraire, ne pas cibler aussi précisément le danger, la notion ancienne de « circonstances exceptionnelles », bien connue en droit administratif français et adoptée par la Constitution espagnole, pourrait être une hypothèse pertinente.

### **2. Sur les garanties entourant le déclenchement et l'application de l'état d'exception**

La célérité avec laquelle doit être décidé le *déclenchement de l'état d'exception* commande sans doute de laisser cette compétence à l'exécutif. La logique institutionnelle de la Vème République conduit à conserver la compétence du Président de la République qui interviendrait toujours par décret pris en conseil des ministres.

En revanche, l'essentiel réside dans le contrôle des actes du Président. Le Parlement, dont la fonction de contrôle est en fait la nature d'être, devrait être informé « dans les meilleurs délais » et pourrait être appelé à ratifier la décision de déclencher l'état d'exception.

---

<sup>23</sup> L'article 421-1 du Code pénal caractérise les actes de terrorisme comme ceux étant « intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la *terreur* (...) ».

Une précision sémantique, sous forme de garantie supplémentaire, pourrait résulter que l'état d'exception soit « décrété » et non simplement « déclaré » comme pour actuellement l'état d'urgence afin permettre un contrôle du juge administratif sur le décret au regard de la loi de ratification de déclenchement de l'état d'exception.

Sur le contrôle des *mesures d'application de l'état d'exception* prises par les autorités administratives, il devrait être mentionné le principe d'un recours devant un juge. Celui-ci n'aurait délibérément pas à être qualifié et serait le juge naturel en fonction de la répartition habituelle des compétences. Cela légitimerait la compétence du juge administratif, dont il est admis aujourd'hui qu'il apporte les mêmes garanties que le juge judiciaire, mais qui doit faire face à la légitimité constitutionnelle du juge judiciaire comme garant de la liberté individuelle.

A rebours, une proposition possible serait de faire cesser, dans l'intérêt du justiciable la dualité de compétences et de rendre compétent exclusivement le juge judiciaire, juge naturel de la protection de la liberté individuelle. L'inconvénient de cette solution est naturellement de laisser croire que ce dernier est plus attentif aux garanties affectant les libertés individuelles que ne l'est le juge administratif.

Une autre solution « radicale » serait de ne pas attendre l'exercice d'un recours devant le juge et de prévoir un cas de saisine obligatoire, soit par le préfet, soit par le procureur de la République aux fins d'examiner la régularité d'une mesure prise au titre de l'état d'urgence. Il est alors probable que de telles mesures soient mal vues par les forces de police et de gendarmerie alors que précisément l'objet est de les conforter. Ces questions devraient ainsi plus prudemment être renvoyées à une loi organique.

### **3. Sur la fin de l'état d'exception**

La question de la fin de l'état d'exception reste délicate et a cristallisé toutes les critiques lors de l'application de l'état d'urgence pendant le long délai de 2 ans entre novembre 2015 et novembre 2017. Le professeur Denis Baranger note que c'est précisément la question de la durée qui serait un obstacle à la question de la constitutionnalisation de l'état d'urgence car il a la durée qu'imposent les circonstances<sup>24</sup>. Un régime d'exception ne pourrait être par hypothèse, il est vrai, que temporaire. Pour autant, il se justifie tant que la menace perdure. Or la difficulté est que la menace d'attentat islamiste n'est pas prête de s'éteindre.

La solution de fixer un terme à l'application de l'état d'urgence paraît donc trop radicale et inadaptée. Celle de ne pas fixer de terme paraît inadéquate au regard de l'essence même d'un état d'exception.

Une solution intermédiaire serait, d'une part, que le Parlement soit informé des mesures prises par le gouvernement pendant l'état d'urgence. L'objet est de procéder à un contrôle direct de la proportionnalité des mesures prises ou de réfléchir à une évaluation de celles-ci en vue d'une future réforme de ce régime. Encore faut-il que le Parlement soit en mesure d'exercer concrètement ce contrôle ce qui n'est pas possible à l'heure actuelle en dehors des sessions parlementaires. C'est pourquoi il doit être précisé que le parlement se réunit de plein droit pendant toute la durée de l'état d'urgence. Enfin, la prolongation de l'état d'exception pourrait faire l'objet d'une autorisation législative à intervalle périodique, au terme d'une durée à discuter qui pourrait être de 3 ou 6 mois.

Dans ces conditions, un tel texte de loi constitutionnelle visant à insérer un nouveau titre XII bis « Etat d'exception » ne serait pas le fossoyeur des libertés fondamentales tout en offrant à l'Etat et aux individus des mesures renforcées pour garantir la sécurité à laquelle ils ont droit.

**Synthèse** : Au terme de cette étude, il est proposé le texte de loi constitutionnelle suivant visant à insérer un nouveau titre XII bis « Etat d'exception » :

Art. 1<sup>er</sup> : Les articles 16 et 36 sont abrogés et laissés vacants.

Art. 2 : Il est inséré un titre XII bis « Etat d'exception » :

Le président de la République décrète l'état d'exception en cas de circonstances exceptionnelles incluant le risque d'attentat terroriste.

Il en informe le Parlement dans les meilleurs délais. Le décret de déclenchement de l'état d'urgence doit faire l'objet d'une loi de ratification.

Durant l'application de l'état d'exception, le Parlement se réunit de plein droit et est informé des mesures prises à ce titre.

Les mesures d'application sont prises sous le contrôle du juge.

Les conditions du déclenchement, de l'application et du contrôle de l'état d'exception sont précisées par une loi organique.

---

<sup>24</sup> D. Baranger, « L'état d'urgence dans la durée », *RFD adm.* 2016, p. 447.