



HAL
open science

La décision publique et la crise

Jérémie Vallotton

► **To cite this version:**

Jérémie Vallotton. La décision publique et la crise. Droit. Université de Haute Alsace - Mulhouse, 2016. Français. NNT : 2016MULH5291 . tel-03010315

HAL Id: tel-03010315

<https://theses.hal.science/tel-03010315v1>

Submitted on 17 Nov 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE HAUTE-ALSACE

ÉCOLE DOCTORALE 101, Droit, Science Politique, Histoire

CERDACC - Centre Européen de recherches sur le Risque, le Droit des Accidents Collectifs

et des Catastrophes – EA 3992

Thèse pour le Doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement par

Jérémy VALLOTTON

le 7 juillet 2016

La décision publique et la crise

Membres du jury :

Monsieur Philippe BLACHÈR,
Professeur à l'Université Lyon III - Jean Moulin

Monsieur Stéphane CAPORAL,
Professeur à l'Université de Saint-Étienne - Jean Monnet, rapporteur

Monsieur Bruno DAUGERON,
Professeur à l'Université Paris V - Descartes, rapporteur

Monsieur Eric MAULIN,
Professeur à l'Université de Strasbourg

Monsieur Bertrand PAUVERT
Maître de conférences (HDR) à l'Université de Haute-Alsace, directeur de thèse

L'université n'entend donner aucune approbation ni aucune improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Le chemin fut long et difficile pour parvenir jusqu'à aujourd'hui et assurément, je n'aurais pu le parcourir sur toute sa longueur si je n'avais trouvé, à chacune de ses étapes, des secours pour m'assister dans ma marche. Puisse chacun d'entre-eux trouver ici la reconnaissance qui lui est due.

Mes plus profonds, plus vifs et plus sincères remerciements s'adressent tout d'abord à mon directeur de thèse, Bertrand Pauvert. Par son aide, son assistance constante et ses encouragements, Bertrand Pauvert est parvenu à me mener jusqu'au bout de la voie dans laquelle je m'étais engagé. Qu'il trouve dans ces quelques lignes l'expression d'une gratitude que l'écrit peine à restituer, pour les longues heures passées sur ce travail qui s'achève enfin.

Mes remerciements vont ensuite à celle qui fut ma compagne, ma fiancée et maintenant mon épouse, toujours ma moitié (la meilleure !) et qui pendant toutes ces années m'a accompagné, a partagé avec moi cette thèse et m'a même partagé avec elle. Pour le soutien constant et indéfectible qu'elle m'a apporté tout au long de ce qui fut une véritable tranche de vie, pour ses travaux de relecture, pour tous les jours passés en sa compagnie, pour tout le reste aussi, du fond du cœur, merci !

Mes remerciements vont encore à mes parents, sur lesquels j'ai toujours pu compter et qui s'ils sont géographiquement loin de moi, sont toujours restés très près en pensées.

Ces remerciements ne sauraient être tout à fait complets s'ils n'étaient aussi adressés mes proches, que les nécessités imposées par mes travaux m'ont conduit à souvent, trop souvent négliger et qui pourtant sont toujours aujourd'hui à mes côtés. Pour leur infinie patience à mon endroit, merci à eux.

Merci enfin à mes chers étudiants, pour lesquels je ne suis engagé dans cette voie étroite et escarpée, mais qui à chaque pas ont su me rappeler, quand le moral vacillait et que la volonté devenait hésitante, que les difficultés valaient toutes les peines nécessaires pour les surmonter. Le chemin fut long et difficile pour parvenir jusqu'à aujourd'hui, mais il fut l'illustration que si en dernier lieu, c'est toujours la destination qui fait le chemin, pour le voyageur qui l'arpente, le chemin compte autant que la destination.

*A Bertrand, qui m'a soutenu,
A Adeline, qui m'a accompagné,
A mes parents, qui m'ont aidé,
A mes proches, qui ne m'ont pas oublié,
A mes étudiants, qui m'ont donné envie de continuer,*

Merci !

Sommaire

Introduction	13
Partie 1 : Crises cadres, causes d'encadrement de la décision publique.....	59
Titre 1 : Les modalités d'intervention du décideur public	63
Chapitre 1 : D'une nécessité de prévention à une obligation de prévision	65
Section 1 : L'apparition d'une démarche de prévention des risques	67
Section 2 : Le développement d'un cadre juridique de prévention des risques.....	90
Chapitre 2 : L'essor du principe de précaution	115
Section 1 : La précaution, principe directeur de la décision publique.....	119
Section 2 : Le droit des sols, champ privilégié d'application du principe de précaution	148
Titre 2 : Les procédés d'élaboration de la décision publique.....	165
Chapitre 1 : Les insuffisances de la politique de gestion des risques	169
Section 1 : Les travers du modèle de conceptualisation des risques	170
Section 2 : Les travers du modèle d'adoption des décisions publiques face au risque.....	194
Chapitre 2 : La nécessité de repenser la politique de gestion des risques.....	219
Section 1 : La création d'un nouveau paradigme d'appréhension des risques	220
Section 2 : La refonte de la doctrine d'action face au risque.....	248
Conclusion de la première partie	271
Partie 2 : Crises politiques, révélatrices d'autonomisation de la décision publique.....	273
Titre 1 : De la Crise de régime aux régimes de crise.....	277
Chapitre 1 : La naissance des régimes de crise	281
Section 1 : Le recours à des régimes de crise pour un régime en crise	282
Section 2 : Le recours à des régimes de crise pour un changement de régime.....	306
Chapitre 2 : L'évolution des régimes de crise.....	333
Section 1 : La postérité des régimes d'exception	334
Section 2 : Le renouveau des régimes d'exception	356
Titre 2 : De la crise de l'Etat à l'Etat de crise.....	389
Chapitre 1 : La Crise, phénomène de dissolution de l'Etat.....	395
Section 1 : L'Etat comme facteur de cohésion contre la Crise.....	396
Section 2 : La Crise comme mécanisme de dissolution de l'Etat.....	418
Chapitre 2 : La Crise, instrument de déstabilisation de l'Etat	441
Section 1 : Les causes du recours à la crise comme instrument de conduite des conflits	446
Section 2 : Les spécificités du recours à la crise comme instrument de conduite des conflits ...	466
Conclusion.....	493
Bibliographie.....	503
Index	549
Table des matières	557

Abréviations et acronymes

AFDI :	Annuaire français de droit international
AJDA :	Actualité juridique, droit administratif
AJDI :	Actualité juridique de droit immobilier
AN :	Assemblée Nationale
Art :	Article (d'un code, d'une loi)
BDEI :	Bulletin de droit de l'environnement industriel
BJCL :	Bulletin juridique des collectivités locales
BJDU :	Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme
CA :	Cour d'appel
CAA :	Cour administrative d'appel
C. Cass :	Cour de cassation
C. Civ :	Code civil
C. Const :	Conseil constitutionnel
CE :	Conseil d'Etat
CEDH :	Convention européenne des droits de l'homme
C. env. :	Code de l'environnement
CGCT :	Code général des collectivités territoriales
CJCE :	Cour de justice des communautés européennes
C ^{ne} :	Commune
coll. :	collection
CSI :	Cahiers de la sécurité intérieure
dir. :	sous la direction de
GAJA :	Grands arrêts de la Jurisprudence Administrative
<i>Ibid.</i> :	<i>Ibidem</i>
<i>infra</i> :	ci-dessous
JCP :	Semaine juridique (JurisClasseur périodique : générale, entreprises, commerce et industrie, sociale,...)
JDSAM :	Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie
JO :	Journal officiel
JOAN :	Journal officiel de l'Assemblée nationale
LGDJ :	Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA :	Les Petites Affiches
not. :	notamment
<i>op. cit.</i> :	<i>opus citatum</i>
p. :	page
pp. :	de la page ... à la page ...
PGD :	Principes généraux du droit
PLU :	Plan local d'urbanisme
PPRT :	Plan de prévention des risques technologiques
préf :	préface
PUF :	Presses universitaires de France
PUAM :	Presses universitaires d'Aix-Marseille
RDP :	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDSS :	Revue de droit sanitaire et social
Rec. :	Recueil
Rec. cours La Haye :	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye
Rec. Dalloz :	Recueil Dalloz
Req. :	Requête
RFAP :	Revue française d'administration publique
RFSP :	Revue française de science politique
RFDA :	Revue française de droit administratif
RFDC :	Revue française de droit constitutionnel
RGCT :	Revue générale des collectivités territoriales
RGDIP :	Revue générale de droit international public
RISEO :	Risques, études et observations
RJE :	Revue juridique de l'environnement
RJPF :	Revue juridique personnes et famille
RRJ :	Revue de recherche juridique - droit prospectif
s. :	suivant
S ^{té} :	Société
<i>supra</i> :	ci-dessus
t. :	tome
v. :	voir
vol. :	volume

Introduction

Prolégomènes

« Ce qu'on appelle un gouvernement, c'est un concert de pouvoirs, qui, chacun dans un office distinct, travaille ensemble à une œuvre finale et totale. Que le gouvernement fasse cette œuvre, voilà tout son mérite; une machine ne vaut que par son effet. Ce qui importe, ce n'est pas qu'elle soit bien dessinée sur le papier, mais c'est qu'elle fonctionne bien sur le terrain. En vain les constructeurs allégueraient la beauté de leur plan et l'enchaînement de leurs théorèmes; on ne leur a demandé ni plans ni théorèmes, mais un outil. Pour que cet outil soit maniable et efficace, deux conditions sont requises. En premier lieu, il faut que les pouvoirs publics s'accordent: sans quoi ils s'annulent. En second lieu, il faut que les pouvoirs publics soient obéis: sans quoi ils sont nuls »¹.

Ce que disait Hippolyte Taine des gouvernements peut se voir étendu à l'ensemble des pouvoirs publics en charge, à quelque titre que ce soit, de participer à la production de la décision publique. L'affirmation est plus vraie encore lorsqu'il s'agit pour les pouvoirs en question, de décider en situation de crise.

A l'époque contemporaine, conçus pour fonctionner au sein d'un cadre institutionnel donné, dans un climat politique apaisé et suivant des procédures arrêtées, les pouvoirs publics dessinent entre eux une architecture de relations qui détermine ce qui est le circuit normal d'adoption puis d'exécution de la décision publique. Or, soit que l'on cherche à la prévenir, soit qu'elle soit survenue, la crise par sa nature même, interroge sur l'efficacité de la décision publique qui a été prise, voire remet en cause de manière radicale tout l'ordonnement logique des différents organes et éléments ayant participé à la produire.

Mais dans tous les cas, indépendamment des résultats obtenus en vue de se prémunir contre le pire, le décideur public, le gouvernant, devra rendre compte de ses engagements. Car sa décision engage. Les fonds publics toujours ; la vie de ses concitoyens parfois. Devant eux, il a des devoirs. Devant lui, ils ont des droits. Puisque le décideur public bénéficie des honneurs de sa fonction, il doit aussi en accepter les servitudes. Devant ses pairs, devant les citoyens ou parfois même devant le juge, il lui faudra justifier de son gouvernement. Mais, si

¹ Hippolyte Taine, *Les origines de la France contemporaine - La Révolution : la conquête jacobine*, Hachette, 1878, p. 276

« *gouverner, c'est prévoir* »², pour le décideur public, prévoir, c'est savoir. Or il est de plus en plus fréquent que ce décideur public ne sache plus. Autour de lui, la marche du monde semble s'être accélérée, au point d'avoir nimbé de flou les certitudes que l'on était en droit de supposer les mieux arrêtées. Accélération des savoirs, avec un raccourcissement croissant des cycles allant de la découverte scientifique ou technique à son exploitation à grande échelle. Accélération dans le champ de l'information aussi, qui oblige à la gestion d'un dialogue permanent avec la population par médias interposés. Accélération enfin, des circuits de décision, dont la complexité et la sophistication apparentes ne le sont que mesurées à l'aune de celles d'enjeux dont l'évolution est plus rapide encore.

Car plus rapide, le monde est aussi devenu plus complexe. Sous l'action des forces d'inertie qui le travaillent, les connaissances nécessaires pour deviner l'orbite sur laquelle il est lancé se sont multipliées. C'est pourtant au milieu de ce brouillard de guerre qui se génère et s'entretient lui-même que le décideur public doit conserver la maîtrise de la trajectoire de la portion de société humaine dont il a la garde. De conserver la maîtrise, mais surtout de la démontrer aux yeux de ceux amenés à subir la pesanteur des mesures prises pour remédier à une situation dont les enjeux ne sont pas forcément clairement perçus par eux au moment où les conséquences de la décision publique se font déjà sentir. Car en effet, la crise, situation exceptionnelle par nature, oblige fréquemment à des décisions d'exception, qui ne vont pas sans poser la question de leur acceptabilité sociale. Qu'elles soient prises en aval de la crise pour résorber les conséquences de la survenance d'une catastrophe et il sera fait grief au décideur de ne pas avoir agi plus tôt. Qu'elles soient prises en amont de la crise dont la survenance n'est qu'éventuelle et il sera sommé de justifier de ses choix dont l'intérêt à ce stade n'est pas forcément compris. Dans tous les cas, le décideur public devra apporter la preuve que ses actes auront permis d'anticiper au maximum la survenance de la crise. Dans le monde actuel plus que jamais, gouverner, c'est aussi « *faire savoir* »³.

Cela implique d'abord de comprendre soi-même les tenants et aboutissants des différents enjeux d'une situation donnée. Pour être efficiente, la décision publique doit épouser au plus près les contours du problème à résoudre. Or désormais, la complexité de certaines questions à appréhender est telle que ce sont toutes les sphères de l'activité humaine qui se trouvent concernées et qu'il convient de mobiliser en vue de découvrir une solution. De

² Emile de Girardin, *Questions de mon temps, 1836 à 1856, questions politiques*, t. 2, Serriere, Paris, 1858. La citation complète est : « *Gouverner, c'est prévoir. Ne rien prévoir, ce n'est pas gouverner, c'est courir à sa perte* », p. 314.

³ François Boisivon, Marie-Josèphe Carrieu-Costa, Olivier Godard, Catherine Geslain-Lanéelle, Alexandre Moatti, « Le partage des savoirs scientifiques. Enjeux et risques », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, 2008-3, pp. 62-67.

plus, bien que des relations d'interdépendance puissent exister entre ces différentes sphères, elles sont toutefois loin de s'imbriquer harmonieusement l'une dans l'autre, à l'instar de poupées gigognes. Les corps qui parcourent leurs différentes circonférences peuvent bien s'influencer mutuellement dans leur course, il demeure néanmoins que leurs mouvements obéissent à des paramètres qui leurs sont propres. Défense d'intérêts sectoriels, cultures de métier divergentes, esprit de corps, crispations institutionnelles, spécialisations fonctionnelles... Les exemples pourraient être multipliés à l'envie. Ce sont là autant de facteurs qui contribuent à éloigner les trajectoires de chacun des acteurs de la lutte contre les crises de celle qu'il leur faudrait suivre pour assurer au mieux la défense de l'intérêt général. En un pareil domaine, compte tenu de la nature des forces qu'il s'agit de diriger pour mieux les accorder, il serait illusoire de croire qu'il suffirait d'un quelconque décret de la puissance publique pour les plier à la volonté du décideur. C'est qu'en effet, les crises contemporaines sont aussi crises de complexité et le décideur public n'est jamais vraiment seul à décider.

Au-delà de la prise en compte des seuls éléments participant directement à la genèse ou au développement d'une crise, le décideur public doit aussi accepter d'évoluer au sein d'une technostucture politico-administrative dont l'agencement global des éléments qui la composent dicte sa logique générale de fonctionnement. En matière de lutte contre les crises comme en toutes choses, la fin poursuivie est toujours assujettie aux seuls moyens à disposition. Or, le tableau général des acteurs de lutte contre les crises est loin de présenter l'apparence d'une pyramide d'éléments hiérarchiquement ordonnés qui, chacun à son niveau et dans le cadre d'action qui est le sien, retranscrirait fidèlement la décision publique telle qu'elle a été impulsée depuis le sommet. C'est pourtant dans cet environnement aux contours incertains que le décideur public devra inscrire son action en intégrant dans sa conduite la subjectivité des acteurs chargés directement de sa mise en œuvre. Car si « *gouverner, c'est prévoir* », « *Gouverner, c'est [aussi] choisir, si difficiles que soient les choix* »⁴. Au décideur d'incarner la permanence au milieu des contingences et d'ordonner autour d'un but unique les acteurs devant concourir à sa satisfaction. Pour cela, il leur fallait d'abord leur donner une « *grammaire de crise* » commune, un schéma partagé de représentation et donc de compréhension du problème qu'ils ont à traiter.

C'est désormais chose faite : le XX^e siècle s'est chargé de le leur fournir. Toutes les évolutions qui eurent lieu pendant cette période semblent avoir conspiré à inscrire définitivement dans le fonctionnement des sociétés humaines et la conduite des politiques

⁴ Pierre Mendès-France, JOAN, 4 juin 1953, pp. 2906-2907.

publiques une notion sous-jacente à celle de crise : celle de risque. Le risque bien évidemment est et a toujours été, un invariant de l'existence humaine et n'est donc en rien une novation de l'époque moderne. L'Homme vient au risque en même temps qu'il vient à l'existence et les sociétés qu'il forme ne font pas exception. Ce qui est tout à fait nouveau en revanche est que les changements du mode de vie se sont traduits par effet induit, par une diffusion et une généralisation du risque à l'échelle de tout le corps social. Ce n'est pas que l'individu soit plus exposé au risque que son homologue des siècles passés : tout au contraire, l'Homme du troisième millénaire vit en moyenne mieux et plus longtemps que ses prédécesseurs. Pourtant, malgré l'amélioration significative des conditions de vie, sa sensibilité au risque s'est exacerbée. La perception qu'il a de son existence et des dangers auxquels elle est exposée s'est vue modifiée sous l'effet des mêmes facteurs que ceux ayant concouru à l'améliorer⁵.

Le facteur le plus immédiatement observable et qui est celui dont en définitive découlent tous les autres, a trait à l'évolution scientifique, technologique et industrielle, sans équivalent dans toute l'Histoire, qu'a connue l'Humanité à partir du XIX^e siècle. Aussi loin qu'il soit possible de remonter, il est impossible d'observer une période pendant laquelle la multiplication, la diffusion et l'exploitation des savoirs ont été aussi rapides sur une telle échelle. Ce mouvement, initié en Europe par la Révolution industrielle, n'a eu de cesse de traverser les méridiens et de se prolonger jusqu'à nos jours. Plus impressionnant et plus large encore que le champ géographique et temporel couvert par ce qui constitue encore le seul et unique événement partagé par toutes les peuples répandus à la surface du globe, est le champ des connaissances qu'il concerne. Du cœur de l'atome aux frontières de l'espace, du fond des océans de la Terre à la surface de son satellite, il n'y a aucun secteur de l'univers vers lequel le regard de l'Homme n'ait cherché à se tourner. Le cosmos même étant devenu trop petit pour étancher sa soif de savoirs, voilà qu'il veut explorer les profondeurs de son être et cartographier son génome. Demain peut-être, lui prendra-t-il l'envie d'essayer de le réécrire.

Devant lui, l'Homme a désormais un champ des possibles virtuellement illimité. Mais perdu dans l'immensité qui l'entoure, il a pris conscience de sa petitesse. Parfois quand il l'oublie, l'immensité se rappelle à lui et il réalise alors à nouveau, que son futur s'écrit au conditionnel. C'est que le saut quantitatif et qualitatif accompli dans le domaine des sciences et de leurs applications n'a pas eu que des résultats heureux sur son mode d'existence. Avec

⁵ Sur l'apparition de cette société du risque, v. les deux auteurs fondamentaux sur cette question : Ulrich Beck, *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, 1986 (trad. de l'allemand par Laure Bernardi, préf. de Bruno Latour), Flammarion, 2008 et Hans Jonas, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, 1979 (trad. Jean Greisch), Flammarion-Champs, 1995.

ces avancées sont aussi apparues de nouveaux risques, dont l'ampleur et la nature était inconnue jusqu'alors, si ce n'est de quelques anciens récits mythologiques et bibliques⁶.

Mû par son appétit insatiable pour la découverte, l'Homme a ouvert des portes qui sont aussi boîtes de Pandore. Parce qu'il n'a pas su ou voulu voir, certaines de ses inventions ont aussi été l'instrument de sa ruine. Mais que les forces immenses qu'il croyait maîtriser lui échappent et c'est la catastrophe, puis la crise. Nucléaire, chimie, médecine, exploitation des matières premières... Il n'est aucun grand champ du développement humain qui n'ait été marqué par la survenance d'un événement qui dans les consciences, n'ait contribué à faire du progrès un synonyme de décadence. Dans sa quête perpétuelle du dépassement, l'Homme est dépassé. Avec le temps de la crise vient le temps de la défiance et des ruptures. Rupture avec des choix que l'on croyait les mieux fondés. Rupture avec les schémas directeurs de pensée qui ont permis d'y procéder. Rupture avec les croyances sous-jacentes qui ont conduit à les élaborer. Rupture de confiance enfin, avec tout un système de pensée, vu désormais comme un faux dogme qui ne reposait sur rien d'autre que sur l'acte de foi l'ayant créé : la croyance en une marche inéluctable vers un mieux idéalisé.

Cet idéal fantasmé ne s'est pas réalisé. Au bout du chemin, point de Jérusalem. Une deuxième crise accompagne bientôt la première : il s'agit d'une crise de foi. La dynamique de la croyance qu'objectivaient les succès continus s'est rompue elle aussi. L'Homme, au milieu de ses convictions perdues, découvre le cimetière de ses bonnes intentions. Il ne conserve qu'une certitude : c'est qu'il doute. Mais avec le doute vient le temps de la remise en question. Bientôt il se relève, regarde autour de lui, mesure sa situation présente à l'aune du chemin parcouru, se projette sur celui qu'il pourra parcourir. Par son esprit inventif et industriel, il croyait qu'il fabriquait les outils de son émancipation des contingences matérielles ; il réalise qu'il forgeait aussi les chaînes de son propre malheur. Mais ces chaînes, il s'en libère à mesure qu'il se décille sur son état.

Demain, il s'en servira même pour y enfermer les maux qui se sont abattus sur lui. Aujourd'hui déjà, il commence à tirer les leçons de l'expérience si douloureusement acquise : s'il a participé à créer la menace qui l'a terrassé, c'est qu'il doit pouvoir la comprendre. Pour les mêmes raisons qu'il l'a engendrée, il doit aussi pouvoir la faire disparaître. Ses actions, l'Homme va les passer au crible pour y découvrir les erreurs commises. Ses énergies et compétences, il les consacrerà à la recherche des correctifs à y apporter. Il élevait auparavant

⁶ Il est d'ailleurs remarquable que l'Epopée de Gilgamesh, le plus vieux récit connu de l'histoire de l'Humanité, se termine justement sur une catastrophe. Le patrimoine commun de l'humanité comprend également nombre de mythes cosmogoniques et eschatologiques dont l'élément central est une catastrophe apocalyptique. Les versions les plus anciennes datent probablement du 3^e millénaire av. J.-C. ; v. Léo Scheer, *Gilgamesh*, Librio, 2008.

des murs l'empêchant de voir ses fautes, il bâtira désormais des tours de guet et des digues pour s'en préserver. La prise en compte du risque va devenir un paramètre à part entière dans son développement. Mieux : il va appliquer à cette nouvelle notion les recettes qui ont jusque-là fait son succès. Il va analyser le risque, le théoriser puis le conceptualiser et décliner le concept à chaque secteur de son activité. Sous l'impulsion des travaux de Frank Knight⁷ et John Maynard Keynes⁸, s'est développée une « théorie de la décision » visant à déterminer le choix optimal auquel il faut procéder dans une situation donnée. Eux et leurs continuateurs ont été amenés à développer les notions de risque, incertitude, danger, menace ; autant de mots et concepts interchangeable dans le langage commun mais qui possèdent un sens précis dans la terminologie du risque. Ils posèrent également la distinction entre risque et incertitude. Alors que la « théorie de la décision » se limitait initialement à une stricte application de la « théorie des jeux » à des situations de risque, c'est désormais toute une branche de la science qui est dévolue à son étude : la cindynique⁹. Le risque n'est plus envisagé comme une simple variable des sociétés, qui en perturbe occasionnellement le fonctionnement ; il en est une constante, artefact ou sous-produit qui doit être pleinement intégré dans la conduite sociale.

Mais dans sa conduite justement, quelque chose a changé : l'Homme a peur de ce qu'il pourrait découvrir. S'il se berçait naguère d'illusion sur ses capacités, il s'en effraye désormais. Devenu méfiant à l'excès, le voilà paralysé par des terreurs chimériques. Quand le progrès se présente à lui, il le regarde avec une crainte mêlée de déférence. Le souvenir encore marqué par les tragédies récentes, il se demande si le remède qu'il compte appliquer ne sera pas pire que le mal qu'il prétend guérir. Comme la foule de spectateurs des premiers temps du cinéma, fuyant devant l'arrivée d'un train qui n'existe que sur l'écran¹⁰, l'Homme recule devant des risques qui n'existent parfois que dans son imagination¹¹. C'est que dans l'environnement qu'il a créé, la peur est devenue plus contagieuse et à juste raison. A vouloir sans cesse repousser les frontières du monde connu, celui-ci, paradoxalement, est devenu plus petit. Pour pouvoir se développer, les hommes se sont repliés.

Ils vivent désormais essentiellement dans de grands centres urbains extraordinairement densifiés, seule forme d'occupation sociale de l'espace à même de permettre de maintenir les

⁷ Frank Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Signalman Publishing, Kissimmee, 2009 (1921).

⁸ John Maynard Keynes, *A Treatise on Probability*, Wildside Press, Rockville, 2010 (1921).

⁹ Olivier Godard, Claude Henry, Patrick Lagadec, Erwann Michel-Kerjan, *Traité des nouveaux risques*, Gallimard, coll. Folio actuel, 2002.

¹⁰ Louis Lumière, *L'Arrivée d'un train en gare de La Ciotat*, 1896.

¹¹ Sur ces questions, v. l'ouvrage de référence de Jürgen Habermas, *La technique et la science comme idéologie*, (trad. Jean-René Ladmiral), Gallimard, 1973 (1968), 266 p.

relations d'interdépendance indispensables à la satisfaction de tous leurs besoins¹². C'est que le développement de l'Homme n'est pas allé sans une nécessaire sophistication, obligeant à la multiplication et la spécialisation fonctionnelle de secteurs sans cesse plus nombreux de la société, tous essentiels au maintien de ses activités. Tous essentiels également au bon fonctionnement des autres, la bonne marche du tout devenant ainsi tributaire de celle de chacune des parties le composant. L'individu a désormais bien conscience d'être pris dans un maillage étroit de réseaux indispensables à sa subsistance et au mouvement desquels il est assujéti. Les grandes peurs modernes peuvent bien être, pour certaines, irrationnelles, les raisons pour lesquelles elles se sont développées, elles, ne le sont pas. Avec la concentration tout à fait réelle des personnes et des moyens, la sensibilité collective au risque ne l'est pas moins. Plus complexes, les sociétés modernes sont aussi plus fragiles.

A cet accroissement de la sensibilité effective des sociétés au risque s'est ajouté celui de leur sensibilité psychologique. De prime abord, le constat étonne. En effet, depuis la seconde moitié du XX^e siècle, les conditions d'existence de l'essentiel de la population mondiale et particulièrement de l'Occident ont connu une amélioration continue qui ne semble pas connaître d'inflexion. Globalement, le monde est plus sûr. Nombre de maux affligeant traditionnellement les hommes semblent avoir disparu, tandis que leur souvenir même s'est effacé de la mémoire collective¹³. A l'orée du troisième millénaire, dans le champ des consciences, les femmes ne meurent plus en couches. L'enfant qui vient de naître lui, vient à l'existence avec la certitude que les secours de la médecine lui permettront de traverser sans entrave ses jeunes années. Les parents quant à eux, ont l'espoir raisonnable de le regarder grandir jusqu'à le voir entrer dans le dernier âge de la vie, quand viendra le temps pour eux d'en sortir. Entre son premier vagissement et son dernier soupir, l'Homme devra bien sûr et sans doute plus d'une fois, affronter la maladie. Mais beaucoup de celles qui emportaient autrefois ses aïeux, n'existent plus : elles ont été vaincues par son génie. Beaucoup d'autres encore ont vu leurs effets ramenés à peu ou à tout le moins à une dimension supportable. L'inéluctable est évidemment toujours présent, mais il a été écarté du quotidien. Mais pour les mêmes raisons que le monde est plus sûr, il est aussi devenu plus aseptisé. A toujours vouloir repousser les horizons l'entourant, l'Homme n'a fait que rendre plus insupportable celui de sa propre finitude ; lequel demeure pourtant le seul qu'il lui faudra bien traverser.

¹² En 1800, seulement 2% de la population mondiale était urbaine. Mais en 2014, 54% de la population mondiale habite en ville. Selon les prévisions, ce mouvement ira encore en s'accroissant ; v. *World Urbanization Prospects, The 2014 Revision*, UN, 2014.

¹³ La variole a ainsi été totalement éliminée. Six autres maladies, à savoir la diphtérie, le tétanos, la fièvre jaune, la coqueluche, la poliomyélite et la rougeole sont également largement maîtrisées grâce à la vaccination. Plus d'informations sur : <http://www.unicef.org/french/statistics/>.

Dans cet univers mental, l'existence du risque est devenue intolérable, particulièrement sous sa forme moderne. Au-delà de l'apparition de nouvelles menaces et de la disparition d'anciennes, le risque n'a pas seulement changé de forme : il a aussi et surtout, changé de nature. Les risques d'autrefois étaient pour l'essentiel d'entre eux des risques que l'on pouvait qualifier de diffus et ce dans tous leurs paramètres. Diffus d'abord de par la répartition de la menace qu'ils constituaient, l'assiette du danger couvrant toute la société, et chacun s'y trouvant peu ou prou exposé. Diffus ensuite dans leur réalisation, l'iniquité frappant partout où il lui plaisait de s'abattre, sans paraître obéir à d'autres lois que celles du hasard. Mais, diffus, les risques passés l'étaient surtout dans leur temporalité, la manifestation du risque suivant l'écoulement du temps, le malheur passant ainsi pour un phénomène de long terme totalement intégré à l'existence humaine.

Tout autres sont les risques nés de la modernité. S'ils se caractérisent encore par leur caractère diffus, ils présentent aussi souvent une dimension souterraine les rendant peu perceptibles voire invisibles. Il est donc possible de leur prêter une assiette très différente de celle qu'ils possèdent en réalité, ce qui conduit l'Homme à exagérer la menace ou pire, à la minimiser. Mais ce qui singularise avant tout les risques modernes réside dans la soudaineté et la brutalité de leur réalisation. La menace immanente sort brutalement du champ clos des consciences pour ravager celui de la réalité sensible. Dans la société de l'ère post-industrielle tout entière faite d'ordre, de méthode et de rigueur mécanique dans son fonctionnement, c'est le chaos. Enfermé dans l'ère du mouvement, l'Homme terrifié, voit son monde se désagréger sous l'influx des forces qu'il a lui-même créées et qui participaient à le soutenir. Le moment, réduit à un point sur la ligne du temps, se grave au fer dans les esprits. Il y laissera une empreinte d'autant plus profonde que le déchaînement de violence aura été brutal et inattendu. Il y aura un Avant et un Après. L'entre-deux deviendra l'un de ces jalons par lesquels passe le fil de l'Histoire. Etonnamment, même les risques dont la réalisation s'est étalée sur un long laps de temps peuvent avoir des effets semblables dans la conscience collective. Il faut et il suffit pour cela que la révélation de l'ensemble des dommages produits par la réalisation du risque bénéficie d'une instantanéité médiatique qui leur confèrera le facteur d'unité psychologique qui jusque-là leur faisait défaut¹⁴. Qu'importe donc la multiplicité des événements par lesquels le risque s'est manifesté, seules comptent dans la construction sociale du risque sa perception et l'unicité qu'il possède dans les mentalités.

¹⁴ Rappelons le cas de l'amiante, qui n'est devenue une crise sanitaire aux yeux du grand public qu'au moment de la révélation du scandale. Antérieurement, il n'y avait pas de crise : juste une addition de drames individuels.

Mais dans l'ordre général des choses, le risque n'est pas le seul à avoir changé : les mentalités aussi ont évolué. Indépendamment de la question du changement de la nature des risques, elles sont aussi plus perméables à la peur et donc plus sensibles au risque. C'est que l'Homme n'a de lui que l'image que lui renvoie son environnement. Et dans sa volonté effrénée de l'explorer dans toutes ses dimensions, son environnement est devenu immense. L'Homme, lui, n'en est devenu que plus petit, l'Humanité se ramassant sur elle-même. Non seulement les hommes vivent majoritairement dans de grands centres urbains, mais les continents n'ont jamais paru aussi proches, donnant consistance au « *village global* »¹⁵. La conséquence en est que ce qui se passe sur l'un connaît une résonance immédiate sur les autres et que chaque individu ressent l'ensemble des malheurs du monde. Dans ce milieu anxigène, ces mêmes malheurs prendront une ampleur dramatique sitôt qu'ils frapperont son entourage proche. Or, la taille des familles s'étant aussi effondrée, la disparition de l'être cher est souvent pour l'individu extinction d'une partie considérable de sa parenté.

Dans ces instants, si l'Homme d'autrefois regardait en Haut, l'occidental-type du troisième millénaire ne regarde qu'autour de lui. Dans sa volonté de chercher à percer les mystères qui l'entourent, il a renoncé à l'idée d'un Mystère plus grand. Toute sa science n'a pu que lui agrandir sa cage, mais sans lui permettre de l'ouvrir. Pire encore, voilà qu'il en voit les barreaux, parce qu'il croit pouvoir mesurer plus exactement sa propre finitude. Mais les bienfaits qu'il retire du laboratoire, il les a ignorés, parce qu'actuels, ils lui paraissent naturels. Les bienfaits de l'oratoire, il les a rejetés, parce que venus du passé, ils lui paraissent archaïques. A l'Homme entré amnésique dans la voie de la modernité, les angoisses de l'existence paraissent bien cruelles¹⁶.

Le risque, devenu paradigme de la décision (I), porte en perspective de sa réalisation la crise, face à laquelle il faudra prendre des décisions (II). A l'époque contemporaine, en plus des crises nées de la réalisation d'un risque, les crises politiques menacent (III)

¹⁵ Marshall McLuhan, *Message et Message, un inventaire des effets*, 1967, J.-J. Pauvert, 1968.

¹⁶ Marcel Gauchet, *Le désenchantement du monde - Une histoire politique de la religion*, 1985, Gallimard, 2005.

I) Le risque comme paradigme de la décision

La délimitation du risque (A) est nécessaire avant qu'à son endroit puisse être prise la moindre décision (B).

A) La délimitation du risque

La détermination du risque (1) est un préalable à sa conceptualisation (2).

1) La détermination du risque

Ces généralités ayant été rappelées, il convient de se pencher plus avant sur le détail de certaines notions employées. Risque, danger, catastrophe et crise étant des concepts apparentés, mais en rien réductibles les uns aux autres¹⁷. De tous, le concept de risque est le mieux caractérisé. Depuis la seconde moitié du XX^e siècle, la prévention des risques a connu un développement sans précédent qui a entraîné sa systématisation et la définition claire de ses déterminants théoriques. Ainsi, le risque s'entend désormais comme la rencontre entre la survenance d'un événement redouté appelé aléa, avec des enjeux à protéger¹⁸. L'aléa est décomposé entre l'événement redouté lui-même, associé à une probabilité d'occurrence. L'événement redouté quant à lui est réduit à des grandeurs physiques chiffrées, fonction de sa nature, permettant d'identifier son intensité, sa durée ou sa localisation. Sans souci d'exhaustivité, mentionnons le volume et la vitesse d'expansion des gaz pour une explosion, le volume d'eau pour une inondation ou la direction et la vitesse des vents pour une tempête.

La notion d'enjeux se comprend comme l'ensemble des personnes, biens et intérêts à protéger face à un aléa. Si la notion d'enjeux est conceptuellement claire, leur identification effective peut s'avérer difficile. Ainsi, dans le cadre de la prévention des risques naturels ou technologiques, les enjeux à protéger sont la plupart du temps concentrés sur une zone géographique donnée, celle couverte par l'événement redouté. Mais ce n'est pas le cas dans le

¹⁷ Sur la terminologie du risque, v. le glossaire de l'École normale supérieure de Lyon : <http://geoconfluences.ens-lyon.fr/informations-scientifiques/dossiers-thematiques/risques-et-societes/vocabulaire-et-notions-generales>

¹⁸ Il est fréquent de trouver dans différents ouvrages, la notion de risque réduite pour des raisons de pédagogie à cette simple équation : $\text{Risque} = \text{Aléa} * \text{Enjeux} = (\text{Probabilité} * \text{Danger}) * \text{Enjeux}$. Comme l'observaient Jean-François Brillhac et Karine Favro : « Cette définition se comprend au regard de l'acception scientifique du risque, qui ressort de la pseudo équation suivante (aléa) x (enjeux). L'aléa est alors défini comme le phénomène destructeur observé. Il est caractérisé par une probabilité d'occurrence, une extension spatiale, une intensité. Les enjeux sont la somme des éléments exposés présentant chacun une vulnérabilité propre (personnes, bâtiments, entreprises, patrimoine culturel, environnement, etc.) [...] Le scientifique a complété plus récemment sa définition du risque en y ajoutant la notion d'acceptabilité du risque. Cet indice est plus subjectif. Il doit être pris en compte dans la quantification du risque. Une définition honnête du risque serait donc : $\text{Risque} = \text{Aléa} * \text{Enjeux} * \text{Acceptabilité}$. Pas d'opérateur mathématique = et x dans cette juxtaposition de terme, car il ne s'agit pas d'une équation mais d'une représentation », in « Menues réflexions du Droit et de la Science autour du partage des savoirs dans le domaine du risque », *Mélanges Steinlé-Feuerbach*, L'Harmattan, 2015, pp. 21-39.

cadre de la prévention de risques sanitaires, où la population à protéger ne se confond pas forcément avec la population d'une aire donnée. A la notion d'enjeux sont usuellement associés plusieurs attributs permettant de les caractériser plus précisément. Sans surprise, la résistance définit la capacité pour les éléments que l'on souhaite protéger, à résister à la survenance de l'événement non souhaité. Une digue permet ainsi de résister au déferlement de l'eau ; mais qu'elle vienne à rompre et les enjeux seront totalement exposés. La mitigation désigne la capacité, pour les enjeux à protéger, de réduire l'impact de l'événement redouté. Une fois rompue la digue qui devait empêcher le déferlement des eaux, les populations pourront peut-être encore compter sur les secours de canaux et bassins de déversement destinés à les détourner. Certes, ces moyens n'empêcheront les eaux d'envahir la ville, mais ils diminueront certainement la vitesse et le volume du flux, permettant une évacuation plus sûre : les dégâts seront mitigés.

Les vulnérabilités en revanche désignent les points accroissant la sensibilité des enjeux à la survenance de l'événement non souhaité. Une forte densité de population, des accès routiers limités et des caractéristiques hydrographiques peu favorables laissent craindre qu'une inondation, même de faible intensité, pourra causer des conséquences dramatiques pour la zone dont nous venons de donner la description. La résilience enfin, notion dont l'introduction est la plus récente en science des risques, se rapporte à la capacité pour la portion de société touchée par la survenance d'un risque, à plier sans rompre et retrouver un fonctionnement ordinaire, même dans un environnement dégradé.

Le risque est souvent représenté par l'équation : $\text{Risque} = \text{Aléa} * \text{Enjeux}$; équation parfois développée en : $\text{Risque} = (\text{Probabilité} * \text{Intensité de l'événement redouté}) * \text{Enjeux}$.

Mais il s'agit là d'une simple représentation du risque dans ses paramètres structurants et non d'une définition stricte et encore moins d'une représentation mathématique, scientifiquement fondée du risque. Toutefois, cette représentation faussement mathématique du risque a le mérite de poser les linéaments d'un algorithme logique de prise de décision en matière de prévention des risques. Agir sur l'un des paramètres de l'équation permettant de réduire l'ampleur globale du risque. Prendre des mesures réduisant la probabilité d'occurrence de l'aléa, diminuant son intensité ou éloignant les enjeux de la zone dans laquelle son impact pourrait être ressenti, permet de maîtriser le risque dans son ensemble.

Mais ce constat nous invite à distinguer l'aléa de deux notions proches : celles de danger et de menace. Comme l'aléa, le danger se rapporte à la potentialité de réalisation d'un événement non souhaité. Mais contrairement à l'aléa, le danger naît d'une propriété intrinsèque et expressément recherchée comme telle du fait de sa contrepartie utilitaire, d'un

objet, d'une substance ou d'un procédé. Ainsi, l'utilisation d'un couteau entraîne naturellement un risque de coupure. Le risque en question naît d'une propriété intrinsèque du couteau, qui est donc un danger : celui d'être un objet dont la fonction première est de couper. Semblablement, la construction d'un barrage modifie la gestion des bassins hydrographiques couverts par l'influence du barrage car la fonction première d'un barrage est la retenue d'eau. Le risque de rupture de barrage naît donc d'un danger et non d'un aléa proprement dit. De même, le recours à l'énergie nucléaire emporte des risques liés à la fission de l'atome, car le procédé de base de production d'énergie repose sur la fission de l'atome. D'un point de vue théorique, il est possible de supprimer le risque en supprimant le danger qui en est à la source. Mais du fait même que ce danger naît de la contrepartie utilitaire qu'il offre, il faudra pour la société soit apprendre à s'en passer, soit lui trouver un substitut. Et ce substitut sera lui-même susceptible de présenter certains risques dans son emploi. L'existence d'un danger représente donc un risque, donc la réalisation peut être associée à une probabilité, mais le danger lui-même n'est pas assimilable à un pur aléa, l'existence du danger ne devant rien au hasard. Nonobstant la réserve déjà soulevée qu'il est difficile d'agir directement sur le danger, les événements non souhaités nés d'un danger sont en tout assimilables à des risques.

La menace, quant à elle, se distingue de l'aléa ou du danger dans le sens où elle est le produit d'une intention de nuire consciente, volontaire et réfléchie. Elle perd la dimension clairement accidentelle de l'aléa et du danger. Dans ses aspects les plus extérieurs et pour le simple citoyen, une menace ne se distingue en rien d'un risque. Ainsi, il est possible de parler par commodité de langage -et par commodité de langage seulement- de risque de délinquance ou de terrorisme. Le citoyen qui en est victime peut se dire qu'il n'avait pas plus de raison d'y être exposé que de subir les conséquences d'un accident de la route. Pour les pouvoirs publics en revanche, la vision doit être tout autre. Puisque les dommages causés par les menaces sont le produit d'une volonté nettement établie d'individus identifiables -à défaut d'être toujours identifiés- ces derniers, tant qu'ils ne sont pas neutralisés, conservent toujours sur les pouvoirs publics l'initiative de leurs actions. Si la mise en place de mesures de protection des enjeux menacés peut être utile et parfois indispensable, la lutte contre les menaces ne saurait s'y réduire et emprunter les mêmes chemins conceptuels que ceux parcourus en matière de prévention des risques. La menace ne cesse pas de peser sur la société une fois certains enjeux protégés, car les individus à l'origine de la menace conservent l'opportunité de leurs actes : il sera donc possible de simplement observer un effet de déplacement et de diffusion. En matière de délinquance par exemple, à défaut de dévaliser des banques, désormais trop protégées, le braqueur se tournera vers les petits commerces de proximité. Et le terroriste

évitera soigneusement de se livrer à ses actes là où les forces de sécurité sont les plus présentes, pour se reporter sur les zones qu'elles ont dû abandonner. Contrairement au danger, la menace se distingue conceptuellement du risque, de même que les politiques publiques à mettre en œuvre pour y remédier.

2) La conceptualisation du risque

La représentation du risque sous la forme de l'équation précitée, volontairement simpliste et réductrice des réalités qu'elle recouvre, n'est pas totalement découplée de certaines réalités mathématiques. Elle n'est que la transcription, dérivée par adaptation au domaine des risques, d'une équation bien connue des mathématiciens en théorie des probabilités et définissant la notion d'espérance mathématique. En effet, l'espérance mathématique d'un gain est égale au gain maximum potentiel, multiplié par la probabilité que les événements nécessaires pour qu'il soit obtenu se réalisent¹⁹. Dans son versant originel le plus simple, la théorie des jeux n'était qu'une stricte déclinaison pratique de la théorie des probabilités, appliquée aux jeux de hasard. Elle est depuis sortie largement de son champ initial et par interpénétration avec d'autres branches du savoir, a donné naissance à la théorie de la décision, dont elle est parfois difficile à distinguer²⁰. Toutes ces théories reposent sur un postulat commun : l'idée que, face à une problématique donnée, il est possible de modéliser les comportements humains ainsi que l'éventail des choix auxquels ils sont confrontés et à partir de là, de découvrir un choix optimal²¹.

L'immixtion dans le champ de la prévention des risques de la théorie des jeux, puis par la suite de la théorie de la décision, jusque dans le parallélisme existant dans la modélisation mathématique de leur paramètre de base, ne doit rien au hasard. Il existe une analogie remarquable entre le joueur d'un jeu de hasard et le décideur en charge de la prévention d'un risque. Tous les deux sont face à une problématique impliquant un aléa et tous les deux espèrent un gain à l'issue de leurs actions, gain financier pour l'un, de sécurité pour l'autre. Tous les deux s'efforcent de maîtriser le hasard de la situation dans laquelle ils sont plongés par une série de décisions qu'ils estiment rationnellement fondées et ce afin de maximiser leurs gains tout en prenant le minimum de risques.

¹⁹ Ainsi, dans le cas d'un joueur d'un jeu de hasard placé devant une urne contenant 100 boules, 99 boules noires et une boule rouge, si le joueur gagne 100 euros s'il tire la boule rouge et 0 euro s'il tire une boule noire, l'espérance de gain sera de 1 euro à chaque fois que le joueur tirera une boule. L'exemple que nous venons de donner est tout à la fois une illustration de ce qu'est une espérance mathématique, mais également une première application de ce qui n'était à initialement qu'une branche des mathématiques, à savoir la théorie des jeux.

²⁰ V. sur la théorie des jeux dans ses aspects modernes l'ouvrage fondateur : John von Neumann, Oskar Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, 1944, 625 p.

²¹ V. Robert Kast, « Introduction », *La théorie de la décision*, La Découverte, «Repères», Paris, 2002, 128 p.

C'est ce souci de rationaliser la prise de décision qui permet d'expliquer l'apparition puis le développement de paradigmes généraux d'appréhension du risque et ce en dégagant des critères fiables de discrimination entre les différentes options qui se présentent, permettant ainsi de ramener la dimension aléatoire du problème à un seuil maîtrisable. Ce sont ces mêmes paradigmes qui poseront les paramètres directeurs de prise de décision et c'est leur sophistication croissante qui entrainera l'apparition de nouveaux paramètres. Plutôt que de paradigmes du risque, il est beaucoup plus fréquent de retrouver dans la littérature spécialisée les termes d'âges du risque. De fait, ce sont bien en des époques distinctes que les schémas dominant d'appréhension du risque ont évolué. Mais il faut garder à l'esprit que le passage d'un âge à un autre ne correspond pas à une simple succession temporelle, mais à une adjonction successive de ces schémas les uns aux autres.

B) Du risque à la décision

L'âge de la prévoyance puis de la prévention (1) ont précédé celui de la précaution (2).

1) De l'âge de la prévoyance à l'âge de la prévention

Trois âges du risque se sont succédés : l'âge de la prévoyance, l'âge de la prévention et enfin, l'âge de la précaution²².

L'âge de la prévoyance est né en même temps que le Siècle des Lumières et il n'est que la conséquence de la libéralisation et de l'individualisation de la société. Il n'est en effet point de liberté sans responsabilité, sans quoi ne subsiste plus que la licence et c'est à celui qui tire profit de l'exercice de cette liberté d'en assumer également les conséquences. Le principe de prévoyance n'est donc que le corollaire du principe de responsabilité, mais appliqué au domaine des risques. C'est à l'individu et à l'individu seulement que revient la charge d'anticiper sur les conséquences de son comportement et sur les dommages qu'il pourrait causer, à autrui ou à lui-même. Et c'est par la soumission individuelle à une discipline stricte que collectivement, la société est supposée gagner en sécurité. La logique sous-jacente au principe de prévoyance est loin d'être infondée, mais elle repose toute entière sur le postulat qu'à l'origine de tout dommage, il y a forcément une faute ou à tout le moins une négligence suffisamment grave pour pouvoir être considérée comme telle. C'était très certainement vrai lorsque le développement technologique et avec lui les activités humaines

²²Olivier Godard, Claude Henry, Patrick Lagadec et Erwann Michel-Kerjan, *Traité des nouveaux risques. Précaution, crise, assurance*, Gallimard, « Folio-Actuel » Paris, n° 100, 2002, pp. 31-33.

étaient encore assez sommaires pour que les dommages causés par un individu soient par la force des choses liés directement à son comportement.

Mais avec le développement du machinisme, puis de la « Grande industrie » et enfin la « Révolution industrielle », la complexité croissante des activités humaines a contribué à éloigner l'individu de ses responsabilités. Celles-ci n'ont pas disparu mais elles ont été, comme le travail, parcellisées entre un trop grand nombre d'acteurs pour qu'elles soient toujours nettement identifiables et en premier lieu par ceux dont le comportement serait le plus à même de prévenir la réalisation de ce qui est de moins en moins une faute et de plus en plus un aléa. En d'autres termes, les dommages nés de l'activité humaine ne dépendent plus uniquement du comportement d'un individu en tant que tel, mais tendent désormais à devenir un sous-produit involontaire, un artefact de fonctionnement des sociétés. Pour maîtriser ces nouveaux risques nés de la modernité, il a fallu adopter une grille de lecture à la mesure de la complexité des problèmes à traiter.

C'est ainsi que les sociétés sont entrées dans le deuxième âge du risque, l'âge de la prévention. Les risques étant de plus en plus extérieurs à la conduite personnelle des individus, la discipline et la mise en cause de la responsabilité individuelle sont devenus insuffisantes à empêcher ou réparer les conséquences de leur réalisation et à infléchir les comportements dans un sens permettant de les réduire.

C'est donc sur la collectivité elle-même et non plus sur l'individu seul, qu'il a fallu faire peser la charge du risque, un principe de solidarité se greffant ainsi sur le principe de responsabilité. Mais rationnellement, la solidarité ne peut ni ne doit s'exprimer uniquement au stade de la seule réparation. Une collectivité humaine n'est en effet rien d'autre que la somme des individus qui la composent et répartir le coût du risque sur la collectivité revient à rien de moins pour les individus qu'à mutualiser les dépenses occasionnées par sa réalisation. Déjà le risque n'est plus uniquement une simple variable de fonctionnement des sociétés humaines et commence à devenir un objet politique à part entière. Répartir la charge du risque sur l'ensemble de la collectivité impose en effet de s'interroger sur les modalités les plus justes de la répartition. De plus, la répartition de la charge du risque sur la collectivité donne corrélativement à la collectivité, ou plutôt à l'organe dirigeant de la collectivité, un droit de regard sur les comportements des individus. La chose n'est pas sans poser des délicats problèmes éthiques, notamment lorsqu'il est question de procéder à des choix en matière de santé publique. Ainsi, il peut être budgétairement rationnel, même si moralement douteux, de refuser de prendre en charge le suivi de certaines pathologies, au motif que cela serait trop onéreux. De même, certains choix de vie relevant en apparence de la plus élémentaire liberté

individuelle sont susceptibles de se traduire pour la collectivité par un surcoût qu'il serait tentant pour elle de diminuer en s'immiscant dans la vie des individus. Sans aller jusque là, c'est néanmoins à une semblable fin que répondent les diverses campagnes de sensibilisation destinées à infléchir les comportements des individus ou encore les politiques fiscales associées à certains produits et ce afin d'orienter les dépenses du consommateur.

Indépendamment de ces interrogations déontologiques qui viennent d'être rapidement soulevées, demeure toujours le problème central de la répartition du coût du risque sur l'ensemble de la collectivité. Imposer un individu d'engager ses deniers pour se préparer à réparer les conséquences éventuelles de la réalisation d'un risque sur la collectivité toute entière, c'est assigner à cet individu la charge de rembourser une dette, mais une dette simplement putative, qui n'aura de réalité que si un dommage est effectivement causé. Mais dans le même temps, c'est aussi protéger cet individu de la conséquence de la réalisation d'un dommage causé par un autre à son endroit. L'individu n'est donc débiteur d'une dette putative pour risque que du fait qu'il en est aussi le créancier putatif.

Le raisonnement a ici quelque chose de fondamentalement vicié. Envisagé de manière absolue, le principe ci-dessus énoncé reviendrait à reconnaître l'existence sans limite d'un « droit au risque » dont bénéficierait l'individu. Puisque la collectivité est tributaire d'une dette pour risque à l'endroit de l'individu, l'individu n'est pas incité plus avant à anticiper sur les risques qu'il pourrait occasionner. Les efforts de ceux qui par simple vertu civique et sens des responsabilités tenteraient de minimiser l'impact de leur comportement sur le groupe seraient rapidement obérés par ceux qui n'adopteraient pas la même attitude. Et leurs efforts seraient d'autant mieux réduits à néant que toutes les activités humaines ne font pas peser sur la collectivité les mêmes risques et que les activités les plus risquées pour la collectivité peuvent aussi être les plus pourvoyeuses de profit pour les individus qui les mènent. Chaque individu se trouverait donc tacitement incité à adopter à l'endroit de toute la collectivité un comportement de « passager clandestin »²³. L'idée de répartir la charge du risque sur l'ensemble de la collectivité doit donc être conservée, mais non pas uniquement au stade de la réparation de sa réalisation, comme l'imposait le principe de prévoyance, mais bien au stade

²³ Formulée pour la première fois par Mancur Olson dans *La logique de l'action collective*, l'auteur y apporte la démonstration que dans certaines situations et lorsqu'il s'agit d'adopter un comportement donné en s'investissant où non dans une action collective, des individus peuvent rationnellement décider de bénéficier des résultats de l'action collective mais sans prendre eux-mêmes le risque d'y participer. Si l'individu est mû simplement par la recherche de la satisfaction de ses intérêts propres, une appréciation intérieure d'un bilan du type coûts/bénéfices peut en effet le conduire à adopter un comportement parasitaire. Bien évidemment, si trop d'individus adoptent ce type de comportement, l'action collective est vouée à l'échec. V. Mancur Olson, *Logic of collective action*, Cambridge (Mass.) ; London : Harvard University press, 1998 (1971), 186 p. V. encore Andrew Hindmoor, *Rational choice*, Basingstoke ; New York : Palgrave Macmillan, 2006, 257 p.

de sa prévention. C'est là toute la raison du passage de l'âge de la prévoyance à l'âge de la prévention, prévention sans laquelle il ne saurait y avoir de solidarité sur le long terme.

Mais si comme il a déjà été dit, le risque qui coûte le moins cher est toujours celui qui ne se réalise pas, si la vie humaine n'a pas de prix, tout a néanmoins un coût et il n'en va pas autrement des mesures de prévention qui pourraient être prises. Le coût du risque une fois réalisé n'est pas sans poser certains problèmes d'appréciation, mais la réalité des faits est au moins là pour constituer une base solide à partir de laquelle il sera possible de s'accorder sur l'essentiel sans interdire que les discussions portent sur l'accessoire. Mais au stade de la prévention du risque, lorsque les dommages potentiels ne peuvent être que supposés, la mise en œuvre de mesures de réduction des risques pose la question de leur acceptabilité sociale et de l'identité de ceux qui doivent en assumer le coût. La répartition de la charge du risque sur l'ensemble de la population suppose en effet qu'elle soit effectuée à proportion des caractéristiques du risque en question, mais également que l'assiette du coût repose sur ceux qui tirent profit du risque. Surtout, le coût des mesures de prévention doit être calibré au risque en question, afin que jamais la charge du risque ne dépasse le bénéfice qui en est tiré. La prévention du risque, son acceptabilité sociale, sa faisabilité économique et tout simplement son adéquation à son objet, passent donc nécessairement par la connaissance du risque. C'est en suivant les fantastiques développements technologiques et humains des sociétés depuis la fin du XIX^e siècle que s'est construite cette connaissance, qui a malheureusement succédé plutôt que précédé à l'évolution de son objet.

Car la construction de cette connaissance ne fut pas un de ces mouvements spontanés du savoir humain vers une recherche désintéressée ; elle a été imposée par les nécessités du temps, spécialement au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, qui a vu l'apparition de risques jusqu'alors inconnus. Il s'agit des risques majeurs, qui ont pour caractéristique principale d'être d'une extrême gravité, ce qui rend leur réalisation particulièrement redoutée, mais d'une très faible occurrence, cela les rendant très difficiles à évaluer.

Les progrès technologiques récents sont venus donner à la notion de risque une résonance particulière qu'elle ne possédait pas antérieurement. A creuser sans cesse de nouveaux sillons dans le champ du savoir, l'Homme a fait germer avec les produits de sa science le bon grain comme l'ivraie. Les activités les plus anodines peuvent être le vecteur potentiel de destructions d'une ampleur telle que les siècles précédents les ignoraient. L'humanité s'est trouvée devant la situation, simple dans le problème qu'elle pose et complexe dans les réponses qu'elle appelle, de devoir maîtriser son environnement pour ne pas être maîtrisée par lui. C'est à partir de ce souci initial que le risque a été conceptualisé et

formulé à la manière de la pseudo-équation mentionnée. Et c'est dans la continuité de cette préoccupation que cette formule du risque s'est complexifiée et a par la suite été dérivée par adaptation à tous les types de risques qu'il fallait appréhender. Ce sont enfin de ces conceptualisations du risque qu'ont émané toute une série de dispositifs normatifs visant à les maîtriser. Ces dispositifs s'articulent autour de l'idée que par une connaissance aussi complète que possible du risque, il est possible de déterminer des mesures rationnellement fondées, permettant de le ramener à une dimension acceptable²⁴. Pour mettre en œuvre ces mesures et toujours dans le but de rationaliser l'emploi des instruments de la lutte, l'intégralité de ces dispositifs normatifs s'appuie sur un outil commun, le seul à même d'inscrire les politiques publiques de prévention des risques dans le long terme : le plan.

Indispensable et rationnellement fondée, cette prédominance et même cette exclusivité de la logique des plans n'en a pas moins eu certaines conséquences dommageables à l'efficacité des politiques publiques de maîtrises des risques. Entre autres choses, la confiance excessive placée dans les plans tend à accroître l'idée que la carte correspond toujours exactement au territoire, alors que trop souvent, la topographie du territoire est délimitée en fonction des seules ressources susceptibles d'y être affectées.

2) L'entrée dans l'âge de la précaution

Mais cette conceptualisation primitive du risque a depuis touché ses limites et n'est plus en mesure de satisfaire aux fins qui lui étaient assignées. Pour que la formule puisse avoir une valeur opératoire, il faut en effet que le risque réponde à certains critères. En plus d'être connu dans ses paramètres directeurs fondamentaux, le risque doit être limité dans le temps et l'espace, imputable à des personnes identifiables tant sur le plan causal que légal et enfin, doit pouvoir faire l'objet d'une compensation quantifiable et chiffrable. C'était encore le cas des risques majeurs, dont l'évaluation est compliquée mais dont l'existence n'est pas discutée. Mais ce n'est plus le cas de cette catégorie de risques entrée dans le vocable de la matière sous le terme de « nouveaux risques », qui le plus souvent ne sont perçus comme tel qu'au moment de leur réalisation. Ces « nouveaux risques » appartiennent à la réalité des sociétés humaines depuis la seconde moitié du XX^e siècle. Nés du développement scientifique, ces risques échappent totalement aux cadres dans lesquels les sociétés humaines parvenaient à

²⁴ Notamment par des mesures de réduction à la source.

appréhender et maîtriser les anciennes sources de risques²⁵. Plus inquiétant encore, ils ne sont souvent même pas perçus comme des risques lors de leur genèse et ne se révéleront dans leur gravité qu'au moment de leur réalisation, ce qui empêche toute politique de prévention.

Les paramètres classiques de conceptualisation étant impuissants à appréhender dans leur totalité ces nouveaux risques, c'est toute la rationalité du paradigme antérieur de maîtrise des risques qui en est remise en cause. Cela impose de partir à la recherche de nouveaux critères de rationalité, car c'est leur absence qui a fait entrer les sociétés occidentales modernes dans l'ère de « la société du risque ». Prophétisée en 1986 par Ulrich Beck, le concept de société du risque reposait sur l'idée que l'évolution naturelle des sociétés industrielles allait les conduire à révéler leurs défauts structurels, liés aux évolutions scientifiques et techniques et à les y confronter²⁶. Tirant les enseignements de certaines grandes catastrophes causées par les évolutions scientifiques récentes (Bhopal, Tchernobyl ou Seveso) et l'impact et la résonance politique qu'elles ont eu, Ulrich Beck définit la société du risque comme « *une époque dans laquelle les aspects négatifs du progrès déterminent de plus en plus la nature des controverses qui animent la société* »²⁷. Le temps de la prophétie est passé : elle s'est vue confirmée par les événements. Le thème de la prévention des risques est sorti du cercle étroit des spécialistes qui avaient auparavant seuls la charge de lutter contre eux, jusqu'à devenir un sujet récurrent du débat public. Les risques, mais aussi le développement et le contrôle des activités qui en sont porteuses ne sont plus seulement des objets de controverse scientifique, ils sont éléments du débat public.

C'est ce nouveau caractère du risque, devenu élément ordonnateur et structurant de l'évolution des sociétés, qui a fait entrer ces dernières dans le troisième âge du risque : l'âge de la précaution. En effet, la prévention des risques suppose leur connaissance. Or, la caractéristique majeure des catastrophes technologiques ou sanitaires modernes est d'avoir été la conséquence de phénomènes de long terme, produit sous-jacent du développement des sociétés. Ces risques à la gestation lente mais à l'inertie immense se sont créés par sédimentation et sont longtemps demeurés inconnus parce que non perçus. Cette modification dans la nature des risques a obligé à un changement de paradigme dans leur appréhension. C'est que ces nouveaux risques ne se révèlent le plus souvent comme tels qu'au stade de leur

²⁵ Parmi ces nouveaux risques existent ceux liés, par exemple, à l'exploitation de l'atome comme source d'énergie, à la manipulation du vivant dans le domaine du génie génétique ou au recours à certaines substances dans l'industrie chimique...

²⁶ Ulrich Beck, *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, 1986 (trad. de l'allemand par Laure Bernardi, préf. de Bruno Latour), Flammarion, 2008. V. également Hans Jonas, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, 1979 (trad. Jean Greisch), Flammarion-Champs, 1995.

²⁷ Ulrich Beck, « La politique dans la société du risque », *Revue du MAUSS*, 2001/1 (n° 17), pp. 376-392.

réalisation. Au moment de leur genèse, à supposer qu'ils soient intellectuellement envisagés à titre de simple possibilité, ils ne sont donc que des risques putatifs, c'est-à-dire des risques d'un risque²⁸. Les paramètres qui permettent classiquement de définir et donc de maîtriser le risque sont ici absents, ce qui a obligé à l'introduction en droit d'un nouveau principe directeur de l'action publique : le principe de précaution²⁹.

De création récente, ce principe controversé a pénétré le droit français et possède même la plus haute valeur normative possible, ayant été inscrit dans la Constitution³⁰. Pourtant, depuis son apparition, la vigueur des débats sur sa pertinence, ses limites ou sa simple définition, n'ont pas faibli. C'est qu'en effet, le principe de précaution n'est pas sans poser de délicates questions sur ses modalités effectives de mise en œuvre.

Entendu sans sa définition la plus générale, le principe de précaution se comprend comme l'obligation d'adopter des mesures adaptées et ce afin de prévenir la réalisation d'un risque, mais d'un risque au sujet duquel n'existe parfois aucune certitude quant à son existence. De même, il peut s'agir d'un risque dont l'existence est avérée mais dont les paramètres directeurs sont insuffisamment connus pour que le risque puisse être correctement conceptualisé et faire l'objet d'une politique de prévention. Ce n'est par conséquent plus de gestion du risque dont il est ici question, celui-ci reposant sur un aléa connu, mais de gestion de l'incertitude. En absence de certitude scientifique sur le degré, la nature et même l'existence du risque, c'est sur la simple perception du risque que devront se fonder les politiques publiques devant le maîtriser. Or, la perception du risque par les pouvoirs publics et la population obéit à des lois et des paramètres étrangers à ceux usuellement employés pour définir le risque. Ce sont pourtant ces paramètres et ces lois que les cadres directeurs généraux de prise de décision devront tout à la fois intégrer mais aussi encadrer. C'est que dans une matière aussi proprement vitale que la gestion des risques et à plus forte raison de risques d'une ampleur potentiellement dramatique, il doit demeurer hors de question de laisser au seul

²⁸ Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le Principe de précaution*, rapport au Premier ministre, Odile Jacob et La Documentation française, 2010, p. 11.

²⁹ Sur l'intégration du principe de précaution dans la sphère juridique et ses conséquences, v. Rachel Vanneuville, Stéphane Gandreau, pour le Ministère de l'écologie et du développement durable, *Le principe de précaution saisi par le droit - Les enjeux sociopolitiques de la juridicisation du principe de précaution*, La Documentation française, coll. Réponse environnement, 2006. Pour une approche plus globale et récente du principe de précaution, v. Norbert Calderaro, *Le principe de précaution : au carrefour de la philosophie, du droit et des sciences*, L'Harmattan, 2015.

³⁰ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars relative à la Charte de l'environnement (JO du 2, p. 3697). Sur la constitutionnalisation du principe de précaution, v. not. : Laurent Verdier, « Vers une constitutionnalisation du droit de l'environnement : Prolégomènes sur la Charte de l'environnement », *BDEI*, 2003, n° 2, pp. 4-7 ; Raphaël Romi, « La constitutionnalisation des principes du droit de l'environnement : De la grandeur à la mesquinerie ? Les contours du rapport Coppens », *Droit de l'environnement*, 2003, n° 109, pp. 114-116 ; Laurence Baghestani-Perrey, « La constitutionnalisation du principe de précaution dans la Charte de l'environnement ou la consécration d'un principe à effet direct », *LPA*, 30 juil. 2004, n° 152, pp. 4-9.

sentiment le soin de guider les politiques publiques. Mais l'introduction de la gestion de l'incertitude dans la conduite des politiques publiques bouleverse les acquis antérieurs.

La nature de la matière et l'importance des enjeux à préserver obligent en effet à ce que les mesures adoptées soient calibrées avec la plus grande exactitude au problème à traiter. De plus, les leçons d'un passé encore récent ont enseigné à l'Homme que quel que soit le degré d'incertitude entourant un risque, celui-ci ne doit jamais être un prétexte à l'inaction. Mais dans le même temps, alors même que l'importance des enjeux à protéger est restée inchangée, les caractéristiques des risques majeurs et des nouveaux risques complexifient ou interdisent le recours à des critères quantifiables et chiffrés indiscutables, lesquels constituaient jusque-là le socle des politiques de prévention. La gestion des risques obéit à des lois. L'aléa en est l'une des variables. L'incertitude elle, est une inconnue. Mais une inconnue est rarement absolue et l'incertitude comporte des degrés. C'est donc cette inconnue qu'à défaut de découvrir, il faudra au moins circonscrire.

II) La décision en situation de crise

L'étude de l'élaboration de la décision (A) révèle les liens entre décision et crise (B).

A) L'élaboration de la décision

Processus (1), la décision est aussi l'expression du système l'ayant produite (2).

1) La décision comme processus

Le besoin de rationalité dans la prise de décision pour mieux anticiper les risques n'a pas disparu, bien au contraire : les évolutions du temps ne l'ont rendu que plus nécessaire³¹. Mais l'évolution du cadre directeur au sein duquel la décision doit être adoptée impose désormais de s'interroger non seulement sur ce qu'est une décision rationnelle, au regard de critères restant à découvrir, mais encore sur les critères auxquels doit répondre le processus de prise de décision permettant d'exprimer au mieux cette rationalité. Des critères d'adoption de la décision dépend directement la rationalité de la décision. C'est par conséquent en fonction des critères de rationalité de la décision que doivent être déterminés les critères d'adoption de la décision. Mais cela implique d'abord de déterminer ce qu'est une décision, puis une décision publique. Une décision n'est en effet jamais un acte de pure volonté. Dans sa définition la plus générale, une décision s'entend comme un choix en vue de conduire quelque chose vers un résultat définitif. Ramenée à ses paramètres théoriques les plus élémentaires, une décision suppose pour son adoption de passer par trois phases :

- une phase de délibération, individuelle ou collective, permettant d'examiner les données du problème à résoudre, la façon de le poser, la fin à poursuivre et les moyens à rassembler pour y parvenir afin de déterminer le champ des possibles entre lesquels il faudra trancher,
- une phase de prise de décision proprement dite, qui correspond au choix qui sera effectué entre les différentes options qui se présentent,
- une phase d'exécution de la décision, qui s'étend de son adoption à sa conduite jusqu'à ses étapes terminales.

La décision n'est donc pas un acte, mais un processus. La description des différentes phases par lesquelles la décision doit passer pour être complète, quoiqu'intellectuellement fondée, ne saurait à elle seule résumer la complexité réelle du concept qu'elle doit embrasser. L'existence théorique dans le processus de décision de trois phases suppose l'existence

³¹ Sur ces questions, v. Robert Kast, *La théorie de la décision*, La Découverte, coll. Repères, 2002, 128 p. ; v. encore Bénédicte Vidaillet, Véronique d'Estaintot & Philippe Abecassis, *La décision*, De Boeck Supérieur, « Méthodes & Recherches », Bruxelles, 2005, 304 p.

corrélative d'un lien entre elles. C'est d'un lien dont il est question, mais d'un lien seulement et non forcément d'un enchaînement logique, causal ou temporel. Contrairement à ce qui pourrait être supposé, il n'existe la plupart du temps aucune séparation stricte entre ces trois phases. Elles s'influencent mutuellement sans qu'il soit nécessaire qu'une phase soit achevée pour passer à la suivante ; il existe une relation d'interdépendance entre ces trois phases qui interdit que soit envisagée l'existence d'une hiérarchie entre elles.

Il en est ainsi de la phase de délibération, que l'on pourrait croire la phase la plus importante de toutes, puisque poser et conceptualiser les données d'un problème revient toujours à poser les linéaments de la réponse. Or, c'est précisément pour cette raison que, pour des motifs extérieurs et étrangers au problème à traiter, pourraient n'être prises en compte que les seules données qui permettraient de donner corps et légitimité à la réponse préconçue que certains voudraient apporter. La phase de délibération se trouverait ainsi subordonnée à la phase d'exécution, qui pourtant n'a même pas commencé.

L'exécution de la décision quant à elle, s'effectue rarement en un trait de temps et avant qu'elle soit totalement achevée, il est tout à fait possible que les modalités de sa conduite changent substantiellement en fonction de l'évolution de la perception du problème et des difficultés rencontrées. Les difficultés liées à l'exécution peuvent même conduire à recalibrer artificiellement le problème à traiter afin de le ramener à une dimension que d'aucuns considéreraient plus acceptable car, par exemple, moins couteuse à traiter.

La phase de prise de décision enfin, qui pouvait apparaître comme intermédiaire entre les deux autres n'en est plus que le dénominateur commun, mais un dénominateur dont les contours peuvent être redessinés à l'envi, sans que soit prise en compte la réalité du problème à traiter.

En d'autres termes, la décision est un processus, mais un processus qui par nature n'est ni linéaire, ni rationnel, ni libre³². Ni linéaire, parce que les différentes phases le composant ne se succèdent pas harmonieusement. Ni rationnel, parce que les critères pris en compte pour la détermination de la meilleure solution au problème à résoudre ne sont pas forcément uniquement ceux du problème lui-même. Ni libre, parce que le processus décisionnel et la décision elle-même ne peuvent jamais être totalement isolés de l'environnement qui les a suscités et que par conséquent, ce dernier exerce nécessairement une influence sur eux.

Un processus décisionnel ne peut jamais être résumé à une simple abstraction intellectuelle. Pour qu'une décision puisse être menée à son terme, il faut qu'à chacune des

³² Lucien Sfez, *Critique de la décision*, Presses de la FNSP, Paris, 1992, 592 p.

phases par lesquelles elle doit passer il lui soit donné corps et substance. Cela est vrai au stade de la prise de décision et de son exécution, puisqu'il faut toujours au moins un individu pour décider ou exécuter ; ça l'est encore au stade de la simple délibération de la décision. A supposer même que l'existence du problème à traiter soit universellement reconnue, pour qu'il puisse être conceptualisé et discuté, il faut qu'il quitte le stade de l'addition de simples ressentis individuels pour passer à une représentation collective. Pour cela, il faut qu'existe un point de rencontre aux différentes opinions en présence afin qu'elles puissent être exprimées et que soient posées les données du problème telles qu'elles sont perçues avant de les discuter.

L'existence effective d'une décision suppose donc toujours l'existence corrélative d'une architecture logique capable de la produire puis de la porter jusqu'à l'objectif qui en a été tout à la fois l'origine et le but final. A la lumière de ce qui vient d'être dit, il est possible d'enrichir la description de ce qu'est une décision de plusieurs éléments. Une décision naît toujours d'une opposition entre un état que présente un groupe constitué et la situation dans laquelle se trouve ce groupe ; situation perçue par le groupe comme problématique. La notion d'état s'entend ici comme la forme d'organisation intérieure adoptée par le groupe, de ses ressources et de ses moyens, et qui dans sa forme initiale est perçue comme insuffisante pour répondre aux enjeux de la situation.

Le but de la décision sera de permettre d'assurer la transition du groupe de l'état dans lequel il se trouve vers un autre état jugé plus adéquat pour affronter la situation redoutée. Le passage d'un état à un autre état devra nécessairement emprunter les trois phases que sont la délibération, la décision et l'exécution. Ces phases s'influencent nécessairement, ne se succèdent pas forcément dans l'ordre de leur énonciation et peuvent même être concomitantes en tout ou partie. En effet, comme cela a été vu, une décision naît toujours d'une opposition entre un groupe et une situation qu'il doit affronter³³. La décision étant un processus visant à résoudre cette opposition, ce processus va se nourrir et se structurer autour de cette opposition. Mais le processus décisionnel ne pouvant exister indépendamment de toute structure pour le porter, il se trouve sous la dépendance des éléments qui constituent le support de l'architecture logique de conduite de la décision, éléments appartenant au groupe lui-même. Il existe donc un jeu d'actions et de rétroactions naturelles entre le groupe et la situation qu'il doit affronter.

³³ Sur ces points, v. Jean-François Phélizon, *L'action stratégique*, Economica, coll. Stratégies et doctrines, 1998, 323 p.

2) La décision comme expression d'un système

L'organisation intérieure d'un groupe est susceptible d'évoluer en fonction des succès et des échecs rencontrés face à la situation problématique à affronter et c'est cette même organisation intérieure qui détermine les succès et les échecs de ses entreprises. De ce fait, c'est l'organisation intérieure d'un groupe qui détermine ce qui constitue l'armature du circuit de décision, lequel détermine ce que sera la décision ; décision dont le résultat rétroagira sur la constitution du circuit de décision. Une distinction apparaît selon que la situation à traiter soit le fruit d'un risque ou d'une menace.

Quand il est question d'un risque, ce dernier se modifie uniquement sous l'action des mesures prises par le groupe désireux de s'en protéger. Par conséquent, il ne rétroagit sur l'organisation intérieure du groupe que du fait des actions du groupe lui-même. Ainsi d'une collectivité humaine exposée à un risque d'inondation. Pour le réduire et faciliter la gestion du bassin hydrographique sur lequel elle se trouve, la collectivité en question pourrait faire le choix de construire des digues, canaux et retenues d'eau. Pour cela, il lui faudrait s'organiser en vue de construire les infrastructures en question. Mais une fois édifiées, la pérennité de ces infrastructures poseraient la question de leur entretien ; d'autant qu'elles sont créatrices d'un nouveau risque : le risque de rupture de digue. A nouveau, la collectivité devrait s'organiser pour assurer l'entretien des infrastructures créées. L'existence du risque initial a donc obligé la collectivité humaine à agir. Le risque initial a disparu mais les mesures prises pour le résorber ont elles-mêmes été créatrices d'un nouveau risque. Ce nouveau risque a obligé, par rétroaction cette fois, la collectivité humaine à s'organiser pour l'affronter. Le but poursuivi a été atteint puisque le risque initial a disparu et que le risque secondaire né des mesures de résolution prises pour le résorber est autrement plus maîtrisable que le risque initial. Surtout, il a été possible à la collectivité d'anticiper largement sur l'apparition de ce risque secondaire devant lequel elle n'est certainement pas désarmée. Mais la situation problématique à gérer résultait d'un aléa, c'est-à-dire d'un événement non intentionnel. Face à une menace en revanche, le problème à traiter se présente autrement.

L'existence d'une menace est la conséquence d'une volonté consciente d'infliger un mal. La menace ne va donc pas sans l'intentionnalité de la mettre à exécution. Seule l'action directe contre la menace elle-même permet donc de s'en préserver. De simples mesures de protection des enjeux les plus immédiatement exposés à la menace ne seraient bien sûr par sans effet, sauvegardant les enjeux en question. Mais les mesures de protection mises en place auraient pour conséquence de provoquer un déplacement de la menace vers d'autres enjeux, plus vulnérables. C'est le problème posé par la protection des lieux publics contre le

terrorisme ; confronté à un lieu protégé, le terroriste se tournera vers un autre, pour de simples raisons d'opportunité. Par conséquent, contrairement au risque, la menace ne se modifie pas uniquement sous l'effet des actions de la collectivité qui désire s'en préserver. Elle se modifie encore d'elle-même, par l'initiative de ceux qui en sont porteurs, ce qui interdit à la collectivité d'anticiper sur ses évolutions. L'organisation intérieure visant à répondre à la menace dans sa forme initiale naît donc de la simple existence de la menace. Mais la rétroaction sur l'organisation intérieure de la collectivité sera cette fois la conséquence à la fois de l'action de la collectivité sur la menace mais également des adaptations de la menace à l'action de la collectivité.

Mais dans un cas comme dans l'autre, que la collectivité humaine cherche à se prémunir d'un risque ou d'une menace, l'efficacité de la réponse apportée dépend toujours de l'organisation du circuit de décision. C'est cette organisation qui déterminera les contours de l'architecture logique de décision. Modélisée le plus simplement possible, une architecture logique de décision présente l'apparence d'un système, c'est-à-dire d'un ensemble d'éléments liés entre eux par une arborescence de relations. La nature de ces relations, le dessin général qu'elles présentent et que le degré d'union ou de désunion qu'elles expriment entre les éléments du système, déterminent son mode de fonctionnement normal. Celui-ci est donc déterminé par sa forme, qui lui confère des qualités et défauts lui étant propres.

Ainsi, un système dans lequel la hiérarchie et les liens de subordination sont marqués entre les éléments le composant, possède une capacité de cohésion qui lui sera d'un grand secours face à des événements nécessitant que soit apportée une réponse entière et forte. Dans le même temps, cette qualité peut se traduire par une rigidité excessive, potentiellement préjudiciable à une éventuelle adaptation rendue nécessaire par la survenance d'événements pour lesquels il n'aurait primitivement pas été conçu. A l'inverse, un système dans lequel les éléments seraient liés par des relations d'une grande souplesse, gagnerait une flexibilité et une capacité d'adaptation qui lui serviront s'il lui faut ajuster son attitude face à un événement non souhaité. En effet, à supposer que l'événement en question ait été anticipé, entre l'événement conceptualisé par des modèles théoriques et sa réalité, il peut y avoir de grandes divergences. Un tel système s'avère sans doute adéquat pour répondre à des événements complexes, mais à cinétique lente, car il peut s'adapter aisément aux contours que présente le péril. En revanche, face à un événement au déclenchement et à la réalisation brutale, il lui manquera la capacité de coordination nécessaire, du fait de l'insuffisance des liens hiérarchiques.

L'objet de ce propos n'est pas de dresser une typologie complète des différentes formes d'organisation intérieure que peut se choisir une collectivité humaine. L'exercice est

sans doute impossible, même si tous les types d'organisations potentiellement existants se situent entre les deux modèles ayant servi d'exemples. Il ne s'agit pas plus de révéler l'existence d'une forme parfaite, qui n'aurait que des qualités et aucun défaut. Une telle forme d'organisation n'existe pas : il n'y a que des organisations mieux adaptées que d'autres à l'objet qui est le leur. Il s'agit de mettre en exergue le fait que la notion de collectivité humaine dont il a jusqu'ici été question se confond à la fois avec les enjeux qu'il faut protéger de la réalisation d'un risque ou de la mise à exécution d'une menace et avec l'architecture logique de décision qui doit les prévenir. Par conséquent, les termes qui permettent de désigner les qualités d'une forme d'organisation intérieure sont les mêmes que ceux qui permettent de caractériser la sensibilité des enjeux face à la survenance d'un événement non souhaité. Une architecture logique de décision possède en effet face aux événements qui l'affectent, une capacité de résistance, de mitigation et de résilience qui lui sont propres et par conséquent, une efficacité et un potentiel d'adaptation qui lui sont spécifiques. Or, face à la rudesse des circonstances, l'efficacité et l'adaptation peuvent, hélas pour la collectivité humaine concernée, venir à manquer. Apparaît ici en arrière plan la notion de crise, terme qui doit être distingué d'un concept proche, duquel elle se différencie parfois sans l'exclure toujours : celui de catastrophe. Toutes les catastrophes ne sont en effet pas des crises et toutes les crises ne naissent pas forcément de catastrophes.

B) La décision et la crise

La singularité de la notion de crise (1) tient essentiellement à l'imbrication étroite qui existe entre elle et la notion de décision (2).

1) La singularité de la notion de crise

Le terme de catastrophe vient du grec *katastrophê* qui signifie tout à la fois retournement et achèvement³⁴. Mais ce n'était originellement que d'un retournement de situation dont il était question, positif ou négatif. Dans la tragédie antique, le terme désignait le dernier acte, lequel correspond au dénouement. Ce n'est que bien plus tard que par extension, il s'est gagné la signification d'événement brutal bouleversant l'ordre des choses, souvent par la mort ou la destruction³⁵. C'est à la tragédie antique que se réfère le Professeur Steinlé-Feuerbach lorsqu'elle relève, pour préciser les contours de la notion de catastrophe et

³⁴ V. Isabel Capeloa Gil, Christoph Wulf, *Hazardous Future : Disaster, Representation and the Assessment of Risk*, De Gruyter, 2015, p. 181.

³⁵ V. William Laurent, *Le traitement médiatique de la catastrophe*, Thèse droit, Mulhouse, 2011, p. 9.

mettre en lumière les spécificités d'un droit des catastrophes alors balbutiant : « *inspirées d'Aristote, les trois règles des unités d'action, de temps et de lieu sont formulées à la Renaissance ; elles seront pour Racine les conditions nécessaires à la tragédie ; les Romantiques, en revanche, préféreront ne retenir que l'unité d'action. Le théâtre n'a pas le monopole de la tragédie : radios, télévisions et journaux sont le reflet permanent des tragédies contemporaines, tragédies individuelles (un enfant est enlevé, un danseur décède) ou collectives (la guerre fait des ravages dans plusieurs parties du globe, une ville est anéantie par un séisme, un avion s'écrase, un médicament se révèle nocif). Alors que certaines tragédies sont dues à la folie meurtrière des hommes ou au déchaînement de la nature, d'autres sont le résultat, le plus souvent involontaire, d'une défaillance humaine ou technologique. Ces tragédies, rançon du progrès, sont désignées sous le terme de catastrophe dès lors que leurs conséquences atteignent le seuil du collectif. Le nombre des victimes, la pluralité des causes et des responsables marquent en effet la catastrophe au sceau du collectif. Le juriste est alors conduit à s'interroger sur l'efficacité des procédures et des mécanismes juridiques traditionnels dès lors qu'il s'agit d'appréhender l'intégralité des enjeux sociaux de catastrophes* »³⁶.

Il pourrait être objecté que cette définition n'embrasse pas les catastrophes nées d'événements sériels, comme certaines catastrophes sanitaires pourtant restées dans la mémoire collective comme des catastrophes et non simple addition de drames individuels. Mais ce sera cette fois le théâtre de l'esprit et éventuellement l'instantanéité de leur révélation sur la scène médiatique qui conféreront à ces événements une unicité qu'ils ne possédaient pas initialement. Et en matière de construction sociale des risques et des évolutions qu'elles provoquent, seuls les effets des catastrophes sur la mémoire collective sont à prendre en compte et par conséquent la nature unique ou sérielle de la catastrophe importe peu. C'est pourquoi le Professeur Lienhard entendait par catastrophe « *de façon générique, d'une part, les événements uniques engendrant instantanément de nombreuses victimes et, d'autre part, les risques de masse diffus débouchant sur des accidents sériels, justement dénommés "catastrophes en miettes"* »³⁷.

Mais quelle que soit la définition retenue, une catastrophe n'est pas forcément une crise et une crise ne naît pas forcément d'une catastrophe. Différencier les deux implique de

³⁶ Marie-France Steinlé-Feuerbach, « Le droit des catastrophes et la règle des trois unités de temps, de lieu et d'action », *LPA*, 28 juil. 1995, n° 90, pp. 9-10.

³⁷ Claude Lienhard, « Pour un droit des catastrophes », Dalloz, 1995, chron., p. 91 et rappelant la formule du professeur Yvonne Lambert-Faivre, *Le droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, 1993, coll. Droit usuel, n° 642.

distinguer entre l'intensité de l'événement non souhaité et la capacité de la collectivité humaine à s'y confronter. Ainsi un événement dommageable peut bien être d'une intensité exceptionnelle, la collectivité humaine concernée pourra le surmonter si elle s'y est adéquatement préparée. A l'inverse, la survenance d'un événement redouté d'une importance relativement mineure peut paralyser la collectivité en question, parce que l'architecture logique de prise de décision qu'elle s'est donnée pour y répondre est inadaptée et qu'elle a peut-être même contribué à aviver le phénomène. Comme cela a été relevé, il existe un jeu d'actions et de rétroactions naturelles entre la forme d'organisation intérieure d'un groupe et les situations qu'il doit affronter. De surcroît, l'importance de l'impact des effets dommageables d'un événement redouté est pour partie découplée de l'importance de l'impact que ces effets dommageables auront sur la forme d'organisation intérieure du groupe concerné. C'est sur ce dernier point que la notion de crise se distingue de celle de catastrophe.

La catastrophe renvoie immédiatement à l'intensité de l'événement qui en a été à l'origine. La notion de crise en revanche renvoie à la capacité ou plutôt à l'incapacité à en affronter les conséquences. De ce fait, la notion de crise est inséparable de celle de décision, qui a justement pour but d'y répondre. La décision en effet, ainsi que nous devons le rappeler, a précisément pour objet de permettre à un groupe donné, placé dans une situation contraire à ses intérêts, de passer d'une forme d'organisation intérieure à une autre plus à même de la surmonter. La forme d'organisation intérieure du groupe à un moment donné de son existence peut être définie comme un état de ce groupe. La finalité de la décision est donc d'organiser la transition d'un état vers un autre état. La crise, quant à elle, est également un état, mais qui cette fois naît de l'incapacité du groupe à trouver en lui les ressorts permettant de passer d'une forme d'organisation intérieure à une autre plus efficiente. Tant qu'il se trouvera placé dans cette situation, le groupe en question s'obligera à voir ses centres d'intérêts se dégrader ou être anéantis par la marche des événements. La crise n'est donc pas seulement un état : parce qu'elle correspond à une phase de dégradation permanente d'une situation, elle est aussi un processus. Mais il s'agit ici d'un processus qui affecte négativement tant les centres d'intérêts du groupe que sa structure. L'unité d'un groupe tient en effet à la forme et la nature des relations qui unissent entre-eux chacun de ses membres et qui définissent la place et le rôle qu'ils y occupent. Ces relations sont fondées sur l'intérêt que tous y trouvent aussi lorsque les centres d'intérêts du groupe sont touchés, ils ne sont pas les seuls affectés. C'est toute la pertinence de l'architecture logique de décision, dont la forme d'organisation intérieure d'un groupe est le support, qui se voit remise en question par la démonstration de ses insuffisances. Une fois en situation de crise et tant qu'elle perdurera, l'intérêt à maintenir l'organisation

intérieure du groupe sous sa forme existante venant à manquer, les liaisons entre les différents éléments du groupe seront fatalement frappées d'une forme de désagrégation. Mais ce sont les liaisons entre les différents éléments du groupe qui seront affectées, avant les éléments eux-mêmes. En effet à la base d'un groupe, quel qu'il soit, il y a toujours une collectivité humaine. Mais le groupe ne se confond jamais avec l'ensemble des individus de la collectivité en question. Aussi certains de ces individus peuvent bien être anéantis par les événements sans que l'existence du groupe en soit affectée, de même que le groupe peut disparaître sans que meurent avec lui les individus qui le composaient. A moins d'imaginer un cataclysme d'une dimension véritablement apocalyptique, il subsistera toujours un noyau plus ou moins étendu d'individus pour constituer un nouveau groupe.

Par conséquent, l'ouverture d'une phase de crise correspond également à celle d'une période de combinaisons et recombinaisons entre les différents éléments du groupe et qui déterminent ce qui constitue l'arborescence des relations du groupe en tant que système. C'est ce système lui-même qui définira l'architecture logique de production de la décision, laquelle permettra peut-être au groupe de surmonter la crise. C'est de la capacité du groupe à infléchir consciemment sur les recombinaisons des éléments qui le composent que dépendra l'issue de la situation dans laquelle il se trouve plongé. Autrement dit, l'issue de la situation c'est-à-dire la capacité du groupe à sortir de la crise, dépend de la capacité du groupe à décider, mais à décider selon des paramètres de résolution posés par la crise elle-même. En effet ainsi qu'il a été souligné, une décision naît toujours d'une opposition entre un état que présente un groupe constitué et la situation dans laquelle se trouve ce groupe.

Ce lien étroit entre crise et décision se retrouve jusque dans l'étymologie du mot, puisque crise, en grec *Krisis*, signifie certes « déchirement » ou « rupture », mais aussi « jugement », « choix » et « décision »³⁸. Se retrouve ainsi la double nature de la crise, à la fois état et processus, cela jusque dans la racine du terme³⁹ ; un état produit de l'état qui lui est antécédent, mais aussi, du fait des mesures qu'elle exige au moment de sa survenance, état producteur de l'état qui lui est succédant.

³⁸ Alain de Benoist, « Edito », *Krisis*, n° 1, 1988, p. 6.

³⁹ La racine indo-européenne « *krei* » signifie juger, distinguer, passer au tamis, au crible ; v. Herman Seldeslachts, *Etudes de morphologie historique du verbe latin et indo européen*, Ed. Peeters, Namur, 2001, 194 p.

2) L'imbrication des notions de crise et de décision

La crise, dans sa conceptualisation, est une notion complexe. Complexe, la crise l'est aussi dans sa définition. Cette notion, limpide lorsqu'elle n'est qu'énoncée, se trouble dès qu'on l'affleure et appartient à cette catégorie de « *phénomènes sociaux apparemment évidents mais qui se dérobent à l'analyse dès que celle-ci vise à la précision scientifique* »⁴⁰.

Pourtant lors de sa survenance, la crise est marquée par le sceau de l'évidence et de la brutalité du fait et la question de sa définition ne se pose pas plus que celle de sa réalité. Lors de la phase antérieure visant à l'anticiper, elle n'est qu'une perspective plus ou moins nettement délimitée et dans tous les cas toujours conceptualisée dans le seul but d'être repoussée. Sa survenance effective naît donc nécessairement d'un impensé ou d'une incapacité à transcrire la pensée en action. Parce qu'elle est tant le processus que la résultante d'une rupture qu'elle se caractérise avant tout par une destruction des cadres par lesquels les pouvoirs publics voulaient la prévenir, elle est un concept qui ne s'entend que par la négative. C'est la raison pour laquelle il n'est possible de l'appréhender que de manière apophatique, c'est-à-dire non par affirmation de ce qu'elle est, mais par négation de ce qu'elle n'est pas ou par constatation de ce qui n'est plus.

Processus de destruction des cadres, la crise n'est aussi que la réalisation des potentialités de rupture qu'ils portaient en eux. Mais c'est d'un processus de destruction créatrice dont il s'agit, puisque ces mêmes potentialités de rupture déterminent pour partie les contours du nouveau cadre d'action tracé par la survenance de la crise et à l'intérieur duquel les pouvoirs publics devront évoluer.

Comme il a été relevé, si la crise est un processus, elle est aussi un état. Pour les sociétés humaines qui s'y trouvent plongées, elle correspond à un niveau de désorganisation intérieure, un degré d'entropie, au-delà duquel la situation qui est la leur ne change pas uniquement d'échelle ou de niveau, mais de nature, interdisant qu'il y soit apporté une réponse adaptée. A la lumière de ce qui vient d'être dit, peut être donnée de la crise la définition suivante : il y a crise lorsque pour un système donné, le niveau de désorganisation induit par la réalisation d'un événement redouté dépasse les capacités de réorganisation du système, mettant en péril son existence.

Mais ce n'est pas n'importe quel système dont il sera question dans cette étude que nous nous proposons d'étudier ici, mais uniquement celui qui constitue le milieu de production des seules décisions qui peuvent être qualifiées de publiques. Autrement dit, nous

⁴⁰ Georges Burdeau, « Opinion publique », in *Encyclopaedia Universalis*, vol. 16, Paris, 1995, p. 950.

n'aborderons la question des crises et de leur impact qu'à travers celle des décisions prises par les pouvoirs publics pour les résoudre. S'interroger sur l'efficacité de la conduite de politiques publiques destinées à prévenir les crises, c'est questionner la légitimité de ceux en charge de leur mise en œuvre. Au delà, c'est s'interroger sur la place et le rôle des pouvoirs publics dans ce qu'ils ont de plus essentiel : la sécurité de ceux que leur fonction première est de protéger. Or, une nouvelle fois, comme pour la définition de la notion de crise, celle des pouvoirs publics pose des difficultés quant à sa délimitation. Il serait tentant ici de restreindre les pouvoirs publics au seul corps de personnes en charge directement de produire la décision publique, à savoir les décideurs publics. Mais cette notion à nouveau dans la détermination de ses contours pose un problème identique à celui posé par la notion de pouvoirs publics. Pourtant, comme l'observait déjà le Professeur Gérard Druesne, la notion de « *pouvoirs publics* », comme celle de « *décideur public* », possède « *une puissance d'évocation suffisamment forte pour que le lecteur l'identifie immédiatement avec le pouvoir* »⁴¹.

La décision, cela a été démontré, est dépendante de la structure du groupe en charge de la produire. Il existe également des liens d'action et de rétroaction entre la structure intérieure d'un groupe et l'environnement qu'il doit affronter. Par conséquent, que ce soit au stade de son anticipation ou de sa réalisation, c'est toujours la crise, sa nature et son assiette, qui déterminent le périmètre et les caractéristiques identitaires du groupe concerné. De ce fait, doit être tenue pour décideur public, toute personne ou organe qui, par sa place, est à même de peser et d'infléchir sur la détermination ou la conduite de la décision, à quelque degré que ce soit. De même, doit être considérée comme une décision publique tout acte positif ou négatif amené à influencer sur l'organisation intérieure du groupe à l'origine de la décision.

Mais une décision, quelle qu'elle soit, ne relève pas de la génération spontanée, pas plus que l'organisation intérieure d'un groupe ne peut exister sans une forme au moins minimale, au moins tacite, de reconnaissance. Cela est particulièrement vrai pour les collectivités humaines qui par leur taille et leur complexité nécessitent une hiérarchisation et une spécialisation fonctionnelle des différents organes qui participent ainsi à donner à la collectivité son unité, autant qu'ils sont le produit de cette unité. Dans un tel cas de figure, l'ordonnement des différents éléments de la collectivité humaine concernée, qui définit l'architecture logique de prise de décision de cette dernière, doit être fixé sous une forme ou une autre. C'est précisément à une semblable fin que répond le droit. Une règle de droit en effet, en dernière analyse, fixe toujours une obligation ou un interdit, offre parfois une latitude

⁴¹ Gérard Druesne, « Réflexions sur la notion de pouvoirs publics en droit français », *RDP*, 1976, pp. 1149-1215.

de choix entre différentes options, mais dans tous les cas participe ainsi à orienter les comportements vers un objectif donné.

Par conséquent la règle de droit et plus largement l'ensemble des dispositifs normatifs qu'une collectivité humaine s'est donnée permettent ainsi le passage de la décision par tous les stades qui la composent et de provoquer le changement d'état attendu de la part de la collectivité. Les dispositifs normatifs sont donc tout à la fois les produits et les producteurs de la décision publique tout comme ils sont l'outil et le matériau des pouvoirs publics.

Ainsi que le rappelait le Professeur Yves Gaudemet, « *le désordre pour le droit [...] est une pathologie* »⁴² ; mais avant lui, c'est Jean Carbonnier qui affirmait que c'est « *le droit [lui-même qui] est une pathologie* »⁴³. Or, parce que la fin dernière du droit est d'instaurer ou rétablir l'équité quand celle-ci n'existe pas ou plus, le droit n'a vocation à exercer son influence que pour remédier à un déséquilibre existant ou prévenir un déséquilibre futur. Mais ce faisant, son intervention est elle-même susceptible de se traduire par un déséquilibre, tout simplement parce qu'elle modifie l'équilibre d'une situation existante. Or, la forme de déséquilibre la plus extrême qui soit susceptible de se manifester, jusqu'à provoquer l'effondrement du système qui l'a engendrée, c'est la rupture induite par la survenance d'une crise. Par cette observation se révèle le lien et l'existence d'un jeu d'actions et de rétroactions naturelles entre les dispositifs de prévention des crises et l'environnement qu'ils ont pour objet de maîtriser.

La crise est un état, mais c'est un état révélateur d'un état antérieur, pierre de touche de l'efficacité des cadres directeurs généraux d'action des pouvoirs publics destinés à l'anticiper. Lorsque ces cadres sont soumis à des forces qui en excèdent les résistances, ils révèlent leurs points de faiblesse. Dans cette optique, étudier les dispositifs normatifs qui constituent l'armature juridique sous-jacente des collectivités humaines, quand cette armature s'est rompue et que les dispositifs normatifs en question ont failli, ne permet pas uniquement de déterminer les correctifs à y apporter. La démarche permet de surcroît de distinguer ce qui est essentiel de ce qui est accessoire dans l'existence des collectivités humaines et des contingences qu'elles traversent. Par conséquent, elle permet de dégager les principes ordonnateurs et structurants qui toujours et partout sont indispensables à l'existence et la pérennité des communautés humaines. Formulée autrement, la démarche permet de révéler ce qui constitue la notion de politique dans son essence. Si l'on admet en effet que le politique

⁴² Yves Gaudemet, « Le désordre normatif - Propos introductifs », *RDP*, 2006, pp. 43-44.

⁴³ Jean Carbonnier, « Terre et Ciel dans le droit français du mariage », *Mélanges Ripert*, t. I, 1950, p. 327.

est le principe ordonnateur et structurant de l'Etat, la crise, elle, en est la rupture. En négatif de la crise, ce sont donc nécessairement les invariants du politique qui apparaissent.

Pour les découvrir, il convient de tirer des leçons du passé et d'observer quel fut le comportement dans l'épreuve de sociétés humaines placées dans des situations qui les dépassent. Avec l'observation de leur comportement dans l'épreuve viendra celle de la viabilité des dispositifs juridiques de prise de décision destinés à les en tirer.

Relevons ici que la définition précédemment donnée de la crise, claire dans son énoncé théorique, n'apparaît pas avec autant de netteté à l'observateur en charge de sa résorption au moment de sa survenance. En effet, il y a crise lorsque pour un système donné, le niveau de désorganisation induit par la réalisation d'un événement redouté dépasse les capacités de réorganisation du système, mettant en péril son existence. Or, du fait même que la crise est le produit d'un impensé ou à tout le moins d'un incompris, elle ne se révèle à l'observateur dans toute son entièreté que lors de sa survenance et il ne commence par la saisir que par ses éléments terminaux. Or la crise en réalité est comme la décision, un phénomène de long terme lié à l'architecture logique de prise de décision des pouvoirs publics. Sa survenance n'apparaît plus alors que comme l'aboutissement d'un processus et le terme même de « survenance » ne peut plus être utilisé que par commodité de langage pour qualifier le moment qui marque l'apparition de ses effets les plus visibles et la prise de conscience qui en découle. Sous cet ordre, la crise devient pour les pouvoirs publics une construction rétrospective, mais une construction rétrospective qui ne va pas sans une certaine part d'illusion, car la crise est toujours au moins pour partie le produit des erreurs des pouvoirs publics.

La définition précédemment donnée de la crise doit être encore précisée sur un point. En effet envisagée *stricto sensu*, elle présente un caractère absolu, qui laisserait à penser qu'une fois qu'une collectivité humaine se trouve dans une situation de crise, il est impossible pour elle d'en sortir. Mais c'est oublier que la crise est à la fois état et processus et qu'à ce titre, il est possible d'influer sur l'enchaînement causal des événements par des décisions appropriées ; à condition de les percevoir à temps. Pour les pouvoirs publics et dans le champ de l'idéal, la crise devrait être comme l'horizon : toujours en perspective, toujours à la limite du perceptible et toujours repoussée à mesure que l'on s'en rapproche. Comprendre la crise oblige à revenir à la racine du phénomène.

III) L'essor contemporain des crises politiques

Connue de toute humanité, la notion de crise politique (A) est devenue aujourd'hui, par le recours à la guerre subversive, un instrument ordinaire de conduite des conflits (B).

A) La notion de crise politique

La notion de crise politique doit être distinguée de celle des crises dites « cadres » (1). Nous constaterons ensuite que la guerre constitue la forme ordinaire des crises politiques (2).

1) Distinction entre crises cadres et crises politiques

Les crises auxquelles sont exposées les sociétés humaines sont de deux ordres. Les premières sont le produit de la réalisation d'un risque, c'est-à-dire d'un événement aléatoire ; ce sont des crises fortuites. Les secondes sont la conséquence de la mise à exécution d'une menace, c'est-à-dire d'un événement délibéré ; ce sont des crises induites.

Nous désignerons les crises qui naissent de la réalisation d'un risque, comme des « crises cadres », appellation curieuse construite sous la forme d'un oxymore, mais qui est pourtant celle couramment employée dans la littérature spécialisée consacrée à ces questions. Ces crises naissent d'événements connus du genre humain et qu'il est possible à ce titre, *a minima*, d'anticiper, aussi existe-t-il le plus souvent des dispositifs juridiques spécifiques, des cadres, organisant les réponses à y apporter. Les catastrophes naturelles, technologiques, sanitaires et d'une façon plus générale les catastrophes de nature anthropique appartiennent à cette catégorie. Nous excluons volontairement du champ de notre étude la question des crises économiques, question dont l'examen s'avèrerait passionnant, mais qui relève d'un tout autre domaine de compétence que celui du droit.

Qu'une crise naisse d'un risque ou d'une menace, elle n'en possède pas moins par nature un caractère profondément politique parce qu'elle affecte et interroge sur la capacité des pouvoirs publics à anticiper sur leur survenance. Par conséquent, toutes deux affectent à un degré ou un autre l'unité politique de la collectivité humaine concernée. Pourtant, pour la clarté et l'intelligibilité du propos, nous réserverons le qualificatif de « crises politiques » à la seconde catégorie uniquement, c'est-à-dire aux crises qui naissent d'un acte volontaire. En effet l'objectif premier auquel répond ce type d'acte est de provoquer des perturbations de nature politique. Le caractère politique des crises qui en découle est donc intentionnel. Le caractère politique des autres types de crise n'est lui qu'accidentel. Ces deux types de crise posent des problèmes radicalement différents quant à leurs modalités de prévention ou de résolution.

Face aux crises cadres, le risque n'évolue que sous l'action des mesures que prennent les pouvoirs publics pour le réduire et la plupart de ces risques présentent un caractère récurrent. Les pouvoirs publics ont donc tout intérêt à anticiper le plus largement sur leur survenance à partir des informations collectées lors de retour d'expériences et à inscrire leurs actions dans une démarche programmatique. L'instrument majeur permettant de conduire ce type de démarche est le plan et les pouvoirs publics y ont largement recours. Les plans de prévention des risques naturels ou technologiques sont ainsi d'un emploi courant par l'administration.

Face aux crises politiques en revanche, les éléments à l'origine de la menace possèdent dans la conduite de leurs actions la latitude que les pouvoirs publics ont la faiblesse de leur laisser. Il est par conséquent nécessaire pour les pouvoirs publics de conserver la capacité d'initiative la plus large possible et même en tenant compte des leçons du passé, ils ne peuvent pas opter pour une conduite qui serait fixée par avance. C'est la raison pour laquelle face à ce type de crises, les pouvoirs publics ont recours à des dispositifs dérogatoires du droit commun, qui visent justement à les libérer du respect des procédures habituelles.

Devant un tel type de crise, les collectivités humaines ne sont plus dans une situation de risque, mais dans une situation de lutte. De ce fait, ils doivent s'organiser sous la forme d'une entité agonique, du grec *agonos*, c'est-à-dire en vue d'un combat⁴⁴. La forme ordinaire d'organisation d'une collectivité humaine dont le but premier est de la défendre contre ses ennemis intérieurs et extérieurs est l'Etat.

2) La guerre, forme normale de crise politique

Le type de crise qui découle de l'existence d'une situation conflictuelle, type de crise, que nous avons qualifié de crises politiques mais que nous pourrions aussi appeler crises induites, n'est pas nouveau. L'Etat, création et créature entre *Léviathan* et *Béhémoth*⁴⁵, est « *le plus froid des monstres froids* »⁴⁶ ; il ne possède pas d'amis, « *seulement des intérêts* »⁴⁷. Pour les défendre, les faire valoir ou prévaloir, il ne connaît que les seules limites qu'il veut bien se donner ou que ses pairs lui imposeront. En dernier lieu, lorsque ses intérêts propres iront à l'encontre de ceux d'un autre Etat, leur mise en balance s'articulera autour du seul principe d'action susceptible de mettre fin à l'antagonisme existant : celui de la force et du rapport de

⁴⁴ Jean-François Phélizon, *L'action stratégique*, Economica, coll. Stratégies et doctrines, 1998, p. 7.

⁴⁵ Thomas Hobbes, *Léviathan*, 1651, Gallimard, coll. Folio essais, 2000; du même auteur, *Béhémoth*, 1681, Plon, 1991. V. aussi Dominique Weber, « Hobbes, les pirates et les corsaires. Le "Léviathan échoué" selon Carl Schmit », *Astérior*, 2004, n° 2 ; <http://asterion.revues.org/94>, consulté le 23 avril 2016.

⁴⁶ Nietzsche, *Ainsi parlait Zarathoustra*, Flammarion, trad. Geneviève Blanquis, 1996, p. 87.

⁴⁷ Attribué à Charles De Gaulle.

force. Dans sa dimension la plus extrême, la situation qui découlera de ce rapport de force prendra l'apparence d'une figure bien connue du genre humain : la Guerre. La guerre n'est bien, selon la formule bien connue, « *qu'une continuation de la politique avec d'autres moyens* »⁴⁸. Non point seulement un acte politique, « *mais encore un véritable instrument de la politique, une continuation des transactions de celle-ci* »⁴⁹. Mais parce qu'elle engage l'existence de l'Etat tout comme celle de ceux qui la mènent, la guerre est aussi « *un acte de violence à l'emploi de laquelle il n'existe pas de limites ; les belligérants s'imposent mutuellement la loi ; il en résulte une action réciproque qui, selon son concept, doit conduire aux extrêmes* »⁵⁰. Surtout, la guerre est un « *acte de violence ayant pour but de contraindre l'adversaire à accomplir notre volonté* »⁵¹. Dicté par l'intérêt, l'emploi de la violence est donc un moyen et non une fin en soi, à laquelle le moyen est toujours subordonné.

L'emploi de la violence repose sur un calcul, fonction de trois paramètres. Le premier est celui de la « *grandeur des moyens disponibles* »⁵² pouvant être engagés dans le conflit par les belligérants. Le deuxième est celui de la « *force de volonté* »⁵³ des belligérants, assimilable à la grandeur des sacrifices qu'un Etat est prêt à consentir avant de mettre fin au conflit. Le troisième paramètre enfin, sert de mesure initiale aux deux premiers et correspond au gain que cherche à réaliser l'Etat lors du déclenchement de la confrontation. Ce dernier paramètre se confond avec la fin politique première de la guerre. Or celle-ci ne peut « *recevoir cette signification que lorsque nous la considérons dans ses influences sur les masses qu'elle doit faire mouvoir, d'où résulte que la nature de ces masses n'est pas indifférente* »⁵⁴.

Ensemble, ces trois grandeurs forment donc un triangle polémologique dont les contours évoluent en fonction du déroulé du conflit, chacun des paramètres étant susceptible d'influer sur les deux autres et se subordonnant mutuellement. Comme les belligérants ne peuvent connaître avec exactitude que les seules ressources qui sont les leurs, ils en sont nécessairement réduits à spéculer sur celles de leur adversaire, qu'ils ne perçoivent qu'imparfaitement. Il en résulte que la guerre comporte forcément une part d'incertitude plus ou moins grande quant à son issue, part d'incertitude qui participe également à construire la volonté des belligérants à initier ou non un conflit armé. Autrement dit, la guerre est un

⁴⁸ Clausewitz, *De la guerre*, Flammarion, Paris, 2014, p. 42.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, p. 15 ; termes soulignés par nos soins.

⁵¹ *Ibid.*, p. 10.

⁵² *Ibid.*, p. 17.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, p. 26.

phénomène dont l'issue repose sur un risque et dont le but est d'induire une situation de rupture et donc de crise, au sein de l'appareil de décision ennemi.

La guerre ne peut toutefois se réduire à cette description sous forme d'axiomes géométriques. Parce qu'elle implique pour ceux qui la mènent l'intention de s'infliger mutuellement la mort, la guerre semble asservir toutes les lois auxquelles l'humanité entend la soumettre, à celle, unique, de la nécessité et des extrémités auxquelles elle conduit. « *C'est ainsi que la chose doit être considérée et c'est s'agiter en vain et même à contresens que de méconnaître la nature de l'élément à cause de la répulsion qu'inspire sa rudesse* »⁵⁵.

C'est paradoxalement cette dimension potentiellement paroxystique de la guerre et le fait qu'elle ne semble pas obéir à d'autres commandements que celui de la montée aux extrêmes, qui a conduit à la recherche d'un encadrement de ses manifestations. Ainsi, de toute humanité et partout sur le globe, la guerre a fait l'objet de tentative de réglementation, avec des degrés et des succès divers⁵⁶. Mais l'idée maîtresse qui a partout dominé est celle qu'il existe une division naturelle entre combattants et non-combattants, laquelle emporte pour l'individu des droits et des obligations particuliers selon la catégorie à laquelle il appartient.

La première catégorie regroupe toutes les personnes qui exercent le métier des armes, que ce soit de façon permanente et professionnelle ou parce ce qu'elles ont été frappées par la conscription ou tout autre mode de mobilisation. Seuls les combattants ont idéalement à subir les conséquences de la guerre, qu'ils ne doivent mener que contre leurs *alter ego* du camp adverse. La deuxième catégorie regroupe tout à la fois les civils et les combattants s'étant rendus. A eux, il faut épargner les fureurs du conflit, aussi longtemps qu'ils s'en tiennent en dehors. Mais une telle présentation des choses a nécessairement quelque chose de par trop schématique, du fait même qu'une société humaine, quelle que soit la forme politique qu'elle se donne, est avant tout une collectivité et que par là même, il existe une relation d'interdépendance entre combattants et non combattants.

Les forces non combattantes ayant toujours été le support ou le milieu d'extraction des forces combattantes, la démarcation entre ces deux catégories n'a donc jamais été aussi claire que leur appellation pouvait le laisser supposer. Toutes les armées du monde se sont parfois concédées le droit, indépendamment des principes dont elles se réclamaient, de s'en prendre à des intérêts qui pouvaient être considérés comme civils. Néanmoins, il ressort de l'examen de

⁵⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁵⁶ V. Sun Tzu, *L'art de la guerre*, traduit par le Père Amiot, éd. Mille et une nuits, 2000. art. 1, p. 7. V. aussi sur Sun Tzu, Jean-François Phelizon, *Relire l'Art de la guerre de Sun Tzu*, Economica, coll. Stratégies et Doctrines, 2000 ; cela sans pour autant que l'historicité du personnage soit certaine. V. également de Thucydide, *La guerre du Péloponnèse*, traduction par Denis Roussel, Gallimard, coll. Folio classique, 1964.

l'histoire de l'Europe, qu'au moins depuis sa christianisation, l'existence d'un principe modérateur dans la conduite de la guerre, plus ou moins étendu et observé, y a toujours été reconnue⁵⁷. Quoique ce concept ne soit pas sans plasticité, son développement s'est traduit par l'apparition graduelle d'un corpus normatif sous la forme du *jus publicum europaeum*, sous ses deux aspects : celui du *jus ad bellum* (le droit de faire la guerre) et celui du *jus in bello* (le droit dans la guerre)⁵⁸. Toutes les fins poursuivies ne sont pas admissibles, pas plus que tous les moyens pour y parvenir ne sont recevables.

Mais parallèlement à ce souci constant et bienvenu de limiter l'ampleur dramatique des conséquences de la guerre, l'essor des techniques militaires n'est pas allé différemment de celui du reste de la société humaine. Sous l'action du progrès scientifique, l'homme s'est gagné une puissance de destruction sans commune mesure avec celle des siècles passés. Dans le même temps, de par la spécialisation fonctionnelle à laquelle oblige la multiplication des champs de compétences à maîtriser pour développer et utiliser les systèmes d'arme les plus modernes, l'interdépendance -et donc la confusion- entre combattants et non combattants est allée croissante. Désormais, cette confusion tend à être totale, parce que les possibilités d'annihilation de l'humanité sont totales. Pour avoir la Paix, elle a passé un pacte faustien. Elle maîtrise maintenant la puissance terrifiante qui réside au cœur de la matière et qui anime celui d'une arme d'un type nouveau et qui ouvre des perspectives d'anéantissement connues jusqu'alors uniquement des récits eschatologiques : la bombe atomique.

⁵⁷ V. Rudolf Bernhardt, *Custom and treaty in the law of the sea*, Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (RCADI), t. 205, 1987, pp. 247-330. Draper, G.I.A.D., *The Status of the Prisoner of War*, RCADI, t. 114, 1965, pp. 101-118. Charles G. Fenwick, *The laws of war*, RCADI, t. 79, 1951, pp. 59-63. Sobhi Mahmassani, *The Law of War and Islam*, RCADI, t. 117, 1966, pp. 277-309. Luna Marin, A. Miguel, *The First World War and the laws of War*, RCADI, t. 92, 1957, pp. 675-677. Luna Marin, A. Miguel, *The laws of war between the two World Wars*, RCADI, t. 92, 1957, pp. 687-709. Luna Marin, A. Miguel, *Laws of war during and since the Second World War*, RCADI, t. 92, 1957, pp. 718-728. Theodor Meron, *The humanization of the law of war*, RCADI, t. 301, 2003, pp. 24-45. B. V. A. Röling, *The law of war and the national jurisdiction since 1945*, RCADI, t. 100, 1960, pp. 323-456. K. R. R Sastry, *Laws of War*, RCADI, t. 117, 1966, pp. 566-573. V. encore Shabtai Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law*, Brill, 2004.

⁵⁸ V. Carl Schmitt, *Le nomos de la terre, dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, 1950, trad. Lilyane Deroche-Gurcel, PUF, coll. Quadrige, 2012.

B) La guerre subversive, forme moderne de la crise politique

L'essor des guerres subversives (1) amène à s'interroger sur leurs spécificités (2).

1) L'essor des guerres subversives

Mais l'humanité n'a pas obtenu la Paix qu'elle attendait ; seulement un gel des conflits sous leur forme classique et qui se poursuivent en réalité sous une forme nouvelle, dans une guerre devenue froide. La volonté d'initier un conflit armé reposait antérieurement sur l'espérance d'un gain pour le belligérant qui prenait la responsabilité de le déclencher, lorsqu'il serait temps pour tous de faire la paix. Mais avec la simple potentialité du recours au feu nucléaire, sous l'influence du « *pouvoir égalisateur de l'atome* »⁵⁹, il n'y a plus pour les Nations qui s'engagent mutuellement dans une guerre de cette nature qu'une seule issue possible : celle de vainqueurs et vaincus, réconciliés dans des cimetières que leur immensité érigeria au rang de monuments pour les siècles futurs. Plus de perspective de paix non plus à la fin du conflit, sinon celle du sépulcre. Après plus de 2000 ans, se réalisait ainsi enfin le vœu d'Héron d'Alexandrie qui déjà en son temps, professait que la paix règnerait parmi les hommes le jour où les moyens techniques de destruction à leur disposition seraient suffisants pour qu'ils s'interdisent les épouvantes de la guerre⁶⁰.

Mais il y avait là quelque illusion à penser que comme un liquide placé dans un vase et dont le contenu prend la forme du contenant, la guerre allait se plier à la définition juridique qui lui avait été donnée. La guerre, par son caractère absolu, est un phénomène qui par nature et comme les gaz, se détend dans le plus grand espace disponible. Nonobstant la correcte définition des buts du conflit et comme il a été dit, le succès de toute guerre pour les belligérants repose à la fois sur la grandeur des moyens à leur disposition et leur force de volonté. Le mode ordinaire de règlement du conflit est de jeter l'une contre l'autre la masse des moyens disponibles jusqu'à ce que, par attrition et réduction graduelle de ces derniers,

⁵⁹ L'expression est du général Gallois ; v. Laura Gastellier, « Armes nucléaires et asymétrie », *Revue internationale et stratégique*, 2003-3, n° 51, pp. 97-101.

⁶⁰ « *De tous les problèmes abordés par les philosophes, le plus grand, le plus nécessaire à résoudre, c'est celui du maintien de la paix. Jusqu'ici, parmi les maîtres de la science la question a soulevé et soulève encore une infinité de controverses. Selon moi, de pareilles disputes, purement spéculatives, n'ont aucune chance d'aboutir. Pourtant, sur ce terrain, la mécanique a supplanté la doctrine. Par elle, les hommes ont conquis la sécurité d'une existence paisible, dont elle leur offre les garanties dans la plus humble sphère de son enseignement, je veux dire, dans les applications de ce qu'on nomme l'artillerie. Grâce à elle, en effet, point d'attaque à redouter en temps de paix, au dedans ni au dehors; et, si la guerre éclate, rien n'ébranle une tranquillité fondée sur la philosophie des machines. Il faut donc, en tout temps, y apporter tous les soins, y consacrer tous les moyens que suggère la prudence. S'il règne une paix profonde, nul doute qu'on la verra fortifiée par l'activité déployée dans les armements, et cette conviction sereine perpétuera la paix. D'ailleurs, en face d'un appareil de guerre formidable, toute velléité d'émeute serait paralysée. Que l'artillerie, au contraire, soit négligée : la moindre machination, si faible qu'elle surgisse, triomphera bientôt d'un État pris au dépourvu* », *La Chirobaliste d'Héron d'Alexandrie*, trad. par Victor Prou du grec au français, Librairie académique, Paris, 1862.

l'une des parties accepte sa soumission, par manque de moyens ou de volonté. Mais tout succès d'une entreprise militaire prenant l'aspect d'armées combattant pour la suprématie de leur Etat étant définitivement obéré, c'est par d'autres modalités que la guerre doit être poursuivie. C'est à une semblable fin que répond l'apparition de la guerre dite « *moderne* »⁶¹.

Primitivement, le but de la guerre classique est de ramener à rien la « *grandeur des moyens disponibles* » de l'adversaire de façon à indirectement briser sa « *force de volonté* ». La guerre moderne, du fait même de l'immensité des moyens de destruction à disposition de l'adversaire, vise à s'en prendre directement à sa « *force de volonté* » de façon à ce qu'il n'ait même pas l'intention de s'en remettre à la « *grandeur des moyens disponibles* ». A ce nouveau type de guerre il a fallu un nouveau type d'armes. Ce seront celles de l'action psychologique sur les populations et de son vecteur le plus spectaculaire : le terrorisme. A la guerre de masse a succédé la guerre par « *le viol des foules par la propagande politique* »⁶², qui n'est pas moins meurtrière. En définitive, la guerre n'a pas véritablement changé de visage : elle se fait maintenant simplement sous masque et sans règle. Ni ouverte, ni déclarée, le *jus publicum europaeum*, le *jus ad bellum* et le *jus in bello*, n'y ont pas leur place ; sa nature profonde est restée inchangée. Elle demeure « *une continuation de la politique avec d'autres moyens* »⁶³, par un « *acte de violence ayant pour but de contraindre l'adversaire à accomplir notre volonté* »⁶⁴. Elle reste un moyen de porter la crise, une crise politique, chez l'adversaire⁶⁵.

⁶¹ L'expression de guerre moderne, par opposition à la guerre classique et par écho à l'éternelle querelle des Anciens et des Modernes, est due à Roger Trinquier, l'un des maîtres d'œuvre de la « Bataille d'Alger ». Il en fit le titre d'un de ses ouvrages : *La guerre moderne*, 1961, Economica, coll. Stratégies et Doctrines, 2008.

⁶² Il s'agit du titre d'un ouvrage de Serge Tchakhotine, lequel détaille et explique les procédés par lesquels il est possible de générer, capter et orienter les énergies psychiques de l'être humain, notamment à des fins politiques. Il s'agit d'un des premiers traités de ce qui ne s'appelle pas encore la psychologie sociale. Mais plus encore, il s'agit là d'un traité de psychologie sociale et comportementale appliquée au domaine de la propagande politique. Les méthodes et mécanismes qui y sont exposés sont toujours valables, bien que des recherches ultérieures en aient précisé les fondements. Publié une première fois en 1939, l'ouvrage sera immédiatement censuré par le ministère français des Affaires étrangères avant d'être mis au pilon en 1940 par les Allemands. Ce n'est qu'en 1952 qu'il sera réédité dans une version tragiquement actualisée par la seconde guerre mondiale. Opposé au communisme comme au fascisme, l'auteur malgré ses efforts, aura assisté au triomphe de ces deux idéologies ; Serge Tchakhotine, *Le viol des foules par la propagande politique*, Gallimard, 1992.

⁶³ Clausewitz, *De la guerre*, Flammarion, Paris, 2014, p. 42.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 10.

⁶⁵ V. Carl Schmitt, *La notion de politique - Théorie du partisan*, 1933-1963, préface par Julien Freund, trad. Marie-Louise Steinhäuser, Flammarion, coll. Champs classiques, 2009 ; v. aussi David Cumin, « La théorie du partisan de Carl Schmitt », *Stratégique*, 2009-1, n° 93-94-95-96, pp. 31-71. V. également Raymond Aron, *Penser la guerre, Clausewitz*, 1976, Gallimard, 2009 et *Paix et guerre entre les nations*, 1962, Gallimard, 2004.

2) Les spécificités des guerres subversives

Ce faisant, la crise politique et plus particulièrement lorsqu'elle naît d'entreprises de guerres subversives, pose des problèmes radicalement différents par rapport aux crises cadres. En effet, lorsque la crise cadre survient, parce qu'elle porte atteinte directement aux conditions d'existence de la population, est toujours perçue par elle pour un mal dont il faut se prévenir. Les individus sont donc tout prêts à se mettre en chaîne pour se passer les seaux et éteindre l'incendie. Face à l'adversité, les forces centripètes du corps social s'avivent et celui-ci, pour devenir plus fort, consent volontiers à un degré d'union plus grand. Mais la crise politique elle, parce qu'elle affecte directement le centre d'impulsion du pouvoir politique ou si l'on préfère, l'axe ordonnateur et structurant autour duquel s'articule le mouvement du corps social, provoque la polarisation de la population. L'atteinte aux conditions d'existence est évidemment perçue, les causes également, mais ces dernières ne sont pas forcément considérées comme une menace. Dans ces conditions, la chose publique, le bien commun, l'intérêt général, n'est plus celui de tous. Des causes concurrentes à la cause commune apparaissent et si les individus sont prêts à nouveau à se mettre en chaîne, c'est cette fois pour alimenter le feu et diriger les flammes. Les forces centrifuges gagnent et le corps social, sous sa forme politique actuelle, ne survivra pas à la crise. Dans un tel climat, quand l'état de nature hobbesien⁶⁶ rejaillit sous la nature humaine et que l'Homme, animal politique⁶⁷, retourne à l'animalité, « gouverner, c'est contraindre »⁶⁸. Voici venu le règne de l'exception, des juridictions d'exception et des juges aux ordres de l'Ordre, qui dans leurs jugements n'ont de clémence que pour eux-mêmes et les méthodes qu'ils emploient⁶⁹. Le jugement des juges, lui, attendra celui de Minos et de la postérité.

C'est ce sont ces circonstances qui illustrent le plus nettement les mots d'Antonio Gramsci : « *la crise consiste justement dans le fait que le vieux monde se meurt, le nouveau monde tarde à apparaître et dans ce clair-obscur surgissent les monstres* »⁷⁰. Mais qu'une collectivité humaine soit confrontée à une crise cadre ou à une crise politique, un point commun demeure : la crise par nature concerne tous les cercles de la société qu'il convient de mobiliser, pour la prévenir ou la résoudre. C'est ici que rejaillit le caractère premier et

⁶⁶ Thomas Hobbes, *Léviathan*, 1651, Gallimard, coll. Folio essais, 2000.

⁶⁷ Aristote, *Les politiques*, Flammarion, trad. Pierre Pellegrin, 1993.

⁶⁸ George Pompidou, *Le nœud gordien*, Flammarion, 1974, pp. 57-71.

⁶⁹ V. sur l'état d'exception, l'ouvrage de référence de François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, PUF, coll. Léviathan, 2001.

⁷⁰ La traduction, assez libre, est de Serge Venturini dans *Éclats d'une poétique de l'inaccompli*, Livre 5, 2012, p. 12. Une autre traduction donnée et connue est celle de Robert Paris : « *La crise consiste justement dans le fait que l'ancien meurt et que le nouveau ne peut pas naître : pendant cet interrègne on observe les phénomènes morbides les plus variés* », *Cahiers de prison*, 5 tomes, Gallimard, Paris, 1983 ; t. 1 Cahier 3, §34, p. 283.

commun de toutes les crises : être des phénomènes complexes qu'il importe d'appréhender dans toutes leurs dimensions pour qu'il y soit correctement remédié. C'est à un semblable objectif que doit répondre la décision publique.

De la crise, nous avons donné cette définition: il y a crise pour un système donné, lorsque le niveau de désorganisation induit par la réalisation d'un événement redouté dépasse les capacités de réorganisation du système, mettant en péril son existence. Plus spécifiquement en matière d'Etat, il y a donc crise lorsque celui-ci pris en tant que système organisateur par excellence de la société, se trouve dans l'incapacité face à un événement menaçant son existence, d'élaborer une réponse adaptée.

Les contours et les implications de cette définition seront graduellement précisés, tout au long d'un développement qui s'attachera à distinguer dès que besoin les constantes et les variables des phénomènes de crise. Plus largement et prioritairement, il se consacrera à révéler les liens logiques et ontologiques existant entre la décision publique et les situations de crise et ce particulièrement afin de mettre en lumière toute l'importance de l'architecture logique de prise de décision, dont le droit est l'armature sous-jacente. Pour ce faire, nous avons décidé d'opter pour une approche réaliste et ce à plusieurs titres.

Réaliste d'abord quant à la façon dont la crise sera conceptualisée. Car la crise, si elle s'écrit au singulier, ne se décrit qu'au pluriel. Il était donc nécessaire pour rendre intellectuellement exploitable la notion de crise d'en dégager le concept des différentes situations méritant d'en porter le nom, afin d'en extraire les différents déterminants théoriques.

Réaliste ensuite dans son appréhension de ce qu'est une décision publique. Car une décision, à plus forte raison quand elle est publique, si elle est, en dernier lieu, forcément le produit d'une intention plus ou moins arrêtée, plus ou moins étayée, n'est jamais un acte de pure volonté. Elle est avant tout une réponse à une question vue comme un problème. A ce titre, la perception de la nature du problème et sa représentation par l'ensemble des acteurs institutionnels, sociaux et politiques amenés à le traiter ou à participer à sa construction, justement en tant que problème, conditionne la manière dont seront posés les termes de la question. La décision n'apparaît plus alors que comme l'aboutissement d'un processus et à ce titre, dans l'enchaînement causal des événements ayant participé à la produire, le chemin est aussi important que la destination. L'appréhension réaliste de la décision publique passera donc par l'examen du processus et des subjectivités ayant contribué à la façonner autant que par son but final.

Réaliste enfin dans sa conception du droit, qui dans un domaine aussi essentiel et même d'une importance proprement vitale ne devrait pas être vu comme autre chose qu'un

moyen au service d'une fin, c'est-à-dire comme un instrument d'ingénierie sociale. Les vies de beaucoup sont peut-être en jeu. Pour les préserver, il faut des raisonnements opératoires exactement fondés. Que le Droit n'en soit donc que la transcription fidèle, qu'il ne soit que ça et ce sera déjà beaucoup.

Pour satisfaire à cette approche, à la fois descriptive et prospective de l'évolution d'un état de chose, approche unique dans son objectif mais double dans sa perspective, il a été fait le choix dans l'analyse, chaque fois que nécessaire, de partir des effets pour remonter aux causes. Une semblable démarche a eu pour vertu, autant que faire se peut, de nous isoler du prisme de notre propre subjectivité. Si nous avions opté pour une démarche inverse, consistant à partir de principes plus ou moins artificiellement posés car tenus pour évidents, pour les suivre jusqu'à leurs ultimes déclinaisons, les postulats de départ n'auraient alors sans doute pas manqué d'être marqués inconsciemment de nos présupposés. Pour rester fidèle à cette démarche, il a fallu prendre les faits étudiés tels qu'ils étaient et non tels que nous aurions voulu qu'ils soient. Tout entiers et non en leur imposant artificiellement les bornes que la pensée se serait plu à leur fixer. L'objet essentiel de l'étude, au-delà de la crise, c'est le corps social. En dernier lieu, c'est l'Homme. Selon la perspective par laquelle on l'observe, l'image qu'il nous présente est changeante.

C'est cette image pourtant que l'observateur doit parvenir à fixer. Pour cela il devra accepter lui aussi d'aller là où la nécessité le conduit et de quitter ses domaines d'élection pour fouler des terrains moins familiers. Le champ couvert par le sujet est vaste. C'est que le Droit, tout à la fois matériau et outil, doit se plier à l'objet de son étude. Pour le comprendre, le juriste devra accepter de pénétrer dans tous les domaines que le droit embrasse.

Car, comme le rappelait sagement Portalis « *les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites* »⁷¹. Ce caractère, ces habitudes, cette situation, il fallait chercher à les pénétrer en usant de tout le champ des connaissances humaines. C'est qu'en perspective de la crise, il y a l'épreuve pour la surmonter et « *l'épreuve révèle l'homme, donne sa valeur ; on ne sait jamais ce que vaut celui*

⁷¹ Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, 1801, éd. Confluences, 2004, p. 14.

qui n'a pas été éprouvé »⁷². Mais en perspective de la crise, il y a aussi celle de la mort et « *comme un objet à très forte gravité qui déforme les lois de la physique, la proximité de la mort et la peur qu'elle induit déforment les individus et étirent leur comportement vers les extrêmes* »⁷³. Face à la crise, pour se gagner le droit de prolonger son existence, l'homme doit lutter et dans cette lutte, indépendamment de son savoir-faire scientifique et technique, il est toujours « *l'instrument premier du combat* »⁷⁴. C'est pourquoi dans l'appréhension du phénomène humain, l'observateur devra se montrer entier, sans quoi les conclusions tirées par lui ne seront pas plus cohérentes que celles déduites de l'examen d'une corde qui n'aurait eu qu'un seul bout. En regardant l'évolution des hommes, des choses et des événements, il ne devra pas perdre de vue ni le temps long, ni l'instant présent. De leur analyse minutieuse uniquement pourra résulter la découverte des éléments invariants qui constituent des points d'accrétion générateurs de crises.

Une fois ces éléments clairement déterminés, il sera alors temps de soumettre le cadre juridique français de décision publique en situation de crise à la critique pour y vérifier qu'il ne les néglige pas ou pire, qu'il ne contribue pas à leur donner corps. Une fois les failles établies, il sera ensuite possible de s'interroger sur la manière de les combler, mais sans jamais oublier « *qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même ; qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative* »⁷⁵.

Voici donc présentés de manière synthétique, quel fut le sens de notre démarche, les écueils rencontrés et la manière dont ils ont été contournés.

Pour les raisons qui ont été exposées, il a fallu regarder la crise en clinicien et les remèdes à y apporter en thérapeute. Dans les lignes qui vont suivre, le lecteur découvrira entre autres, un ensemble de prescriptions plus qu'un corpus de doctrines. La crise, en effet, se joue des doctrinaires. Contre eux, elle rend une implacable sentence par la brutalité du fait et ses jugements sont sans appel. C'est donc une praxéologie de la décision publique appliquée à la crise que le lecteur découvrira dans les développements qui vont suivre. La présente thèse se

⁷² *Conférences de N-D. de Paris*, par le R. P. Lacordaire, des frères prêcheurs, membre de l'Académie française. 11^e conférence : *De l'Épreuve*, année 1850.

⁷³ Michel Goya, *Sous le feu : La mort comme hypothèse de travail*, Taillandier, 2014.

⁷⁴ Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, *op. cit.*, p. 14.

⁷⁵ *Ibid.*

donne ainsi pour objet, par une quête de connaissance des lois de l'action humaine, de leurs constantes et de leurs variables, permettant d'aboutir à des conclusions opératoires, de révéler ce que devraient être les déterminants de l'action publique face à la crise.

Dans les développements qui précèdent ont été évoquées deux catégories de crises. La première est celle des crises qui trouvent leur origine dans la réalisation d'un risque.

Ces crises, parce qu'elles sont déclenchées par des événements connus et probabilisables, sont aussi qualifiées de crises cadres, car il existe des cadres normatifs destinés à anticiper sur leur survenance. Ce sont de ces crises dont il sera question dans la première partie de cette thèse, « **Crises cadres, causes d'encadrement de la décision publique** ».

La deuxième catégorie de crises est celles qui trouvent leur origine dans un acte conscient, volontaire et réfléchi et qui visent directement à affecter les éléments ordonnateurs et structurants de la société, autrement dit son armature politique. Ce sont de ces crises, que nous avons qualifiées de crises politiques, dont nous traiterons dans la deuxième partie de cette thèse, « **Crises politiques, révélatrices d'autonomisation de la décision publique** ».

Partie 1 : Crises cadres, causes d'encadrement de la décision publique

Ainsi que nous allons le démontrer, en matière de risques, il y a crise lorsque pour un système donné, le niveau de désorganisation induit par la réalisation d'un risque dépasse ses capacités de réorganisation, mettant en péril son existence. Et tel qu'entendu précédemment, en matière d'Etat, il y a crise lorsque celui-ci pris en tant que système organisateur par excellence de la société, se trouve dans l'incapacité, face à un événement menaçant son existence, d'élaborer une réponse adaptée. La crise lors de sa réalisation est donc par définition la résultante d'une rupture, d'un dépassement, dans tous les cas d'un impensé. Mais impensée, la crise n'est pas forcément impensable et elle n'échappe pas à toute tentative de conceptualisation et d'anticipation. La crise en effet, est toujours la conséquence d'un événement dont la potentialité de survenance a été soit sous-estimée, soit ignorée.

Lorsque cet événement est caractérisable tant dans sa probabilité de survenance que dans la nature et l'ampleur de ses conséquences, il peut alors être qualifié de « risque ». Il sera valablement considéré comme tel si d'une part toutes les situations susceptibles d'être créées par sa réalisation sont anticipées et d'autre part si une probabilité mathématique objective et chiffrée est associée à chacune de ces situations. Qu'un de ces paramètres vienne à manquer et l'événement redouté sera alors considéré non plus comme un « risque » mais comme une « incertitude ». Mais contrairement au risque, qui suppose pour mériter cette appellation une connaissance parfaite du phénomène redouté, l'incertitude comporte des degrés. Elle peut ainsi résulter d'une impossibilité à anticiper toutes les situations susceptibles d'être créées ou d'évaluer avec certitude l'ensemble des probabilités affectant chacune de ces situations. Enfin, l'incertitude peut également découler de la combinaison de ces deux facteurs.

Dans les deux cas, ce type de crise dans sa conceptualisation, même imparfaite, offre une prise à la pensée et donc à une forme d'anticipation. De fait, elle est anticipée et encadrée par des instruments juridiques spécifiques, adaptés à différents types de risques connus de longue date. Par conséquent ce type de crise mérite l'appellation a priori curieuse mais répandue dans la littérature scientifique sur ces questions, de « crise cadre ».

Pour les pouvoirs publics, la distinction entre risque et incertitude apparaît ouvrir deux voies distinctes et parallèles en matière de prise de décision. C'est qu'en effet, le niveau d'information autour d'un événement redouté va venir directement en conditionner la représentation. En situation de risque, l'information disponible couvre tout le champ des possibles et chacun des possibles est correctement évalué. Le risque offre donc une prise directe à l'action des pouvoirs publics qui pourront mettre en regard de l'événement redouté les moyens nécessaires pour s'en prémunir. Le choix de ces moyens et les éventuels arbitrages auxquels il faudra procéder pourront être effectués en conscience et en pleine possession de l'intégralité des données essentielles à la résolution du problème posé. En situation d'incertitude en revanche, l'impossibilité d'anticiper les conséquences de la réalisation de l'événement dans toutes leurs dimensions, vient obérer toute tentative de vouloir calibrer avec exactitude la réponse à apporter. Or à l'examen et ainsi que nous le verrons, il s'avère que la distinction entre situation de risque et situation d'incertitude n'est pas aussi rigide qu'elle vient d'être présentée de même que l'alternative qu'elle offre pour le décideur public n'est pas aussi simple.

En matière de crise, parce que cette notion emporte dans sa perspective des conséquences potentiellement meurtrières, les acteurs de la décision publique possèdent une inclination naturelle à vouloir rechercher la meilleure décision possible. Mais de même que la formulation d'une réponse n'est jamais étrangère à la manière dont a été posée la question, l'adoption d'une décision publique porte toujours l'empreinte du circuit de prise de décision qui en a été à l'origine. La recherche de la meilleure décision possible passe donc par l'élaboration du circuit de décision le plus optimal et le plus à même d'exprimer et traduire l'intégralité des paramètres sous-jacents au problème à traiter. Or traduire, c'est trahir et une architecture logique de prise de décision n'a jamais la neutralité que l'on souhaiterait lui conférer. La tentation est grande en effet de vouloir rechercher des critères discriminants incontestables qui permettraient de trancher entre les différentes options susceptibles de se présenter. Assurément, si la volonté de découvrir de tels critères est louable et rationnellement fondée, souvent la quête sera vaine. Comme il sera développé, de semblables critères existent, mais comme nous le démontrerons, ils se trouvent dissimulés sous la gangue des subjectivités des différents acteurs de la décision publique, acteurs qui ne se limitent pas aux seuls pouvoirs publics.

C'est qu'en effet, une crise, un risque, ne saurait être vu uniquement par ses éléments terminaux les plus immédiatement identifiables. Comme il a déjà été dit, dans la perspective de la crise, il y a la mort et « *Comme un objet à très forte gravité qui déforme les lois de la*

physique, la proximité de la mort et la peur qu'elle induit déforment les individus et étirent leur comportement vers les extrêmes »⁷⁶. Dans les développements qui vont suivre, nous mettrons en lumière l'impact que peut avoir l'architecture logique de prise de décision sur la décision publique et rechercherons les éléments qui en constituent les paramètres structurants. De même que nous déterminerons les contours et les défauts du paradigme général sous-jacent à l'ensemble des politiques publiques de lutte contre les risques, ainsi que les correctifs à y apporter.

Pour y parvenir nous examinerons dans un premier temps les modalités par lesquelles le décideur public est amené à intervenir (Titre 1), avant, dans un second temps, de traiter des procédés d'élaboration de la décision publique (Titre 2).

⁷⁶ Michel Goya, *Sous le feu: La mort comme hypothèse de travail*, Tallandier, 2014.

Titre 1 :

Les modalités d'intervention du décideur public

La lutte contre les risques suppose pour son efficacité que les acteurs de la décision publique soient en possession de la meilleure information disponible sur le phénomène dont ils cherchent à prévenir les conséquences. Dès lors, la lutte contre les risques met en lumière les problématiques liées à l'interfaçage entre la production de la connaissance et son intégration à l'architecture logique de prise de décision.

Pendant longtemps, la lutte contre les risques, dictée par quelques nécessités évidentes et immédiatement perceptibles, a été remise à une certaine forme d'empirisme, non dénué d'efficacité. Toutefois, le développement industriel et scientifique, a rendu indispensable le développement parallèle de nouvelles méthodes d'appréhension des risques et même de leur systématisation. Mais cette systématisation n'est pas allée de soi et loin d'accompagner harmonieusement le progrès, elle a avant tout été imposée par la force des circonstances. La place prise ces dernières années dans le débat public par les questions relatives aux risques ne doit en effet rien au hasard. Durant les trente années de l'après-guerre, la tendance dominante était dans la foi dans le progrès, portée par la croissance économique. Mais désormais, c'est bien la défiance qui prédomine. Ainsi que certains auteurs le relevaient « *Si les questions de risque, de précaution et de gestion de crise sont devenues centrales ces dernières années, on le doit assurément à de grands événements venus questionner violemment la course au progrès que les sociétés occidentales tenaient volontiers pour assurée. Durant les trente glorieuses, la foi dans le progrès était à son zénith ; depuis 20 ans, nous sommes de plus en plus sensibles aux dégâts du progrès et à l'effritement de la maîtrise collective de leurs effets. Le leitmotiv des années 70 « tout est sous contrôle » a laissé place à un autre : « le risque zéro n'existe pas »* »⁷⁷.

La crise est un phénomène au confluent du rationnel et de l'émotionnel et les cadres juridiques destinés à l'appréhender, loin d'émousser cette tendance, en ont épousé le mouvement. Comme nous le démontrerons, les crises comme les politiques publiques destinées à les maîtriser, n'apparaissent pas en génération spontanée mais se créent par

⁷⁷ Olivier Godard, Claude Henry, Patrick Lagadec et Erwann Michel-Kerjan, *Traité des nouveaux risques. Précaution, crise, assurance*, Gallimard, « Folio-Actuel » Paris, n° 100, 2002, p. 20.

sédimentation. Pour comprendre l'origine de dispositifs de lutte contre les risques actuels, nous en déroulerons le fil et chercherons à déterminer les raisons qui les ont engendrés.

Si la nécessité de prévenir les risques a rapidement fait place à l'obligation de les prévoir (Chapitre 1), le souci d'anticiper le risque sans cesse plus en amont a conduit au développement du principe de précaution (Chapitre 2).

Chapitre 1 : D'une nécessité de prévention à une obligation de prévision

"Gouverner, c'est prévoir", disait Emile de Girardin. Depuis un mouvement amorcé depuis la fin du XIX^e siècle, le risque est devenu un objet d'étude à part entière, distinct et séparable de l'addition des différents domaines qu'il recouvre. En 1986 déjà, Ulrich Beck⁷⁸, tirant enseignement des signes des temps, prophétisait l'avènement d'une « société du risque »⁷⁹. Etayant sa pensée sur le bilan d'un certain nombre de catastrophes naturelles, technologiques et sanitaires d'un type nouveau, il mettait en exergue les faiblesses de la société industrielle face à elle-même et prédisait un bel avenir à la prise en compte des risques dans les pays avancés. Le temps de la prophétie est passé : celle-ci s'est désormais réalisée.

Voilà un peu plus de trente ans maintenant, les problématiques liées au risque sous toutes ses formes sont même sorties des cénacles des spécialistes pour se diffuser très largement auprès de la masse des citoyens, au point de devenir un élément récurrent du débat public. C'est qu'en effet, rançon de la société industrielle et moderne, le dernier quart du XX^e siècle a été riche en catastrophes naturelles et technologiques majeures⁸⁰ qui ont créé dans les mentalités un terrain favorable à l'apparition de nouvelles préoccupations. Dès lors, le risque, et par extension les catastrophes et les crises, sont devenus un phénomène social et politique majeur. Quoique le droit ne l'ait jamais ignoré, il en irrigue à présent toutes les branches et tend même à devenir un paramètre directeur de l'évolution des sciences juridiques⁸¹.

⁷⁸ Ulrich Beck, né le 15 mai 1944 à Słupsk en Pologne est un sociologue allemand.

⁷⁹ Son ouvrage majeur, *Risikogesellschaft*, publié en 1986, a été traduit et publié en anglais en 1992, puis en français en 2001. Ulrich Beck, *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, trad. de l'allemand par Laure Bernardi ; préf. de Bruno Latour, éditions Aubiers, Paris 2001.

⁸⁰ Citons entre autres sans souci d'exhaustivité, pour les catastrophes naturelles :

- les deux éruptions consécutives de la Montagne Pelée en 1902 (28000 morts), rasant totalement la ville de Saint-Pierre.

- la crue de la Seine 28 janvier 1910 (qui aura tué vraisemblablement moins de 5 personnes, mais aura causé 1,07 G euros de dégâts).

- les inondations du Sud-ouest en 1930 (un millier de morts).

- l'avalanche de Val d'Isère du 10 février 1970 causant la mort de 39 personnes dans un foyer UCPA.

- la tempête de 1999 (en réalité deux tempêtes) qui aura tué 91 personnes dans toute l'Europe et causé près de 19,2 milliards d'euros de dégâts.

Pour les catastrophes technologiques :

1966 Feyzin – France, incendie d'une industrie pétrochimique, 18 morts.

1974, Flixborough – Grande Bretagne, explosion sur un site industriel, 28 morts.

1976, Seveso – Italie, fuite de dioxine d'une usine chimique, 37.000 personnes touchées.

1984, Bhopal – Inde, fuite d'un gaz toxique, environ 2.500 morts et 250.000 blessés.

1984, Mexico – Mexique, explosion d'une citerne de gaz de pétrole liquéfié, plus de 500 morts et 7.000 blessés.

2001, Toulouse – France, explosion d'un site industriel, 30 morts et plus de 2.000 blessés

⁸¹ Pour un panorama succinct des rapports entre la notion de risque et celle de droit, v. Jacques Moury , « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *Rec. Dalloz*, 2012, pp. 1020-1028. L'auteur d'observer : « si le vocable fait encore surgir, un an plus tard, les images de l'accident de Fukushima, l'actualité quotidienne est

Pourtant, si la prise de conscience semble récente, la problématique est ancienne. En 1755 déjà, une querelle célèbre opposa Voltaire à Rousseau à propos du tremblement de terre de Lisbonne⁸². En effet, alors que Voltaire présente, dans son *Poème sur le désastre de Lisbonne*, la fatalité comme la seule responsable de l'étendue de la catastrophe, Rousseau, lui, expose un point de vue diamétralement opposé puisqu'il avance dans sa *Lettre sur la Providence* que l'Homme peut se garder des conséquences des risques naturels, notamment en évitant de s'implanter dans des zones dangereuses ou dans des conditions défavorables⁸³. Cette controverse à fleurets mouchetés entre les deux écrivains marque le début de la réflexion sur la responsabilité de l'Homme face aux risques naturels majeurs.

Perçue auparavant sous l'angle unique de la fatalité, la lutte contre les risques ne pouvait conceptuellement s'appuyer que sur le seul retour d'expérience, nécessairement postérieur à leur survenance. Les évolutions scientifiques du XX^e siècle, couplées à celle des mentalités ont permis l'apparition d'une démarche méthodique de prévention des risques (Section 1), laquelle a autorisé le développement d'un cadre juridique autorisant sa mise en œuvre (Section 2).

ponctuée d'événements à propos desquels est évoqué le risque. La perception exacerbée qu'en ont les individus est le symptôme, techniquement, des dérèglements d'une société qui ne parvient pas à maîtriser totalement les applications des avancées constantes de ses connaissances théoriques, sociologiquement, de la maladie de cette même société dont le besoin de sécurité ne cesse de croître pour se loger dans tous les replis du corps qui en est atteint. Aussi le risque est-il présent en d'innombrables occurrences dans son premier système normatif, le droit. La notion y est polymorphe, le vocable polysémique. Au risque ne correspond aucune qualification générique qui permettrait, parce que la notion présenterait les caractéristiques essentielles des éléments en relevant, de le faire entrer dans telle catégorie d'où résulterait par rattachement l'application de tel régime. L'on ne saurait davantage embrasser ses manifestations dans une formulation irréductible, encore que la lexicographie de Robert en offre, avec l'entrée correspondant à la langue du droit, un honnête dénominateur : "éventualité d'un événement ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer la perte d'un objet ou tout autre dommage". Il est ainsi permis de ne pas souscrire pleinement à l'idée que "le risque s'impose désormais comme une nouvelle rationalité du droit, c'est-à-dire une nouvelle manière de raisonner en droit, de penser le droit". Considéré sur un terrain juridique et non plus philosophique, le caractère conceptuel de la notion s'estompe, celle-ci n'y pouvant recevoir une définition unique cohérente dont le contenu serait abstraitement et rigoureusement déterminé. Il ne s'agit plus que d'une notion fonctionnelle, que l'on ne peut guère appréhender qu'au travers des mécanismes qui tentent de satisfaire toujours plus avant cette exigence de sécurité : le risque demeure la résultante de données techniques -qui se doublent bien sûr de paramètres sociologiques- d'une grande diversité, dont le traitement par le droit est marqué par l'hétérogénéité. Le risque pénètre la règle de droit dès l'aube des temps juridiques. Il loge déjà, voici près de quatre mille ans, dans plusieurs "articles" du Code d'Hammourabi. La notion se ramassera longtemps en un événement prévisible dans sa possibilité de survenance et ses conséquences, quantifiable et pouvant dès lors donner prise à une modification de la charge des effets dommageables de sa réalisation par le jeu d'une règle attributive. A l'ère post-industrielle, le schéma que dessinaient les techniques d'attribution a dû pousser des ramifications. L'ampleur des dommages que pourraient engendrer certaines technologies serait telle que la question va bien au-delà de l'attribution de la charge de la réparation : il faut veiller à ce que l'événement ne se produise pas. De nouvelles procédures sont apparues, de telle sorte que les innombrables manifestations du risque ont aujourd'hui envahi le droit ».

⁸² Le 1^{er} novembre 1755, la ville de Lisbonne au Portugal a été détruite dans sa quasi-intégralité par trois secousses sismiques consécutives suivies d'un raz-de-marée. Faisant entre 60000 et 100000 morts. Beaucoup de victimes périrent dans les effondrements des églises où l'on y célébrait la Toussaint. La nouvelle de la catastrophe eut un retentissement immense dans toute l'Europe.

⁸³ Telles que la surpopulation ou l'habitation dans des immeubles de plusieurs étages.

Section 1 : L'apparition d'une démarche de prévention des risques

L'émergence dans les consciences de la nécessité de se prémunir de la survenance des risques a conduit à leur systématisation, qui s'est fait en plusieurs temps, par un glissement législatif graduel. Le passage du simple constat de la survenance de la catastrophe à son analyse, c'est-à-dire le passage d'une approche empirique de la prévention à une approche systémique (§1) s'est doublé d'un glissement d'une approche déterministe à une approche probabiliste (§2).

§1) D'une approche empirique à une approche systémique

Historiquement, parce que la connaissance des risques repose d'abord sur l'analyse de paramètres concrets et tangibles, les méthodes pour parvenir à les prévenir relèvent avant tout de procédures de nature technocratique, ne laissant aux organes élus qu'un rôle tout à fait secondaire sur le plan décisionnel. Ces derniers n'ont le plus souvent que la charge de mettre en application des mesures qu'ils n'ont pas contribué à élaborer. Ainsi, à l'échelon local, le rôle de l'élu, tant dans le cadre de la prévention de la crise que dans sa résorption, apparaît avoir toujours été tenu, la connaissance technocratique primant sur la légitimité démocratique (A). Au niveau national en revanche, la primauté de la dimension technocratique est moins évidente puisqu'elle se trouve cette fois étroitement imbriquée avec la légitimité démocratique que lui confère l'institution parlementaire (B).

A) Une démarche technocratique ancienne à l'échelon local

Parce qu'une législation est toujours, dans le domaine sur lequel elle porte, le reflet des préoccupations de son époque, l'analyse chronologique des législations adoptées doit permettre de retracer l'évolution des postures intellectuelles dans le domaine en question. Ce sera cette démarche qui sera suivie pour retracer l'évolution des postures intellectuelles à l'égard du risque. L'analyse comparée des premiers textes relatifs à la prévention des risques (1) et des textes contemporains (2) révélera l'ensemble des changements d'approche en la matière.

1) Les premiers textes relatifs à la prévention des risques

Le décret du 15 octobre 1810 relatif aux Manufactures et Ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode, envisage d'abord le risque sous l'angle de l'incidence sur le confort et la protection de la propriété privée avant celui du danger en tant que tel⁸⁴. Il est le premier texte à établir une nomenclature entre différents établissements selon leur impact sur leur voisinage, assortie d'un gradient de protection fonction de leur capacité de nuisance, se traduisant par la mise en œuvre de diverses mesures destinées à en limiter les conséquences (éloignement, contrôle...). La place laissée au maire est pour ainsi dire anecdotique. Sa prérogative la plus importante se résume à la délivrance d'un avis obligatoire auprès du sous-préfet, préalablement à l'autorisation d'installation des établissements de troisième classe, à

⁸⁴ Relevons ici qu'il ne s'agit pas à proprement parler du premier texte en la matière, même s'il est d'usage de le voir comme le vénérable ancêtre de la législation actuelle. Jean-Louis Mestre dans son *Introduction historique au droit administratif français*, rapporte ainsi l'existence au Moyen-Age de dispositifs juridiques d'assistance mutuelle entre les autorités municipales et toute sorte d'associations de paix. Les associations de paix sont des groupements d'hommes en charge de la paix publique, à quelque titre que ce soit. Il existe notamment « *des associations de propriétaires pour défendre les terres contre les inondations, pour aménager les irrigations, pour assécher les marais* », (p. 81), une « *police de la salubrité, qui s'applique partout aux lépreux et aux pestiférés, mais qui concerne aussi dans certaines villes des établissements dangereusement insalubres, comme les abattoirs ou certains ateliers : en Avignon, ils sont relégués dans des lieux spéciaux ; à Millau, l'installation d'un réservoir dans lequel les tanneurs feraient tremper leurs peaux est prohibée après enquête* » (p. 73). De même, les autorités municipales s'efforcent d'assurer la propreté des rues « *en édictant d'innombrables prescriptions d'hygiène qui concernent tous les habitants* » (p. 68). Au XV^e siècle, « *elles établissent des décharges publiques, et organisent un système d'enlèvement des ordures* » (p. 69). Elles veillent également sur les cours d'eau et « *obligent les riverains à procéder à leur curage et à l'entretien des digues* » et « *interdisent les constructions susceptibles d'augmenter ou de restreindre le débit* » (p. 68). D'une façon générale, le droit de la santé et de la sécurité publique irrigue tout le champ d'intervention des autorités. V. Jean-Louis Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, coll. Droit fondamental, 1985. V. également François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995. Comme le rappellent Michel Baucomont et Caroline London, « *confronté régulièrement à la prolifération des nuisances, l'Ancien Régime a multiplié les réglementations les plus diverses, souvent de manière conjoncturelle et empirique. Parmi les actes dont les manifestations furent les plus sensibles, se tiennent vraisemblablement les coutumes, ancêtres des règlements sanitaires locaux, du moins sur ce plan. Certaines d'entre elles édictèrent ainsi des règles d'hygiène s'appliquant aux activités domestiques et artisanales, et définirent notamment des normes très précises au sujet de l'assainissement des habitations. Ponctuellement, des règlements royaux venaient imposer des restrictions dans la menée des activités nuisibles, surtout au sein des villes, s'appliquant parfois sur tout le territoire. Au fil des époques, furent ainsi interdit le jet des détritiques dans les rues, le rejet dans la Seine de matières susceptibles d'en corrompre les eaux ou, à de multiples reprises, l'élevage des porcs dans la ville de Paris. En 1663, un règlement général pour le nettoyage de la ville de Paris synthétisa les règles applicables en matière d'assainissement. Parmi les activités les plus visées par cet embryon de droit des nuisances, les boucheries, les équarrissages, les élevages et les tanneries occupèrent une place prépondérante. À l'étude, toutes ces règles témoignent cependant de la constitution progressive de traditions méthodologiques à l'égard desquelles les réglementations ultérieures n'ont que peu dérogé, même si elles en ont amplifié grandement les effets. Ainsi, dès 1533, une ordonnance imposa l'édification de fosses dans les habitations, sous peine de saisie des loyers et des maisons afin d'y pourvoir, ce qui revenait à instituer des procédures de consignation et d'exécution d'office que sont loin de désavouer la plupart des branches actuelles du droit de l'environnement. De même, en 1567, un règlement royal ordonna-t-il l'exclusion hors des villes des tueries d'animaux et des écorcheries, tout en enjoignant de murer les lieux où elles se tenaient* », Lamy environnement, fasc. 105-8. V. aussi Carine Jallamion, « Contribution à une histoire du droit privé de l'environnement : la lutte du juge judiciaire contre les pollutions et nuisances », *BDEI*, 2009, numéro spécial, pp. 7-15.

savoir les moins nuisibles⁸⁵⁸⁶. Concernant les établissements de deuxième classe, le maire n'agit pas en tant qu'élu mais en tant que représentant de l'Etat, puisqu'il a la charge de procéder à des informations de *commodo et incommodo*⁸⁷ pour le compte du sous-préfet. Pour ce qui est de l'installation des établissements de première classe, le maire n'a pas d'autres droits que ceux du simple particulier, à savoir celui bien mince de présenter des moyens d'opposition⁸⁸. Signe des temps, le décret du 15 octobre 1810 fait la part belle à ces organes napoléoniens par excellence que sont les préfets et les sous-préfets, le maire n'étant, au mieux, qu'un autre organe de transmission du pouvoir exécutif.

La loi du 19 décembre 1917 modifiée relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes ne bouleverse pas ce bel ordonnancement mais le complète harmonieusement tout en précisant ses contours⁸⁹. Le champ d'application de la loi est réduit aux seuls établissements industriels ou commerciaux, et la troisième catégorie de la nomenclature soumet désormais à simple déclaration l'installation de certains établissements. Sur le plan doctrinal et malgré ce qui peut apparaître comme un assouplissement du dispositif, la sécurité du voisinage prend le pas sur la commodité de celui-ci. De même la loi enrichit de quelques sophistications le système, notamment en donnant des précisions sur les différentes modalités de contrôle des installations et sur la latitude de manœuvre de l'administration face à ces dernières. Mais du maire il est à peine question : il n'a pour seul droit que celui de rendre un avis sur les nuisances causées par un établissement industriel qui ne serait pas visé par la nomenclature et ce conjointement avec le conseil départemental d'hygiène. En parallèle de la création d'une catégorie d'établissements soumis à simple déclaration et dont les contours épousent peu ou prou ceux de l'ancienne troisième classe du décret du 15 octobre 1810, il perd même la possibilité de rendre un avis préalablement à leur installation. En revanche, les municipalités concernées (et non le maire lui-même), possèdent toujours la faculté de contester les arrêtés préfectoraux statuant sur les conditions d'exploitation des établissements. Cet amenuisement du rôle de l'élu est le pendant logique de la technicisation

⁸⁵ Art. 2 du décret du 15 octobre 1810

⁸⁶ Relevons ici que le classement de certains établissements en troisième catégorie, « établissements qui peuvent rester sans inconvénient auprès des habitations, mais doivent rester soumis à la surveillance de la police » semble aller bien au-delà de la simple prévention des odeurs insalubres ou incommodes. C'est selon toute vraisemblance le souci de la sécurité intérieure de l'Empire, entendue ici en son acceptation la plus étroite, qui a guidé la plume du législateur. Sur le strict plan de la logique élémentaire, on voit en effet mal dans quelle mesure les doreurs sur métaux et les fabricants de caractères d'imprimerie peuvent nuire à la salubrité publique. C'est bien plutôt la volonté de prévenir le trafic de fausse monnaie ou de s'assurer du contrôle de la presse qui transparaît de ces dispositions.

⁸⁷ Art. 7 du décret du 15 oct. 1810

⁸⁸ Art. 3 du décret du 15 oct. 1810

⁸⁹ Loi du 19 déc. 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes (JO du 21, p. 10443).

du processus de classement et du développement des administrations détentrices du savoir-faire indispensable pour y procéder. La loi du 19 décembre 1917 fait en effet une place plus large aux services de l'inspection des établissements classés et aux conseils départementaux d'hygiène, lesquels sont impliqués à tous les stades de l'application de la loi⁹¹.

Signe que la loi répondait parfaitement aux préoccupations de son temps, une longue période de silence législatif s'ouvrit alors, puisqu'il faudra attendre 1976 pour que le Parlement se saisisse à nouveau de la question de la prévention des risques.

2) Les législations contemporaines de prévention des risques

La loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement se montrait beaucoup plus ambitieuse et ajoutait la protection de l'environnement aux intérêts déjà couverts par les législations antérieures⁹². Elle étendait également ses dispositions à toutes les « *installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature et de l'environnement, soit pour la conservation des sites et des monuments* »⁹⁴.

Mais ce développement des objets et des fins visées par la législation ne s'accompagne pas pour autant d'un renforcement des prérogatives de l' élu, lesquelles restent minces. Néanmoins, le conseil municipal se voyait attribuer une prérogative antérieurement réservée au maire, prévue par le décret de 1810 et supprimée par la loi du 19 décembre 1917 : celle de rendre, conjointement avec une commission départementale consultative un avis, antérieurement à la délivrance des décisions préfectorales d'établissement⁹⁵. Ces dernières peuvent d'ailleurs toujours être déférées devant les juridictions administratives par les communes.

Le maire, quant à lui, conserve son droit de rendre un avis conjointement avec le conseil départemental d'hygiène, sur les nuisances causées par l'exploitation d'un établissement ne figurant pas dans la nomenclature, préalablement à une mise en demeure par

⁹¹ Voir notamment les art. 19 et 23 de la loi du 19 déc. 1917 préc.

⁹² Loi n° 76-663 du 19 juil. 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement (JO du 20, p. 4320). Relevons ici que pour la première fois, les termes de « protection de l'environnement » sont employés dans un texte législatif. V. ChantalCans, « La législation des installations classées de 1976 : un exemple de stabilité ? Anatomie d'une loi », *BDEI*, déc. 2006, n° spécial, pp.7 à 16.

⁹⁴ Art. 1 de la loi n° 76-663 du 19 juil. 1976 préc.

⁹⁵ Art. 5 de la loi n° 76-663 du 19 juil. 1976 préc.

le préfet⁹⁶. Relevons ici que pour la première fois apparaît en droit français la notion de risque dans sa version moderne, à savoir celle désormais bien connue du diptyque d'un aléa menaçant des enjeux. Sont en effet créées les études de danger⁹⁷, lesquelles imposent à l'exploitant la mise en place de mesures propres à réduire les « *effets d'un accident* » ou sa « *probabilité de survenance* ».

La loi du 13 juillet 1982⁹⁸ relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles introduira dans le dispositif de prévention un nouvel instrument de maîtrise des risques : le Plan d'Exposition aux Risques (PER)⁹⁹. Ces plans prévoyaient pour la première fois l'instauration de servitudes d'utilité publique à l'intérieur de différentes zones, lesquelles étaient fonction de leur exposition aux risques naturels identifiés. La mise en place de ces plans s'inscrivait dans un schéma plus large visant à responsabiliser les administrés bénéficiant du régime de solidarité créé par la loi du 13 juillet 1982. Les administrés se voyaient exclus de ce régime de solidarité s'ils refusaient de se conformer aux édictons du PER¹⁰⁰. Le processus d'adoption de ce dernier exclut une nouvelle fois presque totalement les élus, un simple avis sur le projet de plan devant être demandé aux communes concernées.

Mais mal pensé car se heurtant aux dispositions de l'article R. 111-3 du code de l'urbanisme dans son ancienne rédaction¹⁰¹ et particulièrement difficile à mettre en œuvre en raison de la complexité des mécanismes d'adoption, les PER ne seront pas ou peu utilisés¹⁰². Malgré leur échec, les PER préfigureront les Plans de prévention des risques naturels et technologiques prévisibles et y seront d'ailleurs plus tard assimilés.

⁹⁶ Art. 26 de la loi n° 76-663 du 19 juil. 1976 préc.

⁹⁷ Art. 5 du décret n° 77-1133 du 21 sept. 1977 pris pour l'application de la loi n°76-663 (JO du 8 octobre 1977, p. 4897).

⁹⁸ Loi n° 82-600 du 13 juil. 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles (JO du 14 juillet 1982, p. 2242).

⁹⁹ Décret n° 84-328 du 3 mai 1984 relatif à l'élaboration des plans d'exposition aux risques naturels prévisibles (JO du 6, p. 1338).

¹⁰⁰ Voir not. Jean Viret, « La refonte des plans de prévention des risques naturels », *Droit del'Environnement*, déc. 1995, fév. 1996, n° 35 et 36 (article en deux parties) ; Joël Cartron, « Les plans de prévention des risques naturels prévisibles : quelles améliorations du dispositif juridique de prévention », *RJE*, 1995-2.

¹⁰¹ L'art. R. 111-3 du code de l'urbanisme dans son ancienne rédaction disposait en effet que « la construction sur des terrains exposés à un risque tel que : inondation, érosion, affaissement, éboulement, avalanches, peut, si elle est autorisée, être subordonnée à des conditions spéciales ». Le code de l'urbanisme a depuis fait l'objet d'un profond remaniement et d'une recodification partielle, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016. L'idée générale qui gouvernait les dispositions de l'article R. 111-3 se trouve donc désormais à l'article R. 111-2 qui dispose « Le projet peut être refusé ou n'être accepté que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales s'il est de nature à porter atteinte à la salubrité ou à la sécurité publique du fait de sa situation, de ses caractéristiques, de son importance ou de son implantation à proximité d'autres installations ».

¹⁰² A ce sujet, v. not. le très connu, *Un parlement pour quoi faire ?*, André Chandernagor, Gallimard, Paris, 1967.

Une première et maigre extension des prérogatives des élus sera apportée par la loi du 4 janvier 1993¹⁰³ relative aux carrières, laquelle instituera une commission départementale des carrières au sein de laquelle le maire ainsi que le président du conseil général¹⁰⁴ siègent de plein droit, au côté de représentants des élus des collectivités territoriales¹⁰⁵.

La loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement apportera par contre la possibilité pour le maire d'introduire une requête devant l'autorité en charge de la délivrance de l'autorisation d'installation, aux fins d'instituer une servitude d'utilité publique autour de l'établissement¹⁰⁶. La création de servitudes d'utilité publique autour des établissements à risque est un instrument de maîtrise des risques qui sera amené à connaître une riche postérité, tant sur le plan normatif que contentieux¹⁰⁷. Le glissement législatif graduel d'une approche empirique de la prévention vers une approche systémique allait bientôt aboutir à une systématisation complète des procédés de prévision, systématisation qui constituera le socle des dispositifs législatifs à venir. Ces points nécessitant des développements particuliers, ils seront envisagés ultérieurement.

Loin de se limiter à l'échelon des collectivités territoriales, le développement de la question des risques et d'une approche systémique de celle-ci a aussi gagné l'échelon national, faisant du Parlement un observateur sourcilieux de certaines problématiques contemporaines liées à la matière.

¹⁰³ Loi n° 93-3 du 4 janv. 1993 relative aux carrières (JO du 4, p. 233).

¹⁰⁴ Le Conseil général est devenu entre temps Conseil départemental. V. Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires (JO du 18, p. 8242).

¹⁰⁵ Art. 8 de la loi n° 93-3 préc.

¹⁰⁶ Art. 67 de la loi n° 95-101 du 2 fév. 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (JO du 3, p. 1840).

¹⁰⁷ Sur ce point, v. David Gillig, « La prise en compte des risques naturels et technologiques par les POS/PLU », *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, LexisNexis, mars 2015, pp. 7-13 et Hervé Arbousset, « Le PPRT : un outil pertinent de protection des populations ? », in *Planifier le risque industriel*, Victoires Editions, 2009, pp. 153-164. Sur la délicate question des servitudes d'utilité publique imposées par un plan de prévention des risques et de l'indemnisation des propriétaires, v. François-Guy Trébulle, « Droit de l'environnement. Mai 2008-mai 2009 », *Rec.Dalloz*, 2009, pp. 2448-2459. V. aussi : Xavier Larrouy-Castéra, « Politique de prévention des risques industriels : actualités des servitudes », *BDEI*, 2009, n° 22, pp. 11-12 ; Françoise Nési, « Un propriétaire voisin d'une installation classée, déjà soumis à des servitudes d'utilité publique, peut-il obtenir une indemnisation du fait de contraintes nouvelles imposées par un classement Seveso ? », *BJDU*, 2008, pp. 432-434.

B) Une démarche démocratique récente à l'échelon national

En parallèle de l'accroissement limité, mais réel, du rôle de l'élu local dans la lutte contre les catastrophes, il est un autre organe qui a suivi une voie similaire, sans pour autant que son histoire et son objet l'y aient particulièrement prédisposé : le Parlement¹¹³. Quoi que son émergence inattendue sur la scène de l'expertise ait été bienvenue (1), son efficacité n'est pas sans connaître certaines limites (2).

1) L'émergence du rôle du Parlement en matière d'expertise

Parent pauvre des institutions d'une V^e République construite toute entière contre ses excès sous les III^e et IV^e Républiques, enfermé entre les volontés d'un exécutif invasif et celles d'une Union Européenne lui soumettant à la dictée la législation à appliquer¹¹⁴ ; ardemment critiqué pour son insignifiance dès l'aube du régime¹¹⁵ et résolument vassalisé depuis l'adoption du quinquennat¹¹⁶, le Parlement n'a eu de cesse que de se trouver un nouveau souffle tout au long de son existence¹¹⁷.

¹¹³ John Stuart Mill rappelait que « Le véritable office d'une assemblée représentative n'est pas de gouverner, elle y est radicalement impropre ; mais bien de surveiller et de contrôler le gouvernement, de mettre en lumière toutes ses actions, d'en exiger l'exposé et la justification, quand ces actes paraissent contestables, de les blâmer s'ils sont condamnables, de chasser de leur emploi les hommes qui composent le gouvernement s'ils abusent de leur charge ou s'ils la remplissent d'une façon contraire à la volonté expresse de la nation, et de nommer leurs successeurs, soit expressément, soit virtuellement » ; *Considérations sur le gouvernement représentatif*, éd. Guillaumin, 1877, p. 135.

¹¹⁴ V. Jean-Marc Sauvé, « La revalorisation des Parlements ? », journée d'étude de la Société de législation comparée, Conseil d'Etat, 19 mars 2010. <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-revalorisation-des-Parlements> (page consultée le 28 fév. 2015).

¹¹⁵ V. not. le célèbre *Un parlement, pourquoi faire ?*, d'André Chandernagor, Gallimard, 1967.

¹¹⁶ Sur les implications du quinquennat, v. : Bertrand Pauvert, « Quinquennat, changer la République ou changer de République ? », *RRJ*, 2000-4, pp. 1503-1514. Sur l'impact de la révision constitutionnelle de 2008, v. encore Jean-Éric Gicquel, « La restauration des droits du Parlement dans le domaine de la procédure législative : entre espoirs et illusions », *Politeia*, 2009, n°15, pp. 387-405 ; v. aussi Bertrand Mathieu, « Transformer la V^e République sans la trahir », *AJDA*, 2008, pp. 1858-1865. Plus récemment, v. Richard Ghevoantian, « Quinquennat : Louis Favoreu avait raison », *RFDC*, 2014, pp. 953-959 ; Gérald Sutter, « La revalorisation de l'institution parlementaire : réalité ou fiction ? », *Politeia*, 2013, n° 23, pp. 201-216. Bastien François, « Le quinquennat présidentiel change-t-il quelque chose à la V^e République ? », *LPA*, 2008, n° 138, pp. 15-19. V. encore Bruno Daugeron, « Le quinquennat, retour sur les vrais enjeux d'un faux débat », *Revue juridique de l'Ouest*, 2000, n°4, pp. 486-517.

¹¹⁷ Dans son rapport de 2007, le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, dit « Comité Balladur », analysait sévèrement la situation du Parlement : « Rééquilibrage et modernisation sont au cœur des propositions formulées par le Comité pour ce qui concerne le rôle et les attributions du Parlement. Rééquilibrage, parce que le "parlementarisme rationalisé" dont la Constitution du 4 octobre 1958 porte la marque fut sans doute utile, voire indispensable, en son temps. Mais, face à un pouvoir exécutif qui, en raison notamment du fait majoritaire, a gagné en cohérence et en capacité d'action, il n'est que temps de faire en sorte que l'institution parlementaire remplisse mieux le rôle qui lui incombe dans toute démocratie moderne : voter les lois et contrôler le Gouvernement. Modernisation, parce que le fonctionnement du Parlement est inadapté aux nécessités de notre temps : les aspirations des citoyens ne trouvent, bien souvent, qu'un faible écho au sein des assemblées ; le Parlement ne contrôle guère l'action du Gouvernement et ne procède pas à une véritable évaluation des politiques publiques ; le législateur vote trop de lois, et ce dans des conditions qui ne permettent pas d'en assurer la qualité. Rééquilibrage et modernisation, enfin, parce que, dans le cadre de réflexion assigné au Comité, l'affirmation effective des droits et du rôle du

Dénué de la majeure partie des pouvoirs qui faisaient sa force antérieurement à 1958 mais toujours caisse de résonance des attentes et angoisses des citoyens, le Parlement s'est découvert dans la question des risques majeurs, les problèmes de santé publique et les catastrophes naturelles ou technologiques, un nouveau champ de la vie publique par lequel assoir sa légitimité. Il y parvient d'autant mieux que, parce que les parlementaires sont pour beaucoup des élus locaux, il permet de relayer au niveau national les inquiétudes exprimées au niveau local¹¹⁸.

Tour à tour examinateur impartial des événements, observateur attentif de leur déroulé, mais aussi porteur voire initiateur du débat public, le Parlement est désormais devenu un acteur incontournable de la scène des catastrophes¹¹⁹. Distancé par les avancées de la science, le Parlement s'est doté en 1983 de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST)¹²⁰, lequel a pour mission « *d'informer le Parlement des conséquences des choix de caractère scientifique et technologique afin d'éclairer ses décisions* »¹²¹. Pour mener à bien sa mission, l'OPECST « *recueille des informations, met en œuvre des programmes d'études et procède à des évaluations* »¹²³. L'OPECST est depuis devenu « *un lieu d'interface naturel entre le monde scientifique et le Parlement, permettant à ce dernier de posséder une information fiable et indépendante au moment de ses débats* »¹²⁴.

Signe de l'importance accordée par le Parlement à la problématique des risques, à titre d'ordre de grandeur, sur la seule session parlementaire de 2012 au Sénat, sur un total de 103

Parlement est la clé de l'encadrement des attributions d'un pouvoir exécutif rénové. Elle est aussi la condition d'une plus grande confiance des citoyens dans le fonctionnement de la démocratie ». Edouard Balladur, *Une V^e République plus démocratique – Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République*, La Documentation française, 2007, p. 30. V. Aussi Bertrand Mathieu, « Le "comité Balladur", ses travaux, son rapport. Vues intérieures », *RFDC*, HS, 2006, pp. 19-38. V. encore Didier Ribes, « Le comité Balladur, technicien expert du parlementarisme », *RFDC*, HS, 2006, pp. 117-132. Sur la revalorisation du Parlement, v. aussi Philippe Blachère, « La revalorisation de l'institution parlementaire : réalité ou fiction ? », *Politeia*, 2013, n° 23, pp. 189-200.

¹¹⁸ V. Alain Delcamp, « La perception du contrôle parlementaire. Comment le rendre plus attractif ? » *Pouvoirs*, 2010, n° 134, *Le contrôle parlementaire*, pp. 109-122.

¹¹⁹ V. Claude Birraux, « L'Opecst : le politique et l'expertise scientifique », *RFAP*, 2002, n° 103, pp. 391-397. V. aussi Pierre Delvenne, Sébastien Brunet, « Le TechnologyAssessment en question : une analyse comparative. », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2006-4, n° 1909-1910, pp. 5-63.

¹²⁰ Loi n° 83-609 du 8 juil. 1983 portant création d'une délégation parlementaire dénommée office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (JO du 9, p. 2125).

¹²¹ Art. 6 *ter* de la loi n° 83-609 du 8 juillet 1983 préc.

¹²³ Art. 6 *ter* de la loi n° 83-609 du 8 juillet 1983 préc. Pour une analyse critique de travaux récents de l'OPECST en droit de la santé, v. Hélène Gaumont-Prat, « Réflexions sur l'étude "les enjeux scientifiques", technologiques et éthiques de la médecine personnalisée" de l'OPECST », *LPA*, 2013, n° 198, pp. 7-11.

¹²⁴ Bertrand Pauvert, « Expert, expertise et décision publique », *Droit de l'environnement*, 2006, n° 142, pp. 270-274.

rapports d'information rendus, quinze d'entre eux abordaient une thématique ayant trait à une problématique liée à un risque naturel, sanitaire ou technologique¹²⁵.

Bien que n'ayant pas vocation à intervenir directement dans la prévention des risques majeurs¹²⁶, le Parlement joue néanmoins un rôle de premier plan dans la structuration du rapport au risque et la perception de celui-ci par les citoyens et les institutions. En effet, si le recours à des experts est chose courante dans l'administration française, il n'existe pas pour autant de procédure d'expertise proprement dite, pluridisciplinaire et contradictoire¹²⁷. Le peu de prestige dont jouit cette activité au regard de la recherche fondamentale, les faibles rémunérations, mais également les insuffisances en matière de culture du risque ont obéré son développement et contribué au sous dimensionnement de l'expertise continue et de la veille scientifique¹²⁸.

Par conséquent, en l'absence de concurrent dans le domaine de l'expertise publique, le Parlement, organe démocratique par excellence, est devenu par défaut le terrain d'élection du débat public en matière de risque, à l'exclusion de l'arène médiatique. Situé au confluent des interrogations des citoyens face au risque et des intérêts en cause, bénéficiant d'un accès à un panel d'experts reconnus, l'institution a su devenir un acteur apprécié de la prévention des risques, capable de tenir plusieurs rôles. Dans le cas de figure le plus courant, en intervenant en aval de la réalisation de la catastrophe, le Parlement peut se poser en arbitre et interprète des événements, tenant lieu de magistère de l'opinion publique. Par sa position et sa composition, le Parlement offre la hauteur de vue nécessaire à une analyse pragmatique des conditions de survenance de la catastrophe, indissociable d'une recherche des responsabilités. Et de responsabilités, le Parlement ne se prive pas d'en établir, rendant parfois des rapports aux allures de réquisitoire¹²⁹.

Pour satisfaisante que soit cette dimension de chambre de décompression intellectuelle post-crise, le Parlement ne doit pas y être réduit. En intervenant de façon plus prospective en

¹²⁵ Citons entre autres : Dominique de Legge, *Intérêt national, enjeux locaux - Gérer les risques au meilleur coût*, rapport d'information n°33 sur les investissements de la sécurité civile, Sénat, 10 oct. 2012, Yves Daudigny, *Les médicaments génériques : des médicaments comme les autres*, rapport d'information n°864, Sénat, 26 septembre 2013 ou encore Nicole Bonnefoy, *Pesticides : vers le risque zéro*, rapport d'information n°42, Sénat, 10 octobre 2012.

¹²⁶ A l'exception du vote de la loi, lorsque celle-ci s'y rapporte.

¹²⁷ « *Enfin et à l'image de ce qui existe aux États-Unis, « la procédure d'expertise scientifique peut être destinée à permettre l'expression des différents acteurs et le règlement concerté de problèmes pour lesquels n'existent pas de simples solutions techniques, elle s'inscrit dans une volonté affichée de transparence »* relève Christine Restier-Melleray, « Experts et expertise scientifique. Le cas de la France », *RFSP*, 1990, pp. 553-554.

¹²⁸ V. Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le Principe de précaution : rapport au Premier ministre*, La Documentation française, 2000, pp. 30 et s.

¹²⁹ Il n'hésite ainsi pas à dénoncer l'attitude de l'ensemble des services de l'Etat, mettant en cause une « *nébuleuse d'irresponsabilité collective* », Alain Anziani, rapport d'information n°554, Sénat, 10 juin 2010. pp. 26-31.

amont de la réalisation du risque, le Parlement agit également comme un révélateur des facteurs susceptibles de se muer en crise. Ainsi, en 2006 déjà, le Sénat s'interrogeait sur les conditions de mise sur le marché et de suivi des médicaments, dénonçant la complexité du fonctionnement des différentes agences amenées à intervenir sur cette question ainsi que leur trop grande porosité avec les acteurs privés¹³⁰. En 2007, il se penchait sur la question de l'optimisation du fonctionnement et la réactivité des agences en matière de sécurité sanitaire¹³¹. En 2009, éclatait le scandale du « *Mediator* »¹³², lequel confirmait de façon tragique les analyses des parlementaires¹³³.

Il est à regretter qu'en ce domaine comme dans d'autres il n'ait pas été tenu compte des recommandations du Parlement, lequel en s'étant emparé du problème hors de toute exposition médiatique a pu y poser un diagnostic de clinicien. Détachée des passions que provoque son éclairage, l'analyse n'en est que plus froide et lucide et le Parlement ne peut être accusé d'agir en juge, juré et bourreau, au service d'une opinion publique à la recherche de coupables.

2) Les limites du rôle du Parlement en matière d'expertise

Toutefois, la capacité réelle du Parlement à décroiser les problématiques et dépassionner les discussions ne doit pas faire oublier qu'il reste un organe politique par nature. Etre situé au confluent de tous les intérêts en présence ne lui donne pas pour autant la faculté de s'en détacher, surtout quand d'éventuelles responsabilités sont en jeu¹³⁴. Déterminer ou anticiper ces dernières ne s'effectue pas sans les circonscrire et il pourrait être tentant d'éluder, minimiser ou diluer la responsabilité de l'un ou l'autre grand organe ou corps

¹³⁰ Marie-Thérèse Hermange et Anne-Marie Payet, *Les conditions de mise sur le marché et de suivi des médicaments - Médicament : restaurer la confiance*, rapport d'information n°382, Sénat, 8 juin 2006.

¹³¹ Nicole Bricq, *Les agences en matière de sécurité sanitaire : de la réactivité à la stratégie*, rapport d'information n°355, Sénat, 27 juin 2007.

¹³² Sur le Mediator, v. Florian Roussel, « Médiator : l'impossibilité pour l'État de s'exonérer de sa responsabilité envers les victimes », *AJDA*, 2015, pp. 1986-1991.

¹³³ Voir le rapport de l'IGAS de 2011 sur le Mediator : Aquilino Morelle, Anne-Carole Bensadon, Etienne Marie *Enquête sur le Mediator*, RM2011-001P, Inspection générale des affaires sociales, 2011.

¹³⁴ V. Philip Norton, « La nature du contrôle parlementaire », *Pouvoirs*, 2010, n° 134, pp. 5-22. L'auteur y relevait que : « Selon la majorité des travaux de recherche, les rapports entre le législatif et l'exécutif penchent de façon marquée en faveur de l'exécutif. C'est là une analyse dominante depuis la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle. Au XIX^e siècle, l'éminent chercheur américain Abbott Lawrence Lowell -suivi au XX^e siècle par le précurseur de la science politique et diplomate lord James Bryce- voyait dans la montée des partis politiques un élément limitant le pouvoir des parlements. En 1921, Bryce écrivit une étude de la montée des partis et des groupes d'influence, notant en conclusion que "la dignité et l'influence morale des assemblées représentatives est en déclin". Il intitula notamment le chapitre 58 de son ouvrage *Modern Democracies*, "Le déclin des parlements". Depuis lors, la perception d'un déclin domine les analyses portant sur les assemblées législatives. Il n'est pas inhabituel d'entendre des commentateurs comme des législateurs déplorer le pouvoir de l'exécutif et l'incapacité du parlement à en restreindre l'action ».

de l'Etat. Pour démocratiquement élus qu'ils soient, les parlementaires n'en sont pas moins sujets au biais professionnel et à un certain esprit de corps.

Néanmoins, l'aptitude du Parlement à mettre en lumière certains grands problèmes de notre temps est indéniable. De par la double légitimité dont il bénéficie, à la fois démocratique mais aussi scientifique grâce à l'expertise de l'OPECST, le Parlement a notamment contribué à donner une visibilité à des problèmes confidentiels, jouant le rôle d'accélérateur du débat public. Il ne peut être dès lors que déploré que de plus larges prérogatives encore ne lui soient pas accordées en ce domaine, à plus forte raison en une période où l'on s'interroge sur son rôle.

Instrument indispensable de lutte contre les fléaux modernes, la démarche systémique de prévention des risques qui imprégnait les textes, parce qu'elle touchait à ses limites, s'est complexifiée. En effet, la loi, originellement d'essence purement déterministe, s'est rapidement teintée d'une approche probabiliste.

§2) D'une approche déterministe de la prévention vers une approche probabiliste

Historiquement, le rôle de l'élu et notamment de l'élu local, tant dans la prévention de la crise que dans sa résorption apparaît avoir toujours été tenu. Ce n'est qu'avec le glissement progressif d'une approche déterministe des risques vers une approche probabiliste que les prérogatives qui sont les siennes en la matière ont été élargies. Dans le cadre d'une approche déterministe des risques, ces derniers ne sont pensés et conceptualisés que par rapport à des scénarios d'accident préconçus, souvent liés à l'objet premier attendu du système qui en est la source. Ainsi, il est attendu d'une usine qu'elle fonctionne normalement et d'un cours d'eau qu'il offre un débit acceptable sans sortir de son lit. Tous les risques qui découlent de ces deux systèmes ne seront donc envisagés qu'à travers le prisme réducteur de leur but à atteindre. Pour que l'usine puisse fonctionner convenablement, il faudra chasser toutes les sources de nuisance susceptibles d'en affecter l'activité. Pour que le cours d'eau offre un débit acceptable, il faudra s'atteler à éviter que quoi que ce soit puisse en altérer le cours. Partant de cette analyse, seuls les effets directs découlant d'un dysfonctionnement du système seront correctement appréhendés. Echapperont donc à l'examen tous les risques qui ne seraient que le produit indirect de l'activité première du système. Ne seront donc pas prévenus les risques induits par l'afflux de matières premières via les réseaux autoroutiers dans le cadre d'une analyse des risques de l'usine. De même, seront éludées par la grille de lecture les éventuelles répercussions sanitaires d'une crue du cours d'eau, à la suite du croupissement des différentes nappes après le débordement du fleuve.

Dans le cadre d'une approche probabiliste en revanche, chaque système est décomposé en sous-systèmes interconnectés les uns aux autres, chaque sous-système et même chaque élément les composant se voyant assorti d'une probabilité de défektivité. L'ensemble étudié n'est alors plus le système perçu intuitivement comme étant à la source du risque (dans les exemples précédents, respectivement l'usine et le cours d'eau), mais l'intégralité des maillages des réseaux et des sous réseaux, composés de l'addition de l'ensemble des points nodaux retenus pour l'analyse. Il devient alors possible d'évaluer les répercussions de la défaillance d'un sous-système sur la totalité de la structure ainsi que de ses multiples effets en cascade à partir du seul examen des points nodaux.

En d'autres termes, dans le cadre d'une approche déterministe, seuls les causes et les effets du phénomène envisagé sont étudiés dans un milieu donné. Dans le cadre d'une approche probabiliste, la structure à protéger est observée dans sa globalité et chaque point nodal, chaque segment de cette dernière fait l'objet d'une étude de fiabilité, rendant possible l'examen des conséquences de leur rupture et des répercussions sur l'ensemble de la structure, l'étude des phénomènes proprement dit passant au second plan¹³⁵. Il est également possible de dire que dans le cadre d'une approche déterministe, il est parti du principe qu'un événement déterminé va se produire et qu'il faut identifier toutes les causes susceptibles de le générer pour anticiper sur sa survenance. Dans le cadre d'une approche probabiliste, il est parti du principe qu'un événement probable et statistiquement connu est susceptible de se produire et qu'il faut tout mettre en œuvre pour réduire sa probabilité de survenance à un niveau acceptable. Une autre manière de distinguer l'approche déterministe de l'approche probabiliste consisterait à présenter l'approche déterministe comme partant des effets pour remonter aux causes, et l'approche probabiliste comme partant des causes pour remonter aux effets¹³⁶. Les approche déterministe et probabiliste ne sont nullement exclusives et se

¹³⁵ Sur ces questions, v. not. Jean-François Brilhac et Karine Favro (dir.), *Planifier le risque industriel*, VictoiresEditions, 2009 ; Sophie Sabathier (dir.), *Guide juridique du risque industriel*, Ellipses, 2008.

¹³⁶ Voir, sur la distinction entre approche déterministe et approche probabiliste le rapport de l'INERIS (Institut national de l'environnement industriel et des risques) de 2002, intitulé *Analyse des risques et prévention des accidents majeurs (DRA-007)* : « L'approche déterministe consiste alors à recenser les événements pouvant conduire à un accident grave (...). L'étude probabiliste permet d'apprécier la probabilité des scénarios accidentels identifiés. Partant de la fréquence d'apparition des événements initiateurs (dérive d'un paramètre, brèche, corrosion, etc.), cette approche prend en compte la probabilité de succès ou d'échec des barrières de défense prévues (défense en profondeur) pour limiter les conséquences de ces événements initiateurs. La probabilité de succès ou d'échec dépend du comportement des opérateurs et de la fiabilité des systèmes déduite de l'expérience acquise en exploitation. On calcule alors la probabilité que chaque scénario accidentel conduit aux conséquences redoutées calculées ». V. encore Conseil d'analyse économique, *Les risques majeurs et l'action publique*, 2013, La Documentation française, pp. 12-13 : « La pensée commune du risque est spontanément causaliste avant d'être probabiliste. Un événement incertain se produit, par exemple une crue hivernale, et, en collaboration avec d'autres événements incertains qui se sont aussi réalisés, par exemple l'effondrement d'une digue et le ruissellement consécutif à des pluies abondantes, il entraîne différents états de

complètent même très bien. Le recours à l'une comme à l'autre admet d'ailleurs des degrés de façon à calibrer l'analyse des risques le plus exactement possible à l'objet de l'étude.

Mais parvenir à cette finesse d'analyse oblige d'en passer préalablement par une systématisation des procédés de prévision (A), laquelle, ainsi qu'il sera développé, va de pair avec une démocratisation des modalités de décision (B).

A) Une systématisation des procédés de prévision

Une nouvelle fois, l'examen des législations successives permettra de mettre en lumière les différentes évolutions en la matière, la consécration de la planification (1) annonçant le recours progressif à une démarche probabiliste (2).

1) La consécration de la planification

S'il est certain « *qu'affronter victorieusement une crise suppose une culture du risque et l'acquisition des gestes et méthodes permettant de faire face à l'événement lorsque celui-ci survient* »¹³⁷, la planification constitue le moyen privilégié de préparer et d'anticiper la réalisation des risques. La planification ORSEC en est le moyen ordinaire en France. Son origine remonte à 1952, date à laquelle une instruction interministérielle du 5 février ordonna l'élaboration, dans chaque département, d'un « *plan d'action permettant la mise en jeu rapide et efficace de tous les moyens disponibles* ». Le régime de ces plans ORSEC fut modifié par une autre instruction interministérielle avant que la loi du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs ne lui apporte une consécration législative.

Cette loi marque une double évolution dans l'histoire du droit des risques. D'une part, elle transpose en droit français la directive du Conseil, du 24 juin 1982, concernant les risques

choses, comme l'engloutissement des infrastructures et l'inondation des immeubles jusqu'à une certaine hauteur. Par un raisonnement naturel, on cherche d'abord à évaluer les dommages associés aux états de choses terminaux, ce qui permettra de restreindre l'attention à ceux qui importent vraiment, et à partir de là, on sélectionne les enchaînements causaux à étudier. Ce n'est là que du bon sens élaboré, mais comme on en trouve aussi dans les sciences et les techniques, et certaines méthodes semi-formelles s'y rattachent directement : celles des scénarios, des arbres de défaillances, des graphes causaux. Les analyses de risques menées par les ingénieurs s'arrêtent plus souvent à ce premier stade qu'on ne le supposerait. Nous parlerons dans ce cas d'une analyse déterministe du risque. À ce qu'il semble, un second stade ferait naturellement suite, car une fois posés des scénarios, un arbre d'événements ou de défaillances, un graphe causal, il suffirait d'ajouter des valeurs de probabilité aux emplacements convenables -scénarios, branches de l'arbre, arêtes du graphe. Nous parlerons dans ce cas d'une analyse probabiliste du risque. Mais toute la difficulté du second stade réside dans la disponibilité et la pertinence des valeurs de probabilité ».

¹³⁷ Bertrand Pauvert, « Bilan et perspectives de la protection civile en France », *Revue Guerre et Paix*, 2016, n° 1.

d'accidents majeurs de certaines activités industrielles, dite « *Seveso I* »¹³⁹, laquelle elle-même s'inspirait de la législation du 19 juillet 1976 sur les Installations Classées pour la Protection de l'Environnement (ICPE). Reprenant et refondant différents éléments des législations antérieures en un tout cohérent, elle est le premier texte à appréhender de manière globale la problématique des risques, envisageant aussi bien la question des risques naturels que technologiques, en amont ou en aval de leur survenance. Ainsi, elle entérinait législativement l'existence des plans ORSEC (ORSEC était anciennement l'acronyme d'Organisation des secours mais est devenu depuis 2005 celui d'Organisation de la Réponse de Sécurité Civile) de deuxième génération¹⁴⁰. En parallèle ont été créés des Plans d'urgence visant à calibrer et spécialiser la réponse des services de secours en fonction de la nature et de l'ampleur des événements¹⁴¹. La loi consacrera aussi le principe du droit à l'information des citoyens sur les risques majeurs, principe qui sera amené à connaître un développement important¹⁴³. Elle posait également en principe directeur de la prévention des risques, en filigrane, celui de leur réduction à la source.

Simple dans son énoncé mais audacieux et novateur dans ses applications¹⁴⁴, ce principe sera décliné finalement de manière assez classique, permettant d'assurer une

¹³⁹ Directive 82/501/CEE du Conseil, du 24 juin 1982, concernant les risques d'accidents majeurs de certaines activités industrielles, JOCE n° 230 du 5 août 1982, pp. 1-18.

¹⁴⁰ Sur les différentes générations de plans ORSEC et leurs différences doctrinales et méthodologiques, voir notamment : Philippe Billet, « La nouvelle génération des plans Orsec », *JCP A* 2005, pp. 1566-1568. Jean-Marie Pontier, « La réforme de la Sécurité civile et les communes », *Revue administrative* 2005, pp. 636-643. V. aussi Bertrand Pauvert, « Troisième partie, Titre 2 : les dispositifs de sécurité civile », pp. 335-357, in. Pascal M'Bongo dir., *Traité de Droit de la police et de la sécurité*, LGDJ, 2014. Le *Guide de méthodologie générale ORSEC*, publié par la direction de la défense et de la sécurité civile du ministère de l'intérieur de 2006. La loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile (JO du 17, p. 14626), le décret n° 2005-1157 du 13 septembre 2005 relatif au plan ORSEC (JO du 15, p. 14946), le décret n° 2005-1158 du 13 septembre 2005 (JO du 15, p. 14949), le décret n° 2005-1156 du 13 septembre 2005 (JO du 15, p. 14945). La loi n° 87-565 du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs (JO du 23, p. 8199). L'instruction interministérielle sur l'organisation des secours dans le cadre départemental en cas de sinistre important (plan « ORSEC ») du 5 février 1952. Quoi que désormais un peu ancien, le lecteur pourra également se référer aux articles de : Michel Prieur, « Analyse critique de l'évolution des dispositifs de gestion des crises », *Cahiers du CNFPT*, n° 39, août 1993, 39, pp. 36-40. Claude Gilbert, « Plan ORSEC et gestion de crise: bilan provisoire des débats », *Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 22, oct. 1995, pp. 91-100.

¹⁴¹ Décret n° 88-622 du 6 mai 1988 relatif aux plans d'urgence (JO du 8, p. 6636) et art. 3 de la loi n° 87-565 préc.

¹⁴³ Art. 21 de la loi n°87-565 du 22 juillet 1987 préc.V. not : José Mansot, « L'État et les politiques de prévention des risques industriels », *Cahiers du CNFPT*, 1993, n° 39, pp. 74-85 ; Daniel-Georges Courtois, « Le rôle de l'État dans la gestion des crises », *Cahiers du CNFPT*, 1993, n° 39, pp. 86-92.

¹⁴⁴ Bien que relevant en apparence du plus élémentaire pragmatisme sur le plan de la prévention des risques, la mise en œuvre effective du principe de réduction des risques à la source n'est pas sans poser de délicats problèmes. Nonobstant la question du coût des mesures qui pourraient être prises, se surajoute celle de leur opportunité pour satisfaire à cet objectif. En matière de réduction des risques à la source, la réponse à apporter ne réside que rarement dans un simple bilan coût/avantages. En effet, parce que des dispositifs de sécurité sont mis en place au plus près des sources de risques, ce ne sont pas seulement ces derniers qui se trouvent réduits : ce sont l'essentiel des paramètres du système à protéger qui sont modifiés en profondeur, en un sens que l'on espère

continuité de l'action publique entre l'ancienne et la nouvelle législation. Ainsi, la loi va transposer le schéma des Plans d'exposition aux risques naturels prévisibles (PER)¹⁴⁵ aux risques technologiques (sans donner au dispositif de nom particulier), à savoir la mise en place de différentes zones en fonction de leur exposition aux risques, assorties d'un gradient de protection matérialisé par l'édiction de servitudes d'utilité publique. Mais en plus, elle va définitivement interconnecter le droit des risques avec celui de l'urbanisme, puisque les servitudes d'utilité publique prescrites pour l'application du nouveau dispositif devront à l'avenir être annexées au plan local d'urbanisme (anciennement appelés plans d'occupation des sols)¹⁴⁷. Désormais, c'est toute l'architecture du dispositif qui va être articulée autour de la maîtrise de l'urbanisation¹⁴⁸, domaine relevant par excellence du maire, qui sera ainsi placé au premier plan de la lutte contre les risques. Les Plans locaux d'urbanisme (PLU) doivent ainsi « *délimiter des zones urbaines ou à urbaniser en prenant notamment en considération la valeur agronomique des sols, les structures agricoles, les terrains produisant des denrées de qualité supérieure, l'existence de risques naturels prévisibles et de risques technologiques, la présence d'équipements spéciaux importants et déterminer des zones d'affectation des sols selon l'usage principal qui doit en être fait ou la nature des activités dominantes qui peuvent y être exercées* »¹⁴⁹.

positif mais en un sens qui reste à déterminer. Ainsi, doubler un système de sécurité destiné à couper le fonctionnement d'une machine quelconque augmente sans nul doute la protection des usagers de la machine, mais multiplie également le risque de faux-positif et donc de défaillance de la machine. Ce faisant, le risque se trouve non seulement déplacé, mais aussi modifié quant à son degré et sa nature. Il existe différentes méthodes d'analyse des risques. Citons entre autres la méthode MOSAR. V. Pierre Perilhon, *La gestion des risques, Méthode MADS-MOSAR II - Manuel de mise en œuvre*, Démos, 2007.

¹⁴⁵ La loi n° 82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles introduira dans le dispositif de prévention un nouvel instrument de maîtrise des risques le Plan d'Exposition aux Risques (PER) et art. 22 et 23 de la loi n° 87-565 du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs.

¹⁴⁷ Art. 23 de la loi n°87-565 du 22 juillet 1987 préc. L'appellation de Plan d'occupation des sols a été changée pour « Plans local d'urbanisme » suite à l'adoption de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (JO du 14, p. 19777).

¹⁴⁸ Il est d'ailleurs possible de noter que le ch. II de la loi possède pour titre « *Maîtrise de l'urbanisation* ».

¹⁴⁹ Art. L. 123-1 1° du code de l'urbanisme, modifié par l'art. 22 de la loi du 23 juillet 1987. Relevons encore qu'il ne s'agit finalement que de l'une des modalités d'application concrète du principe posé par l'ancien art. L.110 du code de l'urbanisme, disposant : « *Le territoire français est le patrimoine commun de la nation. Chaque collectivité publique en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences. Afin d'aménager le cadre de vie, de gérer le sol de façon économe, d'assurer la protection des milieux naturels et des paysages de prévenir les risques naturels prévisibles et les risques technologiques et de promouvoir l'équilibre entre les populations résidant dans les zones urbaines et rurales, les collectivités publiques harmonisent, dans le respect réciproque de leur autonomie, leurs prévisions et leurs décisions d'utilisation de l'espace* ». Ces dispositions se trouvent désormais aux articles L. 101-1 et 2 du Code de l'urbanisme.

Concernant la prévention des risques naturels, la loi de 1987 se contente de toiletter les dispositions relatives aux Plans d'Exposition aux Risques naturels prévisibles¹⁵⁰, en y assimilant notamment les vénérables Plans de Surfaces Submersibles de 1935¹⁵¹.

Classique dans ses mécanismes, mais novatrice dans leur articulation, la loi de 1987 marque le point de départ d'un glissement d'un ancien vers un nouveau paradigme, prélude à une véritable systématisation de la lutte contre les risques. En unissant les mécanismes antérieurs en un triptyque « *Zonage des risques - Obligations des personnes privées et des pouvoirs publics - Droit de l'urbanisme* », la loi de 1987, tout en restant essentiellement d'essence déterministe, introduit des éléments de gestion probabiliste dans la législation de prévention des risques. Une révolution dans la doctrine d'approche des risques, mais une révolution de palais, sans bouleversement copernicien. Loi charnière, elle a tracé les bases d'un schéma duquel les lois ultérieures ne sortiront plus, se contentant de l'affiner. Ce schéma est celui d'une approche globale de la prévention des risques doublée du mécanisme des plans de prévention, lesquels se complexifieront, se spécialiseront et s'emboîteront comme des poupées gigognes, mais sans jamais véritablement s'éloigner du concept de leur ancêtre. Elle ne permettra toutefois pas de remédier à la délicate question de la gestion de l'existant.

2) Le recours progressif à une démarche probabiliste

Mue par le souci louable de prévenir les risques sans cesse plus en amont, la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement¹⁵², dite « *Loi Barnier* », affine et complète le dispositif antérieurement développé, mais seulement en ce qui concerne la prévention des risques naturels¹⁵³. Aux Plans d'Exposition aux Risques naturels

¹⁵⁰ Chapitre V de la loi n°87-565 du 22 juillet 1987 préc. Les dispositions de ce chapitre se trouvent désormais pour l'essentiel dans le Code de l'environnement (art. L. 515-15 à 26) et dans le code de sécurité intérieur (art. L. 731-1 à 3).

¹⁵¹ Décret du 20 octobre 1937 portant règlement d'administration publique pour l'application du décret-loi du 30 octobre 1935 sur le libre écoulement des eaux (JO du 27, p. 11980).

¹⁵² Loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (JO du 3, p. 1840).

¹⁵³ V. Jacqueline Morand-Deville, « Commentaire de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *AJDA*, 1995, pp. 439-455. Yves Jégouzo, d'observer : « *la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement qui fait l'objet du présent dossier, à première vue, ne modifie pas l'économie générale du droit de l'environnement. Alors que la lecture des propositions contenues dans le Rapport Barnier établi par le ministre de l'Environnement (Rapport AN 11 avr. 1990, n° 1227) aurait permis d'attendre l'adoption d'un texte fondateur du droit de l'environnement, du type de la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature, il n'en est rien. Cela est particulièrement net s'agissant de ce qui constituait l'aspect le plus révolutionnaire des propositions du Rapport Barnier, la décentralisation. Comme le montre Christophe Sanson dans son analyse de la genèse de la loi, les premiers avant-projets ambitionnaient d'opérer à la fois une clarification de la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales dans le domaine de l'environnement et une assez large décentralisation au profit, notamment, du département considéré comme le bon niveau local d'intervention dans ce domaine. Ces objectifs sont effacés dans le texte définitif. La loi du 2 février ne réalise que des transferts de compétences peu*

prévisibles succèdent les Plans de Prévention des Risques Naturels Prévisibles¹⁵⁴, lesquels n'en bouleversent pas la logique¹⁵⁵. Mais novation, comme pour les risques technologiques, les servitudes d'utilité publique édictées pour assurer la prévention des risques naturels devront dorénavant être annexées au Plan d'Occupation des Sols¹⁵⁶. Plus souples également que les anciens PER, les PPRN autorisent des dégradés subtils dans le zonage¹⁵⁷, ce que n'offraient pas les PER, lesquels ne reconnaissaient que trois types de zones¹⁵⁸ et par

significatifs. Cela est significatif dans le domaine des déchets, comme le souligne Laurent Bicher. Au contraire, le texte qui fut finalement adopté est porteur d'une recentralisation potentielle. Il en est ainsi, par exemple, du nouveau régime des plans de prévention des risques dont le développement et le renforcement peuvent, à terme, conditionner fortement l'exercice par les communes de leurs compétences en matière d'urbanisme », « La loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *RFDA*, 1996, pp. 198-199. V. aussi Michel Barnier, « L'apport de la loi », », *RFDA*, 1996, pp. 200-202 ; et Jean-Pierre Boivin et Manuel Pennaforte, « La loi Barnier: premières réflexions sur ses implications en droit de l'environnement industriel », *BDEI*, 1995, n° 1, pp. 32-39. V. encore Jacques-Henri Robert, Raphaël Romiet Yvan Razafindratandra, « Loi "Barnier": principes, dispositions pénales et dispositions liées aux activités industrielles », *Droit de l'environnement*, 1995, n° 29, pp. 1-10.

¹⁵⁴ Chapitre II de la loi n°95-101 du 2 février 1995 préc.

¹⁵⁵ Pour une analyse critique de la mise en place de ces plans, v. Brice Martin, Romain Ansel, Ouarda Guerrouah et Lauriane With, « Territorialisation ou déterritorialisation du risque ? Analyse comparative et critique de la procédure de réalisation des PPRNP », *RISEO*, 2010-1, pp. 83-98. Les auteurs d'observer : « *si ses débuts ont été laborieux, force est de reconnaître que la loi Barnier sur la prévention des risques naturels constitue un incontestable succès, notamment en ce qui concerne l'approche territorialisée associée au zonage réglementaire. En 15 ans, ce sont plus de 8.000 communes qui se sont vues dotées d'un, ou de plusieurs plans de prévention des risques, naturels d'abord, puis technologiques suite à la loi Bachelot de juillet 2003. Face à la pression croissante qui s'exerce sur les territoires (périurbanisation, littoralisation, réseaux, etc.) et leurs acteurs, il était indispensable de « dire le risque » et, au moins, de freiner la croissance de la vulnérabilité et l'aggravation de l'aléa. Ceci dans le but de réduire le coût humain, socio-économique, politique du risque. En ce sens, les plans de prévention des risques ont indubitablement l'avantage d'exister. Mais leur réalisation, souvent à marche forcée, pour répondre à des objectifs politiques ou une demande sociale forte en situation de crise, n'a guère laissé le temps à la réflexion critique sur la procédure, sa conduite et ses finalités. Pour autant, cela a-t-il été figé définitivement au départ en 1995 ? Evidemment, non, les P.P.R. ayant pour objectif, notamment, d'introduire cette part de souplesse qu'il manquait aux P.E.R. Mais l'on se rend compte qu'il s'est surtout agi de corriger au fur et à mesure les erreurs, les oublis, les insuffisances initiales, pour répondre à l'urgence, sortir de situations de blocage et, surtout, rendre cet outil lisible, cohérent et acceptable par les acteurs des scènes locales du risque. On peut considérer de manière positive cette faculté des services de l'Etat à corriger leur copie, même si cela s'est fait davantage dans la réaction que dans l'anticipation. Mais, même si l'on reste toujours dans une dimension très régaliennne, voire technocratique de risques dont la lecture nécessite pourtant une approche territoriale fine, le résultat est que l'on dispose d'une procédure unique mais avec des P.P.R.N. plus différents les uns des autres, sur le fond comme sur la forme, dans le temps et dans l'espace. Et cette diversité relève, hélas, davantage de la procédure elle-même que d'une prise en compte des particularités des territoires. D'où, bien entendu, un réel problème de lisibilité, mais aussi d'efficacité, notamment en matière de construction d'une culture du risque, compte tenu des « curiosités » qui caractérisent bon nombre de P.P.R.N., qu'il s'agisse du déroulement de la procédure comme du zonage réglementaire* ».

Pour les une analyse plus particulière de certains aspects des plans de prévention du risque inondation, v. Nadia Dupont, « Les documents cartographiques dans le cadre des PPRI : analyse critique », *RISEO*, 2010-1, pp. 56-64.

¹⁵⁶ Chapitre II, art 40-4 de la loi n°95-101 du 2 février 1995 préc.

V. Véronique Inserguet-Brisset, « Le renforcement de la protection de l'environnement par l'appropriation publique, les dispositions de la loi 95-101 du 2 février 1995 », *LPA*, 1995, n° 45, pp. 9-13. V. aussi René Hostiou, « Loi Barnier: protection de l'environnement et droit de l'expropriation pour cause d'utilité publique », *RJE*, 1995, pp. 235-245.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Art. 3 du décret n° 84-328 du 3 mai 1984 relatif à l'élaboration des plans d'exposition aux risques naturels prévisibles (JO du 6, p. 1338).

conséquent trois types de réponses différentes seulement¹⁵⁹. Toute la loi multiplie d'ailleurs les dispositifs visant à graduer les réponses face aux risques ou à faciliter leur mise en œuvre en fonction des intérêts à défendre. Elle instaure ainsi la possibilité pour l'Etat d'exproprier certains biens en raison de leur trop grande exposition à certains risques¹⁶⁰ ; mieux, elle crée un fonds d'indemnisation destiné entre autre au financement des mesures d'expropriation¹⁶¹. Par la multiplicité des procédures prévues et par leur complémentarité, la loi du 2 février 1995 s'inscrit dans la continuité d'une politique globale de prévention des risques¹⁶², offrent une souplesse que ses prédécesseurs n'avaient pas, et introduisent la logique probabiliste de gestion des risques dans le cadre législatif existant.

Mais ce sera à la loi Bachelot de 2003¹⁶³ d'entériner cette logique et d'inscrire définitivement la démarche de prévention des risques dans un schéma résolument probabiliste¹⁶⁴. Reprenant et complétant la stratégie d'appréhension globale des risques, la loi de 2003 va créer de nouveaux outils de prévention et ce, à tous les stades de ce qu'il faut résoudre à appeler la chaîne des risques, à la fois alternativement ou cumulativement source et cible de leur survenance. Une nouvelle strate sera ainsi rajoutée à l'édifice, prévoyant l'information du public sur les risques¹⁶⁵, par le biais de dispositifs connus, comme l'enquête publique¹⁶⁶ et novateurs, comme les Comités Locaux d'Information et de Concertation (CLIC)¹⁶⁷. Une longue série de mesures très diverses seront également prescrites aux fins d'assurer la sécurité du personnel des installations classées¹⁶⁹. La loi n'oubliera pas les

¹⁵⁹ V. Jean Viret, « La refonte des plans de prévention des risques naturels », *Droit de l'Environnement*, 1995, n° 35 et 1996, n° 36 (article en deux parties) ; Joël Cartron, « Les plans de prévention des risques naturels prévisibles : quelles améliorations du dispositif juridique de prévention », *RJE*, 1995-2, pp. 247-264.

¹⁶⁰ Titre 2, chapitre I préc. V. Antoine Bernard, « Expropriation pour cause d'utilité publique », *JCP-G*, 1995, n° 27, pp. 301-304.

¹⁶¹ Art. 13 de la loi n°95-101 du 2 février 1995 préc.

¹⁶² V. Chantal Cans, « Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement dans la loi du 2 février 1995 », *RJE*, 1995, pp. 195-217.

¹⁶³ V. Chantal Cans, « La loi du 30 juillet 2003 et la prévention des risques naturels: réelles avancées et cruels constats d'inefficacité », *Droit de l'environnement*, 2003, n° 113, pp. 204-209. V. aussi Jean-Pierre Boivin et Steve Hercé, « La loi du 30 juillet 2003 sur les risques technologiques et naturels majeurs », *AJDA*, 2003, pp. 1765-1775. V. encore Didier Deharbe, « Quelques réflexions insolentes sur les significations politiques du volet technologique de la loi risques... », *Droit de l'environnement*, 2003, n° 113, pp. 234-237.

¹⁶⁴ Loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages (JO du 31, p. 13021).

¹⁶⁵ V. Laurence Chabanne-Pouzynin, « Information et évaluation sur les risques technologiques », *Droit de l'environnement*, 2007, n° 113, pp. 210-214.

¹⁶⁶ Art. 1 de la loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 préc.

¹⁶⁷ Art. 2 de la loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 préc. Relevons que les CLIC n'ont pas véritablement trouvé leur place et qu'ils sont pour l'heure à peu près dénués non seulement de toute efficacité, mais également de simple rôle ; v. David Deharbe, « Les CLIC (comités locaux d'information et de concertation) de la loi Bachelot : nouvel instrument d'une improbable démocratie des risques », *Droit de l'environnement*, 2005, n° 128, p. 107.

¹⁶⁹ Chapitre III de la loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 préc.

victimes puisqu'elle mettra en place pour la première fois un système spécifique d'indemnisation de ces dernières¹⁷⁰.

La loi va aussi créer les Plans de Prévention des Risques Technologiques (PPRT)¹⁷² en les calquant sur les Plans de Prévention des Risques Naturels prévisibles¹⁷³. En sus, la loi établit pour la première fois une méthodologie claire d'évaluation des risques, méthodologie que les législations antérieures n'avaient fait que brosser à grands traits¹⁷⁴. Mais surtout, en plus d'axer l'essentiel de la prévention des risques sur la maîtrise de l'urbanisation (comme c'était déjà le cas pour ce qui concerne les PPRN), la loi va non seulement se préoccuper de l'urbanisation future, mais également de l'urbanisation existante ce qui est totalement novateur¹⁷⁵. En plus de pouvoir procéder dans les cas les plus graves à l'expropriation des biens¹⁷⁶, pourra être instauré un droit de délaissement ou encore être ordonnés certains aménagements dans les zones partiellement exposées¹⁷⁷.

Cette véritable gestion de l'existant, apport fondamental de la loi de 2003, va ouvrir un nouveau champ de prérogatives aux élus des collectivités territoriales, champ d'autant plus important que lesdites collectivités sont intéressées financièrement au premier chef par les mesures à mettre en œuvre : il est en effet prévu un financement tripartite de ces dernières, entre l'Etat, les exploitants des installations à l'origine du risque et les collectivités

¹⁷⁰ Art. 17 de la loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 préc. Cette loi fut adoptée suite à la catastrophe de l'usine AZF, située non loin de la ville de Toulouse ; l'explosion de l'usine, le 21 septembre 2001, causa la mort de 31 personnes et fit approximativement 2500 blessés, provoquant de lourds dégâts matériels. V. Laurence Lanoy, « L'indemnisation et l'évaluation des dommages de catastrophes technologiques », *Droit de l'environnement*, juil. 2003, n° 113, pp. 226-228. V. aussi Anne Guégan-Lécuyer, « Le nouveau régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques », *Rec. Dalloz*, 2004, pp. 17-21.

¹⁷² V. Philippe Billet, « Les plans de prévention des risques technologiques : Vers une reconfiguration du voisinage des installations à risque », *Droit de l'environnement*, 2003, n° 113, pp. 215-219.

¹⁷³ Loi n° 95-101 du 2 février 1995 préc.

¹⁷⁴ Décret n°2005-1130 du 7 septembre 2005 relatif aux plans de prévention des risques technologiques (JO du 9, p. 14673), arrêté du 29 septembre 2005 relatif à l'évaluation et à la prise en compte de la probabilité d'occurrence, de la cinétique, de l'intensité des effets et de la gravité des conséquences des accidents potentiels dans les études de dangers des installations classées soumises à autorisation (JO du 7 octobre 2005, p. 15987). La lecture des circulaires d'application de ces différents textes s'avère fort éclairant : circulaire du 3 octobre 2005 relative à la mise en œuvre des plans de prévention des risques technologiques (non publiée), remplacée par la circulaire du 10 mai 2010 récapitulant les règles méthodologiques applicables aux études de dangers, à l'appréciation de la démarche de réduction du risque à la source et aux plans de prévention des risques technologiques (PPRT) dans les installations classées en application de la loi du 30 juillet 2003. Sur cette méthodologie : Eliane Propeck-Zimmermann, Thierry Saint-Gérard et Emmanuel Bonnet, « Probabilités, risques et gestion territoriale : champs d'action des PPRT », in *Géocarrefour*, 2007, n° 82, p. 65.

¹⁷⁵ Alain Lévy, « Risques technologiques et naturels majeurs : ce qui change en matière de droit de préemption, de délaissement et d'expropriation », *AJDI*, 2004, pp. 101-105.

¹⁷⁶ V. Sylvain Pérignon, « Nouveaux cas d'institution du droit de préemption urbain », *AJDA*, 2004, pp. 569-573.

¹⁷⁷ Art. 5 de la loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 préc. V. Pierre-Jean Baralle, « Intervention foncière et maîtrise de l'urbanisation aux abords des établissements dangereux », *Droit de l'environnement*, 2007, n° 113, pp. 220-223. Ces dispositions, quoi que novatrices et conçues pour aplanir les différents notamment entre exploitants et propriétaires, ne sont pas sans poser leurs propres difficultés. V. Ida Empain, « Première annulation d'un PPRT : le débat sur les insuffisances du dispositif est relancé ; Note sous TA Toulouse, 15 novembre 2012, n° 1001280 », *Gazette du Palais*, mars 2013, n° 72-73, pp. 13-14.

territoriales, par le biais d'une convention¹⁷⁸. Ce financement ne sera pas sans poser problème mais offrira une latitude de manœuvre supplémentaire aux élus lors de l'élaboration du PPRT. La répartition du coût de financement entre les différents acteurs fera en effet l'objet d'après négociations, qui seront pour les élus des collectivités territoriales l'occasion de peser de tout leur poids.

Désormais, la systématisation des procédés de prévention des risques est complète. Une méthodologie claire a été élaborée, intégrée et affinée au fur et à mesure de l'évolution des diverses législations, puis déclinée à toute la typologie des risques existants, permettant ainsi d'appréhender ces derniers tant en amont qu'en aval de leur réalisation, et ce à tous les niveaux auxquels ils seraient susceptibles d'impacter. A une approche purement déterministe, fondée sur les risques connus et clairement envisageables, a succédé, dans le développement logique de la systématisation des risques, une approche probabiliste, permettant de penser la complexité des situations d'une époque dont elle est la marque. Le risque n'est plus pensé comme la déviation ultime d'un système vu comme un tout, mais comme le produit naturel du système. Le système est lui-même schématisé en une arborescence d'éléments interdépendants dont la défaillance au niveau d'une branche entraînerait de manière sérielle d'autres défaillances au niveau des branches de niveau inférieur.

Ce changement de perspective d'apparence purement techniciste n'a pas été sans incidence quant aux modalités concrètes d'adoption de la décision publique par les personnes publiques. Novateur, le nouveau paradigme d'appréhension des risques n'en reste pas moins qu'une simple méthode d'assistance à la prise de décision qu'il ne génère pas par lui-même. Plus insidieux encore, en faisant du risque un concept nébuleux, plus uniquement modélisable à partir de paramètres clairement arrêtés, le nouveau paradigme a multiplié les interstices entre lesquels pourra nécessairement s'insérer une part de subjectivité et par là même, une certaine latitude d'appréciation dans les mesures à prendre pour y faire face. Ce faisant, ce changement de paradigme a ouvert la voie à une démocratisation des modalités de décision.

¹⁷⁸ Art. 5 de la loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 préc. : « art. L. 515-19. - I. - L'Etat, les exploitants des installations à l'origine du risque et les collectivités territoriales compétentes ou leurs groupements compétents, dès lors qu'ils perçoivent la taxe professionnelle dans le périmètre couvert par le plan, assurent le financement des mesures prises en application du II et du III de l'art. L. 515-16. A cet effet, ils concluent une convention fixant leurs contributions respectives. Avant la conclusion de cette convention, le droit de délaissement mentionné au II du même art. ne peut être instauré et l'expropriation mentionnée au premier alinéa du III du même art. ne peut être déclarée d'utilité publique que si la gravité des risques potentiels rend nécessaire la prise de possession immédiate selon la procédure mentionnée au deuxième alinéa de ce III.

Sans préjudice des obligations mises à la charge de l'exploitant par le préfet en application des art. L. 512-1 à L. 512-5 et de l'art. L. 512-7, ces conventions peuvent permettre à l'Etat, aux collectivités territoriales ou à leurs groupements de participer au financement par l'exploitant de mesures supplémentaires de prévention des risques permettant de réduire les secteurs mentionnés aux II et III de l'art. L. 515-16 lorsque cette participation financière est inférieure aux coûts qu'ils supporteraient en raison de la mise en œuvre des mesures prévues à ces II et III ».

B) Une démocratisation des modalités de décision

Conséquence logique et prévisible de la volonté générale de prévenir la survenance des risques sans cesse plus en amont de leur réalisation afin d'assurer une protection optimale des populations, le recours à de nouveaux modèles de prévision s'est doublé d'un résultat des plus paradoxal au premier regard. La sophistication des modèles de prévision, pur produit du scientisme de notre époque et qui aurait dû avoir pour conséquence de réduire la marge de manœuvre des décideurs publics en enfonçant leur faculté de décision dans les bornes d'une nécessité sur laquelle ils n'auraient eu aucune prise, a en réalité, assez étrangement, fait une plus grande place à la subjectivité dans la prise de décision et par là même, aux élus (1). En parallèle de cette apparente contradiction se pose la question de la place de l' élu dans l'architecture décisionnelle (2).

1) Une place plus large de l' élu dans l'architecture décisionnelle

Le glissement d'une approche déterministe vers une approche probabiliste a eu pour effet de faire une place plus large à l'action des élus. En effet, aussi fiables qu'elles soient, les probabilités ne restent pas autre chose que des statistiques avec lesquelles il faut composer pour l'établissement des politiques publiques. La sophistication des algorithmes logiques utilisés pour appréhender le risque ne doit pas faire oublier que leur prise en compte dans la mise en œuvre des politiques publiques recouvre des réalités proprement humaines : urbanisme, industrialisation, économie, gestion de l'habitat, aménagement du territoire... Autant de domaines dans lesquels toute décision entraîne des répercussions directes sur la vie des administrés. Autant de domaines également où une place de premier ordre est réservée à l' élu et particulièrement à l' élu local¹⁷⁹. Par conséquent, en devers de la notion de probabilité de survenance d'un risque, apparaît la notion de son acceptabilité sociale, que l' élu, émanation du corps social, devra s'attacher à définir.

Sa latitude de manœuvre face au risque et la nature des mesures à mettre en jeu sera notamment fonction du rapport existant entre l'aléa contre lequel il faudra se prémunir et les enjeux qui y seront exposés. Ainsi, l'existence d'une probabilité de survenance certaine d'un événement aux conséquences certaines sur des enjeux à l'exposition certaine, devrait permettre de poser un diagnostic fiable de ce dernier, dont l'exactitude réduira d'autant le nombre d'options entre lesquelles l' élu pourra choisir pour prévenir le risque.

¹⁷⁹ V. Sur cette question, en matière de réalisation du risque plus que lors de sa prévention, v. Claude Collin, « L'urgence et la commune: l'interface de l'État et des collectivités locales », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 1995, n° 22, pp. 112-122. Sur la prévention des risques cette fois, v. Pascal Cadieu, « Retour sur la "mise en risque" des collectivités territoriales », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, 2012, n° 95, pp. 26-30.

En revanche, face à un risque majeur, c'est-à-dire face à un risque dont l'occurrence est faible mais dont la gravité est forte, c'est à bon droit que le citoyen tout comme l' élu peuvent de concert s'interroger sur l'opportunité et le calibrage des mesures de protection à mettre en œuvre. Une probabilité, même extrêmement faible, reste non nulle. L'appréciation que l'on en fera sera nécessairement subjective et dépendra étroitement d'un arbitrage entre différents intérêts antagonistes. Mesurée à l'aune de facteurs qui ne peuvent être comparés à l'aide d'une même échelle de mesure, la perception qui sera faite du risque deviendra nécessairement relative, jusqu'à parfois être purement et simplement éludée.

Plus insidieux encore, en marge de l'occurrence d'un risque et de sa gravité, un autre paramètre à prendre en compte est celui de sa complexité. Dans notre monde moderne, le risque et le risque majeur plus encore, ne peut ni ne doit plus être réduit à un simple couple cause-effet. Ainsi qu'il a déjà été dit, la superposition et l'interpénétration des réseaux dont l'homme est devenu dépendant a fait de la cité un ensemble complexe, se prêtant mal à la systématisation à laquelle l'on voudrait pourtant le soumettre. En veillant à ce que soit mieux prise en compte cette complexité, le législateur a commencé graduellement à transformer le paradigme public de perception des risques, le faisant passer de la forme d'une arborescence à celle d'une nébuleuse, ce qui a multiplié les interstices entre lesquels des mesures de prévention des risques sont susceptibles de s'insérer. Paradoxalement, en même temps que le nouveau paradigme permet une meilleure appréhension des risques en augmentant la prédictibilité des différents événements, il contribue également à obscurcir le dessin d'ensemble en multipliant les paramètres à prendre en compte et donc les arbitrages auxquels il faudra procéder. Or, la complexification de la problématique ne doit pas être un prétexte à l'inaction, ce qui pose la question de la place de l' élu dans l'architecture décisionnelle de prévention des risques.

2) Une place toujours ambiguë de l' élu dans l'architecture décisionnelle

Ainsi qu'il a été vu précédemment, le changement de paradigme dans l'appréhension globale des risques s'est accompagné d'une évolution dans la conception de la doctrine d'emploi des moyens de prévention. Anciennement purement déterministe, la démarche de lutte contre les risques s'est désormais fortement teintée de probabilisme. Cette modification dans la logique intellectuelle n'est pas sans avoir eu des répercussions sur la place de l' élu dans l'architecture décisionnelle. Alors qu'auparavant il n'avait qu'un rôle au mieux purement consultatif, l' élu se voit désormais partiellement associé à la prise de décision. En effet, dans le cadre d'un schéma déterministe, le problème est posé en des

termes simples induisant une réponse simple à laquelle l'élu n'a pas ou peu à être associé, la façon dont sont appréhendées les données du problème conditionnant la réponse qui va y être apportée. L'élu souffrait ici d'un déficit de légitimité, faiblesse trouvant sa source dans ce qui fait d'ordinaire sa force : son élection au suffrage universel. D'une part elle ne lui offre aucune qualité particulière lui permettant de s'insérer dans le canevas d'analyse des risques en amont de la prise de décision. D'autre part, intéressé au premier chef par les décisions à prendre de par ses modalités de désignation, l'élu est sans doute celui qui souffre le plus du biais de la subjectivité au moment de la prise de décision. Il apparaît difficile d'imaginer un élu prendre une décision, sans se soucier de ses répercussions sur ses administrés et sur sa réélection. Il était donc normal de voir l'élu quasi-exclu du processus de décision.

Maintenant que l'analyse déterministe s'est doublée d'une analyse probabiliste, l'expert, le « *sachant* », n'a plus le monopole de la légitimité. Certes, il est toujours le seul à pouvoir établir un diagnostic de la situation, mais il n'est plus le seul à pouvoir prescrire les remèdes à y apporter. Ainsi qu'il a déjà été évoqué, l'approche probabiliste multiplie le nombre d'options qu'il est possible de mettre en œuvre pour protéger les populations. Se pose donc la question de leur acceptabilité sociale et de l'identité de l'acteur de la prévention des risques le plus à même de les déterminer, au sein du triptyque expert, administration centrale, élu. Toujours fondé à « *dire le risque* », l'expert ne peut plus seul apporter de réponse définitive, l'équation admettant plusieurs solutions. L'Etat (notamment par l'entremise des préfets) offre quant à lui la distance de vue nécessaire à la bonne appréhension des problèmes, sans que son jugement soit obscurci par une trop grande communauté d'intérêts avec les administrés, comme cela peut être le cas de l'élu local. Mais s'il est plus éloigné de considérations locales, il n'en est pas moins conscient que s'il en demeurerait trop détaché, il courrait le risque de voir ses décisions considérées comme des oukases, menacées par la potentielle inertie administrative des collectivités locales en charge de leur application.

Depuis 1982, si l'Etat demeure l'architecte de la décision dans de nombreux domaines, car assisté de pôles d'expertise dont les collectivités territoriales ne bénéficient pas, il doit compter sur les collectivités territoriales pour en être les fidèles maçons. Or, l'Etat n'a qu'une latitude de contrôle extrêmement réduite sur les collectivités territoriales¹⁸⁰. C'est donc entre

¹⁸⁰ Les insuffisances du contrôle de légalité ont été largement observées et dénoncées : Bernard Pujade, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau : le contrôle de légalité aujourd'hui ? », *BJCL*, 2013-10, p. 720 ; David Bailleul, « L'évolution du contrôle de légalité des actes administratifs : nouvel état des lieux », *JCP-A*, 2014, n° 35, pp. 31-34 ; Jean-Marie Pontier, « Actes prioritaires en matière de contrôle de légalité », *JCP-A*, 2012, n° 9, pp. 16-19. V. encore Christelle Branquart, « Contrôle de légalité : un réel renouveau ? », *AJDA*, 2011, pp.

ces deux acteurs, expert et Etat, que l'élu va devoir s'insérer. Sa place et son rôle seront le reflet des intérêts contradictoires entre lesquels il devra arbitrer.

Section 2 : Le développement d'un cadre juridique de prévention des risques

Concomitamment à l'émergence et au développement d'une démarche globale de prévention des risques est également apparu un cadre juridique général destiné à sa mise en œuvre par les autorités publiques. Celui-ci repose pour l'essentiel sur la maîtrise de l'urbanisme et les mesures de police associées (§1), les mesures de police relevant d'autres matières n'ayant qu'un rôle contingent et auxiliaire (§2) au regard du rôle cardinal de la police de l'urbanisme.

§1) Le rôle cardinal de la police de l'urbanisme dans la prévision des risques

La maîtrise sur le long terme du développement du tissu urbain oblige à en passer préalablement par l'élaboration de multiples plans permettant d'anticiper les évolutions de l'utilisation des sols. Il est ainsi facile de constater un recours généralisé à des procédures de planification (A). Cette pratique pose la question des modalités de la participation des élus, locaux ou nationaux, à la réalisation de la planification, cela tant au stade de la conception des plans qu'à celui de leur mise en application (B).

198-205. L'auteur y notait : « **Le contrôle de légalité fonctionne donc le plus souvent sur le mode du dialogue entre l'exécutif local et le préfet, préalablement à tout recours contentieux. Les préfets envisagent généralement le déféré comme un moyen ultime, à ne soulever qu'en cas d'échec des négociations avec les élus locaux et préfèrent régler le litige en amont, en adressant des observations juridiques aux autorités locales.** [nous soulignons] Cette étape préalable à une action contentieuse constitue un recours dit « gracieux » La lettre d'observations aboutit le plus souvent (en moyenne dans 80 % des cas) au retrait ou à la modification de l'acte administratif illégal ». Laurent Boissy, d'observer : « depuis une vingtaine d'années, le juge administratif creuse consciencieusement la tombe de la faute lourde. De nombreuses activités à caractère régalien ou dans lesquelles les difficultés d'intervention sont fortes ont ainsi progressivement basculé dans un régime de faute simple.[...] **Seules les activités de tutelle ont été relativement épargnées par ce mouvement de reflux** [nous soulignons]. La faute lourde demeure toujours exigée lorsque l'Etat est mis en cause parce qu'une autorité de régulation n'a pas correctement rempli sa mission » ; « Responsabilité de l'Etat dans l'exercice du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales », AJDA, 2014, pp. 923-925.

A) Le recours généralisé à la planification

La bonne compréhension des enjeux posés par la maîtrise de l'urbanisation (1) est un préalable nécessaire à celle des mécanismes destinés à sa mise en œuvre (2).

1) Les enjeux de l'urbanisation

Face à l'immensité de certains risques majeurs auxquels il est confronté, l'Homme n'a souvent d'autre choix que celui de constater qu'il ne peut s'en protéger. Les risques majeurs, naturels ou technologiques, de par leur ampleur, ne laissent aucun recours aux citoyens, désemparés à l'heure de leur survenance. Leur gigantisme balaye par avance toute tentative qui serait faite de s'en défendre. La longue litanie des catastrophes ayant rythmé l'histoire du monde l'a déjà prouvé par le passé et les dangers en germe ne plaident pas en faveur de plus d'optimisme pour l'avenir¹⁸¹.

Pourtant, face au risque majeur, l'Homme ne peut ni ne doit s'en remettre à la seule Providence. Plusieurs leviers s'offrent à lui, qui lui permettent de prévenir son malheur. Pris en son acception moderne, le risque s'entend comme étant un aléa, c'est-à-dire un danger associé à une probabilité de survenance, aléa exposant à sa réalisation des enjeux. S'il n'a pas ou peu les moyens de se protéger contre l'intensité des dangers, à tout le moins peut-il s'efforcer d'en réduire la probabilité de survenance. Et dans l'hypothèse où cela s'avèrerait impossible (fréquente dans le cas des risques naturels, plus rare en ce qui concerne les risques technologiques), encore pourrait-il à défaut de protéger, du moins prévenir, en séparant les aléas des enjeux. L'urbanisme joue ici un rôle de premier plan en permettant, par le positionnement, la configuration et l'agencement intérieur des zones urbaines, de limiter leur exposition au risque¹⁸².

Valable pour ce qui est d'anticiper les risques à venir, le procédé ne permet toutefois pas de remédier dans l'instant aux situations existantes, issues de l'urbanisation et de l'industrialisation. Seule une restructuration à long terme du tissu urbain, par ajustements

¹⁸¹ Ainsi, dans son rapport annuel sur l'année 2010, la société de réassurance SwissRe estimait à 222 milliards de dollars le coût des seules catastrophes naturelles, chiffre trois fois plus élevé que celui de l'année 2009 (http://www.swissre.com/media/news_releases/Preliminary_2010_catastrophes_estimates_from_sigma.html). Selon Ubyrisk consultants, cabinet d'étude spécialisé dans le domaine des risques naturels, il reste possible d'observer une très grande fluctuation des coûts sur toute la décennie 2001-2010, ceux-ci variant d'un facteur 6 entre l'année la moins couteuse et l'année la plus couteuse ; « Bilan décennal des catastrophes naturelles dans le monde », p. 7. ; http://www.catnat.net/documents/doc_articles/bilan_decennal_catnat_2001-2010.pdf. Sur les six premiers mois de l'année 2015, SwissRe estime à 37 milliards les pertes pour l'économie dûes aux catastrophes naturelles. http://www.swissre.com/media/news_releases/Preliminary_sigma_estimates_for_first-half_2015.html

¹⁸²En 2010 selon l'INSEE dans une étude publiée le 25 août, 77,5% de la population française vivait en zone urbaine, soit 47,9 millions d'habitants. Les villes occupent désormais 21,8% du territoire, soit une progression de 19% par rapport à l'année 2000 ; « *de nouvelles petites unités urbaines sont apparues et le périmètre de certaines grandes unités urbaines s'est agrandi* », *Etude de l'INSEE*, n° 1364, août 2011.

successifs permettrait d'apporter graduellement des correctifs aux vulnérabilités présentes. Or, cette solution oblige par elle-même à appréhender une multitude d'autres problématiques, connexes à celle de risque. Remodeler l'espace de vie des citoyens ne peut se faire sans cristalliser l'hostilité d'une partie de ces derniers et l'exposition aux risques n'est de loin pas le seul paramètre à prendre en compte dans l'aménagement du territoire. La volonté de concilier les multiples intérêts en présence avec les impératifs de sécurité peut rapidement se muer en tentative de résolution de la quadrature du cercle. Les mesures d'urbanisme de prévention des risques prennent presque toujours l'aspect vis-à-vis des personnes privées, soit d'une obligation à leur charge soit d'une interdiction à leur encontre. Par conséquent, elles ne peuvent qu'accroître les tensions foncières existantes et attirer l'ire des citoyens sur la personne du décideur public¹⁸³.

La restructuration du tissu urbain, de par les arbitrages et compromis qu'elle implique, ne peut être qu'une entreprise de longue haleine, murement réfléchie et longuement planifiée et dont la durée de mise en œuvre dépasse nécessairement celle du temps électoral¹⁸⁴. De ce fait, si réserver une place à l'élu apparaît indispensable, en conserver une autre à l'administration centrale ne l'est pas moins, de leur articulation dépendant l'harmonisation de l'intérêt général et des aspirations locales dans l'élaboration des mécanismes de planification¹⁸⁵.

2) Les mécanismes de la planification

A la fois héritage et aboutissement des législations antérieures, les actuels plans de prévention des risques sont apparus comme une réponse au besoin de rationalisation de la prévention des risques sur le long terme. Nombreux, tous les plans de prévention voient leurs modalités de mise en œuvre orientées autour de trois axes :

- éloigner les zones urbaines des sources de risques ;
- protéger les zones urbaines par une série de dispositifs si l'éloignement est impossible ;
- organiser la résilience des zones urbaines suite à la survenance d'une catastrophe si leur protection est insuffisante à annuler ses effets.

¹⁸³ Entre autres choses et à titre d'ordre de grandeur, l'observation de l'évolution de l'indice du coût de la construction calculé par l'INSEE est particulièrement éclairante : celui-ci a tout simplement été multiplié par 16 entre 1953 et 2013.

¹⁸⁴ Sur ces questions, v. Laure Bonnaud, « Des usines à la campagne aux villes industrielles : la cohabitation ville/industrie saisie à travers l'histoire du droit des établissements classés », *Revue Développement Durable et Territoires*, n° spécial « La ville et l'enjeu du développement durable », 2005, p. 1.

¹⁸⁵ Jean-Marie Pontier, « Les collectivités territoriales et la prévention des risques », *BJCL*, 2014, pp. 698-706.

Sur le plan de l'urbanisme, ces objectifs connaissent des déclinaisons de mécanismes classiques du droit public, se traduisant le plus souvent par l'édition de servitudes d'utilité publique et de prescriptions urbanistiques, intégrées directement au Plan Local d'Urbanisme, dont l' élu local est à la fois la gardien et le maître d'œuvre¹⁸⁶.

Au titre de ces mesures, il est possible de distinguer plusieurs grandes catégories, lesquelles font une place majeure à l' élu dans leur application, tant en matière de prévention des risques naturels¹⁸⁷ que technologiques¹⁸⁸.

En ce qui concerne les mécanismes de planification en matière de risques naturels¹⁸⁹, il est prévu la possibilité d'interdire ou de limiter la construction de nouveaux édifices ainsi que l'exploitation de certaines activités dans les zones exposées au risque¹⁹⁰. Mesure classique, celle-ci se voit doublée de la possibilité d'édicter des dispositions semblables, visant non plus des terrains exposés directement au risque, mais des terrains qui par leur nature ou leur situation seraient susceptibles d'aggraver les risques existants¹⁹¹. L'urbanisation d'un

¹⁸⁶ Les maires ne se montrent malheureusement pas toujours soucieux d'appliquer ces dispositions avec diligence. En témoigne ces quelques lignes tirées du rapport parlementaire sur la tempête Xynthia : « Outre cette prise en compte défaillante des risques naturels par les documents d'urbanisme, votre mission souligne que de nombreuses maisons ont été édifiées sans permis ou, dans quelques cas, sur le domaine public maritime de l'État : dans les deux cas, ces habitations étaient implantées directement en front de mer, c'est-à-dire dans une zone très exposée au risque de submersion marine. A titre d'illustration, selon M. Jean-Jacques Brot, préfet de Vendée, 150 maisons ont été illégalement construites dans le secteur de la Pointe à L'Aiguillon-sur-Mer. Ces maisons, qui n'étaient initialement que des cabanes, ont été progressivement consolidées par leurs propriétaires, parfois ignorants du caractère illicite de leur présence : simples bicoques dans les années 1940, elles sont ainsi devenues des habitations pérennes. Lors du déplacement de votre mission en Charente-Maritime et en Vendée, le maire de L'Aiguillon-sur-Mer a admis le caractère dangereux de certaines de ces maisons, qui avaient été bâties au mépris des risques naturels et des règles d'urbanisme les plus élémentaires, et qui ont été dévastées lors du passage de la tempête Xynthia », Alain Anziani, Rapport d'information n°647 sur les conséquences de la tempête Xynthia, Ass. Nat., 7 juil. 2010, p. 53. V. aussi Chantal Cans, Jean-Marie Pontier, Thierry Touret, « Xynthia, ou l'incurie fautive d'un maire obstiné », *AJDA*, 2015, pp. 379-388.

¹⁸⁷ Sur les plans de prévention des risques naturels, v. Sébastien Defix, « De l'évaluation environnementale des plans de prévention des risques naturels prévisibles », *JCP-A*, 2014, n° 13, pp. 25-32.

¹⁸⁸ Pierre Soler-Couteaux, « Le maire peut user de ses pouvoirs de police pour faire respecter les prescriptions d'une autorisation d'urbanisme », *Revue de droit immobilier*, 2010, pp. 623-624.

¹⁸⁹ Norbert Calderaro, « Le juge administratif et les risques naturels », *Droit de l'Environnement*, 2004, n° 115, pp. 23-27. V. encore sur les aspects connexes de cette question : Arnaud Noury, « Permis de construire, risques naturels et preuves », *RFDA*, 2004, pp. 346-356 ; Seydou Traoré, « La prise en compte des risques naturels dans et par les documents d'urbanisme », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, 2013, n° 88, pp. 57-60.

¹⁹⁰ Art. L. 562-1 du code de l'environnement :

« I. - L'Etat élabore et met en application des plans de prévention des risques naturels prévisibles tels que les inondations, les mouvements de terrain, les avalanches, les incendies de forêt, les séismes, les éruptions volcaniques, les tempêtes ou les cyclones.

II. - Ces plans ont pour objet, en tant que de besoin :

1° De délimiter les zones exposées aux risques, en tenant compte de la nature et de l'intensité du risque encouru, d'y interdire tout type de construction, d'ouvrage, d'aménagement ou d'exploitation agricole, forestière, artisanale, commerciale ou industrielle ou, dans le cas où des constructions, ouvrages, aménagements ou exploitations agricoles, forestières, artisanales, commerciales ou industrielles, notamment afin de ne pas aggraver le risque pour les vies humaines, pourraient y être autorisés, prescrire les conditions dans lesquelles ils doivent être réalisés, utilisés ou exploités ».

¹⁹¹ Art. L. 562-1 du code de l'environnement : « II. - Ces plans ont pour objet, en tant que de besoin (...) 2° De délimiter les zones qui ne sont pas directement exposées aux risques mais où des constructions, des ouvrages,

territoire entraîne ainsi mécaniquement une baisse de la perméabilité des sols, laquelle peut accroître le risque inondation dans les zones alentours. De même, les élevages ovins tendent à provoquer un ravinement des terrains sur lesquels ils sont implantés, ce qui augmente le risque de coulées de boue ou de glissements de terrain¹⁹².

En sus de ces mesures d'interdiction ou de limitation, sont également prévues des mesures « *de prévention, de protection et de sauvegarde* », incombant non seulement aux particuliers, mais également aux collectivités publiques, ce qui inclut les collectivités territoriales. Des dispositions particulières relatives à certains types de terrain viennent compléter les dispositions d'ordre général précédemment édictées et mettent à la charge des différents acteurs des obligations spécifiques. Sont concernés par ces dispositions les zones exposées à un risque sismique ou cyclonique, les zones de montagne, les zones inondables ou encore les zones où sont situées des cavités souterraines¹⁹³.

Enfin, ultime mesure urbanistique destinée à remédier à la mauvaise implantation de certaines installations, il est possible pour l'Etat de déclarer d'utilité publique l'expropriation par « *lui-même, les communes ou leurs regroupements* » de biens qui seraient exposés à certains risques¹⁹⁴. Relevons ici que la formulation du texte exclut les collectivités territoriales autres que les communes où leurs groupements et donc notamment les Régions et les Départements. Pourtant, la Région pourrait apparaître dans de nombreux cas de figure comme l'échelon optimal à ce type d'opération, d'autant plus que le développement économique tient au premier chef de ses compétences¹⁹⁵. Nécessité induite par la mesure, un fonds de financement lui a été adjoint pour permettre aux collectivités concernées de faire face à leurs obligations, telles que l'expropriation en cas d'urgence, mais aussi la mise en place de mesures de prévention¹⁹⁶.

des aménagements ou des exploitations agricoles, forestières, artisanales, commerciales ou industrielles pourraient aggraver des risques ou en provoquer de nouveaux et y prévoir des mesures d'interdiction ou des prescriptions telles que prévues au 1° ».

¹⁹² Sur la passionnante question de la part de l'homme dans la réalisation des risques naturels, v. Alexandre Magnan et Virginie Duvat, *Des catastrophes... « naturelles » ?*, éd. Le pommier, Paris, 2014.

¹⁹³ Sur la question du périmètre de protection dans la jurisprudence, v. Jacques Sironneau, « Périmètres de protection », *RJE*, 2012, n° 2, pp. 356-363. Du même auteur, v. aussi « Périmètres de protection », *RJE*, 2014, n° 3, pp. 557-559. V. aussi Florence Nicoud « De l'obligation de recourir à une procédure trop souvent méconnue : l'expropriation pour risque naturel prévisible », *AJDA*, 2010, pp. 393-395. V. également Jean Pisani, « Pour la réforme du droit de préemption urbain », *JCP-N*, 2010, n° 14, pp. 13-16.

¹⁹⁴ Art L. 561-1 et suiv. du code de l'environnement.

¹⁹⁵ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales (JO du 17, p. 14545).

¹⁹⁶ Art. L. 561-3 du code de l'environnement. Sur ces questions, v. d'Hervé Arbousset, « Le régime juridique des plans de prévention des risques naturels prévisibles », *JCP-G*, 2003, pp. 1789-1794 ; « L'apparente simplicité du financement des fonds d'indemnisation », *RRJ*, 2008-3, pp. 1517-1534 ; « Les financements de risques collectifs : l'exemple des fonds d'indemnisation et de garantie », *RISEO*, 2010-1, pp. 15-36.

En ce qui concerne les mécanismes de planification en matière de risques technologiques, le panel de mesures urbanistiques destinées à protéger les citoyens contre ce dernier est sensiblement le même, à ceci près que la présence d'un acteur supplémentaire, à savoir l'exploitant, en complexifie l'ensemble¹⁹⁷. Nous retrouvons sans surprise la possibilité d'interdire ou de limiter la construction de nouveaux ouvrages dans des zones données, éventuellement assorties de prescriptions à suivre¹⁹⁸. De même, les communes ou leurs groupements (et seulement eux) se voient offrir la faculté de recourir à l'expropriation si les mesures de prévention s'avèrent plus coûteuses que cette dernière. Mais entre les deux, la législation sur la prévention des risques technologiques procède à un dégradé subtil et prévoit une série de dispositifs intermédiaires, se singularisant en cela de celle sur les risques naturels. Ainsi, un droit de préemption urbain est conféré aux communes ou à leurs groupements, tandis qu'un droit de délaissement est accordé aux propriétaires concernés¹⁹⁹, ce qui autorise la conciliation des aspirations individuelles avec les nécessités collectives et permet une montée en puissance programmée des mécanismes de la prévention²⁰⁰. En sus, diverses obligations peuvent être mises à la charge des exploitants à l'origine du risque, lesquelles sont susceptibles d'avoir des répercussions sur le rayon d'effet d'une éventuelle catastrophe et donc sur le zonage des risques²⁰¹.

¹⁹⁷ Karine Favro, « Le juge administratif, l'exploitant et le Préfet : un trio infernal », in *Planifier le risque industriel*, Jean-François Brilhac et Karine Favro (dir.), VictoiresEditions, 2009, pp. 121-125 ; v. encore dans le même ouvrage, Chantal Cans « Le contentieux de la planification des risques industriels », pp. 126-130. Pour le versant particulier de ce sujet qu'est la réglementation relative aux installations classées, v. not. Delphine Déprez, « Installations classées », *BDEI*, 2012, n° 38, pp. 7-10.

¹⁹⁸ Art. L. 515-16 et aussi art. L. 515-8 et suiv. du code de l'environnement.

¹⁹⁹ Art. L. 515-16 préc. A l'intérieur du périmètre d'exposition aux risques, les plans de prévention des risques technologiques peuvent, en fonction du type de risques, de leur gravité, de leur probabilité et de leur cinétique, délimiter :

1° Des zones dites de maîtrise de l'urbanisation future, soumises aux dispositions de l'article L. 515-16-1 ;

2° Des zones dites de prescription, relatives à l'urbanisation existante, soumises aux dispositions de l'article L. 515-16-2, à l'intérieur desquelles les plans peuvent délimiter :

a) Des secteurs dits de délaissement, soumis aux dispositions des articles L. 515-16-3 et L. 515-16-5 à L. 515-16-7 en raison de l'existence de risques importants d'accident à cinétique rapide présentant un danger grave pour la vie humaine ;

b) Des secteurs dits d'expropriation, soumis aux dispositions des articles L. 515-16-3 à L. 515-16-7 en raison de l'existence de risques importants d'accident à cinétique rapide présentant un danger très grave pour la vie humaine.

Au sein d'une même zone ou d'un même secteur, les mesures prises en application des art. L. 515-16-1 à L. 515-16-4 peuvent différer en fonction des critères mentionnés au premier alinéa.

²⁰⁰ Pour quelques exemples en matière de contentieux en matière de planification des risques industriels, Agnès Dupie, « Rubrique de jurisprudence. Risques naturels et technologiques », *BDEI*, 2013, n° 47, pp. 52-58. V. aussi Jean-Luc Pissaloux, « Quelques observations sur la concertation environnementale », *BJCL*, 2015-5, pp. 375-378 ; Jean-Jacques Martel, « L'impact des risques naturels et technologiques sur la valeur vénale ou locative », *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, LexisNexis, mars 2015, pp. 19-24.

²⁰¹ Ce qui n'est pas sans incidence sur l'issue d'un éventuel contentieux ; v. Françoise Delbos, « Annulation d'un PPRT », *Droit de l'environnement*, 2013, n° 210, pp. 103-111.

Elément central de la prévention des risques, le recours généralisé à la gestion de l'urbanisation via des dispositifs de planification, mais surtout leur intégration dans les PLU place les élus locaux au premier rang de ceux chargés de leur mise en application. Mais la plupart de ces dispositions se traduisant par des obligations à la charge des administrés, se pose la question de la place des élus dans l'élaboration et l'adoption des différents plans de prévention. Il est normal que les élus se montrent soucieux de leur réélection de même qu'il apparaît bienvenu que la sécurité des citoyens ne deviennent pas l'otage d'intérêts purement électoralistes. Par conséquent, l'architecture décisionnelle et la place qu'y tient l'élu local doit être élaborée pour préserver à la fois l'intérêt général mais aussi les aspirations locales, sans que les secondes prennent le pas sur le premier, l'un n'étant pas réductible à l'autre.

B) La fonction de l'élu dans la prise de décision

Si la loi ne laisse à l'élu qu'une place secondaire lors de l'élaboration des plans (1), les interstices du texte lui confèrent néanmoins une très réelle faculté de négociation (2).

1) Une place en retrait lors de l'élaboration des plans

Qu'il s'agisse des plans de prévention des risques naturels ou technologiques, la loi ne réserve qu'une place très réduite à l'élu et ce tout au long de leur élaboration. L'élu local est ainsi entièrement dépossédé de la maîtrise de la procédure, initiée et menée à son terme par le Préfet, aidé en cela par les services déconcentrés de l'Etat²⁰². En matière de risques naturels, l'établissement d'un plan de prévention est prescrit par le Préfet. Cet arrêté marque non seulement le début de la procédure, mais détermine également les modalités de concertation avec les collectivités territoriales associées au projet. Il leur est normalement simplement notifié, sans qu'elles n'aient été associée à une quelconque négociation, laissant donc au Préfet toute latitude pour associer plus ou moins largement les collectivités concernées²⁰³. En d'autres termes, à l'établissement du projet de plan, le Préfet peut user de la faculté d'inclure

²⁰² Citons entre autres la Direction régionale de l'Industrie, de la Recherche et de l'Environnement, le Service Eau Environnement Risques et anciennement la Direction Départementale de l'Équipement.

²⁰³ Art. R. 562-2 du code de l'environnement : « L'arrêté prescrivant l'établissement d'un plan de prévention des risques naturels prévisibles détermine le périmètre mis à l'étude et la nature des risques pris en compte. Il désigne le service déconcentré de l'Etat qui sera chargé d'instruire le projet.

Cet arrêté définit également les modalités de la concertation et de l'association des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale concernés, relatives à l'élaboration du projet.

Il est notifié aux maires des communes ainsi qu'aux présidents des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale compétents pour l'élaboration des documents d'urbanisme dont le territoire est inclus, en tout ou partie, dans le périmètre du projet de plan ».

plus ou moins largement les collectivités territoriales dans le processus de décision comme moyen de négociation pour s'assurer de la coopération future des collectivités territoriales.

Le projet de plan est ensuite soumis pour avis aux conseils municipaux et aux organes délibérants des EPCI concernés²⁰⁴. Une nouvelle fois, le rôle de l' élu est réduit à sa portion congrue puisqu'il s'agit là d'un avis obligatoire, mais non d'un avis conforme. La procédure permet toutefois aux élus d'afficher et de défendre leur position devant leurs électeurs, ce qui est d'autant plus nécessaire que le projet de plan est par la suite soumis à enquête publique devant eux. Une obligation processuelle se surajoute aux obligations classiques du recours à enquête publique : celle de consulter les maires, lesquels pourront une nouvelle fois défendre leur position, non pas réellement devant le Préfet, mais devant leurs électeurs²⁰⁵. Le plan de prévention est ensuite approuvé par arrêté préfectoral²⁰⁶.

La procédure d'élaboration et d'adoption des PPRN ne diffère pas sensiblement et ne laisse pas une plus grande place à l' élu. A nouveau à l'initiative de la procédure, le Préfet, comme pour les PPRN, détermine les modalités de concertation avec les acteurs intéressés. Le projet de plan est ensuite simplement soumis pour avis aux conseils municipaux²⁰⁷. Relevons que curieusement, il n'est pas exigé expressément que les conseils municipaux soient associés au projet, le code de l'environnement faisant simplement état des « *modalités de la concertation avec les habitants, les associations locales et les autres personnes*

²⁰⁴ Art. R. 562-7 du code de l'environnement : « Le projet de plan de prévention des risques naturels prévisibles est soumis à l'avis des conseils municipaux des communes et des organes délibérants des établissements publics de coopération intercommunale compétents pour l'élaboration des documents d'urbanisme dont le territoire est couvert, en tout ou partie, par le plan ».

²⁰⁵ Art. R. 562-8 du code de l'environnement : « Le projet de plan est soumis par le préfet à une enquête publique dans les formes prévues par les art. R. 123-6 à R. 123-23, sous réserve des dispositions des deux alinéas qui suivent. Les avis recueillis en application des trois premiers alinéas de l'art. R. 562-7 sont consignés ou annexés aux registres d'enquête dans les conditions prévues par l'art. R. 123-17. Les maires des communes sur le territoire desquelles le plan doit s'appliquer sont entendus par le commissaire enquêteur ou par la commission d'enquête une fois consignés ou annexés aux registres d'enquête l'avis des conseils municipaux ».

²⁰⁶ Art. R. 562-9 du code de l'environnement : « A l'issue des consultations prévues aux art. R. 562-7 et R. 562-8, le plan, éventuellement modifié, est approuvé par arrêté préfectoral ».

²⁰⁷ Art. R. 515-40 du code de l'environnement : « L'élaboration d'un plan de prévention des risques technologiques est prescrite par un arrêté du préfet qui détermine :

1° Le périmètre d'étude du plan ;

2° La nature des risques pris en compte ;

3° Les services instructeurs ;

4° La liste des personnes et organismes associés définie conformément aux dispositions de l'art. L. 515-22, ainsi que les modalités de leur association à l'élaboration du projet.

II. - L'arrêté fixe également les modalités de la concertation avec les habitants, les associations locales et les autres personnes intéressées. Les dispositions correspondantes de l'arrêté préfectoral doivent être soumises préalablement au conseil municipal de chaque commune dont tout ou partie du territoire est compris dans le périmètre du plan. L'avis du conseil municipal est réputé émis à défaut de réponse dans le mois qui suit la saisine. Le bilan de la concertation est communiqué aux personnes associées et rendu public dans des conditions que l'arrêté détermine ».

intéressées »²⁰⁸. Le projet est par la suite soumis pour avis à ces mêmes personnes²⁰⁹, avant enquête publique puis son approbation par arrêté préfectoral. A l'inverse de ce qui est exigé lors de l'élaboration d'un PPRN, aucune consultation spécifique des conseils municipaux ou des maires n'est ici prévue.

A travers l'examen de la législation relative à l'élaboration des plans de prévention des risques naturels et technologiques, il est possible de constater que le législateur a su se montrer prudent en laissant l'essentiel de la procédure aux mains de l'Etat, par l'entremise du Préfet et des administrations déconcentrées²¹⁰. La prévention des risques est un domaine éminemment technique où la nécessité tient lieu de conduite à tenir, se jouant de la volonté générale et des aspirations locales. Pourtant, la place laissée à l' élu dans l'élaboration des plans de prévention est bien plus vaste que la simple lecture des dispositions du code de l'environnement ne peut le laisser supposer. Une décision, quelle qu'elle soit, pour être appliquée, doit avant tout être acceptée par ceux chargés de sa mise en œuvre. Par conséquent, il existe en négatif de cette législation ne laissant qu'un rôle purement consultatif à l' élu et aux organes délibérants, un véritable lien de dépendance, subordonnant les décisions des administrations centrales au bon vouloir des collectivités territoriales.

2) Une réelle faculté de négociation

Les véritables prérogatives de l' élu relatives à l'élaboration des plans de prévention des risques naturels et technologiques ne sont pas à chercher dans le verbe de la loi, mais dans les blancs laissés entre ses lignes²¹¹. S'il ne possède pas de réelle faculté de décision, il dispose en revanche d'une incontournable capacité de négociation. La plupart des obligations imposées par les plans de prévention étant amenées à être indexées sous forme de servitudes d'utilité publique aux Plans Locaux d'Urbanismes (PLU), la responsabilité de leur mise en œuvre échoit aux collectivités territoriales compétentes, autonomes dans leur

²⁰⁸ Art. R. 515-40 : « L'arrêté fixe également les modalités de la concertation avec les habitants, les associations locales et les autres personnes intéressées ».

²⁰⁹ Art. R. 515-43 : « Le projet de plan, élaboré selon les modalités définies par l'arrêté prévu à l'art. R. 515-40, est soumis aux personnes et organismes associés. A défaut de réponse dans un délai de deux mois à compter de la saisine, leur avis est réputé favorable ».

²¹⁰ Ce qui n'est pas la garantie de ne pas voir la décision annulée devant les juridictions administratives : Sébastien Défix, « La procédure et les finalités du plan de prévention des risques technologiques », *AJDA*, 2013, pp. 635-640.

²¹¹ Sur ces questions, v. Johnny Douvinet et Anne-Sophie Denolle, « Les marges de manœuvre des maires face à l'application des plans de prévention des risques inondation », *RISEO*, 2010-1.

administration²¹². Seules véritables détentrices des moyens matériels et humains permettant d'assurer le respect des dispositions du PLU²¹³, celles-ci peuvent opposer à un plan de prévention jugé trop invasif une inertie administrative susceptible d'en limiter les incidences en même temps que de le vider de sa substance. Conscient de cette possibilité, le préfet à l'origine du projet devra initier un lent, long, mais indispensable travail de concertation, non seulement tout au long de la procédure administrative, mais aussi et surtout au stade de l'élaboration du dossier de plan de prévention, lequel constitue le point nodal du dispositif autour duquel s'articulera l'ensemble des intérêts en présence, et duquel découlera finalement l'adoption des différentes dispositions du plan de prévention.

Conséquence de l'introduction de mécanismes d'inspiration probabiliste dans les documents de prévention des risques, apparaît en corollaire celle de risque acceptable, dont la détermination sera l'enjeu des négociations entre le préfet et les élus chargés d'impulser sa mise en application. La conception que se feront le préfet et les élus locaux de la notion de « *risque acceptable* » ne sera pas neutre, puisqu'elle conditionnera le degré de sévérité des mesures du plan qu'ils tolèreront mutuellement, ainsi que leur gradation dans leur application au sein des différentes zones dessinées par lui. De par la quasi-absence de moyens de pression juridiques réciproques pour asseoir leur position sur l'autre, élus et préfet seront forcés à la collaboration avec pour résultat que les décisions secrétées par la concertation seront plus proches du plus petit dénominateur commun que du plus grand multiple. De ce fait, plus grande sera la communauté de vues entre le préfet et les élus, plus grande également sera la constance et la détermination des collectivités territoriales dans la mise en œuvre des décisions arrêtées lors de l'élaboration du plan.

Si la nécessité de parvenir à un consensus entre l'autorité centrale (représentée par le préfet) et les instances locales (les élus), accroît l'efficacité de la solution retenue de par la synergie qu'elle crée entre les acteurs l'ayant approuvée, son absence en revanche conduit inéluctablement à un blocage du processus, préjudiciable à la sécurité des administrés. Néanmoins, le préfet comme les élus ne manquent pas de poids à jeter dans les plateaux de la balance des négociations, pour rompre l'inertie de la situation. Ainsi, le préfet reste-t-il tout au long de la procédure maître de la conduite de cette dernière et par là-même conserve l'initiative de sa progression, ce que les élus ne peuvent ignorer. Il peut également, lorsque

²¹² Art. L. 131-4 à 7, L. 151-1 à 153-60 et art. R. 132-1 et suiv. du code de l'urbanisme. V. aussi art. 72 al. 3 de la Constitution de 1958 : « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ».

²¹³ V. Bernard Poujade, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau : le contrôle de légalité aujourd'hui ? », *op. cit.*, p. 720.

l'urgence le commande, exiger l'application immédiate de certaines mesures prévues par le projet de plan et ce tant en matière de risques naturels que technologiques²¹⁴.

Concernant le coût des mesures à mettre en œuvre en revanche, la latitude du préfet est ici beaucoup plus réduite et l'avantage clairement du côté des élus, puisque ces mesures font l'objet soit d'une convention dans le cadre des risques, soit de l'intervention d'un fonds. Si légalement parlant, l'intervention financière de l'Etat n'a rien d'obligatoire pour lui, celui-ci n'a aucun moyen de contraindre les collectivités à assumer l'intégralité des dépenses de prévention des risques. Il n'a donc d'autre choix que celui d'abonder financièrement le dispositif, ne serait-ce que pour s'assurer de sa viabilité financière. De leur côté, les élus peuvent décider de moduler leur participation financière à la mise en œuvre des différentes mesures en fonction de leurs attentes vis-à-vis de l'Etat (et éventuellement des industriels dans le cadre des risques technologiques) et de leur conception du plan de prévention.

En matière de risque technologique, les dispositions du code de l'environnement offrent même tant aux élus qu'au Préfet un levier d'action supplémentaire, puisque les PPRT peuvent imposer à l'exploitant « *des mesures supplémentaires de prévention des risques permettant de réduire le périmètre des secteurs* »²¹⁵. Couplé à la répartition tripartite du coût financier des mesures, ce dispositif offre la possibilité aux collectivités territoriales comme à l'Etat de majorer leur participation financière en échange d'un effort de l'exploitant en matière de prévention des risques en amont.

Néanmoins, la possibilité d'un blocage, ou plus insidieux autant que plus préjudiciable, l'adoption à contrecœur du plan, oblige le préfet à aplanir et apaiser les relations avec les élus avant son approbation. L'efficacité du plan est en effet indissociable de son acceptation par les élus, laquelle passe par la prise de conscience de la réalité des risques auxquels leurs administrés sont exposés. Le dialogue et l'échange entre le préfet, les élus et les services spécialisés permettent non seulement de tisser des relations interpersonnelles entre les participants, mais aussi à tous de prendre conscience des réalités et aspirations locales, dont l'administration centrale est par nature détachée. La Direction de la Prévention des Pollutions et des Risques du Ministère de l'Ecologie et du Développement Durable ne s'y est d'ailleurs pas trompée, puisqu'elle a publié deux guides méthodologiques sur la concertation, portant respectivement sur l'élaboration des PPRN et des PPRT²¹⁶. Ces derniers,

²¹⁴ Art. R. 562-6 du code de l'environnement.

²¹⁵ Art. L. 515-16 du code de l'environnement.

²¹⁶ *Le Plan de Prévention des Risques Technologiques (PPRT) : guide méthodologique* et *Le Plan de Prévention des Risques Naturels (PPR) : guide méthodologique*, publiés en ligne par la Direction de la Prévention des pollutions et des risques.

reprenant les conclusions du rapport Dauge relatif aux inondations²¹⁷, mettent en avant l'idée selon laquelle les élus doivent être associés le plus en amont possible à la démarche d'élaboration et ce, de manière à ce que les écueils soient révélés et dépassés avant qu'ils n'entraient le bon déroulé du processus²¹⁸.

Un dernier point doit enfin être abordé : celui de l'architecture du système d'adoption de la décision. Si l'efficacité du dispositif n'est pas dissociable de son acceptabilité sociale et si la recherche de celle-ci passe par la concertation de toutes les personnes concernées avant la prise de décision, il ne faudrait toutefois pas qu'une trop grande fragmentation des différents maillons de la chaîne de décision aboutisse à l'organisation d'une irresponsabilité collective. Une telle inertie serait particulièrement préjudiciable à la sécurité des administrés et a, au demeurant, déjà été dénoncée suite à la catastrophe de la tempête Xynthia²¹⁹. Louable dans ses principes et efficace lorsqu'elle est acceptée, la procédure de concertation préalable à

²¹⁷ Yves Dauge, *Les Politiques publiques de prévention des inondations*, rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1999.

²¹⁸ Comme le relève Yves Dauge, « *De tous les travaux du groupe, des idées forces apparaissent : la notion de risque doit être intégrée de manière positive et en permanence aux réflexions et aux attitudes des décideurs et des planificateurs. La prise en compte du risque est un élément qui doit nourrir une politique d'aménagement et de mise en valeur du territoire. La détermination du "risque acceptable" doit se faire au terme d'un processus d'analyses, d'échanges et de négociation plus démocratique. La fixation du niveau de risque, en définitive par l'Etat, sera alors mieux comprise, mieux acceptée, et sans doute plus facilement légitimée. Le retour d'expérience n'est pas, aujourd'hui correctement assuré, ni l'échange de connaissance et d'information entre tous les acteurs de la crise* », in *Les Politiques publiques de prévention des inondations*, op. cit., p. 48. Cela est relevé par le ministère lui-même : « *Un partenariat doit être établi pour organiser un processus de coopération et de réflexion partagée tous les stades de l'élaboration de cette stratégie. C'est le rôle de la concertation. En effet, l'adaptation et l'appropriation d'une stratégie de prévention des risques naturels ne peuvent être trouvées sans une concertation étroite entre les représentants des collectivités locales et l'État. Ce doit être une stratégie partagée dans le cadre des composantes et responsabilités de chacun. Toutefois, l'État est en général l'initiateur, notamment lorsque les collectivités locales n'en ont pas pris l'initiative. Le pilotage en revient à l'autorité qui en a pris l'initiative. La stratégie locale, qui traite ces différents points pour dégager des orientations de prévention et d'aménagement, n'entre pas dans le détail des dispositions souhaitables. Elle ne doit pas ralentir le processus de décision et d'approbation du PPR, mais au contraire contribuer à l'accélérer* », in *Le Plan de Prévention des Risques Naturels (PPR) : guide méthodologique*, op. cit., p. 11.

²¹⁹ Dans son rapport, le Sénat dénonçait notamment « *insuffisante couverture [des risques] due à des procédures sujettes à blocage* » : « *L'adoption, mais également la révision éventuelle, des PPRI sont longues et complexes, du fait de la pluralité de phases à respecter : études, consultations, enquêtes préalables, approbation administrative... Ainsi qu'il a été indiqué par les services du ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer (MEEDDM), "des situations de blocage existent dans un certain nombre de communes. Le rapport parlementaire effectué à la suite des inondations de la Somme en 2001 ainsi que l'atelier constitué dans le cadre du conseil d'orientation pour la prévention des risques naturels majeurs en 2003 sur le thème des PPRN ont notamment mis en évidence la nécessité d'améliorer la concertation entre l'État et les collectivités territoriales pendant l'élaboration des PPRN". De tels blocages doivent être constatés dans un certain nombre de communes concernés par la tempête Xynthia. La commune de La Faute-sur-Mer n'était pas dotée d'un PPRI alors même qu'elle était particulièrement exposée au risque de submersion marine et aurait dû faire prioritairement l'objet d'un tel plan. Le préfet de Vendée, M. Jean-Jacques Brot, a précisé à la mission qu'en neuf ans, quatre projets de PPR avaient été préparés pour les communes de La Faute-sur-Mer et de L'Aiguillon-sur-Mer, mais qu'aucun document n'avait été adopté. En novembre dernier, la commune de La Faute-sur-Mer avait demandé au préfet de surseoir à l'enquête préalable requise par la procédure* », relève Alain Anziani, rapport d'information n°647 préc., p. 48.

l'approbation des plans de prévention ne doit pas devenir pour les élus un moyen de retarder ce à quoi oblige la nécessité.

Central, le rôle joué par la police de l'urbanisme en matière de prévention des risques ne doit toutefois pas occulter le rôle auxiliaire des autres pouvoirs de police du maire.

§2) Le rôle auxiliaire des autres pouvoirs de police du maire

Tant les pouvoirs de police générale du maire (A) que ceux de police spéciale (B) participent à la prévention des risques.

A) Les pouvoirs de police générale

Autorité locale, il incombe au maire de faire adopter et respecter toute mesure ayant trait à la police municipale, laquelle a pour objet d'assurer « *le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* »²²⁰. A ce titre, il lui revient notamment 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* »²²¹. Simples dans leur énoncé, ces obligations se sont vues précisées et complétées par la jurisprudence administrative²²². Celle-ci a précisé tant les conditions (1) que les modalités du recours aux pouvoirs de police générale (2).

²²⁰ Art. L. 2212-2 CGCT.

²²¹ Art. L. 2212-2, al. 5 CGCT.

²²² Sur ces points, v. Hervé Arbousset, « Catastrophes naturelles et responsabilité administrative des collectivités territoriales : mieux vaut prévenir que réparer », *Revue Lamy des Collectivités territoriales*, 2013, n° 88, pp. 75-78 ; et Valérie Sanseverino-Godfrin, « Les pouvoirs de police du maire dans le domaine de la prévention des risques naturels », *Revue Lamy des Collectivités territoriales*, 2013, n° 88, pp. 53-56.

1) Les conditions du recours aux pouvoirs de police générale

Ainsi, l'intervention du maire est subordonnée à l'existence préalable d'un risque, lequel doit revêtir un minimum de gravité. Le juge administratif ne s'embarrasse pas ici d'un strict respect de l'orthodoxie juridique, la notion de gravité du risque demeurant entourée d'un certain flou, auquel l'appréciation *in concreto* de différentes situations exposées vient suppléer. Néanmoins, il ressort d'une lecture générale de la jurisprudence que la notion de risque s'entend généralement comme d'un risque de mort, de blessure ou de destruction, l'absence d'unité terminologique ne devant pas faire oublier que l'ensemble des expressions utilisées recouvrent une même réalité. A titre d'exemples, oblige le maire à agir, l'existence d'un « *danger grave* »²²³, d'un « *risque réel et important* »²²⁴, d'un « *risque sérieux* »²²⁵ ou même d'un simple « *risque important* »²²⁶. De plus, la jurisprudence est encore venue imposer que le risque soit « *perceptible ou prévisible* »²²⁷.

S'il apparaît normal de subordonner l'action du maire à la connaissance du risque par sa perceptibilité, la notion de prévisibilité en revanche ne manquera pas de poser problème dans un avenir plus ou moins proche, que les événements de nature catastrophiques se chargeront de dicter. Se posera notamment la question de savoir quel degré d'analyse d'une situation est attendu pour qu'il soit considéré que la totalité du spectre des plausibles a été couvert. De même, il sera légitime de s'interroger sur la fréquence nécessaire de mise à jour des études de prévention des risques, autorisant à ce que la connaissance du risque soit considérée comme optimale.

²²³ Le risque s'entend comme un « danger grave » : « *Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment du rapport de l'expert désigné par le juge des référés que les inondations, qui en octobre 1987 ont provoqué des dégâts dans le "Poney-Club" exploité par M. Gachelin à Montarnaud (Hérault), ont eu pour origine la rupture des berges des fossés d'écoulement des eaux pluviales à la suite d'importantes précipitations ; qu'il n'est pas prouvé que ces fossés étaient obstrués par défaut d'entretien et créaient pour la sécurité publique, ainsi que le soutient M. Gachelin, un danger grave auquel il aurait incombé au maire de parer en usant des pouvoirs qu'il tient de l'art. L-131.2 6° du code des communes* », CAA Bordeaux, 12 mai 1992, req.n° 90BX00170.

²²⁴ TA Nice, 8 juillet 1981 (numéro de requête inconnu ; l'arrêt a été publié au *Recueil Lebon* sans son numéro. Cité sur : <http://www.prim.net>).

²²⁵ « *Considérant qu'en égard aux caractéristiques de la zone d'implantation des habitations concernées et au fait qu'elle ne paraissait pas exposée à des risques sérieux d'avalanche, le maire de la commune de Porte-Puymorens n'a pas commis de faute en ne prenant pas lors de la création du lotissement, conformément aux dispositions de l'Art. L. 131-2 du code des communes, de mesures particulières en vue de prévenir de tels risques ou de parer à leurs conséquences* », CAA Bordeaux, 27 décembre 1993, req. n° 91BX00685.

²²⁶ « *Considérant que la société requérante soutient que, pour rejeter sa demande de permis de construire, le maire s'est borné à reprendre l'avis émis par le service départemental de restauration des terrains en montagne et n'a pas exercé son pouvoir d'appréciation ; qu'elle n'apporte toutefois aucun élément de nature à appuyer cette allégation ; qu'il résulte au contraire des pièces du dossier que le maire qui avait reçu un premier avis du service de restauration des terrains en montagne se limitant à faire état sans autre précision d'un risque important de chute de pierres, a sollicité des informations complémentaires qui lui ont été données par le service dans un avis circonstancié en date du 21 septembre 1990 ; que la société requérante n'est, en conséquence, pas fondée à soutenir que le maire se serait cru à tort lié par les avis du service technique qu'il avait consulté et aurait ainsi méconnu l'étendue de sa compétence* », CAA Lyon, 26 septembre 1995, req. n° 94LY00409.

²²⁷ CAA Lyon, 7 décembre 1989, req. n° 89LY00397.

En sus de répondre à l'existence d'un risque important et perceptible, la mesure doit également être proportionnée à l'objectif à atteindre, la jurisprudence administrative ayant fixé des limites matérielles et temporelles à l'exercice du pouvoir de police municipale du maire²²⁸. Elle doit aussi être calibrée aux situations de l'espèce et ne pas excéder ce à quoi la nécessité oblige²²⁹. A titre d'exemple, n'a pas été considérée comme proportionnée au but recherché, l'interdiction faite aux habitants d'un immeuble touché par des inondations de l'occuper, alors même qu'au plus fort des crues, à aucun moment la vie des intéressés n'a été menacée, et qu'il a même servi de refuge à des personnes plus menacées²³⁰. Tel est également le cas de la décision d'un maire de rationner la distribution de l'eau en période de sécheresse et d'en réserver la plus large part à une certaine catégorie de population et ce tout au long de l'année, alors même que la sécheresse ne sévit que deux mois²³¹. Il en va de même pour l'interdiction faite d'emprunter un chemin communal afin de limiter le risque de dégradation en période d'inondation, laquelle interdiction a perduré deux ans²³².

En revanche, ne doit pas être considérée comme illicite la décision prise d'interdire tout rassemblement et toute activité de camping et ce tout au long de l'année, sur un terrain extrêmement exposé aux coulées de boue et aux mouvements des sols²³³.

2) Les modalités du recours aux pouvoirs de police générale

Le panel de mesures pouvant être prises par le maire pour remédier à la situation est extrêmement large, allant de la plus simple à la plus complexe. Le maire peut ainsi se contenter de signaler l'existence de certains risques. Il s'agit même du minima exigible lorsque les dangers sont connus et que les administrés y sont régulièrement exposés²³⁴. Nécessaire, mais parfois insuffisante, la mesure doit dans certains cas être complétée et ne constitue que le premier échelon de protection contre les risques²³⁵. Mais si la signalisation de certains risques est obligatoire, la mise en place d'un dispositif de surveillance en revanche ne l'est pas toujours²³⁶.

²²⁸ CE, 29 juin 1990, req. n° 75140.

²²⁹ Sur les conditions de l'usage légitime des pouvoirs de police du maire, v. Florence Nicoud, « De l'obligation de recourir à une procédure trop souvent méconnue : l'expropriation pour risque naturel prévisible », *AJDA*, 2010, pp. 393-395.

²³⁰ CAA Marseille, 2 juil. 2007, *C^{ne} de Collias*, req. n° 05MA03233.

²³¹ CAA Lyon, 30 déc. 2003, *C^{ne} de Saint Aubin des Chaumes*, req. n° 98LY01043.

²³² CE, 19 fév. 2003, *C^{ne} de Primelles*, req. n° 220278.

²³³ CAA Nantes, 22 février 2006, 05NT00286.

²³⁴ CE, 13 mars 1989, req. n° 69193.

²³⁵ CAA Lyon, 1^{er} février 1990, req. n° 89LY00098 ; CAA Bordeaux, 11 décembre 2007, req. n° 05BX01804.

²³⁶ CAA Nantes, 9 juin 1993, req. n° 91NT00682. En matière de surveillance des crues également, l'Etat n'est pas tenu de mettre en place un service de surveillance : CE, 23 février 1973, req. n° 81302 et 81646.

Désormais bien ancrée dans les « mœurs juridiques » du juge administratif, l'obligation de signalisation des risques souffre toutefois quelques exceptions. De la lecture de la jurisprudence il est ainsi possible de dégager l'idée générale que les risques intrinsèques à certaines situations n'y sont pas assujettis, le droit n'ayant pas vocation à réaffirmer des évidences dont le plus élémentaire sens commun devrait suffire à garder les administrés. Ainsi, il n'est pas obligatoire pour l' élu d'interdire l'accès à un talus aux abords d'une plage²³⁷. De même, il est inutile d'informer de façon particulière les usagers d'une piste de ski sur la présence éventuelle de plaques rocheuses dissimulées sous la neige, celles-ci constituant un danger inhérent à l'activité en question²³⁸. Constitue également un danger inhérent à la pratique du ski de fond, la présence sur la piste d'un petit tas de neige d'une quarantaine de centimètres²³⁹. Il en va également ainsi et c'est heureux, de la présence d'une barrière de sécurité en bordure de piste, destinée à en marquer la limite et protéger les skieurs, le maire n'étant tenu de signaler que « *les dangers excédant ceux contre lesquels les intéressés doivent personnellement, par leur prudence, se prémunir* »²⁴⁰.

Beaucoup plus critiquable en revanche est la décision de ne pas retenir de faute à l'encontre du maire qui n'a pas prévenu les habitants d'un hameau sinistré par une crue de son imminence, au motif que « *les risques étaient connus de tous* »²⁴¹. Si les risques sont connus de tous, ils devraient l'être du maire encore plus que de ses administrés et celui-ci devrait être à même de les alerter de l'imminence d'un danger. Mais il est vrai que dans le cas de l'espèce, le problème du défaut d'information des populations se doublait de celui d'une difficile prédictibilité de la crue qui a sans doute pesé plus dans la décision finale des juges que la simple absence d'alerte des administrés.

Mais les mesures de police municipale que peut prendre le maire ne se limitent pas à la simple information des administrés sur la probabilité de survenance d'un risque. Celui-ci a également le devoir de les prévenir en procédant à des travaux de prévention et ce même en l'absence d'un plan de prévention des risques²⁴². Pour ce faire, il peut soit décider de faire exécuter les travaux aux frais de la commune²⁴³. Il peut aussi mettre en demeure les propriétaires de sa commune de réaliser des travaux de mise en conformité avec les prescriptions du Plan Local d'Urbanisme si la situation de leur parcelle est en violation de ces

²³⁷ CE, 6 février 1981, req. n° 13145.

²³⁸ CE, 12 décembre 1986, req. n° 51249.

²³⁹ CAA Lyon, 14 octobre 2008, req. n° 06LY01806.

²⁴⁰ CAA Lyon, 26 mai 2009, req. n° 06LY00666.

²⁴¹ CAA Marseille, 8 octobre 2007, req. n° 05MA00322.

²⁴² CAA Lyon, 30 mai 1995, req. n° 93LY01992.

²⁴³ CE, 14 mars 1990, req. n° 96272 et 99725.

dernières²⁴⁴. Mais à l'instar des exigences en matière de signalisation des risques, les travaux ordonnés doivent toujours être nécessaires et proportionnés au but recherché. Le critère de la nécessité a pour effet induit et d'apparence paradoxal au premier regard, de pas rendre obligatoire pour le maire la réalisation de travaux, si le risque à prévenir est à ce point irrésistible que toute tentative pour y faire face est inéluctablement vouée à l'échec²⁴⁵. Point important, il est à relever qu'il est d'une jurisprudence constante que les travaux à diligenter doivent certes être proportionnés à l'objectif visé, mais également aux capacités financières de la commune qu'ils ne sauraient excéder²⁴⁶.

Exigeante à l'endroit de l' élu, la jurisprudence n'exige toutefois pas l'impossible de ce dernier. Il n'est ainsi pas fait reproche au maire d'une commune située en contrebas d'une falaise, de ne pas avoir pris les mesures nécessaires afin d'empêcher les chutes de pierres, ce dernier n'ayant eu qu'un délai de quatre jours pour réagir²⁴⁷. Il n'est pas non plus exigé de celui-ci qu'il agisse pour prévenir un risque dont il ignorait l'existence²⁴⁸. Plus discutable cependant est la décision ne retenant aucune faute à l'encontre de la commune, les difficultés l'ayant conduite à reporter de trois ans et huit mois ses actions de mise en sécurité d'un domicile, ce retard résultant pour partie de circonstances de faits et de difficultés de nature technique, mais aussi et surtout d'obstacles juridiques et administratifs²⁴⁹. Si sur le plan de la cohérence juridique il ne saurait être reproché à une municipalité de suivre strictement les procédures appropriées pour mener des actions de prévention, il reste néanmoins particulièrement heurtant sur le plan intellectuel que l'urgence imposée par une situation n'ait pas ouvert droit à un recours aux dispositions spécifiques du code de l'expropriation (la procédure d'expropriation pour risque majeur initiée avait été déclarée irrecevable par la commission interministérielle compétente). Relevons enfin qu'aucune obligation de protéger les propriétés privées situées aux abords des voies fluviales ne pèse ni sur l'Etat, ni sur les communes et à plus forte raison, encore moins sur l' élu²⁵⁰.

A la limite de la mesure de prévention de la crise et de la mesure de résorption, il incombe également au maire d'élaborer des dispositifs d'alerte et d'évacuation de la

²⁴⁴ CAA Marseille, 6 février 2004, req. n° 00MA00617.

²⁴⁵ CAA Bordeaux, 1^{er} août 1994, req. n° 93BX00418.

²⁴⁶ CE, 16 juin 1989, req. n° 59616 et CAA Bordeaux, 3 février 2005, req. n° 01BX00069 ; 11 décembre 2007, req. n° 05BX01804.

²⁴⁷ CAA Nantes, 20 février 2007, req. n° 06NT00560.

²⁴⁸ CAA Versailles, 16 novembre 2006, req. n° 04VE03522.

²⁴⁹ CAA Bordeaux, 5 juin 2007, req. n° 04BX01431.

²⁵⁰ CAA Nantes, 10 avril 1991, req. n° 89NT00974.

population et ce, indépendamment du type de risque auquel sa commune est exposée²⁵¹. Le respect de cette obligation est apprécié sévèrement par le juge administratif, notamment en matière de crue, refusant de dédouaner même partiellement de sa faute la commune qui n'aurait pas été en mesure d'alerter sa population à temps, alors même que l'obligation de prévenir les communes d'une éventuelle montée des eaux revient au seul service d'annonce des crues mis en place par l'Etat²⁵². Bien que l'alerte et l'évacuation des populations menacées soient à la charge du maire, celui-ci ne peut toutefois pas user de ce prétexte pour interdire à ses administrés, de façon permanente et définitive, d'occuper leurs propriétés respectives dans l'attente d'une éventuelle expropriation²⁵³.

En sus de ses pouvoirs de police générale, le maire possède également des pouvoirs de polices spéciales.

B) Les pouvoirs de polices spéciales

En matière de polices spéciales relatives à la gestion des risques, il faut compter principalement la police des édifices menaçant ruine (1) et celle des campings (2).

1) La police des édifices menaçant ruine

L'existence d'une police des édifices menaçant ruine pose la question de son articulation avec les pouvoirs de police générale du maire, laquelle n'est pas détachable du sens attaché aux termes de l'article L. 511-1 du code de la construction et de l'habitation, lequel précise les conditions de son exercice²⁵⁴. Ainsi, il dispose que « *le maire peut prescrire la réparation ou la démolition des murs, bâtiments ou édifices quelconques lorsqu'ils menacent ruine et qu'ils pourraient, par leur effondrement, compromettre la sécurité ou lorsque, d'une façon générale, ils n'offrent pas les garanties de solidité nécessaires au maintien de la sécurité publique, dans les conditions prévues à l'article L. 511-2. Toutefois, si leur état fait courir un péril imminent, le maire ordonne préalablement les mesures provisoires indispensables pour écarter ce péril, dans les conditions prévues à l'article L. 511-3. Il peut faire procéder à toutes visites qui lui paraîtront utiles à l'effet de vérifier l'état de solidité de tout mur, bâtiment et édifice. Toute personne ayant connaissance de faits*

²⁵¹ Sur la planification des secours à l'échelon communal, v. Philippe Billet, « La planification des secours à l'échelon communal », *JCP-A*, 2005, pp. 1493-1495 et not. CAA Lyon, 10 juillet 2006, req. n° 01LY00189.

²⁵² CE, 22 juin 1987, req. n° 62567 ; CE, 25 mai 1990, req. n° 39460 et 39497.

²⁵³ CE, 21 octobre 2009, req. n° 310470.

²⁵⁴ Sur les spécificités de la police des édifices menaçant ruine, v. : Olivier Renard-Payen, « Action récursoire du maire à l'encontre du propriétaire d'un terrain en remboursement des travaux exécutés par la commune pour prévenir un danger grave et imminent », *JCP-A*, 2008, n° 12, pp. 35-37 ; Fabrice Lemaire, « L'abandon de la faute lourde en matière de police des édifices menaçant ruine », *AJDA*, 2007, pp. 385-390.

révélant l'insécurité d'un immeuble est tenue de signaler ces faits au maire, qui peut recourir à la procédure des articles ci-après ».

De nombreuses précisions ont été apportées par la jurisprudence, précisions permettant de circonscrire le champ d'application de la police et qu'il nous faut ici rappeler. La notion de « *murs, bâtiments ou édifices* » porte ainsi non seulement sur les constructions proprement dites, mais aussi par extension, sur toutes les structures bâties par la main de l'Homme²⁵⁵. Concernant la notion de ruine, celle-ci recouvre deux réalités distinctes :

- soit l'édifice menace de s'effondrer,
- soit l'édifice n'offre plus « *les garanties de solidité nécessaires au maintien de la sécurité publique* »²⁵⁶. Cette situation est ici différente du risque d'effondrement et même du simple délabrement. Si celui-ci n'est pas tel qu'il porte atteinte à la sécurité publique, le maire ne peut utiliser ses pouvoirs de police spéciale²⁵⁷.

Critère majeur de détermination des compétences du maire, l'origine du trouble affectant l'édifice permet d'emporter l'application des dispositions de la police spéciale des édifices menaçant ruine au détriment des dispositions de la police générale. Peu importe que la cause de la ruine émane de l'immeuble lui-même, consécutive par exemple à une malfaçon, ou de l'action d'un tiers, seul l'état global de l'immeuble étant apprécié. En revanche, si l'événement à l'origine de l'état de l'immeuble est un des « *fléaux calamiteux* » listés par l'article L. 2212-2 du CGCT, seuls les pouvoirs de police générale du maire trouveront à s'appliquer, ce qui concrètement ne modifiera pas le panel de mesures pouvant être adoptées, les dispositions relatives à la police des édifices menaçant ruine offrant au demeurant au justiciable plus de garanties procédurales que celles de la police générale²⁵⁹. Étonnamment, il a été estimé par le juge administratif que l'existence d'une galerie naturelle insuffisamment consolidée passant sous les fondations d'un immeuble à usage d'habitation ne pouvait être

²⁵⁵ Citons entre autres les corniches (CE, 29 janvier 1975, req. n°89447), un mur de clôture servant aussi de soutènement à une voie communale (CE, 27 octobre 1971, req. n°80997), une construction inachevée (CE, 15 janvier 1986, *Haas*, req. n°59166), mais également un simple remblai de terre destiné à consolider l'assise de futurs bâtiments en voie de construction (CE, 8 janvier 1997, req. n°163927). Ne constituent pas des édifices les immeubles non bâtis tels que les falaises (CE, 24 janv. 1936, *Mure*) les glissements de terrain (CE, 18 novembre 1988, *C^{ne} de Tourtour*, req. n°76038). Par ailleurs, les arbres sont également exclus de cette législation (TA Bordeaux, 21 avril 1988, *Maire de Bordeaux*, numéro de requête inconnu. Cité sur <http://www.prim.net>).

²⁵⁶ Art. L. 511-1 du code de la construction et de l'habitation.

²⁵⁷ CE, 28 mai 1975, *S^{te} des briqueries Lepage*, req. n°93416.

²⁵⁹ En vertu de l'art. L. 2212-2 5° CGCT, le pouvoir de police générale du maire comprend « 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 pouvoir 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 » ; v. aussi : CE, 25 mai 1994, req. n° 110923 et 23 février 1990, req. n° 78974.

considérée comme un facteur de risque extérieur à l'immeuble²⁶¹. En revanche, il a été admis qu'une galerie artificielle passant à plus d'une dizaine de mètre sous une maison constituait cette fois une cause extérieure à l'état de l'immeuble, le maire ne pouvant user que de ses pouvoirs de police générale²⁶². En cas de doute sur l'origine du trouble ou en cas de convergence de facteurs ayant contribué à fragiliser l'immeuble, tant le maire que le juge administratif devront s'attacher à déterminer « *si les désordres de l'immeuble provenaient à titre prépondérant de causes qui lui sont propres* »²⁶³. Il en va de même si l'état de l'immeuble est le produit à la fois de « *fléaux calamiteux* » listés à l'article L. 2112-2 du CGCT et de circonstances relevant de l'article L. 511-1 du code de la construction et de l'habitation²⁶⁴.

Concernant la mise en œuvre des mesures de police des édifices menaçant ruine, les dispositions du code de la construction distinguent implicitement entre deux cas de figure : celui du « *péril imminent* », pour lequel une procédure particulière est expressément prévue²⁶⁵ et celui, révélé en filigrane, des périls ordinaires ou ainsi que les nomme de façon assez peu élégante la jurisprudence, celle des « *périls non imminents* »²⁶⁶.

La procédure relative aux périls non imminents ne présente aucune particularité susceptible de retenir l'attention du juriste. Classique dans ses mécanismes comme dans sa mise en œuvre, elle est initiée par un arrêté de péril, lequel à l'issue d'une procédure contradictoire, met en demeure le propriétaire de procéder aux réparations nécessaires afin de mettre fin au péril, lesquelles réparations sont éventuellement assorties de diverses autres obligations, dans un délai donné²⁶⁷. Classique également dans ses exigences, le juge administratif impose à l'élu de conserver une certaine proportionnalité entre la nature et l'ampleur des mesures prescrites et celle des maux affectant l'édifice. Ainsi, a été estimée illégale la démolition ordonnée d'un hangar alors même que celle-ci a été rendue inutile,

²⁶¹ CE, 29 décembre 1997, req. n° 160017.

²⁶² CE, 4 avril 2006, req. n° 262199.

²⁶³ CE, 31 mars 2006, req. n° 279664.

²⁶⁴ CAA Marseille, 15 décembre 2008, req. n° 07MA01949 et CE, 30 octobre 2006, req. n° 275008.

²⁶⁵ Art. L. 511-1 du code de la construction et de l'habitation : « *le maire peut prescrire la réparation ou la démolition des murs, bâtiments ou édifices quelconques lorsqu'ils menacent ruine et qu'ils pourraient, par leur effondrement, compromettre la sécurité ou lorsque, d'une façon générale, ils n'offrent pas les garanties de solidité nécessaires au maintien de la sécurité publique, dans les conditions prévues à l'art. L. 511-2. Toutefois, si leur état fait courir un péril imminent, le maire ordonne préalablement les mesures provisoires indispensables pour écarter ce péril, dans les conditions prévues à l'art. L. 511-3* ».

²⁶⁶ L'expression se retrouve dans de nombreuses décisions des juridictions administratives. V. entre autres : CE, 18 juillet 2011, req. n° 330107 : « *Considérant que le maire de Piscop a pris, les 13 mai et 18 juin 1992, 9 février et 24 avril 1995, 28 juillet 2003 et 6 septembre 2005, sur le fondement des art. L. 511-1 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation, des arrêtés de péril imminent et non imminent visant plusieurs bâtiments du domaine de Chateaufort* ».

²⁶⁷ Art. L. 511-2 du code de la construction et de l'habitation.

d'autres travaux ayant permis de sécuriser l'édifice. Les mesures édictées par le maire pouvant être particulièrement attentatoire au droit de propriété, un strict respect du formalisme et du principe du contradictoire est exigé, tant du maire lui-même que des juridictions administratives amenées en certains cas à intervenir²⁶⁹. Si le propriétaire de l'édifice n'effectue pas les travaux dans les délais impartis, le maire a la possibilité de le mettre en demeure d'obtempérer dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois. A l'issue de ce délai et en cas d'inaction du propriétaire, le maire pourra faire procéder d'office aux travaux nécessaires et même à la démolition de l'édifice, mais ce, uniquement sur ordonnance du juge des référés²⁷⁰. Ce n'est que par la suite, sur rapport d'un homme de l'art qu'il pourra prononcer la mainlevée de l'arrêté de péril.

Les dispositions relatives aux périls imminents, en revanche, se singularisent à la fois par la procédure prévue et par la latitude du juge dans l'appréciation qui en est faite. Bien qu'initiée par le maire, la procédure est confiée pour l'essentiel à la juridiction administrative qui aura à charge de nommer un expert, lequel devra rendre, dans les vingt-quatre heures, un rapport sur les différentes mesures à mettre en œuvre pour conjurer le péril. Sur la foi de ce rapport, il appartiendra au maire d'ordonner la mise en œuvre des diverses mesures prescrites et même de les faire exécuter d'office en lieu et place des propriétaires, mais à leurs frais, si ces derniers ne donnent pas suite dans les délais impartis. Baroquerie des dispositions du code de la construction et de l'habitation, si les mesures ne suffisent pas à mettre fin au péril, la suite de la procédure est rattachée aux dispositions relatives aux périls non imminents dont elle suit le cours.

2) La police des campings

Régi par les dispositions du code de l'urbanisme, le régime de la police des campings a fait l'objet d'une refonte en 2007, laquelle en plus d'apporter des modifications au régime antérieur y a également intégré les évolutions de la jurisprudence.

L'originalité du régime de la police spéciale régissant les activités de camping tenait au fait que celui-ci chevauchait partiellement celui de la police générale de l'urbanisme, les divers organes chargés de sa mise en œuvre pouvant au choix opter presque indifféremment pour les dispositions de police générale ou de police spéciale grâce à la grande souplesse dont faisait preuve le juge administratif dans l'appréciation des situations qui lui étaient soumises.

²⁶⁹ CE, 30 novembre 2007, req. n° 294768 et 27 avril 2007, req. n° 274992. En particulier, l'arrêté de péril doit ainsi mentionner de façon précise les délais dans lesquels les mesures ordonnées doivent être exécutées : CE, 4 décembre 1995, req. n° 147174.

²⁷⁰ Art. L. 511-2 du code de la construction et de l'habitation.

Cette originalité demeure, à ceci près que le droit prétorien antérieur est devenu droit écrit et se trouve désormais intégré aux dispositions du code de l'urbanisme. En matière de risques, l'élu peut ainsi, pour les prévenir, avoir recours tant aux dispositions générales du droit de l'urbanisme, par l'entremise notamment des PLU²⁷¹, qu'aux dispositions spécifiques de la police des campings, et ce en transgression de la règle voulant que la police spéciale prime la police générale. Il en va ainsi des dispositions de articles R. 443-9 et suivants du code de l'urbanisme²⁷² auxquelles sont souvent préférées celles plus connues régissant l'édiction des PLU²⁷³. Entre notamment en ligne de compte lors de l'édiction du PLU la vulnérabilité du site et le classement en zone à risque de différents secteurs et il est tout à fait loisible pour le Conseil municipal d'invoquer cet argument pour interdire ou limiter les activités de camping. Sans même que la zone concernée ne soit exposée à un risque, le refus peut également se fonder sur le classement du secteur en zone ND²⁷⁵. Il en va de même si sans être exposée à un risque, la pratique du camping était susceptible d'accroître la vulnérabilité du site²⁷⁶. En dehors des terrains prévus à cet effet, la pratique du camping peut également être simplement interdite par arrêté du maire, si celle-ci « *est de nature à porter atteinte à la salubrité, à la sécurité ou à la tranquillité publiques* »²⁷⁷.

Prévue par la réforme du régime des autorisations d'urbanisme d'octobre 2005²⁷⁸, la création d'un terrain de camping d'une capacité supérieure à vingt places est désormais soumise à la délivrance d'un permis d'aménager, lequel nécessite la constitution préalable d'un dossier²⁷⁹. Celui-ci devra notamment préciser, afin de prévenir les conséquences d'une inondation « *les espaces de regroupement des hébergements mobiles au-dessus de la côte inondable* »²⁸⁰. La commune devra par la suite statuer sur la demande qui lui a été faite et pourra répondre par la négative, en particulier s'il n'est pas satisfait à certaines exigences de

²⁷¹ Art. R. 111-32 et suiv. du code de l'urbanisme.

²⁷² Art. R. 443-9 et suiv. du code de l'urbanisme.

²⁷³ Plus curieux, il a même été admis que le conseil municipal puisse réglementer les activités de camping par l'intermédiaire du PLU, alors même qu'un tel pouvoir relevait normalement du maire, lequel avait pour obligation de se soumettre pour cela à une procédure particulière. Relevons toutefois que la décision sus-évoquée s'appuyait sur les anciennes dispositions du code de l'urbanisme et que ces dernières dans leurs nouvelles acceptation ont désormais intégré ce qui apparaissait comme une incongruité jurisprudentielle.V. à ce sujet : CAA Nantes, 4 oct. 2000, req. n° 99NT00412 et CAA Bordeaux, 29 avr. 2004, req. n° 01BX02636.

²⁷⁵ CAA Nantes, 16 décembre 1998, req. n° 97NT00616.

²⁷⁶ CAA Marseille, 23 octobre 2009, req. n° 07MA03000.

²⁷⁷ Art. R. 111-43 du code de l'urbanisme. Cet article a été abrogé au 1^{er} janvier 2016.

²⁷⁸ Ordonnance n°2005-1527 du 8 décembre 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme (JO du 9, p. 18997).

²⁷⁹ Art. L. 443-1 et art. R. 421-19 du code de l'urbanisme.

²⁸⁰ Art. R. 443-2 et suiv. du code de l'urbanisme.

sécurité²⁸¹. Peut ainsi valablement être refusée la création d'un terrain de camping en raison de son environnement immédiat, lequel pourrait faciliter la propagation d'un incendie²⁸².

En matière de délivrance des autorisations administratives relatives aux terrains de camping, le juge administratif procède à un examen de l'erreur manifeste d'appréciation. Ainsi, il a été considéré que l'autorisation donnée à la création d'un camping dans une zone à risque de feu de forêt est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation²⁸³. Il en va de même lorsque le camping est établi dans une zone inondable²⁸⁴. Dans le cadre de l'usage des pouvoirs de police générale, le juge s'attèlera à vérifier que les mesures sont proportionnées au but à atteindre, et donc calibrées en fonction du risque qu'il faut prévenir. Le juge administratif n'hésitera pas à procéder à une appréciation *in concreto* des faits qui lui sont soumis et s'autorisera à vérifier si des mesures de police moins contraignantes auraient pu être édictées²⁸⁵. Il est admis que le préfet peut comme à l'ordinaire se substituer au maire en cas d'inaction de ce dernier²⁸⁶. Relevons ici que même justes et proportionnées au but à atteindre, les mesures ordonnées sont susceptibles d'engager la responsabilité sans faute de la commune²⁸⁷.

Enfin, il convient de relever que la pratique du camping n'est pas seulement envisagée par le législateur sous le seul angle de la restriction ou de l'interdiction. En effet, le code de l'urbanisme prévoit expressément la possibilité de créer provisoirement un terrain de camping

²⁸¹ Art. R. 424-1 et suiv. du code de l'urbanisme.

²⁸² CAA Marseille, 19 mars 2010, req. n° 07MA03328.

²⁸³ CAA Bordeaux, 29 avril 2004, req. n° 01BX02636.

²⁸⁴ CAA Marseille, 7 décembre 2006, req. n° 03MA01130. Notons que le juge administratif n'a pas hésité à cette occasion à remettre en question les conclusions d'une étude de risque, au motif que la méthodologie et le protocole sur lesquels elle reposait étaient sujet à caution : « *Considérant, il est vrai, que, pour contester la gravité des risques encourus par les futurs campeurs, la requérante fait état de deux études menées en 1998 par la société française des risques majeurs d'une part la société d'ingénierie pour l'eau et l'environnement d'autre part, commanditées toutes deux notamment par la chambre de commerce et d'industrie et la fédération départementale de l'hôtellerie de plein air ; que leurs conclusions, qui se correspondent, indiquent que la plaine littorale où se situe le camping dont l'extension est demandée peut être inondée soit sous l'effet d'une crue débordante de l'Orb, crue de plaine caractérisée par une lente montée des eaux, soit sous l'effet d'une marée de tempête, et que, dans ces deux hypothèses, le délai dont on disposerait pour la mise en sécurité des personnes, compte tenu des délais de pré-alerte et d'alerte, varierait de 10 à 24 heures ; que, cependant, l'hypothèse avancée par une des études précitées selon laquelle la durée totale d'une opération d'évacuation d'un camping situé à Sérignan de 500 à 600 véhicules nécessitant un trajet de 4 kilomètres pour sortir de la zone inondable serait, en y incluant une marge supplémentaire de sécurité, de 2 heures, se présente de manière très abstraite, sans être corroborée par les résultats d'un exercice d'évacuation et alors que la zone où se situe l'extension sollicitée comprend plusieurs autres campings ; qu'ainsi, la fiabilité des études produites, qui ne paraissent pas avoir suffisamment pris en compte les aléas humains dans les processus d'alerte et d'évacuation, est sujette à caution ; Considérant que, dans ces conditions, le maire n'a pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que le projet, qui accroissait le nombre de personnes susceptibles d'être exposées au risque d'inondation, portait atteinte à la sécurité publique* ».

²⁸⁵ CE, 17 mars 1997, req. n° 162075 ; CAA Marseille, 12 déc. 2005, req. n° 03MA01811 ; CAA Nantes, 28 fév. 2006, req. n° 05NT00286.

²⁸⁶ CE, 31 janvier 1997, req. n° 156276 et CE, 6 déc. 2004, req. n° 274826.

²⁸⁷ CE, 25 juillet 2007, req. n° 278190.

destiné à assurer le relogement provisoire de personnes ayant dû quitter leur domicile, à la suite de la survenance d'une catastrophe naturelle ou technologique²⁸⁸.

La pratique du camping en dehors des terrains aménagés à cet effet peut en outre être interdite dans certaines zones par le plan local d'urbanisme ou le document d'urbanisme en tenant lieu. Lorsque cette pratique est de nature à porter atteinte à la salubrité, à la sécurité ou à la tranquillité publiques, aux paysages naturels ou urbains, à la conservation des perspectives monumentales, à la conservation des milieux naturels ou à l'exercice des activités agricoles et forestières, l'interdiction peut également être prononcée par arrêté du maire pris après avis de la commission départementale d'action touristique.

« Dans les zones soumises à un risque naturel ou technologique prévisible définies par l'autorité administrative, la réalisation de travaux et la mise en place de dispositifs permettant d'assurer l'information, l'alerte et l'évacuation des occupants peuvent à tout moment être prescrites par l'autorité compétente pour délivrer le permis d'aménager les terrains de camping, après consultation du propriétaire et de l'exploitant et après avis de l'autorité administrative, afin de permettre d'assurer la sécurité des occupants de ces terrains. L'autorité compétente fixe le délai dans lequel ces prescriptions doivent être réalisées ». Ces prescriptions doivent être compatibles avec le plan de prévention des risques naturels prévisibles établi en application du chapitre II du titre VI du livre V du code de l'environnement.

Quoique la démarche de prévention des risques qui a conditionné jusque-là l'évolution de la législation ait connu de remarquables développements et embrasse désormais tous les champs de la lutte contre les risques, elle allait pourtant rapidement atteindre ses limites. Dans son principe même en effet, la prévention des risques suppose une connaissance exacte des paramètres sous-jacents à ces derniers. Or, l'absence de connaissances sur certains sujets ne signifie absolument pas absence de risques, particulièrement quand ils possèdent une cinétique lente mais une inertie forte. De plus, dans un domaine où par nature les échecs se révèlent d'eux-mêmes beaucoup plus aisément que ne se mesurent les succès, il était normal que la seule logique de prévention se montre insuffisante à remédier au sentiment de peur des populations. Ce sont autant de raisons qui allaient expliquer que, dans le souci de prévenir sans cesse plus en amont la réalisation des risques, la démarche de prévention se double et se prolonge par le développement rapide du principe de précaution.

²⁸⁸ Art. R. 111-36 du code de l'urbanisme.

Chapitre 2 : L'essor du principe de précaution

Si les catastrophes et les crises obéissent longtemps à la règle des trois unités des tragédies antiques²⁸⁹, les bouleversements technologiques de la deuxième moitié du XX^e siècle et de la première décennie du XXI^e ont ouvert la voie à un nouveau type de catastrophes. Invisibles au stade de leur genèse, souterraines et longue dans leur gestation, diffuses au moment de leur survenance, leurs conséquences n'en sont pas moins dramatiques et ont imposé aux pouvoirs publics et à la société l'élaboration de nouvelles notions aux fins de mieux borner ces crises d'un genre nouveau. Scandale sanitaire de l'amiante²⁹⁰, du sang contaminé, du médicament « Mediator », peut-être demain des substances dites « CMR »²⁹¹, toutes ces catastrophes ont pour point commun d'avoir trouvé leur source dans un facteur de risque qui n'était pas considéré comme tel au moment où étaient réunis les différents éléments à l'origine de la catastrophe, mais plutôt, soit comme le fruit des dernières avancées de la science, soit comme un artefact du développement technologique et du monde moderne. En conséquence de quoi, le risque n'était non seulement pas évalué, mais en plus n'était pas même perçu comme tel et ne pouvait l'être. Toute politique basée sur la prévention se voyait donc exclue, celle-ci impliquant pour sa mise en œuvre que le risque soit connu, c'est-à-dire que sa probabilité d'occurrence soit clairement déterminée, que le danger qu'il représente soit avec certitude modélisé et que les enjeux qu'il menace soient intégralement couverts par le modèle théorique visant à l'appréhender.

Dans un cas de figure comme celui-ci, un risque dont la probabilité d'occurrence est extrêmement faible, mais dont les conséquences sont potentiellement dramatiques, n'en reste pas moins certain et de ce fait, une politique de prévention reste envisageable²⁹². En revanche, dans le cadre des hypothèses précédemment évoquées, l'impossibilité de conceptualiser le risque ne vaut pas pour autant preuve de l'inexistence de celui-ci. Si le risque n'est pas accessible aux outils de l'expertise, il demeure toujours accessible à la spéculation intellectuelle et à l'exploration du champ des possibles, notamment de la part des « sachants ». Légitime et cohérente, cette démarche ne s'appuie toutefois pas sur des éléments

²⁸⁹ Marie-France Steinlé-Feuerbach, « Le droit des catastrophes et la règle des trois unités de temps, de lieu et d'action », *LPA*, 28 juil. 1995, n° 90, p. 9.

²⁹⁰ Gérard Dériot et Jean-Pierre Godefroy, *Le drame de l'amiante en France*, rapport d'information n° 37, Sénat, 26 oct. 2005.

²⁹¹ Cancérogènes, mutagènes et toxiques pour la reproduction.

²⁹² Même si, pour le décideur public, les abstractions mathématiques auxquelles l'on tend à vouloir réduire le risque tiennent surtout de l'ordre de grandeur destiné à éclairer le jugement plutôt qu'à définitivement le forger, tant le nombre de paramètres qu'elles recouvrent et les arbitrages que cela sous-tend peuvent se trouver élevés.

exclusivement rationnels et emprunte autant à l'intuition qu'à l'intellection²⁹³. Si elle ne permet de dégager aucune certitude, elle contribue néanmoins à créer des faisceaux, non de preuves, mais de présomptions, à partir desquels le décideur public peut évaluer le bien-fondé de ses décisions. A une logique de prévention, basée sur un risque certain, s'est désormais surajoutée une logique de précaution, basée sur un risque potentiel, autrement dit, sur « *le risque d'un risque* »²⁹⁴, laquelle a été introduite dans la sphère juridique sous le nom de « *principe de précaution* »²⁹⁵.

Trouvant son impulsion originelle dans les « *grandes peurs* » suscitées par de récents scandales, la source du principe de précaution ne saurait toutefois être réduite à cette seule origine, d'autres inspirations que la seule crainte ayant contribué à favoriser son émergence²⁹⁶ ; elles doivent être rappelées. La première source du principe de précaution vient du souci constant et sans cesse réaffirmé depuis ces dernières années de prévoir sans cesse plus en amont la survenance des catastrophes. L'origine des ces dernières se faisant potentiellement sans cesse plus lointaine, l'amplitude de leurs effets s'en est vue accrue, à la manière de celle d'un bras de levier dont le point d'appui se trouverait éloigné de la charge à soulever.

La deuxième source du principe de précaution est le souci de remédier à un sentiment général de défiance vis-à-vis des politiques de seule prévention, celles-ci s'étant montrées insuffisantes à anticiper certains risques. Relevons ici que ce sentiment s'est trouvé nourri par l'incapacité des pouvoirs publics à mettre en place une politique efficace de prévention dans certains cas de figure, alors même que la question de l'analyse des risques ne souffrait la moindre discussion. Le scandale de l'amiante est d'ailleurs révélateur de cette incapacité. Ainsi, il est possible de lire dans le rapport du Sénat consacré à cette question, dans une partie fort justement intitulée « *Une indifférence singulière face à une menace connue de longue date* », les propos suivants : « *Si l'erreur -ou plutôt la cascade d'erreurs- est avérée, c'est avant tout l'indifférence de l'ensemble des acteurs, employeurs et pouvoirs publics*

²⁹³ Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le Principe de précaution*, rapport au Premier ministre, Odile Jacob et La Documentation française, 2010, p. 11.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ Sur l'intégration du principe de précaution dans la sphère juridique et ses conséquences, v. Rachel Vanneuville, Stéphane Gandreau, pour le Ministère de l'écologie et du développement durable, *Le principe de précaution saisi par le droit - Les enjeux sociopolitiques de la juridicisation du principe de précaution*, La Documentation française, coll. Réponse environnement, sept. 2006. Pour une approche plus globale et récente du principe de précaution, v. Norbert Calderaro, *Le principe de précaution : au carrefour de la philosophie, du droit et des sciences*, L'Harmattan, 2015.

²⁹⁶ Sur l'origine du principe de précaution et les différentes approches dont il a fait l'objet jusqu'à sa fixation sous la forme juridique que nous lui connaissons, v. Denis Grison, *Du principe de précaution à la philosophie de la précaution*, Thèse philosophie, Nancy 2, 2006.

notamment, qui, dans cette affaire, est inexplicable. M. Jacques Barrot, ancien ministre du travail et des affaires sociales, l'a lui-même reconnu devant la mission : "Je dois dire que je n'ai pas éclairé le mystère. Je ne comprends pas pourquoi, après 1978, il y a eu une très lente appréhension du problème par les ministères". [...]M. François Malye, journaliste, auteur de Amiante : 100.000 morts à venir, a insisté sur "la véritable culture du mensonge" à laquelle il s'était heurté lorsqu'il a débuté son enquête sur l'amiante, en 1994, à une époque où ce matériau était toujours utilisé : "Il n'en reste pas moins que tous mentaient, un mensonge parfaitement organisé avec l'assentiment de l'État, ce qui rendait tout travail journalistique difficile et délicat. A l'époque, on comptait déjà 3.000 morts en Grande-Bretagne mais la France, elle, ne déplorait officiellement "que" 200 morts. Sécurité sociale, assureurs, patronat, le mensonge s'est installé à tous les niveaux, chacun craignant qu'éclate au grand jour un scandale aux immenses effets collatéraux. La classe politique prétendait ne pas être au courant et fuyait le problème par la création d'une structure dédiée à l'amiante. Cette stratégie du mensonge et le discours des communicants auront ainsi réussi à nier les conclusions de plusieurs milliers d'études épidémiologiques...". "De leur côté, les scientifiques français ont menti par omission. Ils n'ont pas tiré assez tôt le signal d'alarme. Or, les textes fondateurs de l'INSERM précisent clairement que la mission de l'Institut consiste aussi à alerter les pouvoirs publics", a-t-il ajouté »²⁹⁷.

Enfin, la troisième source du principe de précaution trouve son fondement dans le désir accru des citoyens de participer à l'élaboration des politiques publiques en matière de risques. A la fois sujet et objet des politiques de prévention des risques, les citoyens se trouvent pourtant largement écartés de leur élaboration et particulièrement des grands choix technologiques auxquels ils se trouvent pourtant obligés de se soumettre. L'invocation du principe de précaution apparaît alors pour le citoyen comme un moyen de s'immiscer dans un débat auquel l'accès lui est refusé, voire parfois de le susciter pour mieux placer le décideur public face à ses responsabilités et l'obliger à expliquer les arbitrages auxquels il va devoir procéder. Ce recours parfois incantatoire au principe de précaution et sans toujours le réel souci de celui qui s'en réclame de se montrer respectueux du sens des termes employés n'est pas forcément dénué d'arrière-pensées idéologiques, mais ne contribue pas moins à mettre en lumière certains grands problèmes contemporains²⁹⁸. Dans le même temps, il contribue malheureusement à obscurcir le sens et la portée du principe aux yeux du plus grand nombre.

²⁹⁷ Gérard Dériot et Jean-Pierre Godefroy, *Le drame de l'amiante en France : comprendre, mieux réparer, en tirer des leçons pour l'avenir*, rapport d'information n° 37, Sénat, 26 octobre 2005, p. 35.

²⁹⁸ Il est possible de trouver une illustration récente de ce qui vient d'être énoncé dans les récents débats entourant l'exploitation du gaz de schiste.

Mais la définition du principe de précaution n'a pas attendu les heures de sa médiatisation pour faire l'objet de débats passionnés et d'interprétations contradictoires, aussi est-il nécessaire pour comprendre aujourd'hui les incohérences que semble encore porter en elle la notion de principe de précaution, de revenir brièvement sur sa genèse.

Avant de devenir principe, la logique de précaution à tout d'abord été, depuis la fin des années soixante, une ligne directrice de conduite des politiques publiques allemandes et était réduite aux seules politiques environnementales²⁹⁹ à une période où les préoccupations écologiques commençaient à émerger dans le débat public. L'apparition de la question de la protection de l'environnement se conjugait déjà particulièrement bien avec la notion de précaution. Les catastrophes environnementales sont en effet entre toutes les plus susceptibles de produire des résultats longtemps après que les événements à leur origine soient survenus, parfois même sans que leurs conséquences aient pu être soupçonnées (citons entre autres les cas d'empoisonnement au mercure dans tout le pourtour de la baie de Minamata au Japon).

Connu à l'époque sous le nom de *Vorsorgeprinzip*, cette règle de gouvernance s'est vue intégrée dans nombre de dispositions législatives allemandes. Il faut toutefois rappeler ici que si la notion de *Vorsorgeprinzip* recouvre notre notion moderne de « *principe de précaution* », elle ne lui est pas exclusive et demeure beaucoup plus large. Elle s'entend comme « *l'ensemble des mesures destinées soit à empêcher des menaces précises à l'environnement, soit, dans un objectif de prévention, à réduire et limiter les risques pour l'environnement, soit en prévoyance de l'état futur de l'environnement, à protéger et à améliorer les conditions de vie naturelles, ces différents objectifs étant liés* »³⁰⁰. La notion de *Vorsorgeprinzip* recouvre donc à la fois une logique de prévention, une logique de précaution, mais également une démarche de développement durable, ces trois concepts n'étant finalement que les différentes parties d'un même tout.

Ce qu'il convient de qualifier de « *proto-principe de précaution* » connaît ensuite une diffusion à l'international, toujours sous l'impulsion de l'Allemagne, par l'entremise de la législation internationale sur la Mer du Nord où la notion de principe de précaution a pu percer graduellement, d'abord dans l'esprit, ensuite dans la lettre, puisqu'il s'y voit pour la première fois formulé en ces termes³⁰¹. Le principe n'était toutefois inscrit que dans les parties purement déclaratives des traités et ne valait donc pas obligation juridique pour les

⁹ Alain Gest et Philippe Tourtelier, *Rapport d'étape sur l'évaluation de la mise en œuvre de l'article 5 de la Charte de l'environnement relatif à l'application du principe de précaution*, rapport d'information n° 3970, Ass. nat. 1^{er} juin 2010, p. 17.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Ibid.*

signataires. Le principe de précaution connaîtra son véritable sacre en 1992, lors du sommet de la Terre de Rio qui consacrera son universalité. D'autres conventions internationales ont, par la suite, inclus en leur sein des dispositions relatives au principe de précaution³⁰².

Mais plus que dans les conventions, c'est bien dans la jurisprudence internationale autant que communautaire que l'observateur doit aller chercher des précisions sur la définition du principe de précaution. Sans qu'il soit nécessaire ici d'en donner le détail, la jurisprudence communautaire a indéniablement contribué à irriguer le droit national français en étendant notamment le champ d'application du principe de précaution à la santé publique³⁰³.

Entendu au sens large, le principe de précaution peut actuellement se définir comme l'obligation de mettre en œuvre une série de mesures à même de prévenir la survenance d'un risque et ce, en l'absence même de certitudes quant à son existence³⁰⁴. Claire dans son énoncé, la définition de ce principe, certes affinée par la législation nationale, n'est pas sans poser de très délicats problèmes quant aux modalités concrètes de son application. Obligeant à l'action dans une situation d'incertitude face au problème à affronter, le principe de précaution pose la question de son articulation avec la décision publique, dont elle est devenue un principe directeur (Section 1). Elle trouve désormais à s'appliquer particulièrement dans le champ privilégié du droit des sols (Section 2).

Section 1 : La précaution, principe directeur de la décision publique

Une bonne compréhension des problématiques entourant la prise de décision publique en situation d'incertitude (§1) est un préalable nécessaire à l'étude de l'intégration progressive du principe de précaution en droit français (§2).

§1) La décision publique en situation d'incertitude

Ainsi qu'il a été rappelé, la volonté des citoyens de voir appréhender les risques sans cesse plus en amont de leur réalisation a conduit les pouvoirs publics à surajouter à la très classique logique de prévention un principe de précaution. La précaution se distingue de la

³⁰² Pour un panorama global du principe de précaution et de son évolution dans le monde, v. Nicolas de Sadeleer, *Le principe de précaution dans le monde : le principe de précaution en droit international et en droit de l'Union européenne*, Fondapol, Paris, 2011. V. également de Cristina-Maria Arion, *Le principe de précaution. Aspects de droit international et européen*, Thèse droit, Paris 11, 2009.

³⁰³ Pour une synthèse complète de la jurisprudence internationale et communautaire, v. Alain Gest et Philippe Tourtelier, rapport d'information n° 3970 préc., pp. 22-28.

³⁰⁴ Car le principe de précaution devrait être, il faut le rappeler, un principe d'action et non d'inaction ou d'abstention. V. Denis Grison, *Le principe de précaution, un principe d'action*, L'Harmattan, 2009.

prévention, puisque la deuxième ne vise à anticiper que les risques certains, là où la première porte uniquement sur des risques hypothétiques. Cette logique de précaution pose la question du choix des déterminants sur lesquels devra se fonder la décision publique, l'importance des enjeux de celle-ci étant confrontée à l'incertitude d'une situation avec laquelle il faudra bien composer (A). En parallèle se pose la question la réponse qu'apporteront les pouvoirs publics de la méthode ayant permis de secréter la décision publique, celle-ci devant être élaborée de façon à réduire l'incertitude de la situation à sa portion congrue (B).

A) Les enjeux de la décision publique en situation d'incertitude

Définir l'incertitude implique de revenir sur les fondamentaux de la notion de risque. Un risque s'entend comme un aléa confronté à des enjeux. La notion d'aléa elle-même se comprend comme la probabilité d'occurrence d'un danger, le danger étant une caractéristique intrinsèque d'un événement ou d'une chose susceptible de porter atteinte aux intérêts des personnes³⁰⁵. Il y a incertitude autour du risque si l'équation sus-évoquée comporte une ou plusieurs inconnues, l'ignorance autour des différentes variables étant elle-même susceptible de comporter des degrés (1). La situation d'incertitude, par nature, pose des problématiques spécifiques en matière de décision publique (2).

³⁰⁵ Il est fréquent de trouver dans différents ouvrages, la notion de risque réduite pour des raisons de pédagogie à cette simple équation : $\text{Risque} = \text{Aléa} * \text{Enjeux} = (\text{Probabilité} * \text{Danger}) * \text{Enjeux}$. Comme l'observait Jean-François Brillhac et Karine Favro : « Cette définition se comprend au regard de l'acception scientifique du risque, qui ressort de la "pseud" équation suivante (aléa) x (enjeux). L'aléa est alors défini comme le phénomène destructeur observé. Il est caractérisé par une probabilité d'occurrence, une extension spatiale, une intensité. Les enjeux sont la somme des éléments exposés présentant chacun une vulnérabilité propre (personnes, bâtiments, entreprises, patrimoine culturel, environnement, etc.) [...] Le scientifique a complété plus récemment sa définition du risque en y ajoutant la notion d'acceptabilité du risque. Cet indice est plus subjectif. Il doit être pris en compte dans la quantification du risque. Une définition honnête du risque serait donc : *Risque associe Danger, Probabilité, Gravité, Acceptabilité*. Pas d'opérateur mathématique = et x dans cette juxtaposition de terme, car il ne s'agit pas d'une équation mais d'une représentation ». Karine Favre et Jean-François Brillhac, « Menues réflexions du «Droit» et de la «Science» autour du partage des savoirs dans le domaine du risque », *RISEO*, 2015-1, *Liber amicorum en l'honneur de Madame le Professeur Marie-France Steinlé-Feuerbach*, pp.17-33.

1) La notion d'incertitude et ses différents degrés

Ainsi, dans le cadre de la décision du Tribunal International du Droit de la Mer de 1999 relative à la conservation du thon à nageoire bleue³⁰⁶, l'incertitude n'était que très partielle et se voyait de par la force des choses très étroitement bornée ainsi que nous pourrions le constater. Le litige opposait la Nouvelle-Zélande et l'Australie au Japon, les premiers reprochant au second d'avoir très largement outrepassé la limite de pêche fixée par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, le second prétextant n'avoir jamais que mis en œuvre un « *programme de pêche expérimentale* » aux fins d'évaluer le niveau du stock de thon à nageoire bleue. En l'espèce, l'aléa auquel était exposé le stock de thon était parfaitement connu : pêcher des poissons constitue indubitablement un danger pour ces derniers et a toujours eu pour conséquence d'en diminuer le nombre... Quant à la probabilité que le stock de thon y soit exposé, elle pouvait être déterminée très précisément puisqu'il s'agissait tout simplement de la quantité de thons pêchés. La question des enjeux exposés à l'aléa enfin ne se posait même pas : il s'agissait du stock disponible de thons et le niveau de celui-ci était non seulement connu de toutes les parties en présence, mais également reconnu par elles comme « *historiquement bas* »³⁰⁷.

Au vu de ces différents éléments, le Tribunal estimait qu'il fallait en la matière agir avec « *prudence et précaution* »³⁰⁸ et ordonnait la mise en œuvre de mesures conservatoires. L'incertitude ne portait donc que sur la question de savoir si le stock était désormais inférieur à un seuil critique en dessous duquel l'avenir de l'espèce était définitivement compromis. En d'autres termes, elle ne concernait pas les éléments objectifs permettant de définir et mesurer

³⁰⁶ Pour un commentaire de la décision, v. : Philippe Chrestia, « Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1^{er} juillet 1999 (n° 2), affaire du navire "Saiga" (Saint-Vincent-et-les-Grenadines contre la Guinée) », *RGDIP*, 2000, pp. 523-525. V. encore Philippe Weckel, « Les premières applications de l'article 290 de la Convention sur le droit de la mer relatif à la prescription de mesures conservatoires », *RGDIP*, 2005, pp. 829-858. V. aussi Maurice Kamto, « Regard sur la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer depuis son entrée en fonctionnement (1997-2004) », *RGDIP*, 2005, pp. 793-828 ; Mariko Kawano, « L'affaire du thon à nageoire bleue et les chevauchements de juridictions internationales », *AFDI*, 2003, pp. 516-541.

³⁰⁷ 71. *Considérant que les parties ne sont pas divisées sur le fait que le stock du thon à nageoire bleue se trouve dans un état d'épuisement grave et aux niveaux les plus bas historiquement, ce qui est source d'une grave préoccupation sur le plan biologique;*

³⁰⁸ 77. *Considérant que, de l'avis du Tribunal, les parties devraient, dans ces conditions, agir avec prudence et précaution et veiller à ce que des mesures de conservation efficaces soient prises dans le but d'empêcher que le stock du thon à nageoire bleue ne subisse des dommages graves; Considérant qu'il existe une incertitude scientifique en ce qui concerne les mesures à prendre pour la conservation du thon à nageoire bleue et que les parties sont divisées sur le point de savoir si les mesures de conservation prises jusqu'ici ont conduit à une amélioration de l'état du stock du thon à nageoire bleue; Considérant que, bien qu'il ne saurait évaluer de manière concluante les éléments de preuve scientifiques qui lui ont été soumis, le Tribunal estime que des mesures conservatoires devraient être prises d'urgence afin de préserver les droits des parties et d'éviter une détérioration plus grande de l'état du stock du thon à nageoire bleue;*

un risque (danger, occurrence, enjeux), mais la gravité supposée de celui-ci au regard des connaissances scientifiques du moment.

Toute autre est la problématique beaucoup plus récente posée par l'implantation d'antennes relais de téléphonie mobile³⁰⁹. Une nouvelle fois, les enjeux exposés aux rayonnements de l'antenne sont parfaitement connus, puisqu'il est possible d'évaluer avec exactitude le nombre d'habitants situés dans son périmètre. Il en va de même en ce qui concerne les différentes grandeurs physiques permettant de caractériser les ondes émises par l'antenne. En revanche, rien ne permet pour l'heure de certifier que les ondes en question constituent pour l'individu un danger³¹¹. Des conclusions similaires peuvent être tirées sur les questionnements entourant l'utilisation des OGM³¹². Dans ces deux cas de figure et à l'inverse de celui du thon à nageoire bleue, l'incertitude ne porte plus seulement sur la gravité supposée du risque, mais sur l'existence même d'un danger, sans lequel il ne saurait y avoir de risque.

2) La spécificité de la décision publique en situation d'incertitude

Mais quel que soit le degré d'incertitude pouvant subsister autour d'un risque, celui-ci ne doit jamais être un prétexte à l'inaction. Le décideur public, confronté à un environnement incertain, devra s'attacher à déceler des nuances dans les ombres qui l'entourent et pour cela se livrer à une difficile, mais nécessaire analyse des risques, à partir des seules données à sa disposition. Or, le problème auquel est confronté le décideur public est qu'en matière de précaution, la démarche ne peut jamais être initiée à partir d'informations confirmant la réalité d'un risque (sans quoi les politiques publiques mises en œuvre pour s'en protéger passeraient du champ de la précaution à celui de la prévention), celle-ci devant encore être démontrée, mais seulement à partir de la crainte de l'existence d'un risque. Cette crainte, même si elle devait par la suite être étayée et confirmée scientifiquement, reste, au moment où elle se matérialise dans l'opinion publique, au mieux une intuition, au pire une « *Grande Peur* » moderne, révélatrice d'angoisses larvées vis-à-vis de l'avenir, dans une sociétés enfermée dans l'immédiateté et oublieuse des perspectives de long terme.

³⁰⁹ La question de l'exposition aux ondes électromagnétiques a connu des développements législatifs récents : Séverine Nadaud, « L'adoption de la loi numéro 2015-136 du 9 février 2015 relative à l'exposition aux ondes électromagnétiques : premier pas encourageant ou régression décourageante ? », *RJE*, 2015, pp. 423-436. V. aussi Sylvie Gallage-Alwiset Sarah Hammad, « Ondes électromagnétiques : introduction du principe de sobriété en droit français », *Droit de l'environnement*, 2015, n° 234, pp. 193-195.

³¹¹ Le rapport de l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail, intitulé *Radiofréquences et santé* en date d'octobre 2013, balaye l'ensemble des questions relatives à cette problématique. (Avis de l'Anses Saisine n° « 2011-SA-0150 », disponible en ligne).

³¹² Pour un point de vue critique sur l'application du principe de précaution en matière d'OGM, v. Alain Marciano, Bernard Tourrés, *Regards critiques sur le principe de précaution : le cas des OGM*, Vrin, Paris, 2011.

Plus que de gestion des risques, la demande de précaution de la part de l'opinion publique invite plutôt le décideur public (et donc parfois l' élu) à une gestion de la perception des risques. La crainte ayant cristallisé dans les mentalités la croyance en l'existence d'un risque ne s'appuie sur rien d'autre qu'un sentiment, potentiellement décorrélé de toute réalité³¹³. Lui faire une place trop large reviendrait à rendre la décision publique otage de la croyance populaire. Lui laisser une place trop mince ferait courir le risque d'une part de ne pouvoir se prémunir de malheurs futurs si les craintes s'avéraient fondées³¹⁴, d'autre part de laisser la crainte se muer en sentiment général de défiance à l'endroit des décideurs publics. L'absence de réaction de ces derniers peut en effet être interprétée aisément comme la marque d'une « *conjuración du silence* » autour d'un problème que tout le monde devrait connaître mais que quelque uns auraient intérêt à ne pas laisser s'ébruiter³¹⁵... La complexité de la prise de décision se trouve encore accrue si l'on prend en compte le fait que trop de prévention peut constituer également un facteur de risque. En effet, un éventuel moratoire sur l'usage d'une nouvelle technique, d'un nouveau procédé ou produit interdirait de tirer avantage des bénéfices attendus par celui-ci et ce pour anticiper des préjudices purement hypothétiques³¹⁶.

³¹³ Un sentiment, qui peut se traduire par une angoisse face à un risque purement hypothétique... qui peut être réparée. V. Christine Paillard, « La réparation du préjudice d'angoisse face aux risques hypothétiques par le juge administratif », *Revue juridique de l'Ouest*, déc. 2014, pp. 115-135. V. aussi Marion Bary, « Vers la consécration du préjudice d'angoisse face aux risques hypothétiques par la responsabilité civile ? », *Revue juridique de l'Ouest*, déc. 2014, pp. 93-114. Hélène Muscat, « L'incidence de l'angoisse face aux risques hypothétiques sur la décision administrative », *Revue juridique de l'Ouest*, déc. 2014, pp. 137-165.

³¹⁴ Il ne paraît à ce titre pas irrationnel de s'interroger sur l'impact sur l'organisme humain de différentes ondes magnétiques.

³¹⁵ Citons entre autres l'exemple des débats entourant les liens supposés (et finalement fictifs) entre le vaccin RRO et l'autisme.

³¹⁶ Les propos de Maurice Tubiana, de l'Académie nationale de médecine, sont à cet égard aussi éclairants que terrifiants : « *La vaccination contre l'hépatite B est le plus grave problème médical posé par le principe de précaution. C'est une maladie très grave transmise par voie sexuelle généralement pendant l'adolescence. Quand un vaccin efficace a été fabriqué, le ministère de la Santé avait voulu faire faire cette vaccination dans les écoles pour que toute la population soit protégée. Cette mesure avait été mal acceptée car il y avait eu des rumeurs sur des collusions entre le ministère de la Santé et les fabricants du vaccin. Dans cette atmosphère ambiguë est née une autre rumeur, beaucoup plus grave, accusant la vaccination d'être à l'origine d'une maladie grave : la sclérose en plaques. Bien qu'il n'y en ait eu aucune preuve. En invoquant le principe de précaution, la décision d'arrêter la vaccination en milieu scolaire a été prise. M. Birraux parlait du parapluie ; j'ai eu là une occasion d'en vérifier l'existence ! Plusieurs personnes qui ont eu à prendre cette décision ont eu l'amabilité de vouloir en discuter avec moi, je me rappelle la réflexion de l'un d'eux : "Vous m'avez montré que la vaccination ne comporte pas de risque de sclérose en plaques, soit, mais mon problème à moi est de ne pas être envoyé devant les tribunaux..."*. Le principe de parapluie a joué. Le résultat est qu'en France, moins de 30% des adolescents sont vaccinés contre 85 % en moyenne dans les autres pays de l'Union européenne. La conséquence pratique en sera un excès d'environ 500 décès par an. Cet exemple montre que le principe de précaution peut être nocif pour la santé s'il ne met pas en balance risques et avantages » ; Jean-Claude Etienne, *Le principe de précaution : bilan de son application quatre ans après sa constitutionnalisation*, rapport n° 25, OPECST, Sénat, 8 octobre 2009, p. 42.

Sur la question de la vaccination contre l'hépatite B, à propos d'un arrêt du 9 mars 2007 dans lequel le Conseil d'Etat reconnaissait pour la première fois l'existence d'un lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaques hors de toute certitude scientifique, v. Benjamin Defoort « Incertitude scientifique et causalité : la preuve par présomption », *RFDA*, 2008, pp. 549-559. L'auteur y observait que le Conseil d'Etat a

De plus, loin de rassurer le citoyen, la mise en œuvre de politiques de prévention contribue au contraire à donner corps et substance au risque (toujours potentiel !) et à entretenir ses peurs, justifiant la mise en œuvre d'autres mesures, encore plus drastiques, lesquelles elles-mêmes agissent comme un catalyseur des angoisses des citoyens³¹⁷. La « *prophétie du risque* », à défaut d'être auto-réalisatrice, s'auto-entretient.

En matière de précaution, la décision publique est toujours prisonnière de cette contradiction première, voulant que ce soit l'éclairage donné par l'opinion publique qui crée le risque potentiel aux yeux du décideur, l'absence d'éclairage ne signifiant pas pour autant inexistence du risque. L'orientation du faisceau apparaît alors beaucoup plus comme révélatrice du choix subjectif de valeurs et d'intérêts à protéger, les repères de l'ampleur supposée du risque se matérialisant comme les jalons de la notion socialement insupportable mais politiquement nécessaire de « *risque acceptable* »³¹⁸.

Pourtant, les pouvoirs publics, écartelés entre les avis des experts opérant à la limite de leur art et les angoisses parfois infondées de la population, doivent tout de même apporter une réponse aux problèmes auxquels ils se trouvent confrontés. En dernier lieu, il reviendra forcément aux juridictions de connaître des problèmes dont les décideurs publics ne veulent se saisir. Ainsi, à défaut de pouvoir appréhender correctement un risque, forcément putatif dans

adopté un raisonnement original « *dans l'appréciation du lien de causalité, en recourant à une présomption. Ce renversement de la charge de la preuve devant la réunion de certaines circonstances de fait, technique dérogatoire encore expérimentale, a nécessairement vocation à demeurer exceptionnel Pour le Conseil d'Etat, l'absence de preuve scientifique de l'existence d'un lien entre sclérose en plaques et vaccination obligatoire contre l'hépatite B n'est pas un obstacle insurmontable pour reconnaître l'imputabilité au service de cette maladie à la suite d'une vaccination obligatoire. Cette distinction entre lien de causalité juridique et lien de causalité scientifique, se fait ici au moyen d'un raisonnement par présomption, en inversant la charge de la preuve. La portée de cette solution, dans la longue série des décisions relatives à la question, demeure pourtant incertaine. Dans un contexte d'incertitude scientifique, l'examen du lien de causalité conduit bien souvent le juge dans une impasse dont il ne peut sortir qu'en découplant causalité juridique et causalité scientifique* ».

Sur cette même question, v. aussi Daphné Tapinos, « Pour une approche pragmatique du principe de précaution au service des victimes de dommages corporels : le cas des victimes du vaccin contre l'hépatite B », *Médecine et Droit*, 2015, n° 134, pp. 105-114 ; Philippe Billet, Yvon Martinet, Patricia Savinet Christophe Savonnet, « Principe de précaution et médicaments à usage humain », *JDSAM*, 2013, n° 2, pp. 124-127.

³¹⁷ « *Aux États-Unis, un membre de la Cour suprême, Stephen Breyer, avait montré l'existence d'un cercle vicieux : sous l'effet de groupes de pression, quand les craintes de la population font prendre des mesures contre des risques hypothétiques, non seulement on ne rassure pas la population mais on l'inquiète car ces décisions renforcent la crédibilité du risque, accentuent les craintes, ce qui conduit la population à demander de nouvelles mesures ; c'est le cercle vicieux. Nous avons eu en France maintes occasions de le vérifier. L'opinion y est actuellement caractérisée par un pessimisme, une peur du futur et de la science. En 1929, Freud avait écrit un livre intitulé "Malaise dans la civilisation" où il montrait comment, quand on est pessimiste, on a peur du futur et que quand on a peur du futur, les craintes se cristallisent sur la science et les technologies, qui sont l'élément le plus ostensible de la société contemporaine, ce qui induit un rejet de la science et de la technologie. La thèse de Freud rejoint les constatations de Breyer et soulignent comment quand on ne comprend pas les mécanismes psychologiques on peut, en voulant réduire les inquiétudes, les accroître* » ; Jean-Claude Etienne, *Le principe de précaution : bilan de son application quatre ans après sa constitutionnalisation*, op. cit., p. 43.

³¹⁸ Sur l'acceptabilité sociale du risque, v. Anne Rainaud, « Le Conseil d'État, les antennes relais de téléphonie mobile et l'acceptation sociale du risque », *RRJ*, 2012-3, pp. 1373-1400.

une situation de précaution, à tout le moins doivent-ils être en mesure d'évaluer le plus exactement possible le degré et la nature de l'incertitude créant un brouillard de guerre sur le champ de la prise de décision.

B) Les réponses des pouvoirs publics face à l'incertitude

La technicité des problématiques liées à la précaution oblige le décideur public, comme souvent en matière de risques, à recourir à l'expertise. Mais la logique inhérente à la démarche de précaution oblige l'expert à intervenir aux frontières de son art. Aussi l'efficacité du recours à celui-ci n'est-elle que limitée, l'expert ne pouvant jamais au mieux que s'attacher à borner l'incertitude et non à la lever (1). Insusceptible de s'appuyer sur des fondements uniquement technocratiques, seule l'intervention éventuelle d'un élu dans le processus de décision apparaîtrait pouvoir donner à la décision la légitimité nécessaire (2)³¹⁹.

1) L'efficacité limitée du recours à l'expert

Préalable indispensable à toute prise de décision en matière de risque, le recours à l'expertise ne pourra toutefois jamais en matière de précaution éclairer le décideur de manière absolue³²⁰. Le propre du principe de précaution est justement d'obliger les décideurs publics à agir hors de toute certitude. Par conséquent, « *l'expertise scientifique fournit certes des connaissances au service de la décision mais, dans les situations de précaution où il opère aux limites de son art, l'expert ne sait pas* »³²¹. La logique même de l'expertise s'en trouve refondée³²². Alors que d'ordinaire le recours à l'expertise a pour but d'explorer une

³¹⁹ Sur l'ensemble de ces questions, voir : *La décision publique face à l'incertitude. Clarifier les règles, améliorer les outils*, Comité de la prévention et de la précaution - Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de la Mer (MEEDDM), Commissariat général au développement durable (CGDD), 2010 (Document en ligne).

³²⁰ Sur l'articulation entre expertise et décision publique en situation de précaution, v. Claude Huriet, « Le rôle des politiques, leurs rapports aux experts » et Christophe Bonneuil, « La question des cadrages de l'expertise en situation d'incertitude », in *Maîtrise des risques : prévention et principe de précaution, actes du colloque*, INRS, coll. Les Entretiens de l'INRS, Paris, 2002.

³²¹ Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le Principe de précaution, op. cit.*, p. 29.

³²² Jean-Louis Thillier, spécialiste en investigations scientifiques, analyses et évaluations des risques en sécurité sanitaire, observait à ce propos : « *Les disciplines scientifiques ont morcelé la réalité en une multitude de domaines d'analyse autonomes, alors que les questions des juges, organisations non gouvernementales (ONG) et décideurs politiques dans les crises sanitaires -qui relèvent d'un haut niveau de complexité et d'incertitudes scientifiques, correspondant à des risques réalisés ou à des risques potentiels- sont très concrètes et donc pluridisciplinaires. Ainsi, la décision ne peut plus seulement reposer sur un expert "spécialiste". La décision doit s'appuyer davantage sur des experts systémiques, capables d'une intégration de savoirs variés et disséminés, ayant une très bonne appréciation des dynamiques d'acteurs pour préparer un arbitrage. Dans les crises sanitaires, l'expertise scientifique doit obligatoirement viser à susciter la controverse et prendre en compte les avis de scientifiques du cercle non officiel et d'ONG. De plus, toute décision doit reposer sur les informations dont dispose le décideur qui doit connaître les effets de son choix. Ainsi, l'expert "systémique" doit être apte à communiquer et à participer à des débats ouverts avec des décideurs et avec la société civile. En effet, la connaissance sur le sujet de l'expertise étant incomplète, elle génère des incertitudes scientifiques. Toutefois,*

problématique dans toutes ses dimensions, le recours à l'expertise en situation d'incertitude implique cette-fois de borner cette dernière dans les limites les plus étroites. A l'arbre des probables propre aux risques certains de la logique de prévention succède lorsqu'il est question de risques potentiels et de logique de précaution, un champ des possibles d'où l'impossible doit être exclu³²³.

Ce changement d'approche dans la logique de l'expertise oblige également à repenser l'interfaçage entre la production de la connaissance et la prise de décision, ce qui constitue le point nodal de toutes les problématiques liées au principe de précaution³²⁴. Les professeurs Kourilsky et Viney dans leur rapport au premier ministre ont ainsi cherché à élaborer une « doctrine d'emploi » du principe de précaution, s'attachant à détacher de la question de la génération des connaissances un certain nombre de principes directeurs des politiques

l'expert ne doit pas rechercher le consensus, car il appauvrirait la réflexion » ; « Crises sanitaires : nouveaux enjeux de l'expertise scientifique et de l'expert », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1928. Pour remédier aux défauts de l'actuelle procédure d'expertise, il proposait les solutions suivantes : « *l'expertise scientifique doit se réaliser au sein de plateformes expertales indépendantes. Dans ce cadre, premièrement, la procédure d'expertise consisterait à confronter des plateformes d'experts pour développer une réflexion réellement interdisciplinaire. Deuxièmement, parfois, chaque plateforme pourrait être considérée comme défenseur scientifique d'une seule solution. Troisièmement, ces plateformes permettraient aux compétences de s'affiner. Quatrièmement, ces plateformes entraîneraient la création de structures permanentes ayant comme fonction un rôle de veille, de surveillance et d'analyse de crises sanitaires qui pourraient devenir des enjeux sociaux cruciaux, en étant dotées des capacités nécessaires pour localiser rapidement des informations sur des questions émergentes. Cinquièmement, les experts pourraient débattre entre eux, chacun réalisant un rapport en tenant compte des divergences. Enfin, les étapes d'une expertise au sein d'une plateforme expertale devraient être clairement définies : le commanditaire (ministères, juges, agences, associations, ONG) définira la question et ses enjeux ; les experts seront sélectionnés par la plateforme expertale en fonction de la question à traiter ; les critères de sélection seront les compétences attestées par des publications dans le champ de l'expertise, les qualités attendues citées précédemment, l'indépendance* », *ibid.*

³²³ V. sur ce point, Valentine Ern -Heintz, « Penser le risque résiduel : l'improbable catastrophe », *RISEO*, 2012-3, pp. 15-37. L'auteur de noter « *incontestablement, le risque inconnu pose la question de l'expertise, de la place de la Science dans notre société. La diatribe se révèle d'autant plus sévère : "plus la technique substitue l'artifice à la nature, plus se renforcent l'assujettissement de la société à son égard et l'oligarchie des experts. La dépendance sociale augmente alors au détriment de l'autonomie et de la liberté"* (Augagneur, 2011, p. 80). Déjà dans les années 30-40, l'Ecole de Francfort (Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse, Walter Benjamin, Jürgen Habermas) souligne le paradoxe du progrès qui devient contre-productif. Le monde croit progresser alors qu'en réalité, il régresse. Ainsi, en est-il des maladies iatrogènes, de ces effets secondaires liés au traitement médical. La catastrophe ne serait donc que la conséquence inévitable et irr m diatement liée à la Technique. La catastrophe serait ce risque résiduel, la conséquence de l'inexistence d'un risque zéro. La cause serait-elle entendue ? Le paradoxe insurmontable ? N'y aurait-il pas d'alternative ? Cette approche se concentre sur la responsabilité de l'Homme face à la Nature : l'Homme est-il soumis à la Nature ? Sa responsabilité est-elle engagée face aux générations futures ou face à la Nature ? Il y a dans cette démarche la question de la culpabilité de l'Homme face aux choix qu'il est parfois amené à faire. D'ailleurs, dans l'idée que « la Nature reprend toujours ses droits », il n'est pas en reste que l'homme est supposé supporter le poids de ses choix : la catastrophe serait le résultat de son action, donc du choix d'un certain niveau de risque. Comme s'il s'agissait du prix à payer pour sauter dans la modernité. L'approche crépusculaire de l'activité de l'homme est alors sans retour. Ici, le risque est perçu négativement ; il devient le symptôme d'une société en panne, désacralisée et   la recherche d'une nouvelle conviction. Le risque devient ce Léviathan que l'on pourchasse ». V.  galement, du même auteur, « La gouvernance des nouveaux risques : quelle place pour l'expertise dans l'agir collectif ? », *Droit de l'environnement*, 2006, né 142, pp. 275-279.

³²⁴ Sur cette question et dans le cas plus particulier des crises sanitaires, v. Jean-Louis Thillier, « Crises sanitaires : nouveaux enjeux de l'expertise scientifique et de l'expert », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1928.

publiques en matière de précaution³²⁵. Les auteurs invitent notamment les décideurs publics à distinguer deux catégories de risques potentiels. Les « *risques potentiels plausibles, reconnus comme tels par l'analyse, alors même qu'aucun retour d'expérience ne vient l'appuyer* » et les « *risques potentiels étayés dont la plausibilité est soutenue par des retours d'expérience qui indiquent qu'un seuil d'alerte a été atteint* »³²⁶. De cette distinction, les auteurs déduisent une règle générale, voulant que la prise en considération d'un risque potentiel plausible induise une obligation de recherche, tandis que la prise en considération d'un risque potentiel étayé renforce l'obligation de recherche et ouvre la question de la prise de décision³²⁷. Ceci fait, les auteurs proposent ensuite de mettre en balance le risque d'agir avec celui de ne pas agir. Enfin, l'analyse des risques ne saurait pour eux être complète sans une analyse économique et sociale, tant de la survenance du risque potentiel que des mesures de précaution elles-mêmes. Ainsi que le relèvent les auteurs, « *l'évaluation économique conduit à engager des négociations qui forcent les acteurs à préciser leur position et à faire état des paramètres subjectifs qui sous-tendent leurs calculs de probabilité. Elle permet aussi de vérifier la sincérité des acteurs et le degré de réalisme de leurs propositions alors que l'incertitude ouvre un espace stratégique où ils peuvent évoluer sans contrainte* »³²⁸.

En décalque négatif de ces principes directeurs dessinant sur le plan des risques le champ des possibles, apparaissent sur le plan de la décision les contours du terrain du souhaitable. Mais dans l'impossibilité de pouvoir s'en tenir à des éléments purement technocratiques, la décision demeure résolument politique. La nécessité d'assurer la légitimité de la décision prise oblige tacitement à recourir à l'intervention d'un élu.

2) L'intervention nécessaire de l'élu

Indispensable, les raisons du recours à l'élu ne sont pas sans être porteuses de leurs propres limites. Ainsi que le relevait Alain Grimfeld, « *de manière générale, l'incertitude constitue une dimension fondamentale de nombreuses situations de risque, notamment dans le domaine santé et environnement ; ce n'est qu'en intégrant cette dimension que le décideur public peut engager des actions cohérentes et efficaces, efficacité au sens « résultat » du terme et efficaces au sens « LOLF » du terme, c'est-à-dire compatibles avec un coût consenti en conformité avec les principes généraux de gouvernance et en liaison avec les*

³²⁵ Ils ne sont d'ailleurs pas les seuls ; v. not. Eric Nain-Gesbert, « Physique de la précaution : l'écriture de trois théorèmes pour voir le principe autrement », *Environnement*, 2014, n° 12, pp. 17-20.

³²⁶ Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le Principe de précaution*, op. cit., p. 21.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ *Ibid.*

attentes de la société. Enfin, cette démarche de précaution repose sur une démarche de triangulation qui comporte les politiques, les experts, les médias avec un centre de gravité (que nous avons tous calculé lorsque nous étions à l'école) réalisé par la population. Nous nous demandons tout à l'heure ce que veut dire "démocratie participative". Dans l'état actuel des choses, étant donnée la difficulté de conception du principe de précaution dans toute sa rigueur scientifique et son applicabilité, si l'on ne fait pas participer le citoyen (ce n'est pas le lieu d'en discuter), je ne vois pas comment ce principe pourrait être efficient »³²⁹.

D'entre tous les acteurs susceptibles de contribuer à générer la décision publique, le seul à même, intellectuellement parlant, de réunir en sa personne la capacité à prendre la décision, éclairé par les conseils de l'expert, sous le contrôle du citoyen, est l'élu. A la fois décideur public et interprète de la volonté des citoyens, l'élu possède de par les modalités qui l'ont désigné la légitimité de procéder à des arbitrages intégrant, comme variable à la prise de décision, l'opinion des citoyens. La légitimité qui est la sienne, conférée par l'onction démocratique, si elle ne lui permet que d'étayer la décision plutôt que de la fonder, n'en contribue pas moins de par le poids qu'elle possède à abaisser les éventuelles résistances des acteurs institutionnels, parfois sceptiques face aux mesures à mettre en œuvre³³⁰.

Pourtant, il ne faut pas sur-idéaliser l'importance de l'élu. La force que lui confère ses modalités de désignation est également sa plus grande faiblesse : situé de par sa position à la frontière exacte entre institution et population ne signifie pas pour autant qu'il en soit indépendant. Il est tout au contraire, deux fois prisonnier.

Face à l'incertitude et à un risque putatif, la recherche de réponses par la population est normale et légitime, à plus forte raison quand les thématiques abordées renvoient à un absolu. Nanotechnologie, risque de dissémination et infiniment petit ; fission de l'atome, perspectives de fin du monde et infiniment grand ; génie génétique, tentations eugénistes et mystère de la vie ; les capacités de l'homme se bousculent entre pouvoirs de démiurge et instincts de primate et les problématiques abordées font voguer imaginaire et réalité d'asymptote en asymptote.

Le débat, souvent initié par des groupes de pression ou des pôles d'intérêt, éclairé par les experts, demeure rythmé par les mouvements d'opinion de la masse des citoyens. Or, l'élu, dépendant pour sa réélection de l'aptitude que lui prêtent ses électeurs à défendre leurs positions ne doit pour le bien public pas devenir otage de ce qui ne pourrait être véritablement

³²⁹ Jean-Claude Etienne, *Le principe de précaution : bilan de son application quatre ans après sa constitutionnalisation*, op. cit., p. 25 ; termes soulignés par nos soins.

³³⁰ Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le Principe de précaution*, op. cit., p. 22, note 44.

qu'un sentiment populaire, une crainte irraisonnée et déraisonnable, dont les conséquences d'une précaution excessive seraient préjudiciables à la conduite des affaires publiques.

Devant l'impossibilité de réduire la prise de décision en matière de précaution à la stricte et simple application d'une procédure technocratique, il est nécessaire d'y adjoindre une procédure démocratique afin de légitimer les choix opérés³³¹. Mais dans l'ensemble du processus de décision, le volet démocratique n'est justement là que pour apporter sur le plan de la légitimité et sur le plan de la légitimité uniquement, un correctif aux insuffisances de nature du volet technocratique. S'il devait prendre le pas sur ce dernier, voire totalement s'y substituer, alors la procédure prétendument démocratique ne serait en réalité rien d'autre que la marque d'une dérive ochlocratique.

Mais de par la nature même de la relation triangulaire entre expert, population et élu, ce dernier se trouve décideur en dernier ressort et aucun garde-fou n'apparaît pouvoir être mis en place pour l'empêcher de privilégier le clientélisme électoral à l'intérêt général. Ne pouvant plus compter que sur la vertu publique de l'élu, celle-ci se voit encore mise à mal par la pénalisation croissante de la fonction d'élu, laquelle est susceptible de le conduire à une prudence excessive, préjudiciable à l'intérêt général³³².

§2) L'intégration progressive du principe de précaution en droit français

Issu du droit international, le principe de précaution a, depuis, été introduit en droit français (A), mettant ainsi à la charge des décideurs publics et donc de certains élus, de nouvelles obligations (B).

A) D'une construction prétorienne à la constitutionnalisation du principe

Trouvant son origine dans le droit international, le principe de précaution a fait l'objet d'une intégration progressive en droit français, d'abord par le biais de la jurisprudence administrative, ensuite par celui de la loi (1), jusqu'à sa récente constitutionnalisation (2).

³³¹ Sur la question absolument fondamentale de l'articulation entre production du savoir scientifique par les experts, sa réception par la population et la prise de décision publique, v. Michel Callon, « Des différentes formes de démocratie technique », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 38, *Risque et démocratie*, pp. 37-54. L'auteur s'interrogeait : « *Quel est le rôle des profanes dans l'élaboration et la dissémination des connaissances scientifiques ? L'auteur propose de distinguer trois modèles. Dans le modèle de l'instruction publique, la connaissance scientifique s'oppose aux croyances irrationnelles d'un public qui doit être éduqué. Dans celui du débat public, les profanes sont invités à donner leurs points de vue et à communiquer leurs expériences. Dans celui de la coproduction des savoirs, les profanes participent directement à l'élaboration des connaissances qui les concernent et dont dépendent bien souvent leur bien-être et leur identité. Chaque modèle possède son propre domaine de validité. L'article suggère que le troisième modèle se généralise, offrant ainsi une issue à la crise de confiance du public vis-à-vis des experts* ».

³³² Voir le cas de l'hépatite B déjà évoqué.

1) De la reconnaissance jurisprudentielle à la consécration législative

Sous la double inspiration du droit international et du droit communautaire, juges administratifs et judiciaires ont élaboré de concert une jurisprudence dessinant à grands traits les contours du principe de précaution³³³. Initialement bornée au registre de la précaution en matière sanitaire, elle servira d'assise à la loi « Barnier »³³⁴. Initiateur de la démarche d'intégration du principe de précaution en droit national, le Conseil d'Etat a fait de la précaution une obligation d'ordre général s'imposant aux autorités publiques à travers plusieurs décisions. Ainsi, le 21 avril 1997, alors que la crise de la « vache folle » touchait à sa fin, au moins sur le plan médiatique, le Conseil d'Etat se refusait à annuler un arrêté interdisant la fabrication, l'importation, la mise sur le marché et l'utilisation d'un produit médical contenant du collagène bovin, notamment en raison « *des précautions qui s'imposent en matière de protection de la santé publique* »³³⁵. Deux ans plus tard, le Conseil d'Etat introduisait un nouveau paramètre dans son raisonnement, estimant fondé un arrêté interdisant l'utilisation à des fins alimentaires de certaines catégories de produits d'origine bovine, ovine ou caprine présentant des risques potentiels de transmission de l'ESB, « *eu égard aux mesures de précaution qui s'imposent en matière de santé publique* », comme dans sa jurisprudence de 1997, mais également en raison de l'incertitude scientifique entourant les conditions précises de la transmission de l'ESB³³⁶. Dans le même temps, le Conseil d'Etat introduit le principe de précaution dans le champ du droit de la consommation, la sécurité du consommateur étant indissociable de la santé publique. Relevons que dans le cas de l'espèce, le contrôle du Conseil d'Etat était limité à celui de l'erreur manifeste d'appréciation.

Tel n'a pas été le cas à l'occasion de sa décision en date du 29 décembre 1999 relative à la destruction de stock de perches du Nil et à l'interdiction de leur vente, le Conseil d'Etat ayant refusé d'annuler l'arrêté ministériel ordonnant ces mesures, « *eu égard aux mesures de*

³³³ Pour une analyse, maintenant ancienne mais révélatrice des conceptions de l'époque sur le principe de précaution, v. Jean-Marc Favret, « Le principe de précaution ou la prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel », *Rec. Dalloz*, 2001, pp. 3462-3470.

³³⁴ Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (JO du 3, p. 1840).

³³⁵ CE, 21 avril 1997, *Artecoll Arteplast*, req. n° 180274.

³³⁶ CE, 24 février 1999, *S^{te} Pro Nat*, req. n° 192465 : « *Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que de nouvelles données scientifiques font état d'une possible transmission de l'agent de l'E.S.B. au mouton ; qu'en outre, comme l'a relevé notamment le comité d'experts sur les encéphalopathies subaiguës spongiiformes transmissibles, si la "transmission placentaire" de l'agent de l'E.S.B. ne semble pas être constatée à ce jour, il n'est pas possible cependant de conclure avec certitude sur ce point ; qu'en décidant au vu de ces éléments, et eu égard aux mesures de précaution qui s'imposent en matière de santé publique, d'édicter les interdictions faisant l'objet du décret attaqué, qui s'appliquent à des aliments destinés à des enfants en bas âge ainsi qu'à des compléments alimentaires qui peuvent contenir des quantités élevées des tissus en cause, le Premier ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation* ». V. également Aude Rouyère, « L'exigence de précaution saisie par le juge », *RFDA*, 2000, pp. 266-289.

précaution qui s'imposent en matière de santé publique », mais procédant cette fois à un contrôle de proportionnalité des mesures, aucune d'entre elles n'étant « *excessive et disproportionnée au regard des risques pour la santé que présentaient les produits en cause* ». L'extension de la latitude de contrôle du Conseil d'Etat est toutefois à nuancer. En l'espèce, l'administration avait à sa disposition des informations précises faisant état d'un minimum de 87 intoxications alimentaires en Ouganda, dont 12 mortelles, les perches du Nil ayant été contaminées par des pesticides rejetés dans le lac Victoria. Le danger était donc parfaitement connu et l'incertitude ne portait que sur l'exposition de la population française à celui-ci. Difficilement quantifiable, elle n'en restait pas moins certaine³³⁷.

En 2004, le Conseil d'Etat introduit de nouvelles subtilités dans sa jurisprudence, à l'occasion d'un arrêt relatif à l'annulation d'un décret fixant les valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques. Dans sa décision, le Conseil d'Etat estimait le décret fondé, le Premier ministre n'ayant pas commis d'erreur manifeste dans l'appréciation des risques auxquels le public était exposé, puisque « *les limites d'exposition imposées par le décret attaqué, qui correspondent à celles préconisées par la recommandation du Conseil de l'Union européenne, tiennent compte de marges de sécurité destinées à protéger le public contre tout effet, y compris à long terme, de l'exposition aux ondes électromagnétiques émises par les équipements utilisés dans les réseaux de télécommunication ou par les installations radioélectriques, dans l'ensemble des gammes de fréquence* »³³⁸. Par conséquent, le Premier

³³⁷ CE, 29 décembre 1999, *Syndicat national du commerce extérieur des produits congelés et surgelés*, req. n° 206945 : « *Considérant, en troisième lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que l'administration était en possession d'informations selon lesquelles la consommation de perches du Nil, pêchées dans le lac Victoria et contenant des pesticides, avait entraîné 87 intoxications en Ouganda, dont 12 mortelles ; qu'à la date de la décision attaquée, environ 300 tonnes de perches du Nil, fraîches ou congelées, étaient en cours de commercialisation sur le marché français ; qu'eu égard au fait que les lots n'étaient pas homogènes et pouvaient contenir des poissons pêchés à des dates et en des lieux différents que les documents d'accompagnement ne permettaient pas de déterminer avec une précision suffisante, il était impossible de savoir aux différents stades du processus de commercialisation la provenance exacte des divers lots et les opérations successives dont ils avaient été l'objet ; que leur "traçabilité" n'était donc pas assurée ; qu'il n'était pas davantage possible de vérifier, même en procédant à l'analyse d'échantillons, que la totalité des produits stockés étaient exempts de contamination et auraient pu être remis sur le marché sans risque pour la santé humaine ; que, par suite, en prévoyant le retrait et la destruction des perches du Nil ou des produits en contenant destinés à l'alimentation humaine ou animale, les auteurs de l'arrêté attaqué n'ont pas, eu égard aux mesures de précaution qui s'imposent en matière de santé publique, adopté une mesure excessive et disproportionnée au regard des risques pour la santé que présentaient les produits en cause ; qu'ils n'ont ainsi pas méconnu les dispositions précitées des articles L. 221-5 et L. 221-9 du code de la consommation* ». V. Marie-Christine Rouault, « Observations sous CE, 29 déc. 1999, *Syndicat national du commerce extérieur des produits congelés et surgelés* », JCP G, 2000, n° 22, pp. 1050-1050.

³³⁸ CE, 11 juin 2004, *C^{me} de Saint-Maur-des-Fossés*, req. n° 248443 : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, notamment de la recommandation du Conseil de l'Union européenne en date du 12 juillet 1999 relative à l'exposition du public aux champs électromagnétiques et du rapport d'expertise remis au gouvernement en janvier 2001, d'une part, qu'en l'état des connaissances scientifiques, il n'apparaît pas que les ondes électromagnétiques auraient des effets dits non thermiques dangereux pour la santé publique et, d'autre part, que les limites d'exposition imposées par le décret attaqué, qui correspondent à celles préconisées par la*

ministre n'a pas pris « *des mesures qui ne seraient pas proportionnées aux précautions qui s'imposent en cette matière* ». Le Conseil d'Etat introduit alors une distinction entre le contrôle de l'évaluation des risques, où il ne procède qu'à un examen de l'erreur manifeste et le contrôle des mesures de précaution mise en œuvre, où il s'autorise alors à étudier la proportionnalité de ces dernières.

Création prétorienne pour ce qui est de la question des risques sanitaires, le principe de précaution a été introduit en matière de risques environnementaux par la loi « Barnier » de 1995³³⁹, laquelle dispose en son article premier : « *le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* »³⁴⁰. Celle-ci a été à l'origine d'une jurisprudence récente du Conseil d'Etat, et ce, malgré vraisemblablement la volonté originelle des auteurs de la loi qui ne voulaient faire du principe de précaution qu'un principe général du droit de l'environnement, destiné à irriguer l'œuvre future du législateur³⁴¹. Le Conseil d'Etat a en effet accepté en 1998 que le principe de précaution soit invoqué à l'occasion d'un litige relatif à l'inscription sur le catalogue officiel des espèces et variétés de plantes cultivées en France de trois variétés de maïs génétiquement modifié et a d'ailleurs fait droit à la demande des requérants, acceptant de surseoir à l'exécution de l'arrêté d'inscription³⁴².

recommandation du Conseil de l'Union européenne, tiennent compte de marges de sécurité destinées à protéger le public contre tout effet, y compris à long terme, de l'exposition aux ondes électromagnétiques émises par les équipements utilisés dans les réseaux de télécommunication ou par les installations radioélectriques, dans l'ensemble des gammes de fréquence ; que, dès lors, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que le Premier ministre aurait commis une erreur manifeste dans l'appréciation des risques auxquels le public est soumis du fait de son exposition aux champs électromagnétiques ; qu'il ne ressort pas davantage des pièces du dossier que le Premier ministre aurait pris des mesures qui ne seraient pas proportionnées aux précautions qui s'imposent en cette matière ».

³³⁹ Alain Gest et Philippe Tourtelier, *Rapport d'étape sur l'évaluation de la mise en œuvre de l'article 5 de la Charte de l'environnement relatif à l'application du principe de précaution*, rapport d'information n° 3970, Ass. nat., 1^{er} juin 2010, p. 54 et s.

³⁴⁰ Loi n° 95-101 du 2 février 1995 préc.

³⁴¹ Art. L. 110-1 du code de l'environnement : La protection du milieu naturel s'inspire « **dans le cadre des lois qui en définissent la portée, des principes suivants** : (...) *Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* » (nous soulignons).

³⁴² CE, 25 sept. 1988, Ass. *Greenpeace France*, req. n° 194348 : « *Considérant que les associations susnommées soutiennent que l'arrêté attaqué aurait été pris à l'issue d'une procédure irrégulière, et, notamment, que l'avis de la commission d'étude de la dissémination des produits issus du génie biomoléculaire aurait été rendu au vu d'un dossier incomplet en ce qu'il ne comportait pas d'éléments permettant d'évaluer l'impact sur la santé publique du gène de résistance à l'ampicilline contenu dans les variétés de maïs transgénique faisant l'objet de la demande d'autorisation ; qu'elles invoquent le principe de précaution énoncé à l'article L. 200-1 du code rural et les dispositions tant de l'article 15 de la loi du 13 juillet 1992 que de l'article 6-1 ajouté au décret susvisé du 18 mai 1981 par le décret du 18 octobre 1993 pris pour l'application de la loi précitée ; que ce moyen paraît, en l'état*

Dans une décision de 1999 en revanche, le Conseil d'Etat rejetait la demande d'une association visant à l'annulation d'un arrêté de déclaration d'utilité publique relatif à la construction d'une ligne à haute tension, mettant en balance la contrepartie utilitaire attendue de l'ouvrage et les nuisances occasionnées par celui-ci, eu égard aux exigences imposées par le principe de précaution. La formulation lapidaire du considérant ne permet hélas pas à l'observateur de trouver des réponses à ses interrogations, puisqu'il apparaîtrait tout de même curieux que soit invoqué ici le principe de précaution, alors même que le risque, ou plutôt l'atteinte dont il était question était certaine et parfaitement connu (l'installation d'une ligne à haute tension)³⁴³. Il ressort néanmoins de ces jurisprudences que conjointement avec la possibilité d'exciper du principe de précaution devant les juridictions, il existe pour les autorités publiques, dont certaines catégories d'élus, l'obligation de respecter des règles directrices non écrites.

Le principe de précaution a d'ailleurs, depuis, été introduit dans le champ du droit de l'urbanisme, décision lourde de conséquences et qui fera plus loin l'objet de développements particuliers.

2) La constitutionnalisation du principe de précaution

Initiée par le Président de la République lui-même, fruit des travaux de la commission Coppens³⁴⁴ et d'après débats entre parlementaires, l'intégration du principe de précaution dans l'ordre juridique national a connu son acmé avec sa constitutionnalisation concomitante à l'adossement de la Charte de l'environnement à la Constitution³⁴⁵. Une définition s'en

de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation de l'arrêté attaqué ; qu'eu égard par ailleurs à la nature des conséquences que l'exécution de l'arrêté attaqué pourrait entraîner, il y a lieu, dans les circonstances de l'affaire, de faire droit aux conclusions de l'association requérante tendant à ce qu'il soit sursis à l'exécution de cet arrêté ». V. Julien Léone, « Les Organismes Génétiquement Modifiés (OGM) à l'épreuve du principe de précaution », *LPA*, 18 août 1999, n° 164, pp. 12-16.

³⁴³ CE, 28 juillet 1999, *Ass. Morbihan sous très haute tension*, req. n° 184268 : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'atteinte aux paysages et aux sites ainsi qu'au patrimoine culturel, à la flore et à la faune ou au cadre de vie et au développement touristique de la zone intéressée n'est pas, compte tenu notamment des mesures prises pour la limiter et satisfaire aux exigences du principe de précaution énoncé à l'article L. 200-1 du code rural, de nature à retirer à l'ouvrage son caractère d'utilité publique* ».

³⁴⁴ Yves Coppens, *Rapport de la Commission de préparation de la Charte de l'environnement*, Ministère de l'écologie et du développement durable, avril 2005. Voir aussi : Yves Jégouzo, « Le rôle constituant de la commission Coppens », *RJE*, 2005, n° spécial, pp. 79-89.

³⁴⁵ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1 mars relative à la Charte de l'environnement (JO du 2, p. 3697).

Sur la constitutionnalisation du principe de précaution, voir not. : Laurent Verdier, « Vers une constitutionnalisation du droit de l'environnement : Prolégomènes sur la Charte de l'environnement », *BDEI*, 2003, n° 2, pp. 4-7 ; Raphaël Romi, « La constitutionnalisation des principes du droit de l'environnement : De la grandeur à la mesquinerie ? Les contours du rapport Coppens », *Droit de l'environnement*, juin 2003, 109, pp. 114-116 ; Laurence Baghestani-Perrey, « La constitutionnalisation du principe de précaution dans la Charte de l'environnement ou la consécration d'un principe à effet direct », *LPA*, 30 juillet 2004, n° 152, pp. 4-9. L'auteur d'y relever : « *Le parcours juridique fulgurant du principe de précaution, désormais hissé au plus haut niveau*

trouve désormais à l'article 5 de la Charte, lequel dispose : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

Une jurisprudence administrative encore jeune a commencé à se développer, apportant quelques précisions sur la portée de l'article 5 de la Charte de l'environnement³⁴⁶. Sans que cette jurisprudence soit encore passée du stade de la novation à celui de l'habitus de raisonnement pour les juridictions, il est toutefois possible de considérer, dix après ans la constitutionnalisation du Principe, que ses caractères ont désormais été suffisamment fixés pour estimer que leur forme actuelle vaut promesse de développement pour l'avenir³⁴⁷.

*de la hiérarchie des normes juridiques, est sans conteste exceptionnel. Il laisse néanmoins perplexe quant à la maturité de ce principe encore récent à occuper un tel rang. La question se pose au regard de la définition même du principe sujette à des mésinterprétations, mais aussi quant à son nouveau statut juridique qui bouleverse ses rapports avec les autres normes constitutionnelles mais aussi communautaires. Si l'effectivité du principe est largement dépendante de la précision de son contenu défini par le pouvoir constituant, elle est aussi pour une part non moins importante conditionnée par son appréhension par le juge compte tenu de l'effet direct attribué au principe de précaution ». V. encore Jean-Luc Pissaloux, « La constitutionnalisation non sans risque du droit de l'environnement », *La Gazette du Palais*, 13 janv. 2005, n° 12, pp. 3-17 ; Chantal Cans, « La Charte constitutionnelle de l'environnement : évolution ou révolution du droit français de l'environnement ? », *Droit de l'environnement*, 2005, n° 131, pp. 194-203.*

³⁴⁶ Pour un panorama global de la jurisprudence relative au principe de précaution, mais resituée dans le cadre plus large de l'évolution du droit de l'environnement, voir : François Guy Trébulle, « Droit de l'environnement - août 2010-août 2011 », *Rec. Dalloz*, 2011, pp. 2694-2706 ; aussi, du même auteur, « Droit de l'environnement - septembre 2011-juillet 2012 », *Rec. Dalloz*, 2012, pp. 2557-2566 ; « Droit de l'environnement - septembre 2012-octobre 2013 », *Rec. Dalloz*, 2014, pp. 104-114. Sur la période 2012-2013, l'auteur observait : « L'activité autour de la Charte de l'environnement et du principe de précaution apparaît particulièrement notable dans une dynamique structurelle. La Charte est évidemment de mieux en mieux perçue comme une matrice essentielle de prise en compte des enjeux environnementaux et la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) accroît logiquement ce phénomène. Avec le principe de précaution -dans et hors de la Charte- c'est le rapport aux risques qui est interrogé et, avec lui, des biais entre le droit et sa réception qui apparaissent de manière particulièrement nette ».

³⁴⁷ Pour un panorama complet des évolutions jurisprudentielles autour du principe de précaution, v. Agathe Van Lang, « Principe de précaution : exorciser les fantasmagories », *AJDA*, 2015, pp. 510-516. D'ailleurs, Yves Jégouzo rappelait : « Interrogé, à l'origine, sur la portée du principe de précaution, le Conseil constitutionnel ne s'est pas limité à répondre à la question posée mais, à cette occasion, a considéré que, d'une manière générale, l'ensemble des droits et devoirs définis par la Charte de l'environnement ont valeur constitutionnelle et s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif (Cons. const. 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, *Rec. Cons. const.* 313...). Ceci n'allait pas de soi, dans la mesure où, lors de l'écriture de la Charte, le principe de précaution est le seul qui ait été conçu comme directement applicable (et également le seul qui ait été qualifié de "principe") ; dès lors reconnaître une valeur constitutionnelle aux autres dispositions de la Charte constituait une avancée certaine. Cette position a été très rapidement adoptée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt d'assemblée Commune d'Annecy (CE, ass., 3 oct. 2008, n° 297931, *Lebon* 322...) qui, rendu, à propos de l'article 7 de la Charte sur le droit à l'information et à la participation, conclut non seulement à sa valeur constitutionnelle mais le considère comme directement opposable. La Cour de cassation a été plus longue à suivre cette voie, la nature du contentieux qu'elle a à connaître expliquant ce retard. Mais, dès 2011, elle a transmis au Conseil constitutionnel une QPC relative à la conformité aux articles 1 à 4 de la Charte de la théorie du trouble anormal

Ainsi, dans un arrêt en date du 3 octobre 2008, le Conseil d'Etat affirmait que « l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs »³⁴⁸.

Surtout, dans un arrêt d'assemblée d'une importance fondamentale, du 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT*, le Conseil d'Etat fixait la méthodologie par laquelle le juge administratif devait apprécier la bonne mise en œuvre du principe de précaution³⁴⁹. Mais par là même, en posant les critères d'appréciation du principe de précaution, il fixait dans le même temps les critères de satisfaction auxquels devaient répondre les grandes lignes de la procédure suivie par les pouvoirs publics pour s'assurer de son application.

A cette occasion, le Conseil d'Etat était saisi par plusieurs recours en excès de pouvoir réclamant l'annulation d'une déclaration d'utilité publique d'un projet de construction d'une ligne de très haute tension (THT). A l'appui de leurs prétentions, les requérants excipaient entre autres à l'absence de respect du principe de précaution par le projet, qui selon eux faisait peser un risque sur la santé publique des riverains, bien que les données scientifiques à disposition ne permettent pas formellement de l'établir. En l'occurrence, le risque en question portait sur la probabilité accrue de survenance de leucémies chez les enfants. Le Conseil d'Etat était donc amené à se prononcer à la fois sur le bien fondé de la prise en compte du principe de précaution dans l'appréciation de l'utilité publique d'un projet et sur les modalités par lesquelles elle devait être mise en balance au regard des autres intérêts en présence³⁵⁰.

de voisinage (Civ. 3^e, 27 janv. 2011, n° 10-40.056...) » ; « La charte de l'environnement, dix ans après », *AJDA*, 2015, pp. 487-492.

³⁴⁸ CE. Ass., 3 octobre 2008, *C^{ie} d'Annecy*, req. n° 297931. V. Yann Aguila, « La Charte de l'environnement devant le Conseil d'Etat », *Droit de l'environnement*, 2008, n° 162, pp. 19-31. V. également Philippe Billet, « Les droits et devoirs définis dans la charte de l'environnement ont valeur constitutionnelle », *JCP A*, 2008, n°49, pp. 26-29. V. encore Edouard Geffray, Sophie-Justine Liéber, « Valeur et portée juridique de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2008, pp. 2166-2172. Les auteurs relevaient notamment que « Tous, en effet, ne sont pas immédiatement applicables : certains articles sont rédigés en termes très généraux, d'autres, comme on l'a vu, renvoient expressément à un texte de loi pour assurer leur mise en œuvre. Autrement dit, ces articles nécessitent l'entremise de dispositions législatives pour revêtir une pleine efficacité juridique. Cela n'affecte pas, bien entendu, leur valeur constitutionnelle. Il n'en demeure pas moins que leur portée n'est pas nécessairement identique ». Sur ce dernier point, v. Bertrand Mathieu, « Incertitudes quant à la portée de certains principes inscrits dans la Charte constitutionnelle de l'environnement », *JCP G*, 2009, n° 7, pp. 42-46.

³⁴⁹ CE. Ass., 12 avril 2013, *Ass. coordination interrégionale Stop THT et autres*, req. n° 342409, 342569, 342689, 342740, 342748 et 342821.

³⁵⁰ V. notamment Alexandre Lallet, Elise Carpentier, « Le principe de précaution doit-il être pris en compte dans l'appréciation de l'utilité publique d'un projet ? », concl. et note sous CE, 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT*, *BJCL*, 2013-6, pp. 408-437. V. également Fabien Le Bot, « Principe de précaution et déclaration d'utilité publique : un contrôle renforcé », *Droit administratif*, 2013, n° 7, pp. 68-74 ; Marguerite Canedo-Paris, « Des nouvelles du principe de précaution », *RFDA*, 2013, pp. 1061-1082 ; Nicolas Charneil,

Le Conseil d'Etat écartait immédiatement la difficulté née du défaut partiel de concordance entre la rédaction de la Charte de l'environnement et les dispositions de la loi Barnier relatives au principe de précaution, désormais codifiées à l'article L. 110-1 du code de l'environnement en fondant sa décision sur les deux textes. Ce point étant arrêté, il élaborait ensuite un véritable mode d'emploi du principe de précaution à destination des pouvoirs publics, sous la forme d'un « considérant » de principe qui pour sa bonne compréhension doit être cité en intégralité : « *Considérant qu'une opération qui méconnaît les exigences du principe de précaution ne peut légalement être déclarée d'utilité publique ; qu'il appartient dès lors à l'autorité compétente de l'Etat, saisie d'une demande tendant à ce qu'un projet soit déclaré d'utilité publique, de rechercher s'il existe des éléments circonstanciés de nature à accréditer l'hypothèse d'un risque de dommage grave et irréversible pour l'environnement ou d'atteinte à l'environnement susceptible de nuire de manière grave à la santé, qui justifierait, en dépit des incertitudes subsistant quant à sa réalité et à sa portée en l'état des connaissances scientifiques, l'application du principe de précaution ; que, si cette condition est remplie, il lui incombe de veiller à ce que des procédures d'évaluation du risque identifié soient mises en œuvre par les autorités publiques ou sous leur contrôle et de vérifier que, eu égard, d'une part, à la plausibilité et à la gravité du risque, d'autre part, à l'intérêt de l'opération, les mesures de précaution dont l'opération est assortie afin d'éviter la réalisation du dommage ne sont ni insuffisantes, ni excessives ; qu'il appartient au juge, saisi de conclusions dirigées contre l'acte déclaratif d'utilité publique et au vu de l'argumentation dont il est saisi, de vérifier que l'application du principe de précaution est justifiée, puis de s'assurer de la réalité des procédures d'évaluation du risque mises en œuvre et de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation dans le choix des mesures de précaution* »³⁵¹.

La mise en œuvre de politiques publiques de précaution est donc soumise à trois conditions cumulatives, que le juge sera ultérieurement amené à examiner.

La première condition exigée par le Conseil d'Etat est qu'il doit exister des « *éléments circonstanciés de nature à accréditer l'hypothèse d'un risque de dommage grave et irréversible pour l'environnement ou d'atteinte à l'environnement susceptible de nuire de manière grave à la santé, qui justifierait, en dépit des incertitudes subsistant quant à sa réalité et à sa portée en l'état des connaissances scientifiques, l'application du principe de précaution* ». Dans le cas d'espèce, cette condition était satisfaite, le juge administratif

« Le principe de précaution sous très haute tension, À propos de la construction de la ligne très haute tension Cotentin-Maine », *JCP A*, 2013, n° 39, pp. 14-21.

³⁵¹ *Ibid.*

constatant l'existence d'une « *corrélation statistique significative* » entre le facteur de risque invoqué par les requérants et la survenance de cas de leucémies chez l'enfant. Observons que le chemin qui mène à la découverte scientifique et qui va de la simple supposition initiale, presque instinctive, à la conclusion définitive et irréfutable, passe nécessairement d'abord par la preuve de l'existence d'une corrélation entre deux phénomènes observés, ensuite la par démonstration d'une corrélation exclusive, enfin par la révélation d'un lien de causalité³⁵². Le Conseil d'Etat a ici fait le choix pour fonder l'application du principe de précaution, de se placer très en amont du chemin menant à la découverte scientifique, s'en pour autant accepter que sa mise en œuvre puisse s'appuyer uniquement sur des éléments qui relèveraient de la simple supputation. Les termes de « *corrélation statistique significative* » ont sans doute été pesés avec soin avant d'être employés et tout laisse à supposer qu'ils reviendront comme un leitmotiv dans les prochaines jurisprudences du Conseil d'Etat relatives au principe de précaution³⁵³. Il s'agit là d'un élément concret d'appréciation, dont les qualités intrinsèques peuvent également être examinées³⁵⁴ et qui ne laisse que peu de place à la subjectivité. Le Conseil d'Etat n'a d'ailleurs pas manqué de pointer les « *limites* » des études qui lui étaient présentées, sans toutefois expliciter plus avant sur quels points elles portaient, estimant néanmoins qu'elles n'étaient pas suffisantes pour remettre en question la validité des études en question.

Ainsi que le relevait le professeur Canedo-Paris « *pour que le principe de précaution s'applique, il convient donc que le risque invoqué, sans qu'il ait été définitivement prouvé, se soit tout de même vu attribuer quelque crédit par certaines études scientifiques, peu important d'ailleurs que celles-ci n'aient pas fait l'unanimité dès lors, tout du moins, qu'elles sont suffisamment sérieuses. C'est le doute suscité par ces études qui justifie l'application du principe de précaution* ». D'autres risques, privés des garanties offertes par des études rigoureusement menées ont d'ailleurs été considérés comme purement hypothétiques, raison pour laquelle le juge n'en a pas tenu compte. Relevons encore que c'est sans surprise mais par une certaine habileté de formulation que la Conseil d'Etat trouve à appliquer le principe de précaution au domaine de la santé publique alors qu'il n'est question que de l'environnement, tant la Charte que la loi Barnier, en évoquant « *un risque de dommage grave et irréversible*

³⁵² La légende attribue à la chute d'une pomme la découverte des lois de la gravitation par Newton. Mais aujourd'hui encore, alors même que ses lois sont parfaitement connues et que personne ne songerait sérieusement à remettre en question l'existence d'une chose aussi communément observable que l'action de la force de gravité, personne n'est en mesure de dire ce qui la génère. Dans le même ordre d'idées, l'homme a pu maîtriser et même exploiter l'électricité, bien avant la compréhension fine du phénomène.

³⁵³ V. Marguerite Canedo-Paris, « Des nouvelles du principe de précaution », *RFDA*, 2013, pp. 1061-1082.

³⁵⁴ Citons entre autre le choix du protocole expérimental et des paramètres mesurés ou le choix et la taille de l'échantillon statistique examiné.

pour l'environnement ou d'atteinte à l'environnement susceptible de nuire de manière grave à la santé »³⁵⁵.

Il est enfin une question à laquelle le Conseil d'Etat, sans pour autant l'éluder, n'a répondu que sommairement : celle du périmètre des études à prendre en compte dans la détermination ou la tentative de détermination des risques auxquels expose le phénomène étudié. Le nombre d'études qui peuvent être présentées est en effet potentiellement illimité et, particulièrement dans les domaines passionnels, il se trouvera toujours des individus pour accepter le rôle d'experts stipendiés, capables d'orienter leurs conclusions dans un sens attendu par le bailleur de fonds. Le Conseil d'Etat se contente ici de relever que les pouvoirs publics n'ont pas à prendre en compte « *l'ensemble des études consacrées à la question* » étudiée et que la date à laquelle doivent être recherchées les connaissances scientifiques est celle de la date de la décision administrative attaquée (et non celle du recours devant les différents degrés de juridiction). Le Conseil d'Etat ira quand même apprécier la qualité des études retenues par les pouvoirs publics, mais au regard uniquement des griefs que leurs font les requérants³⁵⁶. Une telle prise de position semble grandement limiter l'intérêt pour les requérants de présenter lors du recours des études contradictoires à celles retenues par les pouvoirs publics pour fonder leur décision. Relevons enfin que la présente décision fait suite à un recours pour excès de pouvoir contre une Déclaration d'utilité publique, laquelle obligeait à l'élaboration d'une étude d'impact, soit un document spécifiquement consacré entre autres à l'analyse des risques du projet. Il est loisible ici de se demander quelles auraient été les exigences du Conseil d'Etat si la décision attaquée n'avait pas imposé l'élaboration d'une étude d'impact.

La deuxième condition exigée par le Conseil d'Etat est que « *des procédures d'évaluation du risque identifié soient mises en œuvre par les autorités publiques ou sous leur contrôle* ». Tel avait été le cas en l'espèce. S'il s'agit là du point sur lequel il y a le moins à

³⁵⁵ CE. Ass., 12 avril 2013, *Ass. coordination interrégionale Stop THT et autres*, préc. ; termes soulignés par nos soins. V. Agathe Van Lang, « Principe de précaution : exorciser les fantasmagories », *AJDA*, 2015, pp. 510-516.

³⁵⁶ « *Considérant que, au regard du savoir scientifique à la date de l'arrêté attaqué, l'étude d'impact, qui n'avait pas à recenser l'ensemble des études consacrées à la question des incidences potentielles des champs électromagnétiques de très basse fréquence sur la santé humaine, prend pleinement et objectivement en compte l'état des connaissances sur ce sujet ; qu'en particulier, et contrairement à ce qui est soutenu, elle distingue la question des expositions instantanées de celle des expositions permanentes et rend compte de la corrélation statistique observée par certaines études épidémiologiques entre l'exposition permanente à des champs électromagnétiques présentant certaines caractéristiques de fréquence et d'intensité et l'occurrence de certaines pathologies ; qu'à défaut de pouvoir dresser la cartographie précise de l'intensité du champ électromagnétique à proximité de la future ligne Cotentin-Maine, elle indique les niveaux habituellement constatés en fonction de la distance à une ligne de cette nature ; qu'il suit de là que le moyen tiré de ce que l'étude d'impact n'aurait pas suffisamment analysé les effets du projet sur la santé publique ne peut qu'être écarté* » ; CE Ass., 12 avril 2013, *Ass. coordination interrégionale Stop THT*, préc., cons. n° 24.

dire, il s'agit également du plus essentiel, puisque celui sans lequel le principe de précaution serait réduit à n'être qu'un principe d'inaction. Bien que le Conseil d'Etat affirme que le juge administratif ne doit s'assurer que « *de la réalité des procédures d'évaluation du risque mises en œuvre* », ce qui laisse à penser qu'il ne s'agit là que d'un contrôle de l'exactitude matérielle des faits, la réalité est toute autre. Le Conseil d'Etat se concède en effet le droit d'examiner de manière sourcilleuse la nature des procédures d'évaluation mises en place et il n'est pas interdit de penser qu'à l'avenir, il s'autorisera également celui d'annuler une décision au motif que les procédures d'évaluation étaient insuffisantes³⁵⁷. Relevons ici que seule la Charte fait expressément référence à « *la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques* » tandis que la loi Barnier reste muette sur cet aspect pourtant essentiel du principe de précaution, dont elle ne connaît que le deuxième versant sous la forme de « *l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* ».

La troisième et dernière condition posée par le Conseil d'Etat est très proche de cette obligation de la loi Barnier puisqu'il exige des pouvoirs publics l'adoption de « *mesures de précaution (...) afin d'éviter la réalisation du dommage* », mesures qui ne doivent être « *ni insuffisantes, ni excessives* ». La formulation n'est pas dénuée d'ambiguïté et il est pour l'heure impossible de savoir si elle recouvre la notion de mesures « *effectives et proportionnées (...) à un coût économiquement acceptable* », prévue par la loi Barnier. Il est en tout cas certain que l'arrêt ne fait pas mention du caractère provisoire des mesures, ce qui laisse à penser que sur ce point, le Conseil d'Etat fait primer la loi Barnier (qui n'en fait pas mention non plus) sur le Charte de l'environnement (qui au contraire l'exige expressément)³⁵⁸.

³⁵⁷ « *Considérant, en second lieu, d'une part, que, ainsi qu'il a été dit au point 24, l'étude d'impact figurant au dossier au vu duquel l'opération a été déclarée d'utilité publique prend en compte de manière complète et objective l'état actuel des connaissances scientifiques relatives au risque potentiel mentionné ci-dessus, et que le maître d'ouvrage de la ligne électrique aérienne à très haute tension "Cotentin-Maine" a prévu, en plus du dispositif de surveillance et de mesure des ondes électromagnétiques par des organismes indépendants accrédités que l'Etat doit mettre en place en application de l'article 42 de la loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, un dispositif spécifique de mesure de l'intensité du champ électromagnétique et de suivi médical après la mise en service de la ligne ; qu'ainsi, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'obligation d'évaluation des risques a été méconnue* », CE Ass., 12 avril 2013, Ass. coordination interrégionale Stop THT, préc., cons. n° 39.

³⁵⁸ Voir : Simon Gilbert, « Principe de précaution et déclaration d'utilité publique », *AJDI*, 2013, pp. 531-534. L'auteur observait que « *L'arrêt Association intercommunale "Morbihan sous très haute tension" prenait ainsi en considération les mesures de précaution comme des facteurs atténuant les atteintes possibles à l'environnement. L'apport de l'arrêt commenté, qui ne nous semble pas considérable sur ce point, tient à ce qu'il consacre un traitement particulier au risque potentiel en l'intégrant explicitement dans les "inconvenients d'ordre social du projet" ainsi que le "coût financier", l'appréciation étant portée, relève le Conseil d'Etat, "en tenant compte, au titre des inconvenients d'ordre social du projet, de ce risque de dommage tel qu'il est prévenu par les mesures de précaution arrêtées et des inconvenients supplémentaires pouvant résulter de ces mesures et,*

Alors même que les termes de mesures « *ni insuffisantes, ni excessives* », laissent à penser que le juge pourra se livrer à un classique contrôle de proportionnalité pour les apprécier, le Conseil d'Etat précise un peu plus loin dans son considérant que le juge confronté à un semblable cas de figure devra simplement s'assurer « *de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation dans le choix des mesures de précaution* ». C'est pourtant bien à un contrôle de proportionnalité que se livrera le Conseil d'Etat dans la suite de sa décision³⁵⁹ ! C'est ici la conséquence tout à la fois paradoxale et parfaitement logique de la volonté du Conseil d'Etat de vouloir se livrer à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans une situation de précaution. Ainsi que cela avait déjà été relevé par le passé « *il y a une certaine incohérence à prétendre que l'on se trouve dans une situation d'incertitude scientifique, situation qui est pourtant le cadre d'intervention du principe de précaution, et à relever par ailleurs une erreur grossière et manifeste : comment peut-on commettre une erreur évidente dans un contexte qui, par hypothèse, est emprunt de doute ? C'est l'application du principe de prévention qui, tout au plus, pourrait conduire au relevé d'erreurs grossières. Au contraire, le*

au titre de son coût financier, du coût de ces dernières", ce qui signifie que, d'une manière en définitive assez comparable au raisonnement suivi dans l'arrêt Association intercommunale "Morbihan sous très haute tension", préc., le contrôle du "bilan" appréhende le risque tel que corrigé ou prévenu par les mesures de précaution de l'expropriant. S'agissant des "coûts sociaux", le juge distingue le "risque de dommage tel qu'il est prévenu par les mesures de précaution arrêtées" et "les inconvénients supplémentaires pouvant résulter de ces mesures". Ces "inconvénients supplémentaires" traduisent le fait que les mesures de précaution adoptées par l'expropriant suscitent elles aussi des troubles, afin de prévenir la survenance d'autres inconvénients, en principe plus graves. En l'espèce, le Conseil d'Etat relève que les divers inconvénients du projet, c'est-à-dire les inconvénients pour les personnes résidant à proximité du tracé en raison du risque sanitaire potentiel, les atteintes aux paysages, à la faune et à la flore ainsi que le coût financier, y compris les sommes consacrées aux mesures visant à assurer le respect du principe de précaution, ne sont pas excessifs au point de retirer à l'opération son caractère d'utilité publique, en intégrant dans la "pesée" les mesures censées atténuer ou compenser les risques potentiels d'impact sur la santé. Si le contrôle du bilan "coûts-avantages" n'est donc pas modifié en profondeur, la question se pose de savoir dans quelle mesure le "premier" contrôle du respect, par la DUP, du principe de précaution, peut ou non exercer une influence sur le contrôle du respect du principe de précaution effectué dans le cadre du contrôle du "bilan". En effet, si le juge administratif accepte de contrôler le bilan "coûts-avantages" après avoir examiné si le projet correspond à une finalité d'intérêt général et qu'il surmonte l'obstacle du contrôle dit de "subsidiarité" de l'expropriation, c'est que, en amont, la DUP ne méconnaît pas les exigences du principe de précaution ; il y a donc très peu de chances, dans ce cas de figure, que la référence au principe de précaution au titre des coûts et inconvénients du projet puisse exercer une influence déterminante, en aval, dans le cadre du contrôle du "bilan" ».

³⁵⁹ « *Considérant, d'autre part, que la ligne "Cotentin-Maine" a pour objet de limiter, tant à l'échelle locale que sur un plus vaste périmètre, aussi bien les risques immédiats de rupture de synchronisme, d'écroulement de tension et de surcharge sur le réseau de transport d'électricité, que l'accroissement de ces risques qui résultera de la mise en service de l'installation nucléaire de base "Flamanville 3" ; qu'il ressort des pièces du dossier que le maître d'ouvrage a veillé à informer le public sur les risques potentiels associés à un tel ouvrage, a retenu un tracé minimisant le nombre d'habitations situées à proximité et évitant tout établissement accueillant des personnes particulièrement exposées à ce risque potentiel, et a pris l'engagement de procéder au rachat des habitations situées à moins de cent mètres de la ligne ; que si les requérants invoquent, à titre de mesures de précaution alternatives, la possibilité de différer la construction de la ligne ou de procéder à son enfouissement partiel, les mesures prises ne peuvent être regardées comme manifestement insuffisantes au regard de l'objectif consistant à parer à la réalisation du dommage susceptible de résulter de l'exposition résidentielle à des champs électromagnétiques de très basse fréquence* », CE Ass., 12 avril 2013, Ass. coordination interrégionale Stop THT, préc., cons. n° 40.

principe de précaution conduit le juge à approfondir son investigation et par conséquent son contrôle puisqu'il doit susciter l'adoption de mesures proportionnées »³⁶⁰. C'est sans doute pour les raisons qui viennent d'être exposées que l'on peut supposer d'une part que le Juge administratif se livrera à l'avenir en pareil cas à un contrôle de proportionnalité, mais que d'autre part il n'acceptera de censurer les manquements des pouvoirs publics dans la mise en place des « mesures de précaution » qu'en cas de disproportion manifeste de ces dernières « *eu égard, d'une part, à la plausibilité et à la gravité du risque, d'autre part, à l'intérêt de l'opération* ».

Se pose enfin la question du référentiel à prendre en compte lors de l'application de la théorie du bilan. Ici, sans surprise, le Conseil d'Etat cite « *les atteintes à la propriété privée* » et « *le coût financier* », mais aussi et c'est là plus novateur, « *les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics* ». De plus, il précise encore que si le principe de précaution devait trouver à s'appliquer « *cette appréciation est portée en tenant compte, au titre des inconvénients d'ordre social du projet, de ce risque de dommage tel qu'il est prévenu par les mesures de précaution arrêtées et des inconvénients supplémentaires pouvant résulter de ces mesures et, au titre de son coût financier, du coût de ces dernières* »³⁶¹. L'application du principe de précaution et surtout les diverses conséquences qu'elle pourrait emporter sont ici expressément mises au titre des « *inconvénients d'ordre social* » précédemment évoqués. Comme le relevait Simon Gilbert : « *Ces inconvénients supplémentaires traduisent le fait que les mesures de précaution adoptées par l'expropriant suscitent elles aussi des troubles, afin de prévenir la survenance d'autres inconvénients, en principe plus graves. En l'espèce, le Conseil d'État relève que les divers inconvénients du projet, c'est-à-dire les inconvénients pour les personnes résidant à proximité du tracé en raison du risque sanitaire potentiel, les atteintes aux paysages, à la faune et à la flore ainsi que le coût financier, y compris les sommes consacrées aux mesures visant à assurer le respect du principe de précaution, ne sont pas excessifs au point de retirer à l'opération son caractère d'utilité publique, en intégrant dans la pesée les mesures censées atténuer ou compenser les risques potentiels d'impact sur la santé* »³⁶².

³⁶⁰ Marguerite Canedo-Paris, « Des nouvelles du principe de précaution », *RFDA*, 2013, pp. 1061-1082.

³⁶¹ CE. Ass., 12 avril 2013, *Ass. coordination interrégionale Stop THT et a.*, préc., cons. n° 43.

³⁶² C'est un autre point de vue qui est soutenu par Xavier Domino et Aurélie Bretonneau : « *A la réflexion toutefois, nous pensons que les deux pesées (celle menée de façon autonome et celle, classique, des inconvénients du projet au regard de son utilité publique) ne sont pas équivalentes, tout simplement parce qu'elles n'ont pas le même objet. Le raisonnement déployé aux points 36 à 41 de la décision n'a en effet pas pour objet de déterminer si le projet présente ou non une "utilité publique nette", à l'instar du contrôle du bilan, mais de contrôler si les mesures de précaution dont est assorti le projet sont proportionnées, d'une part, au risque, d'autre part, à l'intérêt du projet. Il ne faut donc pas comprendre que l'intérêt majeur d'un projet justifierait sa*

Ce sont donc désormais trois versions du principe de précaution qui cohabitent en droit français : celle de la loi Barnier, qui est la plus ancienne. Celle de la Charte de l'environnement, qui est du niveau le plus élevé dans la pyramide des normes. Et enfin la version syncrétique développée par le Conseil d'Etat, qui bien qu'ayant contribué à concilier et même clarifier les deux précédentes, laisse encore trop d'inconnus en suspens pour être entièrement satisfaisante³⁶³. D'autant moins satisfaisante compte tenu de l'importance grandissante du principe de précaution. Il demeure toutefois qu'on été posées les lignes directrices d'une véritable méthodologie de mise en œuvre du principe de précaution³⁶⁴. L'intégration graduelle du principe de précaution dans l'ordre juridique national, conjuguée au développement de la jurisprudence administrative autour de ce même principe a eu pour conséquence directe de mettre de nouvelles obligations à la charge des pouvoirs publics, ce qui n'a pas été sans incidence sur la conduite des politiques publiques.

*réalisation quoi qu'il en soit des risques qu'il serait susceptible de faire courir à l'environnement ou, par son intermédiaire, à la santé. Ce que nous semble dire la décision, c'est que de l'intérêt du projet dépendra le degré d'acceptabilité des mesures de précaution à prendre, qui devront en toute hypothèse, et quel que soit l'intérêt du projet, être de nature à prévenir efficacement le risque. En somme, ce n'est pas à une, mais à deux pesées que le point 37 de la décision invite à procéder : celle des mesures de précaution au regard du risque, dont le poids sera modulé en fonction, d'une part, de sa plausibilité, d'autre part, de sa gravité ; puis, lorsqu'au terme de cette balance la proportionnalité est acquise, celle des mesures de précaution en question au regard de l'intérêt du projet, dont l'importance relative justifiera de s'accommoder, le cas échéant, de mesures de précaution plus ou moins coûteuses. Que l'une de ces pesées vienne à faire apparaître un déséquilibre, et il en résultera un abandon non pas des mesures de précaution, mais du projet lui-même » ; in « Principe de précaution et théorie du bilan : mille plateaux », *AJDA*, 2013, pp. 1047-1052. V. encore Simon Gilbert, « Principe de précaution et déclaration d'utilité publique », *AJDI*, 2013, pp. 531-534.*

³⁶³ 10 ans après la constitutionnalisation du principe de précaution, la critique n'est pas moins vive. En témoigne notamment la tentative d'introduire dans la Constitution un « principe d'innovation responsable » : « L'Assemblée nationale a rejeté en première lecture, le 4 décembre 2014, une proposition de loi constitutionnelle de MM. Éric Woerth, Damien Abad et plusieurs autres membres du groupe UMP comprenant un seul article visant à remplacer l'expression "principe de précaution" par les mots "principe d'innovation responsable" à l'article 5 de la Charte de l'environnement de 2004, laquelle est adossée à la Constitution depuis la révision constitutionnelle de mars de 2005 (...). Selon ses détracteurs, le principe d'innovation responsable présenterait un "contenu normatif trop diffus" pour prétendre constituer un principe d'action pertinent. L'argument selon lequel la portée du principe de précaution serait préservée au sein du caractère "responsable" de l'innovation a été contesté par certains parlementaires, comme Philippe Kemel, qui ont fait valoir que "la responsabilité a un sens juridique, un sens éthique et un sens politique, qui ne se confondent pas, et qui dépassent largement le concept de précaution". Sabine Buis, rapporteure de la proposition de loi à la commission du développement durable de l'Assemblée, a critiqué le fait que la création du principe d'innovation responsable conduirait l'État à définir et distinguer l'innovation "responsable" par opposition à l'innovation "irresponsable" ». Jean-Claude Zarka, « Instauration d'un principe d'innovation responsable : rejet de la proposition de loi », *Rec. Dalloz*, 2014, p. 2527 ; Marguerite Canedo-Paris relevait quant à elle que « Finalement, toutes les difficultés qu'a pu soulever le principe de précaution par le passé ne sont pas aplanies et on peut se demander si la définition même dudit principe n'est pas encore sujette à incertitudes. (...) Incertitude quant à la spécificité du contrôle opéré par le juge. (...) Incertitudes quant au poids du principe de précaution dans la balance coûts-avantages », « Des nouvelles du principe de précaution », *RFDA*, 2013, pp. 1061-1082.

³⁶⁴ Voir aussi : David Deharbe et Lou Deldique, « La méthodologie du principe de précaution fixée par le Conseil d'État », *Droit de l'environnement*, 2013, n° 216, pp. 344-350.

B) L'intégration de la précaution dans la conduite des politiques publiques

Si le recul manque encore pour mesurer l'impact de la constitutionnalisation du principe de précaution pour le législateur (1), celle-ci a déjà produit des effets sur la conduite des élus locaux (2)³⁶⁵.

1) Un principe directeur à l'action des parlementaires

Phénomène dont l'importance est pour l'instant difficilement mesurable, la constitutionnalisation du principe de précaution dans la Charte de l'environnement, a eu pour conséquence directe d'exposer les lois futures à une éventuelle censure du Conseil Constitutionnel pour méconnaissance du principe de précaution. Le Conseil Constitutionnel a en effet très tôt intégré la Charte de l'environnement, « adossée » à la Constitution, au sein du « bloc de constitutionnalité »³⁶⁶.

Le 19 juin 2008, le Conseil Constitutionnel rendait une décision d'importance, puisque pour la première fois il procédait à un contrôle complet de la constitutionnalité d'un texte au regard des dispositions de l'article 5 de la Charte de l'environnement. Dans cette décision, il estimait que « *l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif ; que, dès lors, il incombe au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que le législateur n'a pas méconnu le principe de précaution et a pris des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques* »³⁶⁷.

La constitutionnalisation du principe de précaution, conjuguée à la création d'un contrôle de constitutionnalité original, par voie d'action *a posteriori* mais dont les modalités processuelles de mise en œuvre épousent celles d'un contrôle par voie d'exception, sous la

³⁶⁵ Bien que les présents développements se consacrent à l'étude de l'impact du principe de précaution dans la décision publique, son influence en droit civil et particulièrement en droit de la responsabilité ne doit surtout pas être négligée. Sur cette question, v. not. Mathilde Boutonnet, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *Rec. Dalloz*, 2010, pp. 2662-2670. L'auteur y observait entre autres que : « *il existe un "désordre jurisprudentiel" lié à la conception que chaque juge se fait du principe de précaution. S'il ne fait plus aucun doute qu'il est invocable dans le contentieux de la responsabilité civile, les conditions de son application diffèrent et sont porteuses de solutions contradictoires dans des espèces identiques, comme le montre le contentieux des antennes-relais* » ; note de bas de page n° 51. V. également : Julien Raynaud, « Innocuité des antennes-relais : doute ou présomption ? », *AJDI*, 2010, p. 769.

³⁶⁶ C. const., 24 mars 2005, décision n° 2005-31 REF, *MM. Stéphane Hauchemaille et Alain Meyet* (JO du 31, p. 5834). V. aussi Renaud Denoix de Saint-Marc, « Le Conseil constitutionnel et la Charte de l'environnement », *Environnement*, 2012, n° 12, pp. 37-39.

³⁶⁷ C. const., 19 juin 2008, décision n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés* (JO du 26, p. 10228). Sur cette décision, v. Anne Levade, « La décision OGM ou les implicites d'une décision à lire dans son environnement », *JCP G*, 2008, n° 30, pp. 37-42. V. aussi Véronique Champeil-Desplats, « Charte de l'environnement », *RJE*, 2009, pp. 218-244. V. encore Amandine Capitani, Aurélie Duffy, Priscilla Monge, Patricia Rrapi, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2009, pp. 175-121.

forme de la Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC), a également multiplié de façon exponentielle les facultés de saisine du Conseil Constitutionnel, ouvrant notamment la possibilité à des groupes de pression d'y avoir recours. Les thématiques entourant le principe de précaution étant souvent passionnantes et passionnelles, ces groupes de pression savent se montrer particulièrement réactifs à ce propos, attitude qui augure d'une jurisprudence constitutionnelle particulièrement riche en la matière.

Soucieux de se prémunir d'une éventuelle censure de la part du Conseil Constitutionnel, il est légitime de supposer que les parlementaires sauront se montrer précautionneux et anticiper la réalisation du risque potentiel de désaveux constitutionnel en intégrant lors de leurs travaux la nécessité de prendre en compte les exigences de l'article 5 de la Charte de l'Environnement.

Trop jeune encore pour qu'il soit possible de se faire une idée exacte de la direction vers laquelle le Conseil Constitutionnel compte mener la notion de principe de précaution, sa jurisprudence pose pourtant déjà pour la représentation nationale, les bornes d'un cadre à l'œuvre future du législateur. La jurisprudence administrative quant à elle en a déjà fait un principe ordonnateur des mesures de police.

2) Une obligation de précaution tempérée pour l' élu local

L'introduction du principe de précaution en matière de risques sanitaires par la jurisprudence d'abord, en matière de risques environnementaux ensuite par la loi Barnier puis par la Charte de l'environnement n'a pas été sans soulever quelques légitimes inquiétudes, notamment chez les élus locaux³⁶⁸. Lors des travaux parlementaires entourant l'élaboration de la Charte de l'environnement, les élus locaux par l'intermédiaire de l'Association des Maires de France demandèrent et obtinrent qu'au texte initial du Gouvernement, formulé de la manière suivante, « *lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution, à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage ainsi qu'à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques encourus.* » soit ajouté

³⁶⁸ Sur la possibilité pour un maire de prendre une décision au titre de son pouvoir de police générale et sur le fondement du principe de précaution, voir : Anne-Sophie Denolle, « Le maire, le principe de précaution et le juge », *Droit de l'environnement*, 2014, n° 227, pp. 350-356.

par voie d'amendement après « *autorités publiques* » les termes « *selon leurs attributions* »³⁶⁹. Comme le relevait alors Jacques Pelissard, le président de l'Association des Maires de France, « *cette mention est essentielle car elle permet de bien sérier celles de l'État et celles dont nous sommes investis. Pourquoi ? Parce que les plus de 36 000 maires ne sont pas à même de diligenter une expertise scientifique ou technique, n'ont pas une vision suffisamment précise sur le risque et son indice, sur la relation de causalité avec tel effet négatif de telle technologie. Nous voulions donc absolument que l'État assume ses responsabilités : englober les maires parmi les autorités publiques aurait été une source de difficultés extrêmement lourdes* »³⁷⁰. Se pose en effet la délicate question de l'articulation des obligations (et donc des responsabilités) entre les pouvoirs de police spéciale de certaines autorités publiques et le pouvoir de police générale du maire³⁷¹.

Le Conseil d'Etat se prononçait sur cette question par trois arrêts de principe en date du 26 octobre 2011, relatives au riche contentieux de l'implantation d'antennes relais de téléphonie mobile³⁷². Dans chacune de ces trois affaires, les maires de trois communes s'étaient concédés le droit de limiter de façon drastique l'implantation d'antennes relais de téléphonie mobile, sur le ressort de leurs communes, en vertu de leurs pouvoirs de police générale et au nom du principe de précaution³⁷³. Le Conseil d'Etat tenait alors un

³⁶⁹ Alain Gest et Philippe Tourtelier, rapport d'information n° 3970 *préc.*, p. 64 et Jean-Claude Etienne, *Le principe de précaution : bilan de son application quatre ans après sa constitutionnalisation*, rapport n° 25, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Sénat, 8 octobre 2009, p. 27.

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ Art. L. 2212-1 et suiv. du CGCT.

³⁷² Voir à ce sujet : Benoit Delaunay, « Quel juge pour les antennes relais ? (à propos de six décisions du Tribunal des conflits du 14 mai 2012) », *RDP*, 2013, pp. 287-306.

³⁷³ CE, 26 octobre 2011, *C^{ne} de Saint-Denis*, req. n° 326492 ; *C^{ne} des Pennes-Mirabeau*, req. n° 329904 et *S^{té} Française de Radiotéléphone*, req. n° 341767 et 341768. Sur ces décisions, v. Jacques-Henri Stahl et Xavier Domino, « Antennes de téléphonie mobile : quand une police spéciale d'Etat évince la police municipale », *AJDA*, 2011, pp. 2219-2226. Les auteurs y relevait notamment que « *Le paradoxe est que la question du concours des pouvoirs de police générale et spéciale est souvent présentée à partir de l'exemple du cinéma et de la jurisprudence Les films Lutetia, alors que cette ligne jurisprudentielle, au demeurant sans grande postérité, n'est pas celle qui apparaît la plus représentative. Plutôt que la concurrence des pouvoirs de police qui pourrait paraître résulter de cette dernière jurisprudence, l'idée jurisprudentielle première et dominante est plutôt, comme le soulignait Xavier de Lesquen dans ses conclusions, que "l'existence d'une police spéciale exclut l'intervention du maire pour prendre des mesures de police générale ayant un but identique à celui de la police spéciale". Cette idée n'est pas un principe absolu, mais un point de départ, une référence, à partir de laquelle s'élaborent les gradations jurisprudentielles en fonction de l'objet de chaque police et de leurs caractéristiques, dans un nuancier centré sur l'exclusivité de la police spéciale ou l'exclusivité tempérée, et qui peut aller, dans des hypothèses où est en cause la moralité publique et les réactions de la population à l'immoralité, jusqu'à l'intervention presque concurrente. Les choix jurisprudentiels dépendent de l'économie des textes et de la finalité comme de la portée des pouvoirs confiés, dans chaque hypothèse, aux autorités de police spéciale. Ils sont guidés par plusieurs critères, tenant à la plus ou moins grande emprise de la police spéciale sur l'activité en cause (i.e. sa précision et sa densité), de son horizon (national ou local) et de ses caractéristiques de mise en œuvre (appréciations d'ordre technique, nécessité d'une expertise particulière). Plus, au regard de ces critères, la police spéciale s'écarte de la police générale, plus elle apparaît spécialisée et étroitement adaptée à l'activité en cause, moins l'intervention de l'autorité de police générale pour régler la même activité apparaît*

raisonnement en trois temps. Dans un premier temps, il constatait que le législateur avait organisé via le code des Postes et communications électroniques un régime complet de police spéciale des communications électroniques, dont la mise en œuvre incombe à l'Etat. Dans un deuxième temps, il observait et confirmait que le maire était bien détenteur d'un pouvoir de police générale mais qu'il ne saurait recourir à celui-ci pour limiter l'implantation des antennes relais de téléphonie mobiles sans porter atteinte aux prérogatives de l'Etat et à son pouvoir de police spéciale des communications électroniques. Dans un troisième temps enfin, le Conseil d'Etat précisait que si l'article 5 de la Charte de l'Environnement relatif au principe de précaution était bien applicable à toutes les autorités publiques dans la limite de leurs attributions, dont nécessairement les maires, il ne devait avoir ni pour effet ni pour objet de permettre aux autorités en question d'outrepasser le champ de compétences qui leur a été fixé.

A des fins de précision, le raisonnement du Conseil d'Etat mérite d'être cité dans son intégralité : *« considérant qu'il résulte de ces dispositions que le législateur a organisé une police spéciale des communications électroniques confiée à l'Etat ; qu'afin d'assurer, sur l'ensemble du territoire national et conformément au droit de l'Union européenne, d'une part, un niveau élevé et uniforme de protection de la santé publique contre les effets des ondes électromagnétiques émises par les réseaux de communications électroniques, qui sont identiques sur tout le territoire, d'autre part, un fonctionnement optimal de ces réseaux notamment par une couverture complète de ce territoire, le législateur a confié aux seules autorités qu'il a désignées, c'est-à-dire au ministre chargé des communications électroniques, à l'ARCEP et à l'ANFR, le soin de déterminer, de manière complète, les modalités d'implantation des stations radioélectriques sur l'ensemble du territoire ainsi que les mesures de protection du public contre les effets des ondes qu'elles émettent ; que les pouvoirs de police spéciale ainsi attribués aux autorités nationales, qui reposent sur un niveau d'expertise et peuvent être assortis de garanties indisponibles au plan local, sont conférés à chacune de ces autorités, notamment pour veiller, dans le cadre de leurs compétences respectives, à la limitation de l'exposition du public aux champs électromagnétiques et à la protection de la santé publique ; que, dans ces conditions, si le législateur a prévu par ailleurs que le maire serait informé à sa demande de l'état des installations radioélectriques exploitées sur le territoire de la commune et si les articles L. 2212-1 et L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales habilite le maire à*

pertinente et légitime : une compétence concurrente peut, en effet, laisser craindre des interventions publiques désordonnées, susceptibles de soumettre l'activité considérée à des perturbations excessives et injustifiées ».

prendre les mesures de police générale nécessaires au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publiques, celui-ci ne saurait, sans porter atteinte aux pouvoirs de police spéciale conférés aux autorités de l'Etat, adopter sur le territoire de la commune une réglementation portant sur l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile et destinée à protéger le public contre les effets des ondes émises par ces antennes ;

Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 5 de la Charte de l'environnement, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 : "Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage" ; qu'il résulte de ces dispositions que le principe de précaution, s'il est applicable à toute autorité publique dans ses domaines d'attributions, ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de permettre à une autorité publique d'excéder son champ de compétences et d'intervenir en dehors de ses domaines d'attributions ; que, par conséquent, la circonstance que les valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques fixées au niveau national ne prendraient pas suffisamment en compte les exigences posées par le principe de précaution n'habilite pas davantage les maires à adopter une réglementation locale portant sur l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile et destinée à protéger le public contre les effets des ondes émises par ces antennes ».

Relevons enfin, que s'il n'en est pas fait mention dans le corps de ces trois arrêts, le Conseil d'Etat a cru bon de préciser dans un communiqué de presse « *que les décisions rendues par le Conseil d'État ne concernent que la question de l'autorité compétente pour édicter une réglementation générale des implantations d'antennes relais, sans préjuger ni de la légalité des règlements nationaux applicables ni de l'éventualité de décisions individuelles de police municipale que les maires pourraient prendre, notamment en cas d'urgence, concernant une antenne relais déterminée, au regard de circonstances locales exceptionnelles* »³⁷⁴.

Ainsi, bien que désormais entièrement intégré, jusqu'au plus haut sommet de l'édifice juridique national, le principe de précaution peine encore à passer sans heurt au stade de

³⁷⁴ Communiqué du Conseil d'Etat du 26 octobre 2011, « Antennes relais de téléphonie mobile ». V. Anne-Sophie Denolle, « Le maire, le principe de précaution et le juge », *Droit de l'environnement*, 2014, n° 227, pp. 350-356.

l'application concrète³⁷⁵. Mais c'est là un état de fait qui n'est certainement pas à reprocher aux acteurs chargés de sa mise en œuvre. Comme le relevait le Professeur Yves Jegouzo, « *une fois écrit, le texte échappe au législateur et tombe entre les mains du juge. Il y a d'autres précédents (Convention européenne des droits de l'Homme, Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789), de textes illustres dont le juge a fait une utilisation toute autre que celle qu'en imaginaient les auteurs. D'où l'obsession des rédacteurs, dont je peux témoigner, d'essayer de colmater à l'avance toutes les brèches, d'encadrer le juge autant que possible ; il faut bien reconnaître que la mission était impossible parce que dans la conception même de ce principe de précaution, on met en œuvre trop de notions qui, par nature, ont un caractère aléatoire : l'incertitude scientifique du risque, l'incertitude sur les connaissances scientifiques du moment (à quel moment se situe-t-on ?), l'incertitude sur l'irréversibilité des dommages. Dans la rédaction même, nous étions obligés d'ouvrir la porte à des interprétations jurisprudentielles très nombreuses* »³⁷⁶.

Désormais paramètre incontournable de la décision publique, le principe de précaution trouvera son terrain privilégié d'application dans le domaine du droit des sols³⁷⁷.

Section 2 : Le droit des sols, champ privilégié d'application du principe de précaution

L'introduction récente dans le droit des sols du principe de précaution (§1) ouvre de grandes perspectives d'évolution pour ce dernier (§2).

§1) L'introduction du principe de précaution dans le droit des sols

Si en 2005, le Conseil d'Etat refusait originellement que le principe de précaution soit invoqué pour des litiges touchant au droit de l'urbanisme, au nom du principe d'indépendance des législations, il revenait toutefois sur cette jurisprudence en 2010, à la suite de la constitutionnalisation du principe de précaution dans la Charte de l'environnement (A). Il a été par la suite amené, par d'autres arrêts, à préciser les limites de cette décision (B).

³⁷⁵ Voir notamment à ce sujet : Muriel Trémur, « *Le rôle du maire face au principe de précaution* », *Droit de l'environnement*, 2014, n° 220, pp. 68-71 ; note sous CE, 21 octobre 2013, *S^{té} Orange France*, req. n° 360481.

³⁷⁶ Jean-Claude Etienne, *Le principe de précaution... op. cit.*, p. 18.

³⁷⁷ Charlotte Denizéau, « *Principe de précaution et droit de l'urbanisme* », *RFDA*, 2012, pp. 864-871.

A) L'introduction jurisprudentielle du principe de précaution

Le Conseil d'Etat était amené à revenir sur son refus originel (1) postérieurement à la constitutionnalisation du principe (2).

1) Le refus originel

Dans un important arrêt du 23 novembre 2005, le Conseil d'Etat rappelait aux parties en présence un principe ancien et bien connu des juristes et l'appliquait au principe de précaution : celui de l'indépendance des législations³⁷⁸. En l'espèce, le litige portait sur l'implantation d'une antenne relais de téléphonie mobile³⁷⁹. Contestée devant les juridictions administratives, la Cour administrative d'appel de Marseille avait fait droit aux demandes des requérants au motif qu'en n'usant pas de ses pouvoirs de police en matière d'urbanisme, pour s'opposer à l'implantation de l'antenne, le maire de la commune concernée aurait méconnu les obligations imposées par le principe de précaution tel qu'énoncé par la loi Barnier de 1995³⁸⁰. Le Conseil d'Etat donnait alors tort à la Cour phocéenne, estimant que le principe de précaution n'est pas au nombre des normes « *que doit prendre en compte l'autorité administrative lorsqu'elle se prononce sur l'octroi d'une autorisation délivrée en application de la législation sur l'urbanisme* »³⁸¹. Le Conseil d'Etat confirmait sa jurisprudence le 23 novembre de la même année : « *le principe de précaution ne peut être utilement invoqué à l'appui de la contestation d'une autorisation relevant de la législation relative à l'urbanisme* »³⁸².

³⁷⁸ CE, 20 avril 2005, *S^{té} Bouygues Télécom*, req. n° 248233. Sur cette décision, v. Yann Aguila, « Le principe de précaution n'est pas applicable en droit de l'urbanisme », *AJDA*, 2005, 1191-1197. V. encore Jean-Victor Borel, Didier Del Prete, « Antennes-relais de téléphonie mobile : indépendance des législations et principe de précaution », *Droit de l'environnement*, 2005, n° 133, pp. 256-259. V. encore Arnaud Gossement, « Le maire et l'incertitude scientifique: l'exemple des antennes relais », *La Gazette du Palais*, 19 nov. 2005, n° 322, pp. 16-20.

³⁷⁹ Voir, sur la question des antennes relais de téléphonie mobile, Jean-Luc Pissaloux, « Les antennes relais, les maires et le juge administratif », *Revue Lamy des Collectivités territoriales*, 2012, n° 82, pp. 53-58 ; Nicolas Charneil, « Le paradoxe du principe de précaution : du principe de paralysie au principe paralysé », *JCP A*, 2012, n° 34, pp. 38-41.

³⁸⁰ Le principe de précaution n'avait pas encore fait l'objet d'une constitutionnalisation lors des faits de l'affaire

³⁸¹ « *Considérant que, pour annuler le jugement du 15 mai 1997 du tribunal administratif de Nice et la décision du 26 juin 1996 du maire de Cagnes-sur-Mer de ne pas s'opposer aux travaux de construction d'une station radio-électrique de base, déclarés par la Sté Bouygues télécom, la cour administrative d'appel de Marseille s'est fondée sur ce que le maire de Cagnes-sur-Mer, en ne s'opposant pas à ces travaux, a méconnu le principe de précaution alors énoncé à l'art. L. 200-1 du code rural et désormais repris à l'art. L. 110-1 du code de l'environnement ; que, toutefois, ces dispositions ne sont pas au nombre de celles que doit prendre en compte l'autorité administrative lorsqu'elle se prononce sur l'octroi d'une autorisation délivrée en application de la législation sur l'urbanisme ; qu'il suit de là que la cour, en jugeant que le principe de précaution pouvait légalement justifier une opposition à travaux sur le fondement de l'art. R. 422-9 du code de l'urbanisme, a entaché d'erreur de droit l'arrêt attaqué, dont la Sté Bouygues Télécom est dès lors fondée à demander l'annulation* ».

³⁸² CE, 23 novembre 2005, *Ville de Nice*, req. n° 262105. Sur cette décision, v. David Gillig, « Application du principe d'indépendance des législations », *Environnement*, 2006, n° 2, pp. 28-29.

2) L'acceptation postérieure à la constitutionnalisation du principe

Pourtant, cinq ans plus tard, le Conseil d'Etat allait revenir sur cette jurisprudence, après la constitutionnalisation du principe de précaution dans la Charte de l'environnement³⁸³. Dans cette décision, rappelant la formulation de l'article 5 de la Charte, le Conseil d'Etat constatait que celui-ci trouvait directement à s'appliquer, sans qu'il soit nécessaire qu'une loi particulière en précise les modalités exactes de mise en œuvre et contrairement à ce que prévoyait la formulation du principe de précaution tel qu'énoncé dans la loi Barnier. S'appliquant directement, le principe de précaution était donc également invocable par les justiciables³⁸⁴.

De plus, en acceptant qu'il soit excipé du principe de précaution à l'occasion d'un litige relatif à l'implantation d'une antenne de téléphonie mobile et du risque potentiel qui pourrait en résulter pour les habitants vivant à proximité, le Conseil d'Etat acceptait également d'étendre la notion d'environnement telle qu'entendue par la Charte au domaine de la santé publique. *« Cette position mérite une totale approbation, car la frontière entre l'environnement et la santé publique n'a ici guère de sens et il serait paradoxal de faire application du principe de précaution dans le premier cas et de l'écarter dans le second. Cette extension du domaine de mise en œuvre du principe coïncide, par ailleurs, avec la jurisprudence judiciaire³⁸⁵ et avait déjà été suggérée par la jurisprudence administrative*

³⁸³ Benoit Steinmetz, « Le principe de précaution s'invite dans le droit de l'urbanisme... sauf pour les antennes relais de téléphonie mobile », *RISÉO*, 2010-3, p. 64. V. égal. Jean-Baptiste Dubrulle, « Le principe de précaution dorénavant intégré au droit de l'urbanisme », *AJDA*, 2010, pp. 2114-2016 ; ce dernier y relevait : « *En dépit de la constitutionnalisation du principe de précaution, le doute subsistait sur sa valeur juridique. L'article R. 111-15 du code de l'urbanisme a levé en partie les incertitudes. Selon cette disposition, le permis ou la décision prise sur la déclaration préalable doit respecter les préoccupations d'environnement définies aux articles L. 110-1 et L. 110-2 du code de l'environnement. Partant, les décisions en matière d'urbanisme doivent prendre en compte les préoccupations environnementales. Pour autant, le pas de l'application directe du principe de précaution, énoncé à l'article L. 110-1 du code de l'environnement, n'avait pas encore été franchi par le juge administratif. L'arrêt du Conseil d'Etat du 19 juillet 2010 marque, à cet égard, un revirement important. En l'occurrence, un jugement du tribunal administratif d'Orléans avait refusé d'annuler la décision du maire d'Amboise, autorisant l'installation d'un pylône de relais de téléphonie. Classiquement, les premiers juges avaient considéré que le principe de précaution ne pouvait être pris en compte par l'autorité administrative lorsqu'elle se prononce sur l'octroi d'une autorisation délivrée en application de la législation sur l'urbanisme. Se fondant sur l'article 5 de la charte de l'environnement, inclus dans le préambule de la Constitution depuis la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, le Conseil d'Etat a considéré que les premiers juges avaient ici commis une erreur de droit. Le Conseil d'Etat revient ainsi sur sa jurisprudence consacrant l'indépendance des législations urbanistique et environnementale. En d'autres termes, le principe de précaution, principe à valeur constitutionnelle, est désormais opposable aux autorisations d'urbanisme ».*

³⁸⁴ Sur la question des conflits et rapports entre police générale et spéciale, v. not. : Jacques-Henri Stahl, et Xavier Domino, « Antennes de téléphonie mobile : quand une police spéciale d'État évince la police municipale », *AJDA*, 2011, pp. 2219-2225.

³⁸⁵ CA Versailles, 4 février 2009, SA Bouygues c/ M. Lagouge, RG n° 08/08775. Sur cette décision, v. Marie-France Delhoste, « Antenne de radiotéléphonie mobile : le jeu subtil des juges pour appliquer le principe de précaution sans l'invoquer comme motif premier de leur décision », *Droit de l'environnement*, 2009, n° 165, pp. 18-20. V. aussi Christian Huglo, « La Cour d'appel de Versailles, la téléphonie mobile et le principe de précaution », *Environnement*, 2009, n° 3, pp. 1-1. V. encore Alizée Sultan, « L'impact des antennes relais de

quand elle se référerait aux mesures de précaution qui s'imposent en matière de santé publique³⁸⁶. Enfin, cette application étendue du principe va dans le sens de la jurisprudence communautaire³⁸⁷ »³⁸⁸.

Pour terminer, le Conseil d'Etat revenait sans ambiguïté sur sa jurisprudence antérieure : « en estimant que le principe de précaution tel qu'il est énoncé à l'article 5 de la Charte de l'environnement ne peut être pris en compte par l'autorité administrative lorsqu'elle se prononce sur l'octroi d'une autorisation délivrée en application de la législation sur l'urbanisme, le tribunal administratif d'Orléans a commis une erreur de droit ».

Une telle évolution pouvait au demeurant être anticipée à la lumière de l'évolution de la législation, mais aussi de certaines jurisprudences du Conseil d'Etat qui avait déjà battu en brèche le principe d'indépendance des législations³⁸⁹. De fait, elle avait été déjà prophétisée par certains observateurs avisés³⁹⁰.

téléphonie mobile sur la santé humaine : l'influence du principe de précaution », *La Gazette du Palais*, 11-12 mars 2009, n° 70-71, pp. 64-65.

³⁸⁶ CE, 24 février 1999, *S^{te}Pro-Nat*, req. n° 192465.

³⁸⁷ TPICE, 26 mai 2002, *Artegodan GmbH / Commission*, Rec. II-4948. V. Frédérique Berrod, « CJCE, ordonnance, 14 février 2002, Commission contre Artogodan GmbH, affaire C-440/01 », *Europe*, 2002, n° 4, p. 11. V. également Jérôme Peigné, « Le contentieux des AMM, le juge communautaire et le principe de précaution », *LPA*, 10 juillet 2003, n° 137, pp. 18-29.

³⁸⁸ Benoit Steinmetz, « Le principe de précaution s'invite dans le droit de l'urbanisme... Sauf pour les antennes relais de téléphonie mobile », *op. cit.*, p. 64.

³⁸⁹ Ainsi que le relevait Benoit Steinmetz : « cette affirmation n'est aujourd'hui guère surprenante. Les premières exceptions au principe de l'indépendance des législations trouvent leurs sources dans l'ordonnance du 8 décembre 2005 ou plus récemment dans la loi du 12 juillet 2010. Outre les articles L. 121-1 et L. 121-10 du code de l'urbanisme, l'article R 111-15 dispose ainsi que "le permis ou la décision prise sur la déclaration préalable doit respecter les préoccupations d'environnement définies aux articles L. 110-1 et L. 110-2 du code de l'environnement. Le projet peut n'être accepté que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si, par son importance, sa situation ou sa destination, il est de nature à avoir des conséquences dommageables pour l'environnement". Le Conseil d'Etat lui-même avait, au demeurant, eu l'occasion d'affirmer en 2008 dans un arrêt largement commenté la valeur constitutionnelle de la charte sur l'environnement et donc son rayonnement sur l'ensemble des branches du droit », *ibid.*

³⁹⁰ Pour le professeur Yves Jégouzo, « dans d'autres domaines, c'est beaucoup plus discuté. Je prendrai l'exemple de l'urbanisme. On a longtemps considéré que, tant que le principe de précaution n'était pas dans le code de l'urbanisme, il n'était pas applicable aux décisions prises en matière d'urbanisme. En 2005, un important arrêt du Conseil d'État (*Sté Bouygues-Telecom*) avait considéré que les décisions prises en matière d'urbanisme n'avaient pas à prendre en compte le principe de précaution et ce, en application d'une vieille théorie jurisprudentielle, la théorie de l'indépendance des législations (ce qui était dans le code de l'environnement ne s'appliquait pas aux autorisations d'urbanisme). Mais le Commissaire du gouvernement (il portait encore à l'époque ce nom) avait bien mentionné que c'était une solution valable avant la Charte ; depuis l'application de la Charte, je crois que l'on peut très fortement douter du maintien de cette jurisprudence. Ce doute est plus grand encore depuis l'évolution que connaît actuellement le droit de l'urbanisme : je ne rappellerai pas aux parlementaires présents tout le chantier qui est en cours autour des lois du Grenelle I et Grenelle II. Ces textes tendent à faire des documents et autorisations d'urbanisme des instruments du développement durable, ce qui englobe indiscutablement l'environnement. Le Conseil d'État ne s'est pas encore totalement et clairement prononcé mais je suis certain que cette évolution se produira, y compris dans le domaine de la santé parce que celui-ci est très lié à l'environnement dans ces contentieux », in Jean-Claude Etienne, *Le principe de précaution...*, *op. cit.*, pp. 19-20.

B) Les limites jurisprudentielles apportées au principe de précaution

Bien que d'apparence étroite, les strictes limites posées à l'application du principe de précaution dans le droit des sols (1) ne doivent pas être considérée comme définitivement fixées et sont indubitablement amenées à évoluer (2).

1) Des limites strictes

Le 26 octobre 2011, par trois arrêts déjà évoquées³⁹¹, le Conseil d'Etat apportait des précisions quant à sa jurisprudence relative au principe de précaution et ne permettait à l'avenir le recours à ce principe pour une autorité publique que dans les seuls domaines de compétences la concernant : « *Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 5 de la Charte de l'environnement, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005 : "Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage" ; qu'il résulte de ces dispositions que le principe de précaution, s'il est applicable à toute autorité publique dans ses domaines d'attributions, ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de permettre à une autorité publique d'excéder son champ de compétence et d'intervenir en dehors de ses domaines d'attributions »³⁹².*

2) Des limites amenées à évoluer

Toutefois, cette dernière jurisprudence ne remet pas en cause l'importance de l'introduction du principe de précaution en droit de l'urbanisme³⁹³. En effet, l'urbanisme est le terrain d'élection de l' élu local à l'intérieur duquel celui-ci possède de vastes compétences³⁹⁴.

³⁹¹ Communiqué du Conseil d'Etat du 26 octobre 2011 « Antennes relais de téléphonie mobile ».

³⁹² CE. Ass., 26 octobre 2011, *C^{te} de Saint-Denis*, req. n° 326492 ; termes soulignés par nos soins.

³⁹³ Sur le contrôle par le juge des déclarations d'utilité publique, voir Fabien Le Bot, « Principe de précaution et déclaration d'utilité publique : un contrôle renforcé », *Droit administratif*, 2013, n° 7, pp. 68-74.

³⁹⁴ Le droit de l'urbanisme est aussi l'une des matières dont les rapports avec le principe de précaution sont historiquement les plus contrariés. Sur ces questions, voir : Charlotte Denizéau, « Principe de précaution et droit de l'urbanisme », *RFDA*, 2012, pp. 864-871. L'auteur y développait notamment les points suivants : « *Malgré la constitutionnalisation du principe de précaution en 2005, un doute a subsisté sur sa valeur juridique et sur son applicabilité dans le contentieux de l'urbanisme. Le pouvoir réglementaire est intervenu pour inscrire par renvoi le principe dans le code de l'urbanisme. L'article R. 111-15 du code de l'urbanisme, tel que modifié par le décret du 5 janvier 2007, énonce que "le permis ou la décision prise sur la déclaration préalable doit respecter les préoccupations d'environnement définies aux articles L. 110-1 et L. 110-2 du code de l'environnement. Le projet peut n'être accepté que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si, par son importance, sa situation ou sa destination, il est de nature à avoir des conséquences dommageables pour l'environnement". L'article L. 110-1 II 1°) du code de l'environnement dispose : "1° Le principe de précaution, selon lequel*

Dans le cas des jurisprudences sus-évoquées, le Conseil d'Etat a estimé que le Maire ne pouvait sortir du champ de compétences qui lui était assigné, uniquement parce que la police des télécommunications électroniques relevait exclusivement de certaines autorités de l'Etat³⁹⁵. Or, si aucune disposition du droit de l'urbanisme n'apparaît être connexe avec celle des télécommunications électroniques, ce n'est pas le cas de tous les domaines. L'urbanisme est en effet une matière touchant incidemment à de très nombreux secteurs d'activités, qui échappent pour beaucoup à l'emprise de prérogatives de polices spéciales de l'Etat. De ce fait, les perspectives d'évolution du principe de précaution en droit de l'urbanisme sont immenses.

l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable". Ainsi, par ce renvoi au code de l'environnement, les décisions individuelles en matière d'urbanisme -mais non les documents de planification- doivent prendre en compte les préoccupations environnementales définies à l'article L. 110-1, parmi lesquelles le principe de précaution. Mais ce relais législatif n'était pas indispensable pour que le principe s'applique en droit de l'urbanisme, d'autant que les deux textes ne concordent pas exactement. Comme l'énoncera le Conseil d'État dans l'arrêt Choiseul, l'article 5 de la Charte est d'applicabilité directe et il n'est pas nécessaire d'adopter de mesures législatives ou réglementaires pour que celui-ci soit effectif (...). La confrontation entre principe de précaution et droit de l'urbanisme se cantonne pour l'instant au contentieux de l'implantation d'antennes relais. Cependant, ce contentieux bien circonscrit est un parfait laboratoire pour apprécier l'application de ce principe en droit de l'urbanisme et les interrogations qu'elle soulève. Il est intéressant de constater que les exigences posées par le juge administratif ont contribué à neutraliser le principe, le privant de toute effectivité. Les interrogations liées à l'application du principe. Il est paradoxal d'observer que l'autorité locale s'est vue confier la possibilité d'apprécier l'examen des demandes d'utilisation du sol au vu du principe de précaution alors même que le niveau local n'est pas le plus approprié ; mais, dans le même temps, le juge administratif refuse de reconnaître les pouvoirs de police administrative du maire afin qu'il réglemente l'implantation des antennes relais dans sa commune ».

³⁹⁵ Sur les décisions postérieures à cette jurisprudence, voir not. Agathe Van Lang, « Nouveaux développements du contentieux administratif des antennes relais », *RDI*, 2012, pp. 325-327. Cette dernière relevait que : « Le Conseil d'État a récemment tranché la question d'un éventuel concours de polices en matière d'implantation d'antennes relais de téléphonie mobile, en affirmant l'exclusivité de la police spéciale des ondes électromagnétiques confiée aux autorités étatiques -ministre chargé des Communications électroniques, Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) et Agence nationale des fréquences (ANFR). Il en résulte l'incompétence du maire à réglementer l'implantation de telles installations sur le fondement de ses pouvoirs de police générale. Le tribunal administratif de Nantes reprend la motivation des arrêts du 26 octobre 2011, et l'applique au cas d'une réglementation municipale visant à abaisser les valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques. Au considérant de principe posé par le Conseil d'État selon lequel le maire "ne saurait, sans porter atteinte aux pouvoirs de police spéciale conférés aux autorités de l'État, adopter sur le territoire de la commune, une réglementation relative à l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile et destinée à protéger le public contre les effets des ondes émises par ces antennes", l'ordonnance de référé ajoute que "de surcroît, aucune disposition législative n'habilite le conseil municipal d'une commune à intervenir dans ce domaine". Ainsi, la commune ne dispose pas de plus de pouvoirs que le maire en la matière, et la fixation des seuils d'émission ou d'exposition relève assurément de la compétence étatique" ». V. encore Christophe Krolík, qui note : « Le régime juridique applicable aux antennes-relais résulte d'un vaste contentieux juridictionnel dans lequel les juges ont été amenés à trancher des litiges portant sur des dommages incertains et concernant l'intérêt du développement des réseaux de téléphonie mobile. Les solutions sont venues compléter un ensemble de règles propres aux stations radioélectriques. Elles conduisent à synthétiser ce régime juridique pour préciser ses spécificités, les priorités accordées aux différents intérêts et les questions demeurant en suspens. L'exercice conduit à présenter une activité prenant la forme d'une liberté encadrée au contentieux juridictionnel partagé », in « Le régime juridique des antennes-relais : des solutions pragmatiques pour des intérêts discordants », *RFDA*, 2013, pp. 1082-1095. V. aussi Françoise Dekeuwer-Défossez, Delphine Pollet-Panoussiset Alexandre Dumery, « Droit et risque n° 4 (Suite et fin) », *LPA*, 17 janvier 2013, n° 13, pp. 3-15.

§2) Les perspectives d'évolution du principe de précaution dans le droit des sols

L'introduction du principe de précaution en droit des sols consacre non pas une extension du domaine de compétence de l' élu, toujours limité à l'urbanisme, mais une extension de l'assiette de ses prérogatives. Le principe de précaution apparaît en effet comme un nouveau mécanisme d'appréhension des risques, qui vient se greffer sur le paradigme et les dispositifs de prévision existants. Il offre ainsi à l' élu de nouveaux fondements à ses décisions en matière d'urbanisme, ce qui, par effet induit, se traduit par un élargissement de ses prérogatives actuelles (A). Se posera alors à plus ou moins long terme la question du regard que porteront les juridictions administratives sur ce sujet, puisque le degré d'immixtion que se concèderont ces dernières dans l'appréciation du bien-fondé de la mise en œuvre du principe de précaution conditionnera la latitude de manœuvre de l' élu vis-à-vis de celui-ci (B).

A) La portée des nouvelles prérogatives de l' élu local en matière de précaution

Si les acteurs locaux, et notamment les élus, possèdent de nouvelles prérogatives en matière de précaution en droit des sols (1), la mise en œuvre de ces dernières n'est pas sans se heurter à certaines limites (2).

1) Les nouvelles prérogatives de l' élu en matière de précaution

Ainsi qu'il avait déjà été évoqué, l'évolution législative en matière de prévention des risques a conduit à une véritable systématisation de celle-ci, toute l'architecture du dispositif étant désormais articulée autour de la maîtrise de l'urbanisation. Alors que la loi « Barnier » de 1995, maillon essentiel de cette évolution, introduisait déjà la notion de prévention en droit de l'urbanisme, elle exigeait l'adoption de dispositions spécifiques pour que le principe trouve à s'appliquer, ce qui limitait singulièrement son effectivité. Ce n'est désormais plus le cas avec la constitutionnalisation du principe de précaution et les récentes décisions du Conseil d'Etat, lesquelles ont ouvert un chemin dont la destination est riche de nombreuses virtualités.

Inscrit dans la démarche, désormais centrale de la planification des risques via des plans de prévention, le principe de précaution apparaît comme un levier d'action à la disposition de tous les acteurs concourant à leur élaboration ou leur mise en œuvre. Tenter d'évaluer l'impact de l'introduction du principe de précaution en droit de l'urbanisme implique de revenir brièvement sur la logique générale de prévention des risques et notamment sur les modalités concrètes d'appréhension des risques. A une approche purement déterministe de la prévention des risques, ou celui-ci n'est envisagé qu'à travers un arbre des causes et des effets trouvant ses racines dans le système considéré par postulat comme à la

source des risques, a succédé, grâce à la systématisation des risques une approche probabiliste. Celle-ci ne voit plus l'ensemble des menaces dont la société doit se prévenir uniquement comme une addition de risques susceptibles d'avoir des conséquences sérieuses. Elle privilégie une approche du Tout sur la Partie en conceptualisant l'ensemble des intérêts à protéger à la fois comme système source et système cible des risques. Le système peut bien être divisé en sous-systèmes, mais ils seront envisagés avant tout comme une superposition de réseaux et de sous-réseaux interconnectés les uns aux autres. Cette nouvelle approche, qui implique de s'interroger sur les répercussions d'une défaillance d'une Partie sur le Tout, pose en filigrane la question des paramètres à prendre en compte et à introduire dans l'algorithme logique de résolution des problématiques posées et permettant de générer les plans de prévention. Par effet induit, cette approche multiplie également le nombre d'arbitrages auxquels le décideur va devoir procéder et sur lesquels l' élu pourra influencer³⁹⁶.

L'introduction d'une démarche de précaution se superposant à cette démarche de prévention vient ajouter un nouveau niveau de complexité dans l'appréhension des risques. Nous ne reviendrons pas sur la difficulté évidente à évaluer un risque potentiel mais il faut toutefois retenir qu'indépendamment de sa réalité, il n'a jamais dans le débat public que le poids que l'opinion veut bien lui prêter. Or, l' élu local est très souvent l'interprète et le représentant de cette opinion et possède ainsi qu'il a déjà été vu une latitude de négociation non négligeable au stade de l'élaboration des plans de prévention. Il aura donc tout le loisir d'exciper du principe de précaution pour tenter d'influer en un sens ou un autre sur l'élaboration des plans de prévention. La question de la précaution peut ainsi légitimement se poser en matière de risque d'inondation, l'évolution générale de la topologie d'un lieu n'étant jamais prévisible avec exactitude. Comme dans le domaine de la météorologie, même à supposer l'intégralité des variables à prendre en compte parfaitement connues, les conséquences de leur interaction n'est par nature pas exactement prédictible. La gestion du risque passe alors du champ du probabilisme à celui de la spéculation intellectuelle, et donc de la prévention à la précaution. L'assertion est particulièrement vraie en montagne, où la fonte des neiges tend à remodeler d'années en années les couloirs de déversement de la fonte, et les paysages avec eux.

Mieux encore, il pourra exciper de ce même principe au stade de l'exercice de son pouvoir de police générale. Le principe de précaution apparaissant comme le curseur de

³⁹⁶ Pour des réflexions récentes autour de ces questions, v. Angélique Mafille-Tourtin, « La désobéissance du maire et les antennes relais », *RGCT*, 2015, n° 57, pp. 137-143. V. aussi Sylvie Ollitrault, « Les mobilisations contre les antennes de téléphonie mobile : Les profanes dans l'espace public », *Revue juridique de l'ouest*, numéro spécial, 2014, pp. 17-28.

l'acceptabilité sociale, l'élu local aura souvent sur ce point tout intérêt à accueillir et relayer largement les attentes de ses électeurs. Pour autant, et c'est heureux, la capacité pour l'élu à invoquer à tout propos le principe de précaution n'est pas illimitée.

2) Les limites à la mise en œuvre du principe de précaution

Nouveau levier d'action pour l'élu, mais aussi pour les groupes de pression tentés d'influencer l'élaboration des documents d'urbanisme pour assoir leurs vues dans le paysage juridique, le recours au principe de précaution ne saurait être toutefois être illimité en matière d'urbanisme.

En effet, le juge administratif a déjà apporté des limites à son utilisation, puisqu'en même temps qu'il introduisait le principe en droit de l'urbanisme, il en limitait exclusivement le recours aux autorités publiques détentrices des pouvoirs de police relevant du champ de compétence relatif au litige. Mais surtout, presque aucune des grandes problématiques contemporaines pour lesquelles le principe de précaution trouverait éventuellement à s'appliquer n'apparaît relever d'un régime de police administrative dévolu à l'élu local : OGM, nucléaire, antennes relais de téléphonie mobile, gaz de schiste³⁹⁷, usage de certaines substances, tous ces domaines n'apparaissent pas relever du champ de compétence de l'élu³⁹⁸.

Le Conseil d'Etat avait pris le soin dans le communiqué de presse accompagnant ses décisions du 3 juin 2011 de préciser qu'elles ne préjugeaient pas « *de l'éventualité de décisions individuelles de police municipale que les maires pourraient prendre, notamment en cas d'urgence, (...) au regard de circonstances locales exceptionnelles* ». Le chercheur est tout de même en droit de s'interroger sur l'existence de « *circonstances exceptionnelles* » exigeant le recours au principe de précaution, alors que d'ordinaire, les manifestations d'une situation d'exception sont suffisamment perceptibles pour que l'existence d'un risque soit clairement reconnue, nécessitant ainsi le recours au mieux à des mesures de prévention, au pire à des mesures de résorption.

Moins qu'une capacité d'empêcher, le recours au principe de précaution s'analyse, pour l'élu local, en matière d'urbanisme avant tout comme un moyen de ralentir ou de

³⁹⁷ Sur les gaz de schiste, voir, parmi d'autres, le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 11 octobre 2013, n° 2013-346 QPC, *Société Schuepbach Energy LLC* [Interdiction de la fracturation hydraulique] : Muriel Rambour, « Le Conseil constitutionnel valide l'interdiction de la fracturation hydraulique », *Droit de l'environnement*, 2014, n° 219, pp. 29-31.

³⁹⁸ V. Nicolas Charmeil, « Que reste-t-il du principe de précaution en matière d'urbanisme ? Le cas des concours de polices spéciales », *Environnement*, 2014, n° 6, pp. 53-56.

négocier l'adoption de mesures administratives³⁹⁹. Le devenir du principe de précaution en matière d'urbanisme dépendra essentiellement de la place que lui concèdera le juge administratif.

B) L'évolution jurisprudentielle probable du principe de précaution

S'interroger sur l'évolution future de la jurisprudence du principe de précaution en matière d'urbanisme et de droit des sols nécessite d'abord d'évoquer les défauts et les ambiguïtés du cadre juridique actuel de la démarche de précaution (1), et ce afin de clairement poser les jalons entre lesquels la place et le rôle de l'élu vis-à-vis du principe de précaution sont susceptibles d'évoluer (2).

³⁹⁹ Reste également pour les élus locaux la possibilité de s'appuyer sur le principe de précaution pour interpeller le pouvoir politique via l'adoption d'un « vœux ». Sur ce point, v. Michel Verpeaux, « Un département peut légalement adopter un vœu anti-OGM », note sous CE, 30 décembre 2009, req. n° 308514, *Dpt du Gers*, AJDA, 2010, p. 734-738 : « *La culture des organismes génétiquement modifiés (OGM) ne nourrit pas que les hommes : elle permet aussi aux divers contentieux de prospérer, qu'ils soient pénal, avec la condamnation des arracheurs de plants transgéniques, constitutionnel (v. Cons. const. n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, Rec. Cons. const., p. 313 ; AJDA 2008. 1614) ou administratifs. Le département du Gers, classé politiquement à gauche et qui s'est déjà fait connaître du prétoire administratif par ses positions anti-OGM (v. not. l'ordonnance du TA de Pau, Préfet du Gers, req. n° 0501491, qui a suspendu l'organisation d'une consultation départementale, décidée par le conseil général du Gers, à propos de l'utilisation des OGM dans l'agriculture), a adopté une délibération le 11 juin 2004, par laquelle il a émis plusieurs souhaits relatifs à la culture des OGM à l'intérieur des limites départementales. Dans cette délibération, il s'est opposé aux essais et cultures en plein champ de plantes génétiquement modifiées sur le territoire du département et a émis le vœu que, dans les communes intéressées, les maires fassent usage de leurs pouvoirs de police pour interdire de tels essais et cultures. En cas d'actions contentieuses, il a souhaité, enfin, agir en liaison avec les communes considérées, sous la forme, peut-on imaginer, de conseils avisés ou par le groupement des moyens de défense en cas de recours du représentant de l'Etat. Ce dernier dans le département du Gers a précisément saisi le tribunal administratif de Pau par un déféré préfectoral et la juridiction a, par un jugement du 6 avril 2005 (AJDA 2005. 809), annulé cette délibération. En appel, la cour administrative de Bordeaux, par un arrêt du 12 juin 2007, a confirmé ce jugement. Saisi alors par la voie de la cassation, le Conseil d'Etat a annulé l'arrêt et le jugement par la décision examinée du 30 décembre 2009, rendue sur conclusions conformes de son rapporteur public. Le tribunal administratif de Pau ayant fait la même analyse que la cour sur la nature de l'acte déféré, son jugement a été annulé, ce qui a permis au Conseil, par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner, tous les arguments développés contre la décision du 11 juin 2004 devant le tribunal administratif avant de rejeter in fine, le recours du préfet. Celui-ci avait en effet soulevé plusieurs griefs tenant principalement au fait que le conseil général avait agi en dehors de ses attributions. Alors que le représentant de l'Etat soutenait que cette délibération produisait des effets de droit, le département du Gers avait intérêt à prétendre que la délibération, ne contenant qu'un vœu, ne pouvait pas faire l'objet d'un recours. Le Conseil d'Etat n'a pas retenu l'analyse du département sur cette question car, tout en reconnaissant que la délibération ne constitue pas un acte faisant grief, il a admis le recours préfectoral, mais il a estimé sur le fond que le département n'avait pas méconnu sa compétence ni outrepassé ses pouvoirs ».*

1) Les défauts et ambiguïtés du cadre juridique actuel de la précaution

Ainsi qu'il a déjà été indiqué dans les développements précédents, le principe de précaution existe actuellement sous deux formes en droit français, celle du code de l'environnement et celle de la Charte de l'environnement, lesquelles ne sont pas rigoureusement semblables.

Défini dans son acceptation la plus récente par la Charte de l'environnement, celle-ci dispose que « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ». Elle met donc à la charge des autorités publiques la double obligation de prévenir la réalisation du dommage par des mesures appropriées, mais aussi et surtout de mettre en place un processus d'évaluation des risques. Si la première est susceptible de relever des pouvoirs de police du maire, l'on imagine avec peine pour la seconde le maire, même d'une ville de grande taille aux moyens importants, être à même de diligenter des recherches sur les thématiques le plus souvent pointues liées au principe de précaution.

Or, il n'existe pour l'heure en France aucun dispositif de recherche spécifiquement dédié à la démarche de précaution, l'évaluation des risques hypothétiques étant dévolue de manière empirique aux agences et organes existants, sans pour autant faire l'objet d'une démarche de recherche spécifique⁴⁰⁰. Toute l'effectivité du principe de précaution repose pourtant sur les deux piliers que sont premièrement l'évaluation des risques hypothétiques et deuxièmement seulement la mise en œuvre de mesures de protection contre ces mêmes risques, qui faut-il le rappeler, demeurent hypothétiques⁴⁰¹. Envisager la mise en œuvre du

⁴⁰⁰ Alain Gest et Philippe Tourtelier, rapport d'information n° 2719 sur l'évaluation de la mise en œuvre de l'article 5 de la Charte de l'environnement relatif à l'application du principe de précaution, Ass. nat., 8 juillet 2010, p. 44 et suiv.

⁴⁰¹ Sur la tentative de remédier à ces défauts en matière d'OGM, voir : Robert Hanicotte, « Le Haut conseil des biotechnologies : l'expert, le bon grain et l'ivraie », *AJDA*, 2009, p. 1411 : « *"Trop de précautions tuent la précaution" : l'aphorisme semble avoir trouvé un champ privilégié dans le domaine des organismes génétiquement modifiés. La loi du 25 juin 2008 qui leur consacre son titre se refuse à discriminer le bon grain de l'ivraie. En termes d'OGM, elle jette les bases d'une coexistence (en principe) pacifique entre les partisans du « sans » et les tenants de « l'avec ». Afin d'éviter de semer la discorde, il fallait un expert public impartial sans pour autant le faire bénéficier du label d'autorité administrative indépendante. Le haut conseil des biotechnologies parut taillé sur mesure. Las ! Du grainetier au meunier, via le semeur et le faucheur, l'autorité réglementaire dut gravir un chemin buissonnier des plus chaotiques. Sa traçabilité se fit ombrageuse. Au bout : le décret n° 2008-1273 du 5 déc. 2008, jour fertile en "décrets OGM". N'était-ce pas un 5 décembre, en 2007, que sortit de terre le comité de préfiguration d'une haute autorité sur les OGM, il est vrai, provisoire et très exposé aux vents de fronde ? Sans trop espérer une amélioration génétique du décret nouveau, l'on attendait qu'il comblât les lacunes de la loi et en affinât la teneur. Sa lecture laisse pour le moins dubitatif tant le texte est*

principe de précaution sous le seul angle soit de la recherche, soit de l'interdiction (car c'est bien d'interdiction dont il s'agit le plus souvent) ne sont que deux manières pour le décideur public d'être hémiplégique. Une telle attitude ne contribue pas à réduire l'exposition des citoyens aux risques, pas plus qu'elle ne sert l'intérêt général.

A ce défaut dans l'application de la définition du principe de précaution tel qu'entendu par la Charte de l'environnement vient s'ajouter une autre complexité : le principe de précaution se voit également défini, en d'autres termes cette fois, par la Loi « Barnier » désormais codifiée à l'article L. 110-1 du code de l'environnement. Celui-ci dispose que la protection de l'environnement repose notamment sur « *Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* ». Il n'est nulle part fait mention d'une obligation de recherche visant à disposer d'une information fiable sur les risques hypothétiques, contrairement à ce que prévoit la Charte de l'environnement. En revanche, l'article L. 110-1 du code de l'environnement introduit la notion de mesures préventives « *au coût économiquement acceptable* », inconnue de la Charte de l'environnement.

Ces différences entre les définitions du principe de précaution par la Charte de l'environnement et le code de l'environnement ne sont pas sans incidence pour l'élu local, puisqu'elles viennent introduire une incertitude dans l'amplitude des mesures pour lesquels il peut opter. Ce défaut d'articulation entre la Charte de l'environnement et le code de l'environnement n'est pas passé inaperçu aux yeux du législateur, et si des modifications ont déjà été proposées, elles sont restées pour le moment à l'état de simple suggestion⁴⁰². Quant aux récentes précisions apportées par le juge administratif sur ce point, si elles constituent indubitablement un mieux par rapport à la situation antérieure, il n'en demeure pas moins qu'elles posent sans doute autant de questions qu'elles n'ont apporté de réponses. Une situation qui n'est pas sans incidence pour l'élu.

avare de précisions mais prodigue en restrictions. Il permet, cependant, de mieux identifier l'expert et cerner le terrain de l'expertise ».

⁴⁰² Alain Gest et Philippe Tourtelier, rapport d'information n° 2719 préc., p. 133.

2) L'évolution potentielle du rôle de l'élu en matière de précaution

Le choix entre la définition du principe de précaution tel qu'entendu par la Charte de l'environnement ou celle du code de l'environnement relève pourtant d'une grande importance pour l'élu, de même que du rigorisme du juge dans leur interprétation. Si à l'avenir le juge s'en tient à la définition la plus récente du principe de précaution, à savoir celle de la Charte de l'environnement et à une interprétation stricte de celle-ci, alors l'élu local se verrait quasiment dépossédé de la possibilité d'invoquer le principe de précaution. En effet, la Charte de l'environnement dans son acception littérale, tendrait à imposer « *la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques* » préalablement à l'adoption de toute mesure. La mise en œuvre de ces procédures ne relevant le plus souvent ni des pouvoirs, ni de la capacité de l'élu local, celui-ci se verrait juridiquement reconnaître le droit d'invoquer le principe de précaution à l'appui de ses prétentions mais dans les faits dans la quasi impossibilité de s'en prévaloir. Sauf à pouvoir bénéficier des conclusions de recherches initiées par des tiers (associations, universités, agences de recherche de puissances étrangères...), il est en effet le plus souvent hors de ses moyens de pouvoirs mettre en œuvre des procédures d'évaluation des risques dans les domaines concernés par l'application du principe de précaution.

A l'inverse, si le juge devait retenir la définition du code de l'environnement, l'élu local se verrait en quelque sorte libéré de l'évaluation préalable des risques hypothétiques. L'exigence d'une « proportionnalité » des mesures à adopter n'apparaît pas réellement comme une contrainte supplémentaire puisque l'on peut légitimement anticiper un contrôle de proportionnalité des mesures par le juge administratif. Se pose toutefois la question des modalités concrètes de cette appréciation de la proportionnalité, à plus forte raison en l'absence d'expertise des risques. Mais quelle que soit la définition retenue, il apparaîtrait étonnant que le juge administratif, fasse sortir le principe de précaution du champ du juridique par une jurisprudence trop restrictive, pour le renvoyer sur le terrain de l'argumentaire politique. En revanche, il est possible de supposer qu'il en cantonne strictement l'application pour les élus locaux de façon à ne pas créer trop de prétextes de blocages et à éviter les règlements de compte via élus locaux interposés⁴⁰³.

Indépendamment des hésitations du juge administratif et des imperfections existant dans les différentes définitions du principe de précaution, la principale faiblesse dans la mise

⁴⁰³ Elus locaux qui pourraient demain se trouver sous la menace de recours devant les juridictions pénales pour non-respect du principe de précaution. V. Emmanuel Dreyer, « Droit pénal et principe de précaution » *Rec. Dalloz*, 2015, pp. 1912-1919.

en œuvre effective et efficace du principe de précaution tient avant tout à l'absence d'une véritable politique de précaution à travers un organe dédié. Réduite pour l'heure à une gestion au jour le jour purement empirique de certaines thématiques par le Parlement, la politique actuelle de précaution interdit toute perspective de long terme, rythmée simplement par l'éclairage donné par l'opinion à des problématiques sectorielles. La prise de conscience du Parlement, pour l'instant limitée dans ses effets, n'en semble pas moins sincère et amenée à se pérenniser. Les parlementaires ont indubitablement pris la mesure de la dimension politique assortie au principe de précaution puisqu'ils ont choisi de s'en saisir. Mais il ressort de leurs travaux qu'il manque, pour donner l'amplitude nécessaire à leur premier mouvement, l'existence d'une structure à même de véhiculer certains principes directeurs dont le respect est le préalable indispensable à toute décision en la matière. En l'absence d'un cadre clair et durable de concertation capable de soutenir l'effort de construction d'un paradigme de représentation des risques propre à chaque thématique étudiée, il sera impossible d'enraciner une politique de prévention dans un long terme indispensable à son efficacité⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ Sur ces questions, v. : Charlotte Denizeau, « Principe de précaution et droit de l'urbanisme », *RFDA*, 2012, pp. 864-871. Cette dernière observait : « Comme P. Soler-Couteaux ou Y. Jegouzo, il faut s'interroger sur "l'adéquation d'une mise en œuvre du principe de précaution par l'autorité d'urbanisme avec l'expertise et les prérogatives qui sont les siennes". Si l'autorité locale doit commanditer des études et qu'elles sont concluantes sur le risque, alors elles "devraient conduire les autorités nationales à agir. On le constate : apprécier l'incertitude à l'échelle locale semble toujours aussi problématique". On a bien retenu que l'autorité administrative ne pourra mettre en œuvre le principe de précaution que si elle est en mesure de faire état d'éléments circonstanciés de nature à établir l'existence d'un risque, qui n'aurait pas été pris en compte par les autorités compétentes, et prendre les mesures provisoires et proportionnées de nature à y répondre. Ainsi, le maire ne peut pas mettre en œuvre le principe de précaution, sous la forme d'une réglementation édictée sur le fondement de la police générale, en raison de l'existence d'une police étatique spéciale qui épuise sa compétence ; mais il peut refuser un permis en présence de circonstances locales particulières. Or, ici, c'est bien de l'appréhension "d'un risque incertain, en l'état des connaissances scientifiques" dont il s'agit. Peut-on demander qu'une appréciation à la fois si complexe, aux enjeux si lourds, soit portée, ponctuellement par une autorité locale ? Il est demandé à une autorité administrative compétente pour appliquer le droit de l'urbanisme, de prendre en compte des considérations sanitaires, dont elle n'est pas experte. Si elle doit s'en remettre aux rapports d'expertise, elle est alors dépossédée de son pouvoir d'appréciation. Dès lors, quel intérêt à continuer à lui confier cette prérogative ? L'appréciation ne devrait-elle pas être faite au niveau national ? Si le service instructeur peut être éclairé en demandant au pétitionnaire une étude de risques, que vaudra cette étude face à celle d'un professionnel et face aux puissants lobbies ? Il semblerait légitime qu'il n'y ait qu'une réglementation uniforme sur l'ensemble du territoire, dans la mesure où les risques pour la santé publique -en matière d'antennes relais- sont partout les mêmes et qu'il n'y a aucun particularisme local en la matière. Il y a en outre une mise en balance des intérêts, entre risques incertains et non avérés pour la santé publique et intérêts économiques, qui ne devrait pas être faite localement. Ici, face à ce risque hypothétique, plausible mais non avéré, sont prises en compte d'autres considérations d'intérêt général : l'intérêt économique et social tenant à la bonne couverture du territoire par les réseaux de téléphonie et corrélativement les intérêts économiques des entreprises. Le Conseil d'État admet que soit pris en considération "l'intérêt public qui s'attache à la couverture du territoire national par le réseau de téléphonie mobile". Il met également en avant "les intérêts propres" des sociétés victimes des arrêtés municipaux imposant des conditions à l'installation des antennes relais. Certes les intérêts économiques des opérateurs peuvent compter (...), mais cette mise en balance rappelle les reproches qui ont été faits au principe de précaution : favoriser l'environnement au détriment de la croissance. Il s'agit d'éviter que des mesures environnementales ou sanitaires viennent porter atteinte à la viabilité des entreprises. À ce titre, il est très intéressant de lire une réponse du ministre de l'intérieur à une question posée par un sénateur. Celui-ci énonce que le principe de précaution ne peut pas faire obstacle la délivrance d'une autorisation d'urbanisme pour l'implantation d'une antenne de téléphonie mobile, en l'état des connaissances

Désormais, le panel d'instruments à disposition pour maîtriser le risque apparaît complet. La démarche de prévention des risques se doublant d'une logique de précaution, les modalités d'intervention du décideur public couvrent tout le champ du développement potentiel du risque, qu'il soit réel et parfaitement appréhendé ou simplement potentiel et putatif. Mais quoique l'assiette de mesures pouvant être adoptées laisse à penser qu'elle est suffisamment large pour trouver à s'appliquer à tous les cas de figure pouvant se présenter, un tel sentiment ne résiste pas longuement à une analyse plus minutieuse. Celle-ci révèle en effet que les dispositifs de lutte contre les risques sont loin de pouvoir être assimilés à une gamme d'actions à la libre disposition du décideur, dont celui-ci n'aurait qu'à jouer pour voir s'ordonner les hommes et les choses autour de sa seule volonté. Et soumis à la dure épreuve des faits, il s'avère même que l'instrument dont le décideur entendait jouer ne se limite pas à rendre quelques fausses notes. C'est que loin d'être simplement mal accordé, il est surtout fondamentalement vicié dans sa conception.

A l'observation, ses travers se révèlent, le constat est accablant et il faut se rendre à l'évidence : bien que les outils à disposition du décideur aient été conçus pour appréhender le réel, celui-ci leur échappe. Pire, il se rebelle et semble prendre plaisir à sortir des cadres dans lesquels on voulait l'enfermer. Si l'observation se prolonge, bientôt, à l'accablement succède l'affliction : le décideur public face à certains risques, quoiqu'assisté des meilleures intelligences, semble tenter sans s'en rendre compte de faire entrer un objet de forme ronde dans un trou carré. Pire, il apparaît que le décideur public ne tire aucune leçon de ses échecs, se bute et s'entête. Et dans un domaine d'une importance aussi proprement vitale que la gestion des risques et la prévention des crises, son entêtement peut être mortel. Comment en est-on arrivé là ? Comprendre comment la décision publique peut manquer à ce point son objet implique de se pencher plus avant sur les procédés l'élaboration qui ont permis de la construire.

S'ils possèdent d'indéniables vertus, ils ont aussi leurs vices et ce sont de ces derniers dont il sera plus particulièrement question dans les développements qui vont suivre.

scientifiques sur les effets de celle-ci. (...)Le ministre semble indiquer une position nationale, qui ne laisse plus aucune marge de manœuvre aux autorités locales. En définitive, on ne peut que constater l'inadéquation entre le principe de précaution et le droit de l'urbanisme, s'agissant de la délivrance locale des autorisations. L'urbanisme décentralisé n'est pas le bon niveau pour une mise en œuvre cohérente et scientifique du principe de précaution. Il serait donc plus adapté, pour faire face aux difficultés liées à la prise en compte du principe, de prendre en compte le principe de précaution en amont du dépôt de la demande. Cela pourrait résulter d'une réglementation étatique ».

Titre 2 :

Les procédés d'élaboration de la décision publique

Dans un domaine où l'expérience se paye au prix fort, la valeur que lui donnent ceux qui en reçoivent les enseignements n'en est que plus élevée. Il en résulte, pour les acteurs en charge des politiques de gestion des risques, une inclination naturelle à vouloir éviter que ne se réitérent les défaites d'hier plutôt qu'à préparer les guerres de demain. Hérités du passé, les schémas intellectuels directeurs de modélisation des risques et donc des réponses à y apporter, parce qu'ils ont été forgés sous le feu des circonstances et qu'ils ont d'ailleurs souvent permis d'en surmonter les épreuves, sont désormais tenus pour un aboutissement en soi. Perçus comme un instrument à la perfection naturelle, gagnée puis polie par le darwinisme auquel les ont soumis les calamités qui les ont vus naître, ils sont devenus un horizon théorique indépassable, qu'il est intellectuellement interdit de vouloir repousser. Pourtant, s'ils ont indubitablement apporté la preuve de leur efficacité, il faut aussi rappeler que l'environnement qui les a suscités n'est plus. Autrefois clairement identifié, à défaut de pouvoir être entièrement maîtrisable, le risque a changé et échappe désormais aux cadres que les pouvoirs publics voudraient lui imposer. Trois âges se sont en effet succédés dans la manière d'appréhender les risques⁴⁰⁵, auxquels correspondent trois modes de pensée différents, modes de pensée qui ont servi de support aux actions en vue de maîtriser les risques.

Dans le sillage des Lumières, le libéralisme triomphant, après avoir coupé l'Homme de toute transcendance l'a également coupé de ses semblables. L'individu, atomisé, ne peut faire grief des maux qui l'affligent qu'à son propre comportement ou à celui fautif d'autrui. Il en résulte la nécessité d'anticiper sur les préjudices qui pourraient le frapper ou qu'il pourrait causer, anticipation qui se fera encore de manière individuelle : c'est l'âge de la prévoyance. C'est par la discipline individuelle que collectivement, le corps social se trouvera préservé. Mais toutes les mesures possibles et imaginables de prévoyance ne sauraient jamais permettre de répondre à la réalisation de certains risques, extérieurs à la conduite personnelle des individus. La solution consiste ici à mutualiser la prévoyance des individus par le recours à des caisses de secours mutuelles, héritières des anciennes corporations de métiers. L'apparition de cette technique annonce le passage à un nouvel âge : celui de la prévention.

⁴⁰⁵ Olivier Godard, Claude Henry, Patrick Lagadec et Erwann Michel-Kerjan, *Traité des nouveaux risques. Précaution, crise, assurance*, Gallimard, « Folio-Actuel » Paris, n° 100, 2002, pp. 31-33.

A la pure logique antérieure de responsabilité personnelle s'est rajoutée une logique de solidarité. Le développement technologique aidant et avec lui celui de la « Grande Industrie », la réalisation du risque n'était plus perçue par une part considérable du corps social comme la seule conséquence d'un comportement individuel. C'est l'activité collective qui est devenue la source du risque et il était donc naturel que ce soit la collectivité qui supporte la charge de réparer la survenance des dommages causés. Mais cette solidarité, parce qu'elle suppose justement pour l'individu un surcroît d'efforts ou un sacrifice personnel en vue d'un mieux dont il ne bénéficiera pas directement, ne saurait être ni générale, ni absolue. C'est qu'en effet, en déplaçant la pesanteur du risque de l'individu vers la collectivité, il ne fallait pas totalement découpler le risque de l'individu, sous peine de voir l'individu s'en désintéresser et s'en remettre exclusivement à la solidarité collective plutôt qu'à sa responsabilité individuelle. Le risque qui coûte le moins cher étant toujours celui qui ne se réalise pas et la collectivité n'étant jamais que la somme des individus qui la compose, le système ainsi fondé se serait rapidement effondré sous les effets de la diffusion d'un sentiment d'irresponsabilité, bientôt collective. La répartition de la charge du risque sur la collectivité s'est donc accompagnée du développement d'outils en vue de déterminer la plus juste distribution sur chacun de ses membres et ce en vue d'encourager l'adaptation des comportements individuels à l'intérêt collectif. Le développement de la solidarité oblige en effet à sa gestion et c'est là le véritable point de départ de la prévention, qui en est le complément nécessaire. L'individu pouvant compter sur la collectivité pour l'aider à affronter la réalisation du risque, il se trouve débiteur d'une dette putative vis-à-vis de cette dernière. La réalisation du risque à son endroit est en effet une simple potentialité. Dans le même temps, il est également créancier à l'endroit de la collectivité et donc du reste de ses semblables, qui doivent également s'acquitter auprès de lui d'une dette putative. Tout à la fois créancier et débiteur, ce n'est toutefois pas là ni pour l'individu ni pour la collectivité un jeu à somme nulle : le risque, parce qu'il va se réaliser, sera nécessairement imputé sur quelqu'un. Par conséquent, la logique de responsabilité individuelle conjuguée à la logique de solidarité collective donne corrélativement à la collectivité un droit de regard sur le comportement de l'individu. Pour diminuer le montant de la « dette pour risque » de chaque individu, il est nécessaire d'anticiper ce risque par la mise en place des mesures de prévention. De là, le développement d'instruments juridiques ou économiques spécifiques visant à ordonner les mentalités et les comportements autour de cet objectif, tels que les assurances ou certains régimes de responsabilité.

L'entrée dans le troisième âge du risque, l'âge de la précaution, est quant à lui la conséquence d'un changement graduel de degré dans la perception du risque, changement de

degré qui a fini par se traduire par une modification de nature. Le développement de la prévention a en effet supposé le développé corrélatif d'outils permettant la conceptualisation d'un univers maîtrisable des risques. A la base de ces outils, il y a toujours les sciences des statistiques et des probabilités et sur lesquelles repose toute l'efficience de la démarche de prévention : pour que le risque puisse être anticipé, il faut a minima qu'il puisse être probabilisé. Or, par un effet induit du développement technologique, certains risques nés de la modernité sortent désormais des grilles que souhaitent leur appliquer les analystes. L'inconnue surgit dans les équations et avec elle, le souci de la maîtriser, sans plus pouvoir compter uniquement sur les lois des espérances mathématiques. Cette impossibilité de s'en remettre à des instruments éprouvés, jointe à l'impossibilité toute aussi réelle de ne se satisfaire de l'inaction face à une menace potentielle, a contribué à l'apparition du principe de précaution. Ce principe a connu des expressions diverses avant son intégration définitive en droit français sous la forme que nous lui connaissons. Il n'en demeure pas moins que les causes qui l'on vu naître n'ont pas disparu, loin s'en faut. De plus, quoi qu'il ait été fait mention ici d'âges du risque, le terme utilisé ne doit pas laisser penser que le passage de l'un à l'autre se traduise par un changement complet de paradigme. Tout au contraire, il existe entre eux un lien logique et ontologique ininterrompu et ils se surajoutent donc les uns aux autres sans se remplacer, ce qui contribue plus que jamais à entretenir la complexité du sujet. Plus que jamais, l'apparition d'une démarche puis d'un principe de précaution, interroge sur l'articulation entre les modèles de conceptualisation des risques et les modèles d'adoption de la décision, à disposition des décideurs publics.

Ces derniers, prisonniers d'une tendance autoentretenu à faire ce qu'ils savent plutôt qu'à anticiper sur ce qu'ils doivent⁴⁰⁶, en portant sur l'environnement d'aujourd'hui le regard d'hier, s'obligent à le subir plutôt qu'à le maîtriser : nécessairement, en apposant une grille de lecture dépassée sur des problématiques modernes, ils posent de bonnes questions, mais en des termes simplistes et réducteurs des réalités à embrasser. Nécessairement, ils n'apportent que des solutions incomplètes au regard des enjeux auxquels il faut répondre. Les insuffisances de la politique de gestion des risques (Chapitre 1) ont conduit à la nécessité de la repenser (Chapitre 2).

⁴⁰⁶ Comme le relevait déjà le comte Maurice de Saxe (Maréchal général des Armées), « *Faute de savoir faire ce qu'il faut, ils font ce qu'ils savent* », *Mémoires sur l'Art de la Guerre*, 1757.

Chapitre 1 : Les insuffisances de la politique de gestion des risques

En toutes choses, l'idée entraîne l'action. Or les schémas intellectuels directeurs sous-jacents aux instruments juridiques de maîtrise des risques, s'ils ne sont pas dépourvus d'intérêt, loin s'en faut, sont aussi fondamentalement viciés. Hérités d'un passé où les risques qu'ils avaient à appréhender étaient d'une toute autre nature que ceux nés de la modernité, ce sont pourtant eux, qui par analogie et mimétisme, servent encore de support à l'actuel modèle de conceptualisation des risques. Dans ce modèle, les risques apparaissent étonnamment comme extérieurs à la société humaine, dont ils ne croisent la trajectoire pour ainsi dire que par accident. Vus comme un ennemi absolument étranger à une société qui pourtant les engendre, les risques sont envisagés sous l'angle de la polémologie, dont le champ lexical se confond avec celui de la lutte contre les crises. Loin de n'avoir qu'un impact purement sémantique, ce choix se traduit par des conséquences doctrinales particulièrement dommageables à l'efficacité des politiques publiques de lutte contre les risques.

Ainsi la place excessive accordée au recours aux plans destinés à prévenir les risques, qui ont toute leur utilité, participe à figer les représentations des risques dans les mentalités et même à donner corps à une vision souvent artificielle et erronée de ces derniers, pour des raisons qui seront développées. A cette difficulté à modéliser les risques s'ajoute encore les complications inhérentes aux procédés d'adoption des décisions publiques eux-mêmes, qui tendent à écarter du circuit de décision des paramètres pourtant essentiels.

Pour l'heure, et quoique l'existence de ces vices de fonctionnement soit connue, il n'apparaît pas que les pouvoirs publics aient la volonté d'y remédier. Imperfaits, les outils de gestion des risques à la disposition des pouvoirs publics ne sont en effet pas sans présenter un certain confort intellectuel d'utilisation qui ne les incitera pas à en changer.

Cette incapacité à remédier aux travers de l'actuel modèle de conceptualisation des risques (Section 1) se conjugue encore à ceux de l'actuel modèle d'adoption des décisions publiques relatives aux risques (Section 2).

Section 1 : Les travers du modèle de conceptualisation des risques

L'incapacité des pouvoirs publics à modéliser correctement les menaces auxquelles la société est confrontée, si elle est de plus en plus le fruit d'une ignorance radicale entourant leurs éléments constitutifs, est avant tout la conséquence d'une conceptualisation théorique du risque autrefois efficace mais désormais dépassée : celle du risque comme un phénomène exogène, totalement extérieur à la société et son fonctionnement et dont l'Homme doit savoir se prémunir (§1). Cette erreur fondamentale de représentation a pour conséquence non seulement de borner conceptuellement les risques auxquels la société se trouve confrontée, mais aussi de le faire temporellement. En effet, la menace extérieure s'y voit le plus souvent envisagée de manière figée et fixée au moment de son observation, alors même qu'elle est en réalité un phénomène mouvant. Cette approche interdisant ainsi de penser le risque à travers la dynamique des décisions publiques et l'évolution des connaissances sur les phénomènes étudiés (§2).

§1) La conceptualisation erronée du risque comme phénomène exogène

Autrefois clef de voute théorique des dispositifs de lutte contre les risques, le fait d'envisager le risque comme un phénomène exogène à la société -qui pourtant le produit et le subit, apparaît comme un paradigme désormais archaïque. Or, cette approche est devenue une invisible pierre d'achoppement sur laquelle viennent buter toutes les politiques publiques visant à se prémunir de ces risques. Le paradigme du risque comme phénomène exogène tend à apparaître comme un héritage encombrant dont les pouvoirs publics peinent à se débarrasser ; ce qui se comprend, tant ce modèle, non dénué d'indéniables qualités a pu dans le passé faire ses preuves, en un domaine où l'expérience se paye au prix fort. Ce paradigme a contribué à la construction d'un cadre théorique clausewitzien à l'intérieur duquel le langage de la polémologie a tout naturellement trouvé à s'appliquer (A), conduisant ainsi les décideurs à privilégier à toute autre stratégie dans la conduite des politiques publiques, le recours à des plans de lutte d'une nature presque militaire (B).

A) La polémologie appliquée au risque : le risque comme ennemi

La perception du risque comme un ennemi à vaincre, au même titre que pourrait l'être une armée étrangère, a conduit à l'application de la polémologie à la problématique des risques, faisant de la lutte contre ces derniers un objectif de nature quasi-militaire. Classique, mais désormais dépassé (1), ce schéma de représentation s'est toutefois durablement imposé dans les mentalités au point de presque interdire d'envisager la moindre évolution, rendue pourtant aussi nécessaire que difficile (2)⁴⁰⁷.

1) Un paradigme archaïque

La lutte contre le risque semble aujourd'hui enfermée dans un schéma devenu archaïque, fruit d'une modélisation du risque toujours valide, mais désormais simpliste et réductrice des nouvelles réalités qu'elle recouvre : celle du risque comme étant la conséquence de la rencontre entre l'occurrence d'un danger et la vulnérabilité d'enjeux à protéger. Cette vision du risque comme étant le produit du croisement de deux facteurs longtemps perçus comme distincts a entraîné l'émergence progressive d'une doctrine d'action qui perdure encore aujourd'hui et articulée autour d'une idée maîtresse, simple dans son énoncé mais d'une complexité infinie dans ses déclinaisons : celle du risque comme ennemi dont l'Homme doit se préserver, par la défense ou la fuite (c'est à dire par la protection ou par la prévention). Envisagé sous l'angle de l'altérité au regard d'une société qui doit s'en préserver, le risque est donc devenu une menace extérieure contre laquelle il faut mener une guerre d'attrition. Dans cette logique d'anéantissement, c'est assez naturellement qu'a trouvé à s'appliquer le champ lexical de la polémologie. Ainsi, « *dans le langage courant, mais également dans un ensemble d'écrits scientifiques, administratifs, politiques, journalistiques, il est habituel de considérer que la population, la société sont "exposées" aux risques et que les autorités, les experts leur "font face" ainsi qu'aux crises qu'ils peuvent provoquer. Le présupposé de l'extériorité des risques et des crises est lié à la focalisation sur les différents types "d'aléas" (phénomènes naturels, accidents technologiques, virus, dérèglements climatiques...) considérés comme faisant le risque (ou, en tout cas l'essentiel). Divers types d'aléas sont donc assimilés à des "ennemis" y compris ceux dont le caractère anthropique est pourtant clairement avéré, comme dans le cas des risques technologiques* »⁴⁰⁸.

Les mots étant le support des idées et les idées entraînant les actions, il y a derrière les choix sémantiques des enjeux théoriques conditionnant toute la politique de gestion des

⁴⁰⁷ Claude Gilbert, « Risques et crises endogènes : une approche toujours problématique », *RISÉO*, 2011-3, p. 80.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

risques. La première conséquence et non des moindres, est d'avoir braqué l'attention des pouvoirs publics en direction des aléas plutôt que des enjeux, faisant passer ces derniers au second plan alors même que leur préservation devrait être le but premier de toute politique de gestion des risques⁴⁰⁹.

La deuxième conséquence est, par effet induit, d'avoir sectorisé l'approche des risques, catégorie par catégorie (ennemi par ennemi)⁴¹⁰, conduisant à limiter conceptuellement les conséquences d'une éventuelle catastrophe aux bornes que l'esprit aura bien voulu lui fixer, en fonction de la nature du phénomène qui est à son origine⁴¹¹. Si la spéculation intellectuelle est l'étape préalable nécessaire (mais insuffisante) à toute démarche de prévention, le choix des postulats de départ qui la sous-tendent ne doit pas avoir pour conséquence de réduire artificiellement le champ des possibles dans la modélisation de la survenance d'une catastrophe. Or, c'est bien à ce résultat que conduit le recours au paradigme du risque comme ennemi, ce qui n'est pas sans avoir des conséquences tragiques, dans des domaines dont on pourrait légitimement supposer les données maîtrisées.

Or, rançon de la société moderne, le risque n'est plus ni un phénomène exogène, ni un concept se prêtant à une quelconque catégorisation, mais une donnée systémique dont les manifestations sont mouvantes et protéiformes. En d'autres termes, le risque se présente désormais comme l'artefact d'une société qui en est à la fois le matériau et le constructeur.

Si la dimension endogène des risques technologiques est évidente, elle ne doit pas faire oublier celle de beaucoup de risques naturels, qui n'en ont souvent plus que le nom⁴¹².

⁴⁰⁹ Cet état de fait ne manque pas d'avoir des effets curieux. En matière d'inondation notamment, aussi étrange que cela puisse paraître et alors même que la France a une assez bonne connaissance des aléas sur son territoire, elle n'a qu'une connaissance très imparfaite des enjeux. La Cour des comptes dénonçait déjà cette lacune dans un rapport de 1999 : « *l'approche économique du risque d'inondation est lacunaire ou peu exploitée. Une méthodologie nationale esquissée en 1979 pour évaluer les grands travaux de prévention a été délaissée au motif d'un manque d'information sur le montant des dégâts prévisibles : la loi de 1982 n'a pas, en effet, prévu d'obligation pour les assureurs privés d'informer l'Etat des montants des dommages indemnisés, mais il n'apparaît pas non plus que les services concernés se soient attachés à les obtenir* » ; Cour des Comptes, Rapport au Président de la République, 1999, p. 132. L'approche en bassin de la gestion de l'eau tend néanmoins à nuancer ce constant. V. Sylvie Vieillard-Coffre, « Gestion de l'eau et bassin versant. De l'évidente simplicité d'un découpage naturel à sa complexe mise en pratique », *Hérodote*, 2001-3, pp. 139-156.

⁴¹⁰ V. Patrick M. Liedtke, « De la cartographie à la gestion des risques », *Risques*, 2003, n° 55.

⁴¹¹ Comme le relève Patrick Lagadec : « *la clef est de bien comprendre que le théâtre d'opération de nos vulnérabilités est en profonde mutation. Nous avons longtemps été fixés sur ce que j'appelle le monde de l'urgence : un accident spécifique, en un lieu spécifique, posant des problèmes connus, pour lesquels on dispose de spécialistes bien repérés, de réponses connues, de modèles efficaces, inscrits dans des logiques hiérarchiques empruntées au domaine militaire. Une formule résume la philosophie de cet univers : "un chef, une mission, des moyens"* » ; Patrick Lagadec et Xavier Guilhou, « Le temps des ruptures », *AGIR*, 2001, n° 6, pp. 5-18.

⁴¹² Sur la question de l'implication de l'homme dans l'origine des catastrophes naturelles, v. Alexandre Maignan et Virginie Duvat, *Des catastrophes... « naturelles » ?*, Le Pommier, Paris, 2014. Les auteurs y observaient notamment : « *s'il va de soi qu'il n'y a pas de catastrophe naturelle sans aléa naturel, il est tout aussi vrai, mais insuffisamment reconnu, que nos sociétés contribuent à la fabrique des catastrophes "naturelles" par de multiples facteurs, les uns étant directs, comme l'urbanisation de zones très exposées aux aléas et la*

Ainsi, il y a tout lieu de s'interroger sur la part de responsabilité occupée respectivement par la Nature et par l'Homme dans la survenance d'une inondation, entre le phénomène proprement naturel qui est à son origine (la pluie) et le catalyseur de nuisances que constitue l'imperméabilisation des sols, pur produit de l'urbanisation⁴¹³. La question de l'impact conjugué du remembrement, de la désertification rurale et de la Politique Agricole Commune de l'Union Européenne sur les coulées de boue et les glissements de terrain peut également légitimement se poser. La constitution de grandes exploitations par l'unification du patchwork rural que constituaient les anciennes fermes, le recours à la monoculture au nom d'une nécessaire rationalisation assistée par la perspective de subventions, a en effet contribué sur de très larges étendues à fragiliser les sols, les rendant beaucoup plus sensibles aux phénomènes climatiques. Le choix dans certaines régions de transformer massivement les classiques élevages de bovins en élevages de moutons amène une observation semblable : les moutons consomment en effet beaucoup plus d'herbe que les vaches, ce qui lorsque leur élevage est organisé sur de vastes étendues, contribue au ravinement de pans entiers de montagnes, facilitant ainsi la survenue de coulées de boue. Rappelons enfin l'existence du problème relativement méconnu du grand public des séismes induits, c'est-à-dire des séismes dus à l'activité de l'homme. Les débats autour de cette question seront très certainement amenés à se développer, en parallèle de ceux relatifs à l'exploitation des gaz de schiste ou du recours à la géothermie comme source d'énergie⁴¹⁴.

La pertinence et l'opportunité à vouloir impérativement catégoriser les risques en fonction de leur nature présumée devraient également conduire à s'interroger sur les inévitables limites opérationnelles que, presque dogmatiquement, le schéma d'appréhension

modifications des processus naturels par les aménagements (barrages, digues, etc.), et les autres indirects, comme la perte du lien à l'environnement au profit d'une culture ingénierique et technologique », p. 5.

⁴¹³ Il est un autre phénomène dit naturel et considéré d'ordinaire exclusivement comme tel, qui, du fait du développement technologique, a parfois dû sa survenance à une activité humaine : celui, étonnamment, des tremblements de terre. Les séismes induits surviennent essentiellement à l'occasion d'activités d'extraction de pétrole, de gaz ou d'énergie géothermique. V. Christian Kert, *Les techniques de prévision et de prévention des risques naturels : séismes et mouvements de terrain*, rapport d'information n° 261, Sénat, 21 avril 1995, p. 29.

⁴¹⁴ Sur cette question, voir not. Christian Kert, *Les techniques de prévision et de prévention des risques naturels : séismes et mouvements de terrain*, rapport d'information n° 261, Sénat, 21 avril 1995, p. 29 : « D'autres séismes sont dus à l'activité de l'homme. Mise en eau de certains lacs-réservoirs de barrages, sites d'exploitation de gaz naturel, exploitations minières ont été à l'origine de séismes induits, même dans les régions ayant une activité sismique modérée. Les premières observations concernant les barrages remontent à 1935 où la mise en eau du Lac Mead provoqua des petits séismes fréquents de magnitude inférieure à 5 dans les régions du Nevada et de l'Arizona. Le cas le plus connu de séisme induit en France par une mise en eau est celui qui s'est produit le 25 avril 1963 au barrage de Monteynard et dont la magnitude était de 4,9. La cause en est vraisemblablement l'infiltration d'eau dans les micro-fractures de roche, ce qui entraîne une diminution de la résistance des roches à la rupture sous pression d'eau supplémentaire. Ce phénomène peut se produire de même dans le cas d'injection d'eaux polluées (injections et pompages réguliers) dans des puits profonds, les Américains de l'US Geological Survey l'ayant expérimenté en 1969 dans le Colorado ».

des risques choisis ne manquera pas de poser. Penser un problème à travers ses seuls effets supposés, c'est-à-dire souvent ceux induits directement par la cause de celui-ci, conduit mécaniquement à écarter ceux que l'esprit n'aura pu ou voulu envisager. Disposer ainsi sur le papier des choses et des hommes en fonction des fins que l'on veut leur astreindre, pour nécessaire que cela soit à un stade préparatoire, ne doit pas avoir pour effet de limiter l'effectivité des mécanismes de prévention, précaution ou résorption des risques. Or, c'est précisément ce à quoi a conduit la volonté première des décideurs publics en charge du traitement des conséquences du cyclone Katrina, lesquels se sont préparés à affronter un ouragan... alors que, de leur propre aveu, les conséquences réelles de ce cyclone se sont avérées beaucoup plus proches de celles d'une arme de destruction massive⁴¹⁵.

2) Un paradigme évoluant difficilement

Paradoxalement, alors même que l'archaïsme du paradigme du risque comme facteur exogène est reconnu depuis longtemps⁴¹⁶, les acteurs de la lutte contre le risque semblent se refuser intérieurement à en changer. Ce n'est en rien le fruit d'un dogmatisme exacerbé ou la preuve d'un manque de hauteur de vue : le paradigme du risque comme ennemi possède des vertus indéniables qu'il faut rappeler.

Envisager le risque à l'instar d'un ennemi permet notamment une objectivisation des paramètres à prendre en compte pour une bonne gestion du risque, à travers l'appréhension de toutes les données le constituant, dégagant ainsi, pour tous les acteurs du risque, des leviers d'action pouvant être rassemblés par pôle de spécialité. La réponse des pouvoirs publics au risque se voit ainsi optimisée puisque parcellisée et articulée autour des différents organes en charge de sa gestion et en fonction de leur domaine de prédilection. En réduisant un problème de dimension complexe à de multiples sous-ensembles de dimension simple, propres à être appréhendés par des acteurs auxquels ils sont familiers, chacun d'eux se trouve dans la position de tenir sa place et remplir son rôle.

Cette simplicité dans l'approche, susceptible parfois de se muer en simplisme, n'est pas la moindre des qualités du paradigme du risque comme facteur exogène, puisqu'elle permet tout de même de cerner avec une bonne exactitude les causes et les effets les plus évidents du risque et de déterminer les solutions à leur apporter.

⁴¹⁵ « Les opérateurs visualisaient un cyclone, or ce n'était pas un cyclone. Il fallait re-catégoriser la situation. Je l'ai fait en posant ce diagnostic, une arme de destruction massive, sans dimension criminelle » ; Amiral Thad Allen, en charge des opérations de Katrina, propos recueillis par Patrick Lagadec. V. aussi *Les crises hors cadre et les grands réseaux vitaux - Katrina - Mission de retour d'expérience*, Xavier Guilhou, Patrick Lagadec, Erwan Lagadec, sur : <http://www.patricklagadec.net>.

⁴¹⁶ Rappelons que le concept de « société du risque » énoncé par Ulrich Beck date tout de même de 1986.

Ce paradigme n'est pas non plus resté totalement figé et a su évoluer sur le plan de ses postulats⁴¹⁷. En effet, si les enjeux théoriques demeurent axés autour de la notion de l'aléa vu comme menace extérieure, la lutte contre cette dernière (car il est toujours question de lutte) passe désormais également par l'aptitude non à la prévenir ou à s'en protéger, mais à la surmonter par la préservation des capacités opérationnelles de la société victime. Cette évolution, peut-être prémisse d'une révolution copernicienne de l'appréhension des risques, n'a été rendue possible que par l'apparition dans la droite ligne du concept de vulnérabilité, des notions de résilience et de mitigation. Ces dernières obligent l'esprit à se tourner vers les enjeux plutôt que vers les aléas et à isoler les secteurs clefs indispensables au fonctionnement de la société, même en situation dégradée. Le terme de résilience vient du latin *resilio* qui signifie rebondir ; par extension, il désigne la possibilité pour un système donné face à un événement non souhaité, de plier sans rompre et d'être en mesure de l'affronter, même dans un environnement dégradé⁴¹⁸. La mitigation quant à elle s'entend comme la capacité pour un système, par sa conception même, d'absorber une partie des dommages qui lui sont infligés.

⁴¹⁷ A ce propos, Claude Gilbert relevait : « *Ces changements d'approche qui s'opèrent dans la sphère académique, mais pas uniquement, engendrent des difficultés sur le plan de l'analyse mais aussi sur celui de l'action. Comment en effet procéder à l'identification et l'objectivation des "sources" des risques lorsqu'on ne les réduit pas à des "aléas" susceptibles d'être extériorisés, mais que l'on explore aussi tout ce qui "en interne" peut favoriser la réalisation de risques et la survenue de crises. On voit bien, par exemple, pour ce qui concerne les risques technologiques, la difficulté à prendre en compte les vulnérabilités d'ordre organisationnel alors qu'elles sont à l'origine d'un grand nombre d'accidents majeurs (seule la question des "erreurs humaines" étant véritablement mise sur l'agenda). De même, dans le domaine des risques naturels, semble-t-il encore difficile de concevoir que les événements naturels sont "l'occasion" de l'activation de vulnérabilités de tout ordre (territoriales, urbanistiques, techniques et scientifiques, politiques...) qui contribuent fortement à constituer le risque. On retrouve les mêmes difficultés avec les crises dont on imagine a priori encore mal qu'elles puissent être générées par les dispositifs mis en place pour "y faire face", notamment par les articulations souvent problématiques entre expertise et décision. Et ce malgré les divers travaux montrant, aussi bien pour les crises associées à des accidents industriels, des événements naturels qu'à des menaces sanitaires, que c'est surtout "en interne", au sein même des organisations chargées d'instruire ces questions, qu'il faut chercher les principales causes des problèmes rencontrés. Prendre en compte les vulnérabilités internes est également difficile sur le plan de l'action puisque, tant en matière de prévention des risques que de gestion des crises, les acteurs se tournent spontanément vers "l'extérieur" (vers les entités considérées comme menaçantes), sans donc toujours chercher à déterminer quelles vulnérabilités peuvent résulter des choix faits à propos des cadrages des problèmes publics, des modes d'organisation et des modalités d'action. C'est pourquoi, malgré le développement de travaux en sciences humaines et sociales en ce sens, qu'ils relèvent de la géographie, de l'ergonomie cognitive, de la sociologie du travail, de la sociologie des organisations, etc., les approches visant à analyser ces vulnérabilités et à mettre en évidence leur dynamique sont encore "émergentes" (voir sur ce point et à propos des risques naturels, la synthèse effectuée par Becerra et Peltier, 2009) », in « Risques et crises endogènes : une approche toujours problématique », *RISEO*, 2011-3, p. 80.*

⁴¹⁸ La gestion des risques n'est de loin pas le seul domaine dans lequel la notion de résilience a pénétré ; comme le relève André Dauphiné et Damien Provitolo, « *la résilience physique mesure la capacité d'un objet à retrouver son état initial après un choc ou une pression continue (Mathieu, 1991). Puis ce concept a inspiré d'innombrables travaux en psychologie, en particulier pour mieux comprendre le délicat passage de l'enfance à l'adolescence. Cependant, la démarche des écologues est plus proche des préoccupations des géographes. En 1973, C. Holling montre qu'un écosystème résilient est capable d'absorber les effets d'une perturbation ; il persiste sans changement qualitatif de sa structure. La résilience écologique garde donc son sens physique primitif. Elle est fonction de l'intensité de la perturbation. Sous cette forme, ce concept s'inscrit dans un*

L'émergence de ces notions dans le corpus doctrinal de la gestion des risques ouvre la voie à de nouvelles réflexions en la matière, autour non seulement d'un élargissement des paramètres à prendre en compte dans la modélisation des risques, mais aussi de la distance de vue à adopter par rapport à celui-ci. En effet, en pensant d'abord le risque sous l'angle de l'aléa et de ses conséquences, l'actuel schéma de conceptualisation des risques a contribué à privilégier l'échelon opérationnel au détriment de tout autre, isolant ainsi la décision publique de tout horizon stratégique. Ce faisant, il a donné une voix quasi-exclusive aux seuls organismes concernés au premier chef par le volet opératif et a complètement déconnecté le processus décisionnel d'un indispensable volet politique, qui de fait, quand il existe, se voit remis à l'empirisme du moment et auquel pourtant pourrait être intéressé l'élu. Le paradigme du risque comme ennemi n'est donc pas mauvais en raison de son inefficacité, mais de son incomplétude, laquelle ne lui permet pas de modéliser la complexité de certaines situations qui, à défaut d'être nouvelles, sont encore examinées à partir de schémas devenus archaïques. La remise à plat de ce paradigme s'avèrera difficile, puisque les acteurs classiques de la lutte contre les risques devront accepter de se défaire de leurs *habitus* de pensées, qui ne sont pas un simple bagage que l'on peut laisser à la consigne, mais le legs d'une longue expérience qui s'est payée au prix fort. Pour l'heure, tous les éléments semblent être réunis pour qu'il y ait une symétrie presque parfaite entre les attentes des acteurs de lutte contre les risques et l'aptitude à y répondre du paradigme, les conduisant à privilégier, dans leur approche, le recours aux plans.

paradigme de mono équilibre, où chaque système possède un seul état d'équilibre dont il s'éloigne plus ou moins », « La résilience : un concept pour la gestion des risques », *Annales de géographie*, 2007-2, pp. 115-125.

B) La prédominance de la logique des plans

Face à l'avalanche des risques menaçant à chaque instant de s'abattre sur les sociétés qu'ils gouvernent, les pouvoirs publics semblent avoir découvert la solution universelle : le plan. Instrument majeur de la maîtrise des risques sous toutes ses formes, se multipliant à l'envie, susceptible de se décliner à l'ensemble des échelons décisionnels, s'égrenant en sigles ou en acronymes, le plan apparaît comme l'élément indispensable de prévention, de protection ou de résorption des crises ; plan hors duquel il n'est point de salut. Non dénuée d'indéniables qualités, la démarche de planification des risques tend néanmoins à se pervertir, faisant du plan un mal nécessaire (1) dont la logique doit aujourd'hui être refondée (2).

1) Les plans : un mal nécessaire

La logique générale présidant à l'élaboration des plans est remarquablement simple et au demeurant, ne donne pas prise à la critique : il faut prévoir les risques pour mieux les affronter, version civile de l'adage militaire voulant que « *la sueur épargne le sang* ». Une fois la nature du risque définie, son ampleur délimitée et les moyens pour y faire face déterminés, l'ensemble doit encore être formalisé en un plan, destiné à la centralisation et au partage des différentes informations, mais surtout, de la doctrine opérationnelle⁴¹⁹.

Rationnel et fondé, cet axe général n'est pas sans s'accompagner d'une certaine efficacité qu'il faut bien s'obliger à lui reconnaître. Ainsi, la « *mise en plan* » permet

⁴¹⁹ Signe de l'importance qui leur est accordée, certaines stratégies de planification peuvent être anciennes. Ainsi, à propos des Plans cancer, Maxence Cormier observait : « Dès 1922, le Ministre de l'Hygiène, de l'assistance et de la prévoyance Paul Strauss avait, par arrêté, institué une Commission nationale dont l'objet était de "coordonner les travaux et les efforts relatifs à l'étiologie, à la pathologie, à l'étude clinique et à la prophylaxie du cancer". L'organisation de la lutte contre le cancer était par ailleurs décrite dans une circulaire adressée aux préfets en date du 25 novembre 1922. Mais c'est à partir des années 80 que va apparaître l'idée de formaliser une stratégie nationale de lutte contre le cancer en associant des instruments institutionnels et des instruments matériels. Les instruments institutionnels prendront dans un premier temps la forme de commissions ou de comités, avec la Commission nationale du cancer instituée en août 1983 pour donner aux ministres concernés un avis sur "la stratégie de lutte contre le cancer" et leur proposer des programmes et des activités allant dans ce sens, Commission remplacée en 1995 par un Conseil national du cancer ayant pour mission de proposer des orientations destinées à coordonner les différents moyens de lutte contre le cancer : la recherche, la prévention et le dépistage et les soins. Un nouveau Comité national du cancer lui sera substitué en avril 2002 avec pour mission de pouvoir être "sollicité sur la définition des objectifs de la politique de lutte contre le cancer" et de "faire des propositions pour le renforcement des actions de prévention, de dépistage, de prise en charge et de communication". Dans un second temps, la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 a profondément modifié le pilotage national de la lutte contre le cancer en substituant aux instances consultatives une institution spécialisée à compétence nationale, l'Institut national du cancer. À partir de l'année 2000, la stratégie nationale de lutte contre le cancer va être pilotée dans le cadre de programmes et de plans pluriannuels nationaux : un premier programme national de lutte contre le cancer de 2000 à 2005 suivi de trois plans cancer de 2003-2007, de 2008-2013 et de 2014 à 2019. Cette technique du plan en matière de lutte contre le cancer n'est pas propre à la France. À titre d'exemple, la Grande-Bretagne a également adopté dès le mois de septembre 2000 le NHS Cancer plan ; plan qui a été amendé en décembre 2007 avec la Cancer Reform Strategy arrêtée par le Department of Health » ; « Le pilotage national de la lutte contre le cancer », *Revue de droit sanitaire et social*, 2014, pp. 9-22.

notamment de « *dire le risque* » et de le mesurer à l'aune des moyens que l'on peut lui opposer, contribuant ainsi à la création d'un univers mental commun à tous les acteurs amenés à intervenir sur la scène du risque. Car, au stade de la planification, c'est bien « d'acteurs » et de « scène » dont il s'agit, seule la spéculation intellectuelle présidant à l'élaboration du plan, certes guidée par le professionnalisme des intervenants et un minimum de données indiscutables, mais se heurtant toujours à une irréductible incertitude, propre à toutes les situations de crise. Or, la démarche même de la planification ne laisse qu'une place très résiduelle à l'incertitude, alors qu'elle est l'élément moteur de la crise. C'est, au demeurant, l'une des vertus supposées du Plan : celle justement de ne rien laisser au hasard et de descendre suffisamment loin dans le détail pour en expurger jusqu'à la plus petite ambiguïté, au nom de la nécessité (bien réelle) de créer une cohésion d'ensemble à la réponse à apporter. Au surplus, si un événement imprévu devait tout de même survenir, le plan aurait néanmoins permis de créer des « *réflexes conditionnés* » sur lesquels tout un chacun pourrait s'appuyer, donnant à une multitude d'actions non concertées une cohérence et une efficacité qu'elles n'auraient jamais eues sans lui⁴²⁰. Le Plan apparaît également, lors de la crise, comme un fil rouge auquel l'esprit humain peut se rattacher, lorsque la violence et la cruauté des événements ont annihilé en lui tout esprit d'initiative ou capacité de réflexion, lui interdisant d'envisager autre chose que ce à quoi l'a entraîné la force de l'habitude⁴²¹.

Paré de ces atouts intellectuellement séduisants, le Plan n'en est par pour autant exempt de défauts, défauts que les pouvoirs publics auront d'autant plus tendance à occulter que, comme les dogmes, le plan porte en lui les vecteurs de sa propre cohérence et donc les sources de sa propre justification. Le Plan revêt ici une dimension sacrée, le sentiment

⁴²⁰ « *Entrons dans les réflexions-cadres qui façonnent la vision des plans : l'irruption d'un problème complexe exige en retour la mobilisation et l'articulation de nombreuses lignes de réponse, à haute vitesse et sous forte pression. Le Plan est la référence sans laquelle s'installent inefficacité et confusion. Tout décideur a l'obligation impérieuse de veiller à ce que les plans voulus soient rédigés, diffusés, expliqués, appliqués. Grâce au Plan, chacun, du haut en bas de l'échelle, dispose d'une cartographie indispensable: du théâtre d'opérations (avec scénarios de référence, typologies des problèmes, séquences d'événements, buts recherchés); de la structure de commandement d'ensemble et de détail; des moyens à mobiliser. La rigueur logique de l'ensemble, la précision des prescriptions, l'entraînement par des exercices, sont indispensables pour garantir l'efficacité -et protéger contre la confusion et la panique. Bien évidemment la souplesse est nécessaire dans l'exécution, mais la situation contraint toutefois, au moins comme base de travail, à une logique de simplification et de conformité : la qualité de la réponse est affaire d'application de la doctrine et d'automatisme dans l'exécution* », « La question des plans : entre points d'appui et pièges stratégiques », Patrick Lagadec, *Cahiers de l'Ecole Polytechnique*, 2009, n° 40, p. 6 ; v. aussi pp. 7-9.

⁴²¹ Ces phénomènes, dont la réalité relève pourtant de l'évidence, sont le plus souvent totalement éludés par les plans. Le professionnel est purement et simplement assimilé à une sorte de « moine-soldat », ignorant la souffrance et les sentiments, capable d'intervenir quelques soient les circonstances qui l'affectent. La notion de « blessure par le vent du boulet » n'a visiblement pas encore pénétré le concept des plans... Sur le comportement, parfois étonnant, des hommes en situation de stress intense, V. Lieutenant Colonel Goya, « Sous le feu : réflexions sur le comportement au combat », *Cahiers de la réflexion doctrinale*, CDEF, Paris, 2013.

illusoire de sécurité dans laquelle il maintient les acteurs premiers chargés de protéger la population des risques, confinant au dogmatisme religieux le plus dur. Les événements surviendront forcément de la façon dont le plan l'a prévue, ce qui n'est pas dans le plan n'est pas amené à se produire et malheur à l'hérétique qui comme l'enfant du conte, fera remarquer que le plan est vide et le roi nu. Le béotien ne peut que s'esbaudir devant ces propos rapportés par Patrick Lagadec : « *C'est là d'ailleurs un rite dans maintes réunions officielles. Interdiction de faire la remarque qu'un séisme sur Nice pourrait avoir quelque effet sur l'aéroport, puisque l'aéroport est indispensable à la mise en œuvre du plans de secours -de même pour les autoroutes ; interdiction d'imaginer qu'un commando terroriste pourrait détourner un bateau ailleurs qu'à Fos-sur-Mer, puisque c'est là la destination-normale de tout navire ; interdiction d'ouvrir des questions sur des nouveaux risques ; interdiction de soulever la question d'un véritable problème de sécurité informatique touchant le pays, etc. Comme un **Haut Fonctionnaire de Défense** me le fit remarquer après une **réunion fermée en zone de défense** (au cours de laquelle il avait brutalement exigé l'arrêt de mon intervention en soulignant que "tout était sous contrôle en France, qu'il fallait être optimiste, et qu'il ne laisserait pas se poursuivre un discours pareil") : "Vous avez raison, mais on ne peut tout de même pas laisser dire des choses pareilles **devant des préfets !**". Au cours d'une autre réunion, tout aussi fermée, au cours de laquelle je passais une interview vidéo recueillant le témoignage d'un grand préfet sur la question des crises, un autre Haut Fonctionnaire de Défense s'emporta en soulignant : "**C'est contre la doctrine !**" Ce à quoi je crus devoir répondre "c'est peut-être contre la doctrine, mais c'est bien le problème". Une fois encore, la doctrine, le plan, avaient pour objet, précisément, de faire en sorte que les problèmes ne soient pas énoncés »⁴²² (nous soulignons).*

Le plan, de moyen, tend à devenir une fin en soi, horizon indépassable des événements sur lesquels il est visiblement capable d'influer par la seule grâce du verbe administratif et contre lesquels, pourtant, il faudra bien faire face. Or, le propre du réel est d'être indifférent aux représentations que l'on s'en fait. Il peut bien être insupportable, il ne s'en imposera pas moins avec la brutalité du fait. Il est un instant nécessaire de s'écarter du droit pour emprunter à la psychologie, car les mécanismes d'ingénierie sociale que le juriste se doit d'élaborer voient leur efficacité nécessairement conditionnée par les instruments chargés de les actionner, à savoir les individus. Aussi est-il indispensable de comprendre *a minima* les ressorts sous-jacents de leur fonctionnement pour adapter le mécanisme à l'homme plutôt que

⁴²² Patrick Lagadec, « La question des plans : entre points d'appui et pièges stratégiques », *Cahiers de l'Ecole Polytechnique*, 2009, n° 40, pp. 15-16.

d'espérer voir l'homme s'adapter au mécanisme⁴²³. S'y refuser revenant à tenter de conceptualiser une corde n'ayant qu'un seul bout.

Plusieurs expériences de psychologie semblent ainsi avoir démontré que l'individu, pris en tant que tel, tend non seulement à oblitérer ses propres facultés de jugement sitôt qu'il est mis en présence d'une figure incarnant l'autorité en place (à quelque titre que ce soit : scientifique, homme de pouvoir...) ou au sein d'un groupe. Dans le premier cas, l'individu se voit influencé par la légitimité qu'il prête à la figure d'autorité (légitimité toute relative d'ailleurs puisqu'elle n'existe finalement que dans le regard de celui qui le porte), dans le second par la simple mais au combien pesante exigence d'un certain conformisme social. Or, les lieux par excellence où sont prises les décisions relatives à la lutte contre les risques sont des comités, c'est-à-dire des instances collectives réunissant quasi-exclusivement des figures d'autorité⁴²⁴. Pire encore, les mêmes expériences de psychologie sus-évoquées ont démontré de manière indubitable que plus une décision nécessite d'échelons pour être adoptée, plus le sentiment de responsabilité ressenti à chacun des échelons s'en trouve diminué. Pourtant, chaque niveau est indispensable à la prise de décision finale et le refus de l'un d'entre eux de donner crédit à un choix absurde suffirait à ce qu'il soit rejeté⁴²⁵.

Un dernier point doit encore être évoqué, cette fois-ci à propos de la démarche de planification elle-même : même en faisant abstraction des défauts précités, cette démarche, que l'on suppose diligentée de manière honnête et impartiale, a pour objet de définir un cadre d'action théorique, lequel pour pouvoir être délimité doit s'appuyer sur des postulats certains. Par conséquent, ontologiquement, celle-ci rejette la notion d'incertitude, pourtant consubstantielle à celle de crise⁴²⁶.

⁴²³ « Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois », Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*.

⁴²⁴ Les Anglo-saxons ont un dicton sous forme de boutade au vitriol, énonçant qu'un « chameau, c'est un cheval dessiné par un comité ». Pour un tour d'horizon des différents biais cognitifs susceptibles d'affecter la rationalité d'une décision, v. Christian Gollier, Denis Hilton, Eric Raufaste, « Daniel Kahneman et l'analyse de la décision face au risque. », *Revue d'économie politique*, 2003-3, vol. 113, pp. 295-307. V. aussi Bénédicte Vidaillet, Véronique d'Estaintot, Philippe Abecassis, *La décision, Une approche pluridisciplinaire des processus de choix*, Bruxelles, De Boeck Supérieur « Méthodes et Recherches », 2005. V. aussi Roland Bénabou, « The Economics of Motivated Beliefs », *Revue d'économie politique*, 2015-5, pp. 665-685.

⁴²⁵ Il s'agit, entre autres, de l'expérience de Milgram et de ses différentes variantes, ainsi que de l'expérience de Asch. V. Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité : Un point de vue expérimental*, Calmann-Lévy, 1974. Solomon Asch, *Studies on independence and conformity : a minority of one against an unanimous majority*, Psychological Monographs, 1956.

⁴²⁶ Patrick Lagadec, parlant des cellules de crise, décrit en ces termes les mécanismes psychologiques sous-jacents à ce phénomène, appelé pathologie de *groupthink* : « Moins sujettes à la cacophonie que celles qui ne sont pas préparées, les cellules avancées peuvent connaître la pathologie inverse, nommée *Groupthink* (Irving JANIS : *Groupthink ? Psychological studies of policy decisions and fiascoes*, Boston, Houghton and Mifflin Co., 2^e ed., 1982) par le psycho-sociologue Irving Janis. Principales victimes du *Groupthink*, les petits groupes déjà bien structurés, soudés, réunissant des personnes de même culture soumises à forte pression, à la fatigue et à un

Tous les éléments semblent donc agencés pour donner libre court à la mise en place d'invisibles résistances intellectuelles, contribuant de ce fait à la création d'un aveuglement collectif à la fois volontaire et inconscient, se nourrissant du brouillard de guerre qu'il génère et dont il va jusqu'à nier l'existence. Le plan, quant à lui, ne dépeint plus qu'un champ de bataille de soldats de plomb auxquels il ne manque pas un bouton de guêtre et dont le peintre à toutes les raisons de se satisfaire... Pourtant, le décideur public découvrira, comme le Maréchal Foch avant lui, que « *le feu tue, les idées périmées aussi* »⁴²⁷.

2) Une nécessaire refondation du recours aux plans

Ainsi qu'il vient d'être vu, le principal problème du recours aux plans ne tient pas tant de la démarche de planification elle-même, que de la conception que ceux chargés de leur élaboration se font de celle-ci et dont le défaut majeur est celui d'une logique fermée, interdisant ontologiquement de « penser hors de la boîte ». Pourtant, il serait aussi illusoire que dangereux que de vouloir apporter une réponse aux problèmes posés par les risques sans chercher à organiser ladite réponse par un processus de planification. Le salut ne réside donc pas dans l'abandon de toute démarche de planification, mais dans l'élaboration d'une nouvelle doctrine d'emploi du plan.

leadership affirmé. Cette pathologie peut aboutir à une grave détérioration des capacités de jugement des cellules de crise. Plusieurs symptômes traduisent cette pathologie :

- *de plus en plus coupés du monde, de plus en plus sûrs de leur capacité, les membres de la cellule développent une illusion d'invulnérabilité qui génère un optimisme excessif et encourage à des décisions extrêmement risquées ; dans la même veine, ces personnes développent une foi sans borne dans leur propre moralité, qui les pousse à ignorer la portée morale de leurs décisions (une simple formule suffit pour bénir les options discutables : "On ne fait pas d'omelette sans casser des œufs") ;*
- *sûrs de leur fait, les membres du groupe adoptent une pensée fermée : une rationalisation systématique est développée qui écarte toute remise en question, tout signal d'alerte indiquant que l'on fait fausse route ;*
- *une vue stéréotypée des partenaires ou adversaires vient assurer davantage encore la fermeture opérée. -des pressions extrêmes sont exercées sur chacun des participants, surtout si le leader est fort, pour garantir l'uniformité de la pensée. C'est l'auto-censure de chacun, par peur de perdre l'approbation du groupe ;*
- *c'est l'illusion partagée d'unanimité, qui est entretenue par l'absence de critique et d'auto-critique véritables ;*
- *ce sont des pressions directes sur tout déviant, le rôle de gardien de l'orthodoxie étant exercé avec la plus extrême rigueur par tel ou tel membre influent.*

*L'unanimité que garantit le Groupthink se pare de l'apparence de l'efficacité, du bon sens, de la loyauté... et peut conduire à des fiascos aussi exemplaires que ceux de Pearl Harbor ou de la Baie des Cochons (Cuba, 1961). Rétrospectivement, on se demande comment autant de personnes aussi brillantes ont pu rester sourdes à autant de signaux d'alerte -évidents pour tout observateur indemne de cette pathologie particulière. Comme le précise Janis, l'esprit de corps que garantit le Groupthink, s'il est utile aux sportifs ou aux unités militaires au combat, est dangereux pour les équipes de direction. Et le phénomène s'auto-entretient : plus l'aveuglement s'impose, moins il est possible de revenir en arrière ; cela supposerait une auto-critique de plus en plus déstabilisante. Même la conscience de courir à sa perte n'y peut plus grand chose ; il faudrait un signal d'une énorme intensité pour arracher le voile d'irréalité par lequel s'est protégé le groupe. Généralement, ce déchirement ne sera opéré que par la crise elle-même. Lorsque la flotte est en flamme, on finit par ouvrir les yeux : trop tard », Patrick Lagadec, *Cellules de crises : les conditions d'une conduite efficace*, Eyrolles, 1995, pp. 64-65.*

⁴²⁷ Attribué usuellement au Maréchal Foch, il n'a toutefois pas été possible à l'auteur d'en retrouver la source. Cette citation est donc peut être apocryphe.

Les lignes qui vont suivre se fixent pour objectifs de lister les buts théoriques vers lesquels la démarche de planification doit tendre. En sus des océans dans le domaine de la géographie, il est une ligne de traverse qui sépare les Européens des Américains dans leur approche du recours aux plans de prévention des risques⁴²⁸ : là où les premiers tendent à voir le plan comme un produit, une fin en soi, dont l'effectivité sera conditionnée par la rigueur et la précision dont les acteurs auront fait preuve lors de la « *mise en risque* », les seconds perçoivent beaucoup plus le plan comme un processus destiné à mobiliser les énergies et fédérer les intelligences, de façon à susciter l'émulation intellectuelle et l'échange autour de la table, afin de rompre les logiques de silo qui prédominent le plus souvent lors de pareils exercices. Dans ce second cas de figure, le chemin compte plus que la destination et la certitude de parvenir à cette dernière en sort grandie. Cette recherche de l'échange lors d'une démarche de construction commune, loin de rester purement incantatoire comme elle ne l'est que trop souvent en Europe, est le fruit d'une culture du risque différente, permettant de révéler et d'aplanir des écueils qui n'auraient pu être dévoilés autrement. Là où les Européens privilégient le plan, les Américains mettent en avant la planification. Le plan n'est plus une fin en soi, mais plus prosaïquement un outil dont il faudra savoir se défaire lorsqu'il ne pourra plus remplir la fonction pour laquelle il était destiné. Le clivage entre les deux rives de l'océan doit toutefois être largement tempéré, puisqu'il existe une infinité de nuances entre ces deux extrêmes et que les Américains aussi tendent parfois à faire du plan le graal de la sécurité⁴²⁹.

Mais les Européens seraient bienvenus de s'inspirer de l'attitude générale qui prévaut de l'autre côté de l'Atlantique vis-à-vis des plans de prévention des risques⁴³⁰. Le plan,

⁴²⁸ Patrick Lagadec, « La question des plans : entre points d'appui et pièges stratégiques », *Cahiers de l'Ecole Polytechnique*, 2009, n° 40, p. 11.

⁴²⁹ Wenger, James et Faupel, in Thomas Drabek, *Human System Response to Disaster - An Inventory of Sociological Findings*, Springer Verlag, New York, 1986, p. 53.

⁴³⁰ A cet égard, les Européens ne sont pas les seuls à pêcher par excès de confiance dans ce qui n'est finalement qu'un document administratif. Les Japonais y sont aussi sujets et doivent être rapportées pour preuves ces tranches de dialogues proprement délirantes entre le directeur de la centrale nucléaire de Fukushima et la direction de TEPCO, son exploitant, immédiatement après l'explosion du troisième réacteur (nous soulignons) : « *(Voix très paniquée du directeur, dans une salle très animée) Quartier Général, Quartier Général ! C'est terrible ! C'est terrible !*

- *(Voix calme et posée) Oui, ici Quartier Général.*

- *Nous avons un souci sur le site numéro 3. Vous avez compris ?*

- *Oui. Il est 11h01. Je vais faire un rapport d'urgence. »*

Fin de l'échange. Huit heures plus tard, la situation est inchangée et la question de l'évacuation de la centrale se pose encore. Ne parvenant pas à trouver le salut dans leur propre esprit d'initiative, les responsables de la gestion de crise vont tenter, en vain, de le découvrir ailleurs :

« *Que dit le **manuel de gestion des accidents** sur l'évacuation, lorsque le bâtiment de maintien de la pression est endommagé ?*

- *Désolé... Je ne m'en souviens pas...*

idéalement, devrait permettre de faire face aux risques les plus courants, mais à la seule condition que dans le même temps soit acceptée l'idée simple et pourtant difficile à recevoir, qu'il ne peut pas embrasser tous les cas de figure et que la notion d'incertitude est consubstantielle à la notion de crise.

Laissée en périphérie de la réflexion lors de l'élaboration du plan, tant par dogmatisme que par confort et conformisme intellectuel, l'incertitude se voit reléguée au rang de problème secondaire qui pourra d'autant mieux être négligé que l'on se sera soucié de régler les problèmes perçus comme principaux. Or, ainsi qu'il a déjà été dit, l'incertitude est consubstantielle à la crise et le plan ne peut finalement que cartographier les événements normalement prévisibles. Mais la carte n'est pas le territoire et le plan n'offre rien d'autre (et c'est pourtant déjà beaucoup) qu'un cadre de réflexion commun qui ne devrait pas outre mesure donner une fausse impression de sécurité en effaçant artificiellement les vides subsistant forcément entre les différents *scenarii* envisagés. Or, l'incertitude agit sur le risque comme la température sur l'eau : passé un certain seuil, il ne change plus seulement de degré, mais de nature. Les dispositifs mis en place par le plan doivent donc permettre de déceler les prémises de ce changement d'état, cela avant même qu'il ait pu se produire, par la détection de signaux faibles et la recherche d'une rupture d'ambiance. Patrick Lagadec plaide ainsi pour la constitution de « *forces de réflexion rapides* », lesquelles offriraient la souplesse nécessaire à des mécanismes de prévention des risques avant tout caractérisés par leur rigidité⁴³¹. Sur le plan des changements culturels à apporter à la démarche de planification, une idée force à instiller chez tous les acteurs de l'élaboration du plan en amont de celle-ci consisterait à les inciter à se demander, à tous les stades de la procédure, en quoi celle-ci est déficiente, ce qui

- *C'est terrible ! Il faut résoudre ça ! Maintenant ! Mettez la main dessus et envoyez le moi par mail.* »
Extrait de : http://www.francetvinfo.fr/video-fukushima-dans-les-coulisses-de-la-catastrophe_128015.html

⁴³¹ Pierre Beroux, Xavier Guilhou, Patrick Lagadec : « Implementing Rapid Reflection Forces », *CrisisResponse*, 2007, vol. 3, issue 2, pp. 36-37 et Pierre Beroux, Xavier Guilhou et Patrick Lagadec : « Rapid Reflection Forces put to the reality test », *CrisisResponse*, Vol 4, issue 2, 2008, pp. 38-40. Dans le dernier article, les auteurs relevaient : « *The RRF is a group that's task is to help the Chief Executive (CE) level grasp and confront issues raised by unconventional situations. It does so by developing equally unconventional responses when usual toolkits and references turn out to be irrelevant, or indeed dangerous. It aims to raise the right questions (rather than rely on ready-made answers), to flag pitfalls, to clarify new player networks, and to identify one (or two) critical initiative(s) that can trigger positive dynamics. In 2006, EDF implemented the RRF concept. The force initially comprised a dozen members, selected on the basis of their capacity to remain creative under intense pressure. The RRF tested its mettle in the course of two exercises, dealing with pandemic and nuclear-related scenarios (September and October respectively) and proved to be not only useful, but truly essential for upper-echelon leaders. It enabled them to remain focused on their strategic role, ie eschew the tendency to be swamped by tactical-technical matters and micro-management. Through strategic advice, as well as very specific propositions, the RRF provided new traction and leverage in the face of situations that typically deny organizations any real control over chaotic dynamics. In the wake of these two initial exercises, the 'top four' echelon at EDF confirmed that the RRF had become an 'essential' tool, and even announced a new policy: "No crisis management without the RRF" ».*

permettrait d'en révéler plus aisément les défauts. Les actuels procédés de construction des plans de prévention ne permettent, en effet, que trop rarement qu'une dissension se révèle à ce sujet. En rompant les faux consensus qui règnent lors de l'élaboration du plan, de telles dissensions permettraient justement de révéler les ruptures d'ambiance dont il était question plus haut et qui trop souvent restent dans le secret des consciences.

Mais plus que tout, il apparaît indispensable d'impliquer les dirigeants, (et donc certaines catégories d'élus) à tous les stades de la décision. Ils y sont en effet les plus intéressés, immédiatement après les populations elles-mêmes et leur connaissance du terrain, des moyens et des hommes est irremplaçable.⁴³²

Un dernier point d'importance doit encore être ici abordé : celui de l'architecture décisionnelle à adopter au stade de l'élaboration du plan⁴³³. Celle-ci ne doit pas porter en elle l'instauration, même tacite, d'une hiérarchie bornée, particulièrement préjudiciable à l'émulation intellectuelle et à l'ouverture du champ des possibles. De même, elle ne doit pas consacrer le primat de l'opérationnel sur le stratégique et à ce titre, doit être ouverte à d'autres représentants que ceux des organes d'intervention. Il faut également s'attacher à ce que l'architecture institutionnelle ne conduise pas à mettre en avant les acteurs ayant un intérêt

⁴³² Patrick Lagadec, « *La question des plans : entre points d'appui et pièges stratégiques* », *Cahiers de l'Ecole Polytechnique*, 2009, n° 40, pp. 22-24. Citons notamment ces quelques propositions : « Dans ce cadre [de refonte des logiques de plans], il sera important de mettre au point des plans marqués par 1°) Une attention majeure aux processus de planification mis en œuvre, plus qu'au document papier de sortie ; 2°) Une grande intelligence sur les hypothèses de fond, et les scénarios de référence ; 3°) Une insistance sur la capacité de réflexion en recul, dès l'instant où l'on sort de la simple urgence coutumière. On pourra même prendre l'habitude de garder la première page du plan entièrement blanche, avec une mise en garde du type : "Avant de foncer, prenez une seconde pour réfléchir aux pièges à éviter - Ne vous trompez pas sur le De quoi s'agit-il ?". 4°) Une approche fondamentalement granulaire, avec capacité majeure de modelage rapide de l'architecture (logiques, acteurs, organisations, etc.) en fonction des mutations des défis, des surprises, des erreurs repérées en cours de mise en œuvre ; 5°) Une approche intégrant les dynamiques d'acteurs, les maillages de proximité, les questions éthiques les-loin des seules logiques top-down et autres fonctionnement en silos, pour simple application de règles prédéfinies. 6°) L'exigence de recadrage périodique : il faut être en mesure de revoir les trajectoires aussi souvent que nécessaire, vérifier que l'on ne s'est pas trompé sur des hypothèses de départ, que le contexte n'a pas muté, que les problèmes ne se sont pas transformés ».

⁴³³ Sur ce dernier point, sans que la logique classique du recours aux plans soit totalement refondée, des premières inflexions positives sont toutefois à observer. Ainsi, à propos du risque inondation, le professeur Agathe Van Lang observe notamment : « la pluralité des acteurs concernés par le risque d'inondation relève de l'évidence, en raison de la multiplicité des impacts et enjeux que nous avons évoqués plus haut. Cette pluralité impose le respect de règles de concertation, d'information et de participation du public, qui conditionnent l'instauration d'une nouvelle gouvernance. Il apparaît toutefois que les textes en vigueur réservent à l'Etat un rôle prépondérant, comme c'est généralement le cas en matière de gestion des risques. (...) Il découle de tout ceci le sentiment que, sur le plan de la gouvernance, la marge d'amélioration est importante. En effet, pas plus la directive que la loi ou le décret n'imposent de véritable procédure participative. La participation du public se résume, comme toujours, à sa seule consultation. De même, l'obligation de concertation est réduite à sa plus simple expression. Pourtant, la concertation avec toutes les parties intéressées et la participation du public sont des conditions de l'acceptabilité des normes, qui nécessite une attention particulière dans un domaine aussi sensible socialement que celui de la gestion du risque d'inondation » ; « L'émergence d'une approche intégrée du risque d'inondation », *AJDA*, 2012, pp. 1320-1324.

direct à privilégier des logiques de court terme dans la prévention des risques, de crainte qu'elles ne priment toutes les autres, en dépit du bon sens le plus élémentaire⁴³⁴.

Le but est d'éviter l'institutionnalisation d'un processus d'aveuglement collectif d'autant plus pernicieux qu'il aura été masqué simplement par le respect scrupuleux de la méthode par laquelle le plan a été adopté.

§2) La difficile prise en compte du risque comme phénomène dynamique

Il est un autre point où l'actuel paradigme d'appréhension des risques pêche par ses insuffisances et tenant cette fois à son incapacité à modéliser le risque comme un phénomène dynamique. Trop souvent en effet, la conceptualisation du risque, même précise, se limite à une photographie de celui-ci, à un instantané du phénomène coupé de toute logique de temporalité. Or, le risque n'est d'une part pas réductible, ainsi qu'il a précédemment été vu, à un simple facteur extérieur à la société qui s'y trouve confrontée et d'autre part ne doit pas être artificiellement isolé des éléments susceptibles d'impacter son évolution, au nombre desquels doivent être comptés les résultats des politiques publiques mises en œuvre pour y faire face. Devenues à la fois matériaux et constructrices des risques, les sociétés modernes doivent aujourd'hui, pour s'en prémunir, s'interroger non seulement sur l'interpénétration des causes et des effets du risque, mais aussi, en raison de l'impératif d'anticipation qui pèse sur elles, sur les conséquences de l'évolution de la connaissance (ou méconnaissance) de celui-ci par les pouvoirs publics et les citoyens. *« Pour reprendre la célèbre expression de Marcel Mauss, les "nouveaux risques" apparaissent comme des faits sociaux totaux. Chacun est une sorte de nœud où s'enchevêtrent pratiques et débats relevant de tous les registres de la vie en société : représentations que se font les individus et les groupes sociaux des risques acceptables, droit de la responsabilité ou de l'indemnisation, stratégies des agents économiques exposés à des aléas, statut des connaissances scientifiques dans la légitimation des décisions, règles démocratiques d'instruction des choix publics »*⁴³⁵.

Ainsi, la connaissance effective que la société a de la dynamique des risques (c'est-à-dire de l'impact réel de ces derniers, pris dans leur évolution et non comme phénomène figé une fois pour toute) obéit-elle à une double dynamique puisqu'elle se trouve conditionnée à la fois par le degré d'exactitude que la société se fait du risque au stade de son appréhension (A),

⁴³⁴ Cette logique de court terme est malheureusement celle qui semble avoir prévalu dans les choix relatifs à l'urbanisme de La Faute-sur-Mer. L'enquête le révèle tragiquement : à l'endroit « où le plus grand nombre de décès a été constaté lors de la catastrophe, trois autorisations de lotir avaient été accordées par le maire, avec l'avis favorable du préfet et des services de l'Etat ». V. *Les enseignements des inondations de 2010 sur le littoral atlantique (Xynthia) et dans le Var*, rapport de la Cour des comptes, juillet 2012, p. 52.

⁴³⁵ Michel Matheu, *La décision publique face aux risques*, La Documentation française, 2002, p. 3.

laquelle permet de calibrer les politiques publiques de lutte contre les risques à l'ampleur et à la nature supposée de ces derniers, mais aussi par son aptitude à mesurer l'impact desdites politiques publiques aux fins et, au besoin, de les ré-étalonner en fonction des nouvelles données disponibles (B).

A) Les dynamiques à l'œuvre dans l'appréhension du risque

Le point focal de l'appréhension d'un risque par la société dans son ensemble est situé au barycentre de deux champs de perception, qui ne sont pas forcément amenés à se rencontrer. Le premier de ces champs de perception est celui apporté par l'évaluation technique et scientifique du risque (1). Si elle offre un éclairage objectif des problèmes à traiter, cette évaluation se trouve limitée dans l'étendue des informations qu'elle peut apporter par les bornes inhérentes à tous les domaines de la connaissance humaine ; elle est ainsi amenée à évoluer en fonction de ses développements. Le second champ est celui de la perception sociale du risque, qui si elle est beaucoup plus subjective, n'en demeure pas moins un paramètre déterminant dans la mise en œuvre des politiques publiques de lutte contre les risques ; paramètre lui aussi susceptible d'évoluer (2). A charge pour le politique de les accorder au même diapason.

1) L'évaluation du risque

Ainsi qu'il a déjà été vu précédemment, toute politique visant à prémunir la population de la survenance d'un risque passe nécessairement par l'évaluation préalable de ce risque. Cette évaluation doit permettre idéalement d'apprécier la probabilité de survenance et l'importance d'un événement que l'on redoute et ce par la détermination de l'ensemble des éléments de la chaîne causale dudit événement. Deux cas de figure sont alors susceptibles d'être envisagés. Soit tous les éléments de la chaîne causale sont correctement appréhendés dans leur totalité et sans laisser place au doute, l'événement redouté prend alors le nom de risque et les politiques publiques peuvent entrer de plein pied dans un régime de prévention⁴³⁶. Soit une incertitude demeure sur un ou plusieurs éléments de la chaîne causale -

⁴³⁶ Mais même dans un cas de figure comme celui là, qui semble le plus aisé à appréhender, la modélisation du risque ne va pas de soi sitôt que sa réalisation est susceptible d'avoir des conséquences catastrophiques. V. Jean-Marc Lamère, « De la difficulté à modéliser les risques catastrophiques », *Risques*, 2002, n° 49 ; v. aussi, dans le même numéro, Jorgen Andersen, Yannick Malevergne et Didier Sornette « Comprendre et gérer les risques grands et extrêmes », (En ligne sur : www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf - dernière consultation 6/05/2016). V. également Daniel Zajdenweber, « Valeur économique et sinistre extrême d'origine humaine », *Risques*, 2001, n° 48, (En ligne sur : www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf - dernière consultation 6/05/2016) ; l'auteur y relève que « l'évaluation des risques liés aux attentats "massifs" et aux sinistres catastrophiques d'origine humaine est à la fois aisée et difficile. Le montant des dommages dépend fondamentalement de la richesse d'un pays et de la

parfois même au point qu'il soit légitime de remettre en cause l'existence de l'événement redouté- et les politiques publiques doivent cette fois se cantonner à un régime de précaution.

Le résultat d'une évaluation est toujours fonction, d'une part des données de la science au moment où elle est effectuée et d'autre part, de l'état du risque à l'instant où celui-ci est examiné. Or, le premier de ces paramètres, comme le second, est susceptible d'évoluer⁴³⁷. De plus, la division théorique entre prévention et précaution, pour nécessaire qu'elle ait été en tant qu'étape dans l'élaboration d'une doctrine d'engagement des politiques publiques face au risque doit aujourd'hui être nuancée et surtout repensée. Le maintien dans les mentalités de ce qui est désormais une séparation artificielle, ne contribue qu'à éloigner du problème essentiel : celui de la formation et la création d'outils conceptuels permettant de penser et de gérer l'incertitude comme un paramètre à part entière dans la lutte contre les risques, outils qui pour l'heure manquent cruellement. Car désormais, les crises apparaissent pour l'essentiel non pas comme la conséquence directe de la survenance d'un risque, mais comme des crises de gestion de l'incertitude (Vache folle, grippe H1N1...). La gestion de crise est ici voisine de la crise de gestion.

Quand elle ne peut pas être ramenée à une probabilité exacte, l'incertitude se voit le plus souvent purement et simplement écartée de l'analyse de risque, au motif justement qu'elle apparaît comme une inconnue. Tout au plus s'efforce-t-on (et c'est déjà beaucoup) de la borner, de façon à ce que le décideur ait au moins un coin de carte sur lequel il puisse lire *terra incognita*. Or, comme il a déjà été observé, passé un certain niveau d'incertitude dans l'appréhension d'un problème, celui-ci, comme l'eau soumise à une température élevée, ne change plus seulement de degré mais de nature. En se refusant à s'efforcer de mesurer son impact, le décideur s'interdit de découvrir une partie des solutions nécessaires à la résolution

concentration de ces richesses dans des agglomérations de plus en plus denses. Cette richesse et sa répartition urbaine sont relativement faciles à estimer. Des modèles statistiques robustes permettent une évaluation précise des dommages potentiels. C'est l'estimation de la fréquence des attentats et des sinistres industriels extrêmes qui pose le plus de difficultés. Il s'agit d'événements rares, voire exceptionnels, pour lesquels l'estimation d'une fréquence représente un défi statistique ». Sur ce point, v. aussi dans ce même numéro, Marc Guillaume, « L'économie des catastrophes », (En ligne sur : www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf - dernière consultation 6/05/2016).

⁴³⁷ Sur la difficulté à modéliser les rapports entre le risque et le temps, Christian Gollier note « *il y a une malédiction associée à ces risques méconnus. Tant que le risque ne se réalise pas, l'agent économique révisé rationnellement à la baisse la vraisemblance de ce risque. Mais qu'il se réalise et la victime est aussitôt confrontée à un double défi : il s'agit à la fois de subir le dommage immédiat et de réviser rationnellement à la hausse l'intensité du risque à supporter à l'avenir ; elle est donc doublement pénalisée. C'est cette malédiction spécifique aux risques méconnus qui justifie par anticipation un comportement précautionneux. Elle est bien connue des assureurs qui, par exemple, ont dû faire face après le 11 septembre à la fois à une demande massive d'indemnisation et à une augmentation du risque terroriste sans augmentation immédiate des cotisations perçues* », in « L'interaction entre le risque et le temps », *Risques*, 2002, n° 49 ; v. aussi, dans le même numéro, Philippe Weil, « L'incertitude, le temps et la théorie de l'utilité », (En ligne sur : www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf - dernière consultation 6/05/2016).

du problème⁴³⁸. Elle demeure une *terra incognita* que l'on se refuse à explorer alors même que, justement, il faudrait *a minima* chercher à en évaluer l'impact, tant dans les situations de précaution que de prévention.

De plus en plus, les crises modernes trouvent leur source dans les éléments d'un passé que l'on a pu ou voulu examiner à travers le paradigme des risques, trop confiants que nous étions dans un progrès forcément porteur d'un avenir meilleur, insensibles aux signaux faibles et aux ruptures d'ambiance annonciatrices de malheurs à venir. Cela n'est guère étonnant : le discours scientifique est naturellement conservateur. Toute démarche scientifique repose en effet sur la construction d'un cadre théorique à même de se superposer à des observations pratiques et ce à partir d'hypothèses que l'on cherchera à corroborer par des observations empiriques, mais surtout par une succession de protocoles expérimentaux, l'ensemble prenant l'apparence d'une progression par essai-erreur. Intrinsèquement itératif, le progrès scientifique se construit donc lentement et par conséquent, comme tout ce qui est précieux, vient du passé. D'où le peu d'enclin de la communauté scientifique à accepter des idées nouvelles si elles ne sont pas étayées et à ne pas vouloir voir -et c'est heureux- un Galilée en puissance derrière chaque voix dissidente. Mais cette propension bien naturelle induit mécaniquement une distorsion temporelle entre la réalité du risque, son appréhension par la science et la décision publique⁴³⁹. Surtout, elle ne permet pas ou peu à la société de se réappropriier les logiques de long terme qui lui font défaut. Vue à travers le prisme de l'évolution de la connaissance, la précaution n'apparaît distincte de la prévention que par le niveau d'incertitude, le « brouillard de guerre » nimbant un problème donné autour duquel la mise en œuvre de politiques publiques devra bien s'articuler pour y faire face de manière efficiente⁴⁴⁰.

⁴³⁸ « L'évaluation du risque suppose d'identifier et de décrire toutes les relations de cause à effet qui peuvent entrer en jeu entre un phénomène initial et ses effets ultimes. L'exercice comporte de nombreuses incertitudes : on peut soupçonner l'influence d'un facteur sans qu'elle ait été clairement mise en évidence (incertitude d'identification), hésiter entre des représentations alternatives d'une relation entre cause et effet (incertitude de modélisation), ne pas connaître précisément une valeur numérique entrant en jeu dans une relation (incertitude paramétrique). Ces différents types d'incertitude, qui peuvent affecter chacune des étapes de l'évaluation des risques, relèvent de traitements différents. (...) Il est fréquent, par exemple, que l'on renonce à intégrer dans l'analyse des facteurs causaux dont l'influence est incertaine. L'histoire de l'ingénierie des ponts montre ainsi que les défaillances ont rarement été liées à un facteur de sécurité insuffisant relatif à la charge verticale, mais le plus souvent liées à l'absence de prise en compte de forces telles que le vent ou le givre », La décision publique face à l'incertitude. Clarifier les règles, améliorer les outils, 2010, pp. 24-26.

⁴³⁹ Sur cette question, v. Hans Jonas, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion-Champs, 1995 ; v. Christian Gollier, « Face au principe de précaution : que croire, qui croire ? », *Risques*, 2004, n° 57. V. aussi dans le même numéro, André Fourçans « Un principe à manier avec précaution ». V. encore Christian Gollier, « Should we Beware of the Precautionary Principle ? », *Economic policy*, 2001, n° 33, pp. 301-328.

⁴⁴⁰ V. Olivier Godard, *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Éd. de la Maison des sciences de l'homme, INRA, 1997.

2) La perception du risque

La dynamique de l'appréhension du risque par la science est à distinguer de celle de la perception par la société, c'est-à-dire de l'importance subjective que lui prête le corps social, non pas forcément à la lumière des seules informations disponibles, mais parfois à l'ombre de la crainte suscitée par l'inconnu. Cette dynamique ne saurait être ignorée au prétexte qu'elle ne s'appuierait pas uniquement sur des éléments tangibles et rationnels⁴⁴¹. La mise en œuvre de politiques publiques suppose leur acceptation préalable par la population mais aussi par les organes de l'Etat chargés de leur mise en œuvre car la vitesse et la qualité de l'exécution des décisions arrêtées dépendent toujours étroitement de l'importance qui leur est prêtée⁴⁴².

La place qu'occupe un risque dans les mentalités est susceptible d'évoluer en fonction de différents facteurs qu'à défaut de pouvoir maîtriser le décideur devrait au moins connaître afin d'anticiper les mouvements de l'opinion publique sans laquelle rien ne pourra être mené.

L'un de ces facteurs est l'aversion de l'être humain pour l'ambiguïté, laquelle est un trait psychologique se surajoutant à son aversion pour le risque⁴⁴³. L'expérience a démontré que, confronté à une situation nécessitant qu'il soit procédé à un choix, le décideur optera quasi-systématiquement pour celui dont les conséquences sont clairement mesurées et assorties d'une probabilité certaine, plutôt que ceux qui déboucheraient sur une situation ambiguë à l'issue difficilement prévisible⁴⁴⁴. Cette situation est particulièrement fréquente lorsqu'il est question de risques liés aux dernières innovations de l'activité humaine, puisque nécessairement, étant récentes, il manque le recul pour en apprécier clairement l'impact⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Sur la question d'une importance fondamentale de la perception subjective des risques par les différentes personnes qui y sont exposées et de son intégration dans les processus de décision, le lecteur pourra se référer aux travaux des Pr. Daniel Kahneman, Paul Slovic et Amos Tversky et not. leur compilation d'articles *Judgement under uncertainty : heuristics and biases*, Cambridge University Press, 1982. V. aussi, la compilation d'articles de Daniel Kahneman et Amos Tversky, *Choices, values and frames*, Cambridge University Press, 2000. Pour une approche synthétique des travaux des auteurs précités et ceux de leurs continuateurs, v. Christian Gollier, Denis Hilton, Eric Raufaste, « Daniel Kahneman et l'analyse de la décision face au risque », *Revue d'économie politique*, 2003-3, pp. 295-307.

⁴⁴² Sur ce point, l'exemple de la lutte contre le Sida est remarquable. V. Pierre-Yves Geoffard, « Comment meurt une épidémie ? La fin du SIDA en débat », *Risques*, 2013, n° 94. L'auteur relevait notamment que « l'une de ses singularités est d'être apparue simultanément dans des pays développés et, à l'inverse de toutes les autres maladies, d'y avoir davantage frappé des populations plus éduquées, de niveau socio-économique plus élevé. Peut-être faut-il y voir l'une des raisons de la mobilisation internationale sans précédent dans l'histoire des pandémies humaines ».

⁴⁴³ Sur cette question, v. Thibault Gajdos et Éric Langlais, « La perception des probabilités et la prise de décision », *Risques*, 2002, n° 49, (En ligne sur : www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf - dernière consultation 6/05/2016).

⁴⁴⁴ V. Christian Gollier, Denis Hilton, Eric Raufaste, « Daniel Kahneman et l'analyse de la décision face au risque », *Revue d'économie politique*, 2003-3, pp. 295-307. Voir aussi sur cette question le passage consacré au paradoxe d'Elsberg, dans : Claude Birreaux et Jean-Yves Le Deaut, *L'innovation à l'épreuve des peurs et des risques*, rapport d'information n° 286, Sénat, 24 janv. 2012, p. 165.

⁴⁴⁵ « Une technologie éprouvée est généralement perçue comme dénuée de risque. En effet, chacun considère qu'il a pu vivre avec sans subir trop de problèmes, et que par conséquent, la balance bénéfice-risque étant

C'est entre autres choses la raison de la place qu'occupe dans le débat public la question des OGM ou encore celle de l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile. Une nouvelle fois, ces représentations du risque ne sont pas figées dans le temps et sont susceptibles d'évoluer et par là même, d'impacter la conduite des politiques publiques en matière de risque, notamment en ce qui concerne l'importance et l'ordre de priorité dans le traitement associé à chaque type de risque⁴⁴⁶.

Loin de demeurer une réalité scientifique et technique, le risque est aussi un phénomène social dont les représentations sont susceptibles d'évoluer et qui doivent à ce titre être modélisées⁴⁴⁷. Or, l'actuel paradigme d'appréhension des risques ne permet pas d'intégrer cette dynamique des croyances dans la prise de décision, ce qui, pourtant, n'est pas sans manquer d'un intérêt certain, puisque cela permettrait de compléter les éléments objectifs à disposition du décideur public avec les représentations subjectives des individus, voire à y suppléer lorsque ceux-ci n'existent tout simplement pas et qu'il faut agir en situation de précaution. A défaut de pouvoir être fondée sur des éléments purement objectifs et rationnels, au moins la décision serait-elle porteuse des vecteurs de sa propre cohérence, offrant ainsi aux acteurs du risque un référent commun sur lequel s'appuyer lors de la mise en œuvre des mesures de lutte contre les risques.

« Il est difficile d'apprécier la part des facteurs de changement, qui sont sans doute très nombreux et entremêlés : élévation générale du niveau de protection de la société, qui rend très sensibles les risques résiduels et presque obsédant le désir de prolonger au maximum la vie de chacun ; accroissement de la part des risques subis, toujours moins bien supportés que les risques librement courus ; émergence de risques authentiquement globaux, comme le changement climatique ; crise des valeurs et en particulier volonté d'accorder plus de poids à celles qui sont liées à l'environnement et au long terme ; souci général d'anticiper de plus en plus, qui d'une certaine manière construit le risque comme tel. L'attitude actuelle

connue, elle est à privilégier sur la balance bénéfice risque incertaine d'une innovation », Claude Birraux et Jean-Yves Le Deaut, L'innovation à l'épreuve des peurs et des risques, op. cit., p. 164.

⁴⁴⁶ V. Céline Grislain-Letrémy, Reza Lahidji et Philippe Mongin, *Les risques majeurs et l'action publique*, La Documentation française, 2013, p. 18. « *On constate aussi facilement que les événements réalisés modifient l'appréhension des risques majeurs comme ce qui précède le laisserait attendre : la surévaluation instantanée fait ensuite place à une sous-évaluation chronique. Les enquêtes sur le risque nucléaire sont transparentes à cet égard. S'il est vrai que l'opinion publique et même les experts sont à la traîne des faits, en revanche, les transformations législatives et réglementaires offrent une image plus complexe, tout autant liée à la dynamique interne du droit qu'à l'influence des chocs extérieurs. Parmi bien d'autres applications probantes, la sous-estimation non pas des probabilités elles-mêmes, mais de l'incertitude qui les entoure, s'est péniblement vérifiée à l'occasion du principal accident nucléaire récent, celui de Fukushima » ; termes soulignés par nos soins.*

⁴⁴⁷ Sur ce point, v. Jean-Marc Tallon, Jean-Christophe Vergnaud, « Comment exprimer les croyances dans l'incertain », *Risques*, 2002, n° 49, (En ligne sur : www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf - dernière consultation 6/05/2016).

face aux risques est vraisemblablement frappée de la confusion des périodes transitoires. Il serait vain, et sans doute même erroné, de tenter de l'analyser à la lumière d'une rationalité qui se réduirait à la poursuite de l'efficacité. Ainsi, certains risques servent en quelque sorte de points focaux à la société : ce sont des espèces de totems, contemplés avec un mélange de frayeur et de ravissement, autour desquels s'organisent des confrontations sociales. Il semble bien que les plus entachés d'incertitude se prêtent le mieux à ce rôle, faisant souvent oublier des risques lourds, avérés et bien connus »⁴⁴⁸.

B) Les dynamiques à l'œuvre au stade de la prise de décision

Preuve de la complexité des situations à appréhender, c'est une nouvelle fois une double dynamique qui doit ici être étudiée : celle liée à l'impact de la mise en œuvre des décisions adoptées sur le risque lui-même (1), mais aussi celle liée à leur impact en matière sociale (2).

1) L'évaluation de l'impact de la décision en matière de risques

Toute politique visant à prémunir la société des risques existant passe nécessairement par une évaluation de celui-ci, préalable indispensable à la constitution d'un cadre d'action donné à l'intérieur duquel les grandes lignes des actions de prévention ou de précaution pourront être tracées. Ainsi qu'il a été vu, la temporalité des phénomènes étudiés doit être prise en compte puisque celle-ci influe directement sur la nature et l'ampleur du risque. Si cette étape n'est que trop souvent négligée ou plus simplement ignorée, il en va de même de celle consistant à évaluer les conséquences de la mise en œuvre des politiques publiques de lutte contre les risques à tous les stades de leur application. Celles-ci contribuent en effet à modifier les données initiales du problème qui devraient en toute logique être réévaluées de façon à ce que les actions de résorption du risque soient recalibrées à la lumière des nouvelles données disponibles. Certaines mesures de résorption du risque peuvent ainsi contribuer à lever des zones d'ombre et réduire l'incertitude initiale qui subsistait lors de la prise de décision, offrant ainsi au décideur de nouveaux éléments d'appréciation, apport d'information inestimable, particulièrement lorsque les mesures prises l'étaient au titre de la précaution. Le cas du « syndrome d'effondrement des colonies d'abeilles » est à ce titre représentatif de ce type de situation. Caractérisé par une surmortalité importante des abeilles au sein de leur colonies, au point que l'on estime que la population globale des abeilles a diminué de près de

⁴⁴⁸ Michel Matheu, *La décision publique face aux risques*, op. cit., pp. 37-38.

30% dans de nombreux pays européens, ce syndrome était attribué originellement à l'usage de deux insecticides ; cela sans toutefois qu'ait pu être prouvée scientifiquement l'existence d'un lien de cause à effet entre les insecticides incriminés et la diminution de la population d'abeilles. C'est donc sur le fondement du principe de précaution qu'il était procédé au retrait graduel de ces deux insecticides, sans que toutefois des améliorations aient pu être observées. Des analyses plus approfondies devaient ensuite permettre de mettre les substances en question hors de cause, tandis que dans le même temps la réalité -et l'aggravation- du phénomène était reconnue. C'est à la lumière de ces nouvelles informations que l'emploi des substances précédemment interdites était à nouveau autorisé⁴⁴⁹.

De la capacité à assurer un suivi régulier des mesures mises en œuvre dépend celle d'inscrire l'action publique dans une dynamique de long terme.

2) L'évaluation de l'impact de la décision en matière sociale

Un autre aspect à prendre en compte est celui de l'impact des mesures, non seulement à l'égard de l'objectif visé (la réduction du risque), mais également dans toutes ses autres composantes, notamment socio-économiques et politiques. Trop souvent en effet l'instruction des décisions publiques est carencée sur deux points : *« d'une part, il manque une caractérisation complète, ou à défaut suffisamment large, des enjeux, notamment des impacts socio-économiques considérés du point de vue de la société dans son ensemble ; d'autre part, l'identification des porteurs d'enjeux et leur intégration dans un processus de dialogue et d'instruction de la décision publique sont insuffisantes »*⁴⁵⁰.

Une décision en matière de risque n'est jamais neutre et se limite rarement à une mesure de nature purement et exclusivement technique : elle peut aussi être un choix de société dont il convient de mesurer tous les enjeux, directs comme indirects. Le décideur public ne devrait pas non plus hésiter à prendre de la hauteur de vue pour anticiper les conséquences des mesures ordonnées, notamment afin de vérifier si le remède apporté n'aura pas des conséquences pires que le mal que l'on souhaite traiter. L'interdiction du trichloréthylène a ainsi conduit à sa substitution par le perchloréthylène dans les pressings, soit un produit cancérigène par un autre produit cancérigène...

⁴⁴⁹ V. AFSSA, *Mortalité, effondrements et affaiblissement des colonies d'abeilles*, rapport de 2008 actualisé en avril 2009. V. aussi Conseil général de l'alimentation, de l'agriculture et des espaces ruraux, Rapport n° 11174-01, Plan de développement durable de l'apiculture, 2012.

⁴⁵⁰ Pour un panorama global de cette question, voir : *La décision publique face à l'incertitude. Clarifier les règles, améliorer les outils*, Comité de la prévention et de la précaution - Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de la Mer (MEEDDM), 2010, p. 33.

Mais la complexité de la modernité exige désormais que l'évaluation des risques aille au-delà d'une simple analyse coûts-bénéfices et qu'elle intègre d'autres aspects au sein d'un processus formalisé. Des outils d'aide à la décision ont été développés, permettant d'inclure une approche multi facteurs à une classique évaluation coûts-bénéfices mais n'ont pas encore été assimilés : *« ils s'appuient sur des méthodes proches de l'analyse coûts-bénéfices, dont le principe est d'évaluer les options qui se présentent au décideur en attribuant une valeur (généralement monétaire) à l'ensemble de leurs conséquences, qu'elles soient sanitaires, environnementales, économiques, sociales, etc. L'analyse coûts-bénéfices tient compte à la fois du risque et de la dimension temporelle des décisions, en intégrant de façon cohérente les événements futurs et/ou incertains par le biais de facteurs d'escompte et de probabilités de réalisation. Quels que soient leur nature, leur horizon temporel et leur probabilité, tous les facteurs pertinents d'un point de vue décisionnel peuvent ainsi être agrégés au sein d'une mesure unique, telle que la valeur actuelle nette escomptée ou le ratio avantages-coûts. Cette valeur est censée mesurer la variation espérée du bien-être social associée à une option donnée. La solution qui fournit la valeur la plus élevée pour cette mesure est celle que l'on peut considérer comme la plus avantageuse du point de vue de la société. L'analyse coûts-bénéfices admet un certain nombre de variantes, notamment l'analyse multi-critères où le décideur peut se donner non pas un objectif unique (la maximisation du bien-être social), mais plusieurs objectifs simultanés (par exemple utiliser efficacement les ressources disponibles sans perdre de vue les aspects redistributifs, et prendre en compte des valeurs sociétales spécifiques) »*⁴⁵¹.

Un dernier paramètre à prendre en considération est celui de la plasticité des différents acteurs chargés de la mise en œuvre des politiques publiques de lutte contre les risques. Tous ne sont pas aussi sensibles et réceptifs aux problématiques abordées que le décideur initial aussi est- il impératif d'anticiper le latitudinarisme des différents maillons de la chaîne d'exécution par la mise en place d'un véritable processus de décision qui, pour l'heure, pêche par son absence.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 41.

Section 2 : Les travers du modèle d'adoption des décisions publiques face au risque

Après l'époque moderne est venu le temps des révolutions et la petite histoire des risques a suivi le même chemin que la grande histoire des hommes. Car, révolutionnaire, le nouveau cadre dans lequel le décideur public se trouve forcé d'inscrire les directions des politiques qu'il compte mener à bien l'est à plus d'un titre. Situation déjà évoquée, le classique schéma d'appréhension des risques reposant sur le triptyque analyse-décision-retour d'expérience a désormais imposé sous la pression de l'émergence de nouvelles menaces, perçues comme d'autant plus dangereuses qu'elles demeurent invisibles, indéfinies et protéiformes. Porteuses de nouveaux enjeux et surtout de nouvelles dynamiques, elles ont définitivement entraîné la problématique des crises hors du seul terrain des sciences exactes, contribuant ainsi à élargir le champ de perception des risques par la société en multipliant les angles d'approche par lesquels il faudrait l'appréhender, mais aussi à épaissir le voile d'ignorance le maintenant dans l'ombre, augmentant d'autant les questionnements préalables à toute prise de décision⁴⁵².

Initié dans les années 1970 par l'apparition de crises technologiques majeures se caractérisant par leur ampleur, leur intensité et la dimension des situations qu'elles obligeaient à traiter⁴⁵³, ce mouvement de rupture s'est poursuivi tout au long des décennies suivantes, jusqu'aux années 1990 où un nouveau niveau de complexité est venu se surajouter à ceux préexistants : celui de l'inconnu. Le siècle vieillissant, déjà confronté à des menaces d'une étendue insoupçonnée jusqu'alors, se voyait exposé à des risques d'un genre nouveau, se singularisant par leur nature souterraine et les angoisses qu'ils suscitent (HIV, ESB, OGM...).

Dans le même temps, l'incapacité des pouvoirs publics à repenser en amont les modes de gouvernance de ces nouveaux risques, avant leur survenance, conjuguée à plusieurs échecs cuisants, ont durablement affecté la confiance placée en eux par le corps des citoyens.

⁴⁵² « La "chose" est là, en vraie grandeur ou, pire encore peut-être, à l'état de spectre sinistre. C'est immédiatement le choc et une sourde angoisse : que se passe-t-il donc ? On ne comprend pas, on reste incapable de nommer la difficulté, de cerner le problème. De toute part, ce ne sont que menaces, replis, échecs, mauvaises nouvelles, rebondissements aggravants; rien ne marche, tout se détériore... Une question semble bientôt résumer les sentiments des acteurs en première ligne : "Mais qu'est-ce qui va encore nous tomber dessus ?". A l'évidence, on ne se trouve pas face à une défaillance habituelle; il ne s'agit plus d'une simple brèche. Le tableau de bord habituel apparaît inopérant : aiguilles bloquées au maximum sur maints cadrans, indications trompeuses, mesures sans signification. (...) Très vite, le dirigeant perçoit que chacun se tourne vers lui : que faire ? Ou plutôt : quel sens donner à tout cela, quels nouveaux points de repère arrêter pour l'action ? Comment lire la situation ? », observe Patrick Lagadec, *La gestion des crises*, McGraw-Hill, 1991, p. 29.

⁴⁵³ Three Miles Island, Seveso... V. Olivier Godard, Claude Henry, Patrick Lagadec et Erwann Michel-Kerjan, *Traité des nouveaux risques : précaution, crise, assurance*, Gallimard, coll. Folio Actuel, 2002. V. également Ulrich Beck, *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, Aubier, Paris, 2001 (1^{ère} éd. en allemand en 1986) ; v encore « Nouveaux risques, nouvelles compétences », *Risques*, 1999, n° 40, pp. 67-121. V. Patrick Lagadec, « Risques et responsabilité collective : des ruptures à penser et à conduire », *Risques*, 1999, n° 40.

Désormais, dans le champ des consciences face à certaines problématiques, la suspicion domine et le recours aux anciens modes de gestion des risques, par une structure hiérarchique et en silo, à peu près totalement découplée de la société civile, ne permettra pas de restaurer la confiance de ses derniers, confiance pourtant indispensable pour la conduite efficace des politiques publiques faces aux nouveaux risques collectifs. En effet pour les pouvoirs publics, *« il ne s'agit plus seulement de gérer les accidents mais de saisir la crise potentielle qu'ils peuvent contenir ; plus seulement de gérer les crises ponctuelles, mais de saisir les ruptures potentielles qu'elles peuvent provoquer »*⁴⁵⁴. Pour cela, il faut à cet objectif conjuguer celui de la reconquête des esprits et des cœurs des citoyens par l'élaboration de nouveaux modes de participation démocratiques à l'élaboration de décision de nature scientifique ou technique.

L'analyse des imperfections de l'actuel modèle général d'adoption des décisions publiques (§1) doit permettre de révéler les voies par lesquelles il doit être repensé (§2).

§1) Les imperfections de modèle général d'adoption des décisions publiques

Confronté à de nouveaux risques, le décideur public doit, en plus des difficultés posées par l'appréhension de ce nouvel environnement (A), composer avec celles inhérentes à l'intégration de nouveaux paramètres dans la prise de décision (B).

A) Les difficultés de la décision en situation complexe

Depuis les années 1970, l'incapacité des pouvoirs publics de parvenir à anticiper sur la réalisation de grandes catastrophes technologiques ou scandales sanitaires et la gestion parfois anarchique et opaque des crises au moment de leur survenance, ont affecté durablement le lien de confiance qui unissait les citoyens aux décideurs par le biais des experts. C'est à une véritable extension du domaine de la crise que le décideur se voit aujourd'hui confronté, extension conjuguée à une perte des repères qui autrefois servaient d'assise aux politiques menées. Trois points en particulier retiennent l'attention, trois des piliers qui constituaient auparavant le socle de la légitimité des décisions publiques en matière de risque et qui se sont vu sapés dans leurs fondements : la nature et le rôle de l'expertise, le recours à la puissance publique comme unique décideur et enfin la gestion de la communication. Cette triple remise en question interdit désormais le recours à l'ancienne procédure, voulant que les experts éclairent le décideur sur les politiques à mener, par lui et par lui seul, avant qu'il ne puisse communiquer (si possible de manière rassurante) sur les remèdes qu'il compte appliquer à la

⁴⁵⁴ Olivier Godard, Claude Henry, Patrick Lagadec et Erwann Michel-Kerjan, *Traité des nouveaux risques*, Gallimard, coll. Folio, 2002.

crise. L'extension du domaine de la crise (1) s'est traduite pour le décideur public par l'apparition d'un univers controversé, difficile à conceptualiser, mais au sein duquel il se verra pourtant contraint d'agir (2).

1) L'extension du domaine de la crise

La légitimité conférée à l'ancienne architecture logique de prise de décision tenait tout entière à son efficacité. A mi-chemin entre la structure technocratique et l'édifice politique aristotélien où un seul décide (le Pouvoir, réduit à un seul centre d'impulsion), conseillé par quelques-uns (les meilleurs de leur catégorie : scientifiques et experts), avec l'assentiment, tacite, de tous (le corps des citoyens), il y a avait en effet tout lieu de se féliciter de l'organisation du processus d'adoption de la décision publique⁴⁵⁵. Les domaines à l'origine des risques n'étaient perçus que comme des facteurs d'amélioration de l'existence et étaient en plus affaire de spécialistes ; il était donc bien naturel que les grandes décisions en relevant soient laissées entre les mains de ces derniers et des décideurs publics. Le simple citoyen lui, n'avait qu'à cueillir les fruits que lui offrait spontanément son environnement, animé de ce qui apparaissait comme le développement naturel de la société. Ce tableau idyllique des rapports entre l'homme et le risque, où plutôt des non-rapports entre l'homme et le risque, a pris fin en même temps que les Trente Glorieuses et l'apparition d'une série de grandes catastrophes technologiques et de scandales sanitaires face auxquels le modèle a fait étalage de ses failles. C'est qu'en effet, « *du côté de la société civile, en raison de multiples démonstrations d'imprévoyance, de décalage entre un discours assuré et une réalité bien plus incertaine, d'opacité sur les processus de décision et sur l'action effectivement menée, parfois de franche irresponsabilité lors d'épisodes à haut risque, un réel désenchantement d'est produit dans les esprits* »⁴⁵⁶.

Désormais, le progrès scientifique n'est plus synonyme de progrès humain et aux leitmotifs de années 1970 comme « *tout est sous contrôle* » et « *les experts sont formels* » a succédé « *le risque zéro n'existe pas* ». Loin d'avoir simplement été les conséquences de disfonctionnements conjoncturels du système face à des thématiques données, les échecs successifs ont été les révélateurs de véritables défauts structurels. L'édifice décisionnel précédemment décrit est jeté à bas car le citoyen n'a plus à accepter que le décideur public décide seul, parce que l'expert qui éclairait son jugement n'est plus en mesure de démontrer la

⁴⁵⁵ Aristote, *Les Politiques*, Flammarion, 1999.

⁴⁵⁶ Olivier Godard et alii, *Traité des nouveaux risques*, op. cit., p. 20.

maitrise des savoirs qu'il prétendait détenir⁴⁵⁷. Cette rupture de confiance, profonde et durable dans ce qui était tenu pour être le schéma directeur naturel de développement de la société n'a pas été sans incidence sur la conscience collective et la bonne marche intérieure des Etats. Maintenant, le progrès est marqué du sceau de la menace et il importe peu que celle-ci existe réellement ou soit simplement putative. Il suffit qu'elle soit perçue comme telle et que les circonstances adéquates soient réunies pour que le climat mental serve de comburant à la machine médiatique. Les crises proprement dites se sont doublées d'une crise de confiance, laquelle « *est simple à expliquer : les non-spécialistes ne sont ni irrationnels ni fermés au progrès, ils se montrent au contraire hautement rationnels en décidant de ne pas faire confiance à des chercheurs et à des ingénieurs qui sont incapables de gérer correctement les risques qu'ils font courir, parfois sans même s'en rendre compte, à la société dans son entier. Nos sociétés modernes entrent dans l'ère du soupçon tout simplement parce que les institutions, politiques et économiques, qu'on avait imaginées pour garantir la validité et la légitimité de la science, s'avèrent à l'usage d'une grande inefficacité* »⁴⁵⁸.

Si c'est là l'un des éléments permettant d'expliquer le passage de l'ère du progrès à l'ère du soupçon, ce n'est pas le seul et le glissement de l'une vers l'autre est plus largement la conséquence, non par uniquement d'une crise de confiance, mais d'un partage de la production des connaissances entre experts et grand public⁴⁵⁹. Dans tous les cas, la rupture ou l'altération du lien qui unissait experts et grand public interroge sur le lien entre la production du savoir, sa perception et sa réception par l'ensemble des acteurs et enfin, sa prise en compte par le décideur. Plus spécifiquement, elle interroge sur le rôle de l'expert mais également sur

⁴⁵⁷ Pour un exemple de disfonctionnement majeur du système d'expertise précédemment décrit, avec un conflit d'expertises, v. Olivier Godard, « Leçons tirées du maintien de l'embargo sur le bœuf Britannique en 1999. », *Revue française d'administration publique*, 2002-3, pp. 411-421. L'auteur y notait : « *la présence d'éléments extrascientifiques au cœur même de l'activité d'expertise ne doit pas être considérée comme une impureté à éliminer ou une source de biais à dénoncer. Elle est inhérente à l'activité même d'expertise scientifique. Biais et manipulation peuvent intervenir lorsque les experts ou les commanditaires de l'expertise n'en ont pas conscience ou que cette réalité de base demeure voilée sans être assumée. C'est à cela que l'évolution encore attendue des pratiques d'expertise doit remédier* ».

⁴⁵⁸ Michel Callon, « Les différentes formes de démocratie technique » *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 38, « Risque et démocratie », pp. 37-54.

⁴⁵⁹ V. François Boisivon, Marie-Josèphe Carrieu-Costa et alii, « Le partage des savoirs scientifiques. Enjeux et risques », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, 2008-3, pp. 62-67. M.-J. Carrieu-Costa d'y souligne : « *La science fait partie du débat sociopolitique et elle peut être à ce titre questionnée, voire instrumentalisée, d'autant plus qu'elle est porteuse de risques et de bénéfices. Elle fait aussi exister l'invisible -violemment. La détection, l'observation, la mesure scientifique échappe, en effet, aux sens du commun. Nous en avons fait l'expérience avec le nucléaire, mais le phénomène se répète et s'amplifie, avec les OGM, la couche d'ozone, la biodiversité et les nanotechnologies. Le citoyen, quand bien même il reste attaché à la recherche et à ceux qui l'animent, demande sinon des comptes, du moins une certaine compréhension, un certain partage des savoirs et des arbitrages. Nous devons aujourd'hui nous interroger sur les processus de constitution de l'opinion publique et faire face à des déficits de société. Il devient urgent d'inventer une république des sciences et des technologies, dans la nécessaire transparence des modes de production et d'évaluation* ».

celui du profane. Expert et profane, à supposer même qu'ils se fassent une représentation exacte de leur environnement, ne sont en effet par nature pas sensibles aux mêmes réalités que celui-ci leur présente ⁴⁶⁰. Dès lors, l'apparition de controverses ⁴⁶¹ est inévitable, particulièrement lorsqu'à l'origine du problème existe une situation d'incertitude scientifique, laquelle est susceptible polariser autour d'elle le grand public, qui se divisera alors en groupes adoptant des positions et des stratégies divergentes sur la manière de le traiter. Quoiqu'une situation de controverse puisse être l'occasion pour ceux qui y participent d'affiner leur pensée et de réajuster leur position au fur et à mesure de l'avancée des échanges, jusqu'à ce qu'ils parviennent tous à adopter un point de vue médian qui satisfasse l'intérêt général, toutes les controverses sont loin de connaître cet aboutissement.

Le développement d'une controverse ne peut en effet pas « être assimilé à un ensemble d'échanges entre des sujets raisonnables dont les interactions feraient émerger progressivement l'objectivation parfaite d'une situation problème et déboucherait spontanément sur la meilleure solution possible. Les travaux sur les controverses sociotechniques ont au contraire montré à quel point le déroulement de ces dernières repose sur des activités permanentes de sélection et d'évacuation d'acteurs et d'arguments, assorties de leurs retours plus ou moins efficaces : "dans une controverse rien n'est plus important que les mécanismes par lesquels se fixent l'identité des participants, les rôles qu'ils jouent et les sujets qu'ils abordent". Les positions, les intérêts et les arguments s'assemblent et se confrontent en situation, beaucoup plus qu'ils ne préexistent aux échanges. L'observation empirique de nombreuses controverses sociotechniques montre que le modèle habermassien de découverte itérative d'une vérité par la seule délibération se révèle très idéaliste » ⁴⁶². Quoiqu'il ne faille pas pécher par idéalisme, il serait tout aussi dangereux d'ignorer la réalité de controverse au motif que son issue serait incertaine.

La controverse en effet, permet au moins une mise à plat des enjeux et intérêts en présence et de révéler les mouvements qui animent ceux qui les portent ⁴⁶³. En ce sens, elle permet tout à la fois s'explorer mais aussi de stabiliser les enjeux dans le débat public. Pour la puissance publique, reconnaître ouvertement l'existence d'une controverse en initiant une forme de délibération et en acceptant de s'y engager revient à ouvrir une boîte de Pandore. En

⁴⁶⁰ Sur ce point, v. Bernard Chevassus-au-Louis, *L'analyse des risques, L'expert, le décideur et le citoyen*, Editions Quæ, coll. Sciences en questions, 2007.

⁴⁶¹ V. l'entrée « Controverse », par Pierre Lascoumes, in *Dictionnaire des politiques publiques*, pp. 172-179.

⁴⁶² Pierre Lascoumes, « Productivité de l'expertise et renouveau des controverses », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 38, « Risque et démocratie », pp. 75-95.

⁴⁶³ V. Pierre Lascoumes, « De l'utilité des controverses socio-techniques », *Journal International de Bioéthique*, 2002-2, pp. 68-79.

même temps qu'elle libère les maux qui y étaient enfermés et qui n'auraient pas manqué de se manifester par un autre biais si elle ne s'était risquée à volontairement s'y confronter, elle les force à se dévoiler sur la scène publique et donc, dans l'arène politique. Surtout, en prenant l'initiative d'ouvrir ou à tout le moins de solenniser les débats autour d'une question donnée, la puissance publique apporte la démonstration, à tous les acteurs du débat public, qu'elle ne l'ignore pas plus qu'elle ne cherche à l'esquiver⁴⁶⁴. Ce faisant, elle contribue ainsi à en orienter l'issue à son avantage.

Cette place désormais centrale de la controverse dans le champ de la production du savoir a modifié en profondeur le rôle de l'expert⁴⁶⁵. Originellement cantonné à la « *construction de la certitude* » il doit maintenant, sous l'action du développement du principe de précaution⁴⁶⁶ et des causes qui l'ont vu naître, participer à « *l'approfondissement de l'incertitude* »⁴⁶⁷. Mais parce que l'incertitude ne concerne plus exclusivement son champ de spécialité, l'expert se voit concurrencé par d'autres acteurs, pouvant prétendre à participer à l'expertise sans pour autant être expert dans une discipline donnée. Car la remise en cause de la place de l'expert ne porte pas uniquement sur sa légitimité dans sa participation à la prise de décision. Elle interroge également sur la nature de la connaissance nécessaire au décideur pour fonder son opinion et sur la relation devant exister entre connaissance et action⁴⁶⁸. Par conséquent et au-delà de la seule question du rôle de l'expert, c'est donc l'univers du risque, au sens mathématique du terme, qui se trouve bouleversé. Par effet induit, c'est donc à une

⁴⁶⁴ Sur ces questions, v. Jane Mansbridge, Bernard Manin et *alii*, « La place de l'intérêt particulier et le rôle du pouvoir dans la démocratie délibérative », *Raisons politiques*, 2011-2, pp. 47-82.

⁴⁶⁵ V. Rafael Encinas de Munagorri, « Quel statut pour l'expert ? », *Revue française d'administration publique*, 2002-3, pp. 379-389. V. également Christiane Restier-Melleray, « Experts et expertise scientifique. Le cas de la France », *RFSP*, 1990, pp. 546-585. Sur le même sujet, mais à propos de la situation américaine de l'expert, v. Sheila Jasanoff, *The Fifth Branch. Science advisers as Policymakers*, Harvard University Press, 1994.

⁴⁶⁶ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 : L'essor du principe de précaution, pp. 91-141.

⁴⁶⁷ V. Pierre Lascoumes, « L'expertise, de la recherche d'une action rationnelle à la démocratisation des connaissances et des choix », *Revue française d'administration publique*, 2002-3, pp. 369-377.

⁴⁶⁸ Relevons ici que l'expert a parfaitement intégré les mutations qui ont affecté son rôle et sa fonction, comme le note Jacques Lochard : « *l'expertise dans le domaine de l'évaluation et la gestion du risque ne peut pas faire abstraction du contexte de gouvernance des activités à risque qui font l'objet d'expertises. L'expert ne peut pas ignorer le contexte sociopolitique dans lequel s'inscrit son expertise. Il doit identifier les positions des différents acteurs sur le sujet ainsi que les valeurs sur lesquelles ces acteurs s'appuient pour justifier leurs préférences et qui sont souvent conflictuelles. S'il veut être entendu, l'expert doit tenir compte des valeurs sociales qui émergent et des débats qui traversent son champ d'expertise. D'une certaine manière, pour être crédible, il doit pouvoir inscrire son expertise dans le débat social au même titre qu'il doit l'inscrire dans la controverse scientifique lorsqu'elle existe. Une telle reconnaissance implique pour l'expert une exigence d'adaptation quasi permanente de son expertise. Il doit intégrer les nouvelles valeurs et leurs conséquences sur les éléments qui structurent son expertise* » ; in « Expertise et gestion des risques en matière nucléaire », *Revue française d'administration publique*, 2002-3, pp. 471-481.

extension du champ de la crise que les pouvoirs publics doivent affronter, extension qui couvre une multiplicité de domaines et une multiplicité d'acteurs⁴⁶⁹.

Pour répondre à cette extension du champ de la crise, il va être nécessaire de refonder la notion d'expertise pour l'adapter à l'apparition de cet univers controversé des risques⁴⁷⁰.

2) L'apparition d'un univers controversé

Le constat précédemment posée sur les mutations du rôle de l'expert comme tout à la fois cause et conséquence de l'extension du domaine de la crise, appelle un examen succinct de ses conséquences les plus immédiates. Désormais, le « sachant » ne sait plus : expert en son domaine, il lui est demandé d'appliquer son savoir à un objet qui est hors de ses frontières. Tout au plus peut-il s'efforcer de borner l'incertitude à laquelle les pouvoirs publics se trouvent confrontés, confessant ainsi indirectement son ignorance, et s'engager dans un débat public par lui perdu d'avance : quand il n'a que des doutes et un discours scientifique, ses opposants ont, eux, souvent des certitudes et parfois même un agenda politique, n'hésitant jamais à mettre les premières au service du second. Dans la balance des consciences, l'opinion de l'expert, faite de subtilités, de retenues et d'infinies nuances, portant sur des domaines dont la maîtrise de la complexité est réservée à une élite restreinte, ne pèse

⁴⁶⁹ Sur la contestation de l'expertise exclusivement scientifique, v. Céline Granjou, « L'expertise scientifique à destination politique », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2003-1, pp. 175-183. A propos des origines de cette contestation, l'auteur y relevait notamment : « On peut distinguer une première filiation proprement philosophique avec la réflexion théorique de Jürgen Habermas (1968), répondant à la critique de Marcuse de l'essence de la société capitaliste moderne (1964). Habermas décrit les conséquences politiques de l'extension, propre à la société actuelle, de la "rationalité instrumentale" (recherche de la maîtrise des choses, de l'efficacité dans l'action, caractérisant selon Habermas l'essence de la science moderne) au détriment de la "rationalité communicationnelle" (recherche du sens et dimension de débat). Si le savoir technique de l'expert, censé faire apparaître les contraintes objectives de la réalité, est le seul fondement légitime de l'action, la dimension pratique (choix des valeurs) se trouve absorbée par la dimension technique, ce qui correspond à une dépolitisation de la société. Habermas se demande alors "comment le pouvoir de disposer techniquement des choses peut être réintégré au sein d'un consensus de citoyens". Il distingue, pour répondre, trois modèles de prise de décision : le modèle décisionniste, où les choix politiques sont irréductibles à la rationalité scientifique ; le modèle technocratique, qui tend à remplacer le premier depuis Bacon, où l'activité proprement politique de choix de valeurs s'efface sous l'illusion de "contraintes objectives" mises au jour et gérées par les spécialistes ; enfin, le modèle pragmatique, proche de l'advocacy anglo-saxon, permettant seul d'associer rationalité scientifique et existence de systèmes de valeurs, grâce à la réappropriation par tous les citoyens d'un certain niveau de connaissance ».

⁴⁷⁰ V. Marie-Angèle Hermitte, « L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts », *Justices*, 1997, n° 8, p. 79. Sur la possibilité de démocratiser l'expertise, v. Renaud Dehousse, NotisLebessis, « Peut-on démocratiser l'expertise ? », *Raisons politiques*, 2003-2, pp. 107-123. Sur la refondation de l'expertise et les modifications à apporter aux processus d'expertise, v. Commission européenne, *Gouvernance européenne : Livre blanc*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2001. V. aussi *Gouvernance européenne. Travaux préparatoires au Livre blanc*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2002. V. aussi, quoi que l'article soit un peu daté, Henri Motulsky « L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe, préface et notions générales », in *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris*, t. 13, 1968 ; v. enfin Jean-François Girard, « Témoignages. Risques, expertise, décision publique : un retour sur le sens des mots », *Revue française d'administration publique*, 2002-3, pp. 423-426.

rien face aux positions entières et fortes de ses contradicteurs, notamment celles des prêcheurs d'apocalypse, dont la netteté ne s'embarrasse pas toujours de réalisme. Le décideur public, quant à lui, a perdu une grande partie de sa légitimité à décider : incapable de mobiliser les informations nécessaires à la prise de décision, il se voit mis à quasi pied d'égalité avec les autres animateurs du débat public⁴⁷¹.

La communication, enfin, relève d'un exercice d'équilibriste duquel les pouvoirs publics sortiront presque toujours perdants. Ainsi qu'il a déjà été rappelé, la gestion maladroite de certaines grandes catastrophes ou dossiers sanitaires a laissé dans la conscience collective un sentiment général de défiance, profond et durable, à l'endroit des experts et des décideurs publics, accusés de dissimuler la gravité réelle de certaines situations pour préserver leurs positions.

Ce sentiment de défiance est encore accru par l'attitude des médias qui n'hésitent pas à ouvrir largement leurs colonnes et leurs plateaux aux représentants des opinions dissidentes ou minoritaires, afin de faire contrepoids au point de vue officiel, toujours suspect de dissimuler la vérité⁴⁷². Les pouvoirs publics, quant à eux, sont pour ainsi dire toujours pris en défaut, l'ignorance légitime dans laquelle ils se trouvent ne pouvant à aucun moment permettre de produire un discours et une action nette et lisible. De plus, les palinodies entre leurs différents représentants ne manquent pas d'être interprétées au mieux comme des aveux d'impuissance (ce qu'ils sont), au pire comme des failles dans le voile du mensonge savamment tissé pour recouvrir la réalité (ce dont il n'est pas exclu qu'ils l'aient été parfois). A cela vient encore s'ajouter une tendance bien naturelle pour le sensationnalisme et l'on comprendra aisément au combien la communication de crise peut s'avérer délicate.

C'est pourtant dans cet univers controversé qu'il appartient au décideur public d'élaborer une stratégie contre la menace qui se profile, au moins dans les consciences. Or, c'est bien là tout le problème, il n'existe à l'heure actuelle aucun cadre de référence commun à tous les organes des pouvoirs publics qui ne soit hérité de schémas désormais dépassés, faute d'un regard neuf sur les risques. Mal conceptualisés, ils obligent le décideur public à agir comme otage plutôt que comme acteur dans un cadre aux limites marquées par un

⁴⁷¹ Sur les rapports entre la science et la politique, v. Jürgen Habermas, « Scientification de la politique et opinion publique », in *La technique et la science comme idéologie*, Gallimard, 1973, p. 99 et s. ; et v. déjà Max Weber, *Le Savant et le Politique*, Ed. 10*18, coll. Bibliothèque, 2002, 1^{ère} éd. française 1959.

⁴⁷² L'essor d'Internet permet encore d'y trouver facilement des antidotes aux discours médiatiques dominants, chacun pouvant tout aussi facilement se lier en réseaux avec d'autres personnes contestant tel discours public et médiatique ; v. not. Patrice Flichy, « Internet et le débat démocratique », *Réseaux*, 2008-4, n° 150, p. 258 et de Dominique Cardon et Fabien Granjon, *Médiactivistes*, 2^e éd., Presses de Sciences Po, 2013, spéc. le ch. 4.

horizon stratégique fermé, conséquence d'une absence de questionnement approfondi sur ces nouvelles problématiques et les nouveaux paramètres qu'elles ont introduits.

Ce constat posé, les questions sous-jacentes qui y ont conduit demeurent en suspens : qui dans une démocratie bien réglée, possède la qualité et la légitimité de décider en matière de risques controversés, alors que le titulaire ordinaire de la fonction n'est plus en mesure d'éclairer son jugement par l'avis d'un spécialiste, le domaine à traiter étant hors des limites de son art ? Qui, dans cette même démocratie, a qualité et légitimité pour formuler les questions à poser autour de la maîtrise de ces risques controversés, et par là même à conditionner pour partie les réponses qui seront apportées ? Qui détermine les paramètres à prendre en compte et ceux qui doivent être exclus et de ce fait, qui trace les contours du problème qui doit être traité ? En d'autres termes, qui pose les bornes de l'univers controversé et qui choisit les déterminants de la controverse ? Et indépendamment des questions de qualité et de légitimité, qui s'en charge néanmoins dans le silence des personnes autorisées ?⁴⁷³ Par définition en effet, le débat public est un processus ouvert qui n'est conduit que par ceux qui aspirent à le nourrir et l'orienter et il n'est donc nul besoin qu'un individu ou un groupe constitué soit considéré comme autorisé pour qu'il puisse y participer. De plus, la nature ayant en toute chose horreur du vide, il faut et il suffit qu'une problématique existe pour que certains s'en emparent et que le débat public participe à polariser une partie de la population autour d'elle.

Dans un univers controversé et dans l'impossibilité de s'appuyer sur des critères stricts et incontestables de prise de décision, la décision publique idéale, à supposer qu'elle existe, se trouve au barycentre de deux champs de perceptions, déjà envisagés. Le premier est celui des experts, qui bien qu'à les supposer opérant aux limites de leur art, sont peut-être néanmoins en mesure de borner l'horizon de l'incertitude. Le deuxième est celui du corps social pris dans toutes ses dimensions et qui s'il ne peut prétendre collectivement au même niveau de connaissance que les experts, reste le premier intéressé par la décision. Ces deux corps ne sont :

⁴⁷³ Toutes ces questions sont loin d'être neutres sur la marche de l'Etat et son organisation. En effet, « *le risque est un mélange de peur et d'organisation. Dans des conditions de connaissance avancée, sa dimension organisationnelle est inéluctablement sélective. Dans des conditions de "cindynisation" où la connaissance est de plus en plus utilisée comme outil de précaution, la sélection des dangers à explorer et à traiter devient l'un des principaux aspects de a gouvernance politique. Contrôler la priorité des menaces à gérer signifie, en pratique, déterminer l'importance des champs dans lesquels elles se présentent. De par la gravité de son rôle, cette hiérarchisation devrait être une des cibles principales du processus démocratique formel ; elle demeure une fonction de l'espace public, négociée entre les gouvernements, les médias et les grands acteurs institutionnels dont les intérêts sont chaque fois en jeu* », relève Michel Lianos, « Point de vue sur l'acceptabilité sociale du discours du risque », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 38, « Risque et démocratie », pp. 55-73.

- ni totalement rationnels. Les experts en situation d'incertitude opèrent par définition au-delà des compétences qui sont les leurs et ne peuvent donc prétendre apporter une réponse définitive aux questions qui leurs sont posées, tandis que le corps social ne peut pas maîtriser les données du problème au même niveau que les experts.

- ni totalement irrationnels. Les experts contribuent à apporter des débuts de réponses et à chasser l'impossible du champ des possibles tandis que le corps social parce qu'il est toujours le premier intéressé par la décision, par ses questionnements, interroge la pertinence de celle-ci à chaque stade de sa construction.

Ces deux corps traduisent chacun par leur positionnement une sensibilité particulière à certains aspects du problème à traiter et ainsi les révèlent autant qu'ils contribuent à les résoudre. La décision idéale, entendue ici comme celle la plus optimale et la plus à même d'embrasser toutes les dimensions du problème à traiter, se situe au barycentre de ces deux champs de perception. Mais cette décision idéale, à supposer qu'elle existe, qu'il soit possible de trouver un dénominateur commun aux différents points de vue en présence, et qu'il soit possible de révéler objectivement ce qui reste avant tout une abstraction intellectuelle avant de pouvoir clairement en mesurer les effets, ce barycentre, le décideur public n'est pas le seul à le déterminer. Un autre acteur participe en effet à la construction de l'opinion publique et donc de la décision publique : les médias. Il est assez largement entendu que contrairement à ce que leur nom peut laisser supposer, les médias ne sont pas un simple intermédiaire, sorte de véhicule passif des opinions en présences qui ne feraient qu'y transiter sans se rencontrer, avant de ne se heurter que dans les consciences. Parce que les médias sont le véhicule des opinions, ils sont justement aussi susceptibles d'en être le conducteur ou l'instrument⁴⁷⁴.

Leur nature même de medium, c'est-à-dire de moyen terme entre deux termes, conjuguée au fait qu'ils ne peuvent présenter l'intégralité des informations à leur disposition sur la totalité des sujets en présence à un instant donné, les obligent à des choix dans la présentation de l'information. Quoique la question présente en elle-même un grand intérêt, il importe peu pour l'instant de savoir quelles sont les raisons qui ont conduit les médias à procéder à ces choix. Il faut et il suffit de constater qu'en structurant l'information autour de positions données, les médias posent d'une certaine manière les données du problème à traiter, voire révèle simplement l'existence du problème. Ce faisant, inconsciemment ou non,

⁴⁷⁴ Sur les différents modes d'influence des médias sur l'opinion et la décision publique, v. Jean-Louis Missika, « La délibération imparfaite », *Pouvoirs*, 2006, n° 119, pp. 5-14 ; l'auteur d'y soutenir que « *Les démocraties occidentales traversent actuellement une période que l'on pourrait qualifier de "brouillard médiatique" : les médias sont délocalisés, l'information de divertissement prédomine sur l'information de jugement, les médias conversationnels contrecarrent ou outrepassent les médias institutionnels, etc. Ces bouleversements ne sont pas sans conséquences sur les modalités de la délibération politique* ».

ils participent à pondérer les coefficients qui affectent les différents champs de perception dont il était précédemment question. Par là même, ils contribuent à modifier la position du barycentre de la décision idéale évoquée plus haut. En situation de controverses plus qu'en toute autre, le quatrième pouvoir devient ainsi le premier de tous.

Le constat n'est ni nouveau, ni original. Tocqueville déjà, en 1835, reconnaissait l'importance de la presse dans la fabrique de l'opinion⁴⁷⁵. Depuis, le développement considérable de nouveaux vecteurs et de nouvelles formes de communication et d'information a démultiplié l'assiette sur laquelle les médias sont susceptibles de peser : radio, télévision, puis internet et maintenant chaînes de radio et de télévision sur internet. Il n'est désormais plus à un seul moment de son existence où l'homme du XXI^e siècle n'a la possibilité de se mettre en contact avec l'information, voire n'y n'est confronté sans l'avoir demandé. Mais là où Tocqueville portait sur les médias libres un regard globalement positif « *par la considération des maux qu'elle empêche bien plus que par les biens qu'elle fait* »⁴⁷⁶, l'analyse et le sentiment général sur la place et le rôle des médias en démocratie semble s'être faite plus critique. Car même à supposer les médias libres de la censure directe par le pouvoir, leur liberté ne signifie pas pour autant qu'ils ne se trouvent inféodés à d'autres intérêts. Il y a les intérêts de l'argent bien sûr. Le marché des médias est avant tout un marché, aussi est-il soumis à ses lois⁴⁷⁷. Si les rigueurs de ces dernières leur étaient imposées simplement par celui qui apparaît le plus immédiatement à la pensée comme le client final, à savoir le lectorat ou l'auditeur, la chose passerait encore. Il serait possible d'imaginer que dans cette configuration, les intérêts du lecteur ou de l'auditeur, également citoyen, serait efficacement préservés. Mais hélas, le destinataire finale de l'information apparaît comme de plus en plus étranger et indifférent à ceux en charge de la diffuser⁴⁷⁸. N'ayant plus à compter sur lui pour s'assurer de leur bonne santé économique, ce sont d'autres qui se chargent de l'assurer⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ « *La liberté de la presse ne fait pas seulement sentir son pouvoir sur les opinions politiques, mais encore sur toutes les opinions des hommes. Elle ne modifie pas seulement les lois, mais les mœurs. (...) J'avoue que je ne porte point à la liberté de la presse cet amour complet et instantané qu'on accorde aux choses souverainement bonnes par nature. Je l'aime par la considération des maux qu'elle empêche bien plus que par les biens qu'elle fait* », Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Gallimard, coll. Folio, 1986 (1^{ère} éd., 1835), p. 275.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ « *Robert Hersant, qui s'y connaissait en cynisme, aimait confier à ses visiteurs : "La liberté de la presse commence et finit au tiroir-caisse"* » ; propos rapportés par Nicolas Brimo, « Un quatrième pouvoir en loques », *Pouvoirs*, 2006, n° 119, pp. 71-77.

⁴⁷⁸ La situation calamiteuse de la presse française est à cet égard particulièrement révélatrice. Sur ce point, voir l'analyse au vitriol de Nicolas Brimo, « Un quatrième pouvoir en loques », *op. cit.* L'auteur y note, à propos de la situation désastreuse de la presse écrite française par rapport à ses homologues étrangères, « *pour tenter de justifier cette particularité bien française, les mêmes explications sont toujours avancées par les éditeurs : c'est la faute de la télé ; c'est la faute des gratuits ; c'est la faute d'Internet. Comme si à New York, Berlin ou Londres, il n'y avait pas le même nombre de chaînes de télé, le même nombre d'abonnés à Internet et comme si les journaux gratuits n'étaient distribués que sur les rives de la Seine. Mieux vaut cacher cette réalité : en*

Les médias sont également soumis aux inclinations non moins réelles dictées par le prisme de la propre subjectivité de ceux qui les animent et qui quelques puissent être leurs intentions, n'en demeurent pas moins sujets à toutes les faiblesses de la nature humaine : « *le journaliste ne saurait être "avec" le pouvoir sans se nier. Mais on n'est pas toujours conscient d'être "avec". Être "avec", c'est par exemple ne plus se croire obligé de vérifier le chiffre avancé par tel représentant du pouvoir et de le recouper avec d'autres sources ; ou faire la moue devant telle démonstration, ironiser peut-être, mais sans apporter du réel un fait, un « vécu », une étude, une « altérité » permet tant de mettre à distance le point de vue officiel. Il existe des règles qui permettent d'être le moins possible "avec" : peu côtoyer le personnel politique ; fréquenter des milieux différents ; se montrer courageux dans la manière de rapporter les faits et d'interroger les représentants politiques. Mais les règles et la bonne volonté ne suffisent pas. On peut être « avec », dans sa tête, dans ses yeux, alors qu'on l'est peu dans sa vie. Inversement, il y a parfois plus de curiosité critique, de scepticisme fécond, de jeu des points de vue dans la tête d'un individu sociologiquement peu dissident par rapport aux élites politiques et / ou économiques que chez certains rebelles affichés* »⁴⁸⁰.

Serge Halimi va plus loin encore et soutient que les médias ne sont pas un contrepouvoir parce qu'ils ne sont au mieux appelés qu'à synthétiser la pensée dominante, ou au pire, par le jeu des pressions qui s'exercent sur eux, à retranscrire les volontés des pouvoirs économiques ou politiques⁴⁸¹. Noam Chomsky explique quant à lui, à travers une analyse de l'histoire américaine depuis le début du XX^e siècle, que par une convergence d'intérêts bien compris entre les milieux politiques et les milieux d'affaire, les médias ont participé activement à la construction de l'opinion publique en vue de lui imposer des mesures dont initialement elle ne voulait pas⁴⁸². François-Henri de Virieu affirme pour sa part dans un ouvrage au titre explicite, *La médiacratie*, que les médias sont devenus « *une réalité sociale qui tout à la fois prolonge et renforce les pouvoirs antérieurs, perturbe leurs relations*

matière de presse écrite d'information, la France se situe aujourd'hui au rang de la Turquie ». V. encore Roger-Gérard Schwartzenberg, *1788, essai sur la maldémocratie*, Fayard, 2006.

⁴⁷⁹ Il s'agit de grands groupes financiers mais également de la puissance publique : « *Mieux vaut en effet leur cacher cette autre réalité : habituée à tendre la sébile, une bonne part de la presse française ne survit économiquement que par la bienveillance des gouvernants et des législateurs* », *ibid.* Il y a également tout lieu de s'interroger sur les intérêts que peuvent trouver de grands groupes financiers et des hommes d'affaire fortunés, à investir régulièrement dans des entreprises de presse dont les résultats d'exploitation sont négatifs depuis maintenant plus de dix ans. Assurément, le retour qu'ils en attendent n'est certainement pas un retour sur investissement.

⁴⁸⁰ Géraldine Muhlmann, « Le gros mot de contre-pouvoir », *Pouvoirs*, 2006, n° 119, pp. 55-70.

⁴⁸¹ Serge Halimi, *Les Nouveaux Chiens de garde*, Liber-Raisons d'agir, 1997, nlle éd. 2005.

⁴⁸² Noam Chomsky, *De la propagande*, Fayard, 2002. Du même auteur, v. *Propagande, Médias et Démocratie*, Écosociété, 2005.

traditionnelles et donne un poids considérable à de nouveaux acteurs »⁴⁸³. Dans cette médiacratie, la place des intellectuels et des hommes politiques ne devrait rien à leurs mérites personnels, mais serait dictée par l'influence directe des professionnels des médias sur l'opinion publique⁴⁸⁴.

La sphère médiatique, par nature, ne peut jamais être totalement indépendante des autres. En situation d'incertitude, loin de simplement restituer les termes d'une controverse, la sphère médiatique participe directement à les poser et donc à construire l'univers controversé. Et cette réalité, le décideur public moins que quiconque ne peut ni ne doit l'ignorer.

B) L'intégration des nouveaux paramètres d'adoption de la décision

La volonté louable de remédier aux imperfections du modèle général d'adoption des décisions publiques en y intégrant de nouveaux paramètres (1) se heurte aux problématiques spécifiques liées à l'introduction de ces derniers (2).

1) Les nouveaux paramètres de la décision

Confronté à l'inconnu, le décideur public ne peut se résoudre à l'inertie. Au demeurant, celle-ci est le moindre de ses problèmes : dans la situation d'incertitude où il se trouve, la gamme des choix entre lesquels il peut opter est exponentiellement proportionnelle à son absence de maîtrise de la situation. Mais avant de pouvoir dégager un ensemble de critères discriminants lui permettant de trancher entre les différentes possibilités s'offrant à lui, il lui faudra tout d'abord s'attacher à comprendre les différents paramètres contribuant à tracer le champ des possibles.

Ces paramètres nous sont déjà pour partie connus, puisqu'ils recourent ceux déjà évoqués lorsqu'a été abordée la question de la dynamique des risques. Il s'agit :

- de l'évolution du niveau de connaissance (et donc d'incertitude) entourant le risque
- de l'évolution de la perception sociale du risque
- de l'impact des mesures prises pour résorber le risque sur le niveau de connaissance de celui-ci et sur la perception sociale de ce même risque
- de l'impact socio-économique de ces mêmes mesures

⁴⁸³ François-Henri de Virieu, *La Médiacratie*, Flammarion, 1992.

⁴⁸⁴ V. Hugues Moutouh, « La communication médiatique déterminant de l'action publique », *Pouvoirs*, 2006, n° 119, pp. 15-28 ; v. aussi Roland Cayrol, *Médias et Démocratie : la dérive*, Presses de Sciences Po, 1999 et Roger-Gérard Schwartzberg, *L'État-spectacle : essai sur et contre le star-système en politique*, Flammarion, 1977.

Simple dans leur énoncé théorique, toute la difficulté de la prise en compte de ces paramètres tient à la multiplicité des situations qu'ils sont susceptibles de recouvrir et à la graduation subtile à laquelle le décideur public devra se livrer dans le calibrage des réponses qu'il compte apporter aux problèmes posés. Cela sachant que les points auxquels il voudra les appliquer sont eux-mêmes porteurs de vecteurs d'enjeux de nature différente à l'évolution difficilement prévisible⁴⁸⁵. La simple mise sous surveillance d'un procédé industriel suspect sera ainsi estimée largement insuffisante aux yeux de l'écologiste qui, persuadé de sa nocivité, exhorte à une interdiction immédiate et inconditionnelle. Elle apparaîtra comme déjà excessive au regard du chef d'entreprise qui, redoutant un malheureux effet de loupe, y voit les prémises d'une chasse aux sorcières et envisage avec crainte que le fruit de son labeur soit livré à la vindicte populaire. Quant à la population, elle se voit partagée entre l'habitant, soucieux de sa santé, le paysan, soucieux de ses champs et le salarié, soucieux de son emploi... Chacun étant dépendant de l'autre pour son bien être social⁴⁸⁶.

Parallèlement, L'apparition des causes ayant conduit à l'élaboration puis l'intégration du principe de précaution au plus au niveau de notre système normatif et maintenant l'emploi régulier du terme dans le débat public sont venus renforcer cette réalité. Le simple énoncé du principe de précaution, par sa dimension performative, oriente les mentalités dans un sens hostile au changement. Nous disons ici « changement » et non « progrès » puisque si tout progrès est un changement, tout changement n'est pas nécessairement un progrès. Il demeure que tout changement peut être perçu comme un mal dont il faut se prévenir et que le développement du principe de précaution participe à construire une telle inclination de pensée. Peu importe ici « *la prolifération de la littérature, la diversité de ses interprétations, substantives ou procédurales, et les positions tranchées entre ses défenseurs et ses contempteurs, au point de faire douter que tous parlent bien de la même chose. Il se pourrait*

⁴⁸⁵ Le décideur public se trouve ainsi dans une situation d'ambiguïté pure et parfaite, au sens où l'entendait Daniel Ellsberg, à savoir « *une qualité qui dépend du montant, du type, de la fiabilité et de l'unanimité d'une information et qui donne lieu à un degré de confiance dans une estimation de ces probabilités relatives* » ; in « Risk, Ambiguity and the Savage Axioms », *Quarterly Journal of Economics*, 1961, n° 75, pp. 643-669. V. aussi Christian Schmidt, « De l'aversion au risque à l'aversion à l'ambiguïté : quelques contributions des neurosciences », *Risques*, 2011, n° 85. Celui-ci revenait sur cette notion et relevait : « *loin de constituer des singularités théoriques ou des cas particuliers, les situations ambiguës, au sens d'Ellsberg telles que nous proposons de les interpréter, sont, au contraire, aujourd'hui les plus courantes. Deux facteurs expliquent cette extension récente du champ de l'ambiguïté. D'une part, la croissance extraordinaire du nombre des informations mises à la disposition des décideurs ; d'autre part, le développement, non moins remarquable, des différents traitements statistiques de données issues de sources variées. Les chances pour les décideurs d'être ainsi confrontés à des estimations différentes, voire même divergentes ou contradictoires, s'en trouvent alors accrues ; d'où la fréquence des manifestations d'ambiguïté qui prennent la forme de contradictions dans le contenu des informations* ».

⁴⁸⁶ V. Olivier Godard, « De l'usage du principe de précaution en univers controversé », *Futuribles*, fév. 1999, pp. 37-60 ; v. aussi Philippe Picard, « Risque et démocratie », *Risques*, 2001, n° 47, pp. 67-122.

bien, en fin de compte, que l'on puisse soutenir la position des seconds, mais pour d'autres raisons plus fondées que les leurs, tandis que les premiers devraient se résoudre à admettre, au nom d'une cosmologie plus révolutionnaire qu'ils ne le présupposent en général, le caractère tout à la fois nécessaire et impossible de ce nouveau principe. Quant à l'esprit véritable du principe de précaution, s'il en est un, tel que pourrait se le représenter le sens commun face au constat de difficultés écologiques contemporaines sans précédent, et qui de ce point de vue semble avoir une pertinence au plan normatif, son examen doit concerner sa nature, son interprétation et sa critique »⁴⁸⁷. Il demeure quelle que puisse être la diversité des points de vue sur le principe de précaution, la logique de précaution qui l'anime est voisine d'une certaine forme de « précautionnisme » ; lequel « est non seulement l'aboutissant d'une évolution des croyances relatives à la nature et à la science mais il tient aussi à la prégnance de l'idéologie politique anticapitaliste et/ou antilibérale que la mondialisation exacerbe, et qui n'est pas, en France, une particularité de la seule extrême gauche. Autrement dit, il est à la fois la manifestation d'un fort sentiment anti-prométhéen et le moyen de combattre un système socio-économique accusé non seulement d'être injuste, mais aussi d'être dangereux pour l'homme et la nature »⁴⁸⁸. Et parce que le précautionnisme imprime sa marque dans les mentalités car il « s'appuie sur et tire parti du fonctionnement même de l'esprit humain »⁴⁸⁹, il rend plus difficile les arbitrages entre les paramètres précédemment énoncés.

C'est qu'en effet, la dimension ou la simple prétention scientifique est rarement absente des démarches qui animent les différentes opinions en présence. La science ou à tout le moins l'aspect scientifique d'une idée reste encore aux yeux du public la plus sûre marque de son bien-fondé et de la neutralité et de l'absence d'arrière-pensées de ceux qui la portent. Consciemment ou non, ceux qui se réclament d'une opinion plutôt que d'une autre ont donc tout intérêt à parer leur démarche d'un vernis de science pour mieux appuyer les orientations qui sont les leurs. Il naîtra alors un conflit de légitimité entre ce qui apparaîtra pour le grand public comme une controverse scientifique, controverse qu'en conscience au moins, il sera invité à trancher. *« Il est tentant, pour certains, d'utiliser le débat public comme une sorte de joker, qui aurait le pouvoir de résoudre une situation conflictuelle. Car ce débat est soumis, par les médias, à des biais d'organisation significatifs, dont le plus remarquable est sans doute son invasion par les normes les plus simples du référent démocratique (toutes les idées, fausses comme vraies, doivent être traitées de façon égale), sans qu'aucun moyen de "faire le*

⁴⁸⁷ Guillaume Bertrand, « L'esprit de la précaution. », *Revue de métaphysique et de morale*, 2012-4, pp. 491-509.

⁴⁸⁸ Gérald Bronner, « Perceptions du risque et précautionnisme », *Revue de métaphysique et de morale*, 2012-4, pp. 531-547.

⁴⁸⁹ *Ibid.*

tri" ne soit fourni à ceux qu'il faut bien continuer d'appeler des spectateurs : on aboutit à une sorte d'équivalence des énoncés »⁴⁹⁰.

Cet état de fait peut bien être dénoncé, il demeure néanmoins qu'il est imposé au scientifique comme au décideur et que ces derniers doivent y répondre.

2) Les enjeux du recours aux nouveaux paramètres de la décision

Cette « nouvelle donne » constitue un véritable défi pour les pouvoirs publics, lancés à la recherche d'un barycentre qui n'existe pas, nécessitant que les processus classiques de prise de décision soient entièrement refondus. Confronté soit à un risque certain, mais dont la probabilité de survenance est trop faible pour être véritablement exploitable, soit à une incertitude majeure portant sur d'autres paramètres du risques, la « bonne décision », celle attendue par tous les acteurs et qui les satisferait dans leur intégralité, est comme l'horizon : toujours en vue, sans qu'il soit jamais possible de l'atteindre. Le laisser-faire le plus complet au nom de l'inéluctabilité du progrès et l'interdiction générale et absolue au nom d'une recherche inconsidérée du risque zéro constituent deux écueils dont le décideur devra se garder, mais aussi deux absolus définitivement inconciliables, entre lesquels les mesures prises devront toujours se situer, sans jamais parvenir à les rapprocher.

Dans un environnement tel que celui que nous connaissons, le risque constitue la « part des anges » de la société humaine et le recours à la notion de « risque acceptable », un impératif aussi odieux qu'inéluctable qui, comme la surface d'une eau calme d'une absolue transparence, se trouble dès qu'on l'effleure. La notion d'acceptabilité du risque par ceux qui y sont exposés interroge ici à nouveau sur les représentations qu'ils s'en font, mais également sur les biais de perception qui pourraient être les leurs. Les études disponibles sur ces questions révèlent notamment que les risques choisis sont mieux acceptés que les risques subis, les risques naturels mieux acceptés que les risques d'origine artificielle, et les risques équitablement répartis sur l'ensemble de la population mieux que ceux qui n'en concernent qu'une fraction. De même, le risque est mieux accepté s'il est possible pour ceux qui y sont exposés peuvent recourir à un mécanisme de dénégarion permettant de le minimiser, par la croyance en une capacité illusoire à le maîtriser ou tout au contraire, par la croyance en l'inéluctabilité du destin qui rend inutile de s'en effrayer. *« À la glorieuse époque de la "conquête de la sécurité", il s'agissait d'une question purement technique. Aujourd'hui, elle est devenue médiatique, puis politique, et conduit justement à s'intéresser de très près aux*

⁴⁹⁰ François Boisivon, Marie-Josèphe Carrieu-Costa et alii, « Le partage des savoirs scientifiques. Enjeux et risques », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, 2008, pp. 62-67.

représentations du public. Cet intérêt ne doit pas se limiter à un simple inventaire des "biais de perception" censés démontrer l'irrationalité des individus face aux risques. Il faut au contraire prendre aux sérieux leurs représentations, en comprendre les ressorts et les mécanismes, pour être à même de mettre en place une véritable concertation en matière de gestion des risques »⁴⁹¹.

Tout le problème pour le décideur public ne réside donc pas uniquement dans le choix des mesures prises pour lutter contre le risque, ni même dans celui de critères discriminants permettant de les étayer, mais dans la construction de la légitimité de sa décision. Celle-ci passe nécessairement par le choix de procédures d'élaboration permettant de rendre visible, lisible et intelligible le débat sur les risques, seul moyen de révéler les lignes directrices d'une action future en assurant la rencontre de la raison et du sentiment, en d'autres termes en renouant avec l'essence du politique.

La question des formes concrètes que devrait revêtir l'architecture institutionnelle permettant de secréter la décision publique ne manque pas d'un intérêt certain mais fera l'objet d'un développement particulier⁴⁹². Il sera en revanche relevé que pour l'instant, en France, de telles procédures brillent par leur inexistence. Si des réflexions ont déjà été amorcées et si certains mécanismes de consultation ont été expérimentés, force est de constater que pour l'heure, les résultats ne sont guères probants. Et cela, alors même que la question des risques et des crises occupe très régulièrement le devant de la scène politique et médiatique. Le déficit doctrinal en la matière se traduit par une carence institutionnelle, interdisant aux pouvoirs publics de s'installer haut pour regarder loin⁴⁹³.

Ce sont ainsi des pans entiers de ce qui devrait occuper le champ du débat public qui se voient remis aux hasards du moment, les politiques en la matière, pour peu qu'elles méritent ce nom, n'avançant pour ainsi dire que par impulsion, sous les coups de boutoir

⁴⁹¹ Patrick Peretti-Water, « Pourquoi et pour qui un risque est-il acceptable ? Représentations du risque et inégalité sociale », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 38, « *Risques et démocratie* », pp. 9-35.

⁴⁹² V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2 : La refonte de la doctrine d'action face au risque, pp. 225-246.

⁴⁹³ Le Parlement constitue la seule exception à cette généralité, depuis la création de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques ; cependant celui-ci n'est pas un organe spécifiquement dévolu à la lutte contre les risques, mais éventuellement de prise en compte de leur existence. Pour une analyse critique de travaux récents de l'OPECST en droit de la santé, v. Hélène Gaumont-Prat, « Réflexions sur l'étude "les enjeux scientifiques", technologiques et éthiques de la médecine personnalisée" de l'OPECST », *LPA*, 2013, n° 198, pp. 7-11. Bertrand Pauvert, « Expert, expertise et décision publique », *Droit de l'environnement*, 2006, n° 142, pp. 270-274. Yannick Barthe et Olivier Borraz, « Les controverses sociotechniques au prisme du Parlement », *Quaderni*, 75, 2011, pp. 63-71. Claude Birraux, « L'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques : le politique et l'expertise scientifique. », *RFAP*, 2002-3, n° 103, pp. 391-397. Pierre Delvenne, Sébastien Brunet, « Le TechnologyAssessment en question : une analyse comparative. », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2006-4, n° 1909-1910, pp. 5-63

d'une opinion publique plus souvent inquiète qu'éclairée, l'absence de débat ne contribuant pas à alimenter sa réflexion.

§2) La nécessité de repenser le modèle général d'adoption des décisions publiques

Devant la nécessité dans laquelle il se trouve de construire la légitimité de sa décision, mais dans l'impossibilité de s'appuyer sur des critères purement scientifiques pour l'étayer, le décideur public ne peut toutefois s'en remettre au seul prisme de sa propre subjectivité pour arbitrer entre les différents choix qui s'offrent à lui. Pour ce faire, il devra avoir recours à d'autres critères de décision, permettant de façon aussi objective que possible de rationaliser non pas seulement les risques proprement dit (ce qui nous l'avons démontré est impossible lorsque le niveau d'incertitude est trop élevé), mais leur perception par la société (A) et ce, afin de pouvoir opter pour les mesures non seulement les plus scientifiquement fondées, mais aussi les plus socialement acceptées (B).

A) Intégrer la perception sociale des risques à l'adoption de la décision

La difficulté née de l'absence de critères objectifs (1) sur lesquels s'appuyer pour évaluer la perception sociale d'un risque, se double de l'existence de biais subjectifs (2) contribuant à obscurcir encore un peu plus la correcte appréciation de la situation.

1) L'absence de critères objectifs

L'absence de critères purement objectifs à partir desquels il serait possible de secréter une décision détachée de tout subjectivisme, n'est pas et ne doit pas être, synonyme d'absence de critères discriminants dans l'élaboration d'une décision. Pour un même problème, il peut exister des sensibilités différentes à celui-ci et c'est au décideur public de parvenir soit à les accorder à partir d'une décision satisfaisant à l'intérêt général, soit à trancher en faveur d'une conception plutôt que d'une autre, toujours au nom de l'intérêt général, mais à partir d'un examen aussi rigoureux que possible des différentes positions. Mais avant de parvenir à ce résultat, il devra s'attacher à rationaliser la perception du risque par l'ensemble des acteurs, en comprenant notamment comment agissent les mécanismes à l'œuvre dans la structuration des mentalités autour d'une position donnée, en particulier afin de pouvoir éliminer du champ de la décision les demandes qui pour être largement partagées, n'en sont pas moins des artefacts indésirables de la construction sociale des risques⁴⁹⁴. Si l'opinion publique doit

⁴⁹⁴ Olivier Godard, « L'ambivalence de la précaution et la transformation des rapports entre science et décision », in *Le Principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, O. Godard dir., Éditions de la Maison

indiscutablement demeurer une variable à prendre en compte dans l'élaboration des politiques publiques du risque, le décideur public ne doit pas en être otage et se tenir prêt à rejeter les requêtes les moins fondées.

« *L'auteur américain Cass Sunstein propose une explication intéressante de la dérive de la décision publique pour certains risques affectant la santé. L'attrance pour une gestion de type "catastrophiste", transformant l'incertitude en interdiction sous couvert de précaution, est attribuée au couplage qui s'établit dans une démocratie d'opinion entre différents biais affectant la perception des risques par les individus, les stratégies d'action de groupes militants, l'amplification médiatique et la logique politique voulant que les gouvernants répondent aux émotions du public. Parmi les biais de perception à l'œuvre, il met en avant l'heuristique du meilleur rapprochement disponible -le risque est interprété par référence à un cas antérieur notoire, comme lorsque les risques des OGM ont été interprétés en France à partir des peurs suscitées par la crise de la vache folle-, l'aversion pour la perte et pour l'inconnu, l'absence de prise en compte des probabilités en jeu (probability neglect) au profit d'une survalorisation des éventualités très peu probables, et la négligence des effets de système. Leur effet cumulé amplifierait certains risques et engendrerait alors pour ces derniers une crispation démesurée sur le scénario du pire, quelle que soit sa vraisemblance* »⁴⁹⁵.

Deux facteurs, étroitement liés, concourent en effet à induire un biais dans la perception des risques par le public, facteurs que le décideur public doit garder à l'esprit avant toute décision, notamment pour éviter qu'une crise de gestion ne se surajoute, voire ne prenne le pas sur la véritable crise. Ne seront pas ici traités des cas déjà abordés de différences de perception bien comprises, fruits de divergences d'intérêts, entre, par exemple, un industriel et un simple citoyen, ni même celles, plus dogmatiques, reposant sur des clivages idéologiques tranchés et des incompatibilités d'agendas politiques.

2) La présence de biais subjectifs

Le premier d'entre eux tient à la tendance bien naturelle de l'être humain, mais au combien paradoxale, de se surreprésenter l'importance de risques pourtant minimes mais d'accepter des risques beaucoup plus grands, simplement parce que ceux-ci apparaissent à ce

des sciences de l'homme et INRA-Éditions, Paris, 1997, pp. 37-83. V. aussi O. Godard, « L'impasse de l'approche apocalyptique de la précaution. De Hans Jonas à la vache folle », *Éthique publique*, 2002, 4 (2), pp. 7-23, et Olivier Godard, Claude Henry, Patrick Lagadec et Erwann Michel-Kerjan, *Traité des nouveaux risques. Précaution, crise, assurance*, Gallimard, « Folio-Actuel » Paris, n° 100, 2002.

⁴⁹⁵ Olivier Godard, « La politique des risques peut-elle être raisonnable ? Le principe de précaution et ses déboires », *Revue de métaphysique et de morale*, 2012-4, pp. 511-529.

point intégrés à la trame de l'ordinaire qu'ils finissent par constituer le tissu de la normalité, et ce indépendamment du fait que le risque soit subi ou choisi. L'incongruité supposée d'un risque tend donc à focaliser sur lui l'attention de l'opinion publique, alors même que l'impact qu'il peut avoir sur elle est on ne peut plus limité. A ce titre, les exemples ne manquent pas et peuvent être notamment cités les quelques cas annuels de méningites qui entraînent un accroissement notable de la demande d'antibiotiques, les cas de listérioses qui demeuraient totalement inconnus quand il n'existait aucun moyen de les détecter, ou encore la crainte d'une contamination des canettes de « Coca Cola » alors même que les symptômes décrits par les personnes soupçonnées d'être contaminées étaient on ne peut plus bénins⁴⁹⁶.

Le deuxième facteur tient à la propension des médias à relayer ces angoisses de l'opinion publique, voire à révéler les événements dont elles seront l'objet. La quête de l'exclusivité conjuguée à celle de l'évènementiel conduit en effet assez naturellement les médias à rechercher ces situations rares qui par leurs aspects tragiques sont capables de créer le choc et de retenir l'attention des masses. Si cela apparaît comme une loi du genre inhérente au fonctionnement des médias, cet effet de « loupe médiatique » ne doit pas être sous-estimé dans sa nocivité, puisqu'il tend à occulter des problèmes d'importance en mettant en lumière des questions très secondaires, conduisant ainsi à positionner le risque là où se trouve l'éclairage.

Ce faisant, les médias agissent comme des amplificateurs d'angoisse beaucoup plus que comme des lanceurs d'alerte, ce qui est loin d'être sans conséquence : les peurs des citoyens tendent à aiguiller la conduite des politiques publiques de lutte contre les risques et par là même les moyens de la puissance publique, qui ne sont pas illimités. Or, l'expérience a démontré que la lutte contre les risques, particulièrement dans le domaine des risques technologiques, tend à obéir à la loi des rendements décroissants. En effet, une fois une technologie suffisamment maîtrisée pour une exploitation au niveau sociétal, sa diffusion et les risques qu'elle induit obligent à des développements en matière de sécurité jusqu'à atteindre un point au-delà duquel il apparaît délicat de la voir encore évoluer, sinon de manière très marginale et aux prix d'efforts sans commune mesure avec les bénéfices escomptés. La marge de progression se réduisant à mesure que les progrès se font, la courbe sécuritaire se trouve bientôt réduite à évoluer dans l'épaisseur du trait tandis que les ressources dépensées pour en infléchir un peu plus la course se démultiplient à chaque palier

⁴⁹⁶ Michel Matheu, *La décision publique face aux risques*, op. cit., p. 118.

pour un gain toujours plus faible⁴⁹⁷. Ces ressources se verraient donc beaucoup mieux allouées si elles étaient investies dans un autre secteur à la marge de progression plus importante, ce à quoi la puissance publique ne peut que difficilement se résoudre si le secteur en question demeure dans l'ombre des médias.

Or, c'est justement la conduite encouragée par l'attitude à laquelle inclinent les médias qui en se focalisant sur les événements rares portant sur des domaines ayant atteint leur asymptote de sécurité, éloignent les préoccupations des pouvoirs publics des secteurs où le risque et ses manifestations tragiques confinent à l'habitude et l'action à la nécessité.

B) Rechercher de nouveaux critères d'adoption de la décision

La compréhension par le décideur public des phénomènes structurants de l'opinion ne lui permet toutefois pas de les intégrer directement dans des processus de décision. Il lui est nécessaire d'en passer par des outils à même de transformer et décliner la perception subjective du risque par les différents courants de l'opinion en une série de critères objectifs de façon notamment à pouvoir les articuler avec les éléments certains déjà à disposition. Mais le choix de nouveaux critères de décision (1) n'est pas sans poser des questions sur ses enjeux éthiques (2).

1) L'apparition de nouveaux critères de décision

La question des méthodes de rationalisation des choix publics, (notamment en situation de grande incertitude), mais aussi de sa simple faisabilité, constitue le point nodal des débats entourant la gestion des risques. Pour opérer un choix, et dans la mesure où il apparaît souvent illusoire de parvenir à concilier des positions résolument irréductibles, les pouvoirs publics doivent, dans leur optique de construction de la légitimité de la décision (la

⁴⁹⁷ Gérald Bronner, « Perceptions du risque et précautionnisme. », *Revue de métaphysique et de morale*, 2012-4, pp. 531-547 ; « sur ce point, le choix que les autorités sanitaires françaises ont fait d'appliquer le dépistage génomique viral à partir de 2001 est tout à fait révélateur. Ce procédé permet de déceler les fragments du patrimoine génétique des virus du sida et de l'hépatite C ; dans le cadre des dons de sang, il a d'autant plus d'intérêt qu'il peut détecter une infection qui échapperait aux tests habituels. Les experts étaient cependant fortement opposés à la généralisation de cette technique nouvelle, parce que son coût est très important et sans commune mesure avec celui d'autres dépenses de sécurité sanitaire. L'un d'entre eux, officiant à l'INSERM, souligna d'ailleurs que le coût d'une année de vie gagnée par ce dépistage de l'hépatite C serait de 55 millions d'euros, ce qui est incomparablement supérieur à ce qu'il est habituel d'accepter, par exemple en matière de sécurité routière ou de traitement du cancer du sein où les coûts sont de l'ordre de 7.600 € par année de vie gagnée. Le gouvernement a cependant décidé de ne pas tenir compte de l'avis des spécialistes et de donner satisfaction à l'opinion publique, ou, plus exactement, au désir que l'opinion publique -si elle était informée de l'existence de ce moyen de dépistage- pourrait avoir que l'on applique le principe de précaution, et que l'on adopte cette innovation. À la manière d'une caisse de résonance de ce principe, l'affaire du sang contaminé a sans doute pesé lourd dans cette décision. Toujours est-il que, dans cette affaire, la volonté réelle ou supposée mais, en tout cas, déraisonnable de l'opinion publique a prévalu sur l'intérêt général bien compris ».

seule qui prévaut dans un environnement non maîtrisé), et indépendamment des opinions défendues, être capables de transcrire en des termes identiques les effets attendus par l'une ou l'autre décision. Qu'importe ici que des inconnues majeures demeurent dans l'équation. La science étant insuffisante à les lever, il faudra s'en contenter. Pour peu qu'elles soient communes aux différents points de vue en présence et qu'elles puissent s'intégrer dans un unique algorithme logique de prise de décision, elles suffiront à servir de référent commun à tous les acteurs en présence.

Le recours à de semblables procédés est primordial : en situation de grande incertitude, la primauté dans la prise de décision doit être accordée à la construction de sa légitimité et le décideur public, qui ne tient sa force que de sa position et non de sa légitimité propre à se prononcer sur le problème donné, ne doit pas céder à la tentation d'en abuser en tranchant hors de toute prise en compte des opinions en présence, sous peine de faire passer ses résolutions pour des oukases, courant ainsi le risque de n'être ni écouté, ni obéi. Or, en situation de crise, les dommages sont plus souvent imputables à trop d'inertie que trop d'énergie, inertie qui ne manquerait pas de se manifester en cas de rupture de la chaîne de commandement. Un raisonnement semblable hors toute situation d'urgence demeure parfaitement valable, puisque toute mesure ayant un coût et la réserve des deniers publics n'étant pas illimitée, le décideur se doit de les attribuer avec discernement aux politiques de lutte contre les risques qui, même en situation d'incertitude, sont les plus à même de porter leurs fruits.

Ainsi, dans un domaine hautement passionnel car touchant au plus près à ce qu'il y a de plus essentiel, un des outils d'assistance à la décision couramment utilisés en santé publique est l'indice QALY (*Quality Adjusted Life Year*, soit années de vie pondérées par la qualité), lequel permet de transcrire en termes économiques la contrepartie utilitaire sociale offerte par des dépenses de santé, mesurée au prorata du nombre d'années de vie ainsi gagnées et de la qualité de celles-ci. Le recours à l'indice QALY permet ainsi d'effectuer une série de bilans coûts-avantage, avant de pouvoir se livrer à un exercice comparatif permettant de hiérarchiser des priorités. Même en situation de grande incertitude, il est toujours possible d'avoir recours à des valeurs maximum imaginables⁴⁹⁸. « *Burton Weisbrod (1991) a décrit la régulation des systèmes de santé comme un quadrilemme : comme dans tout système public à financement obligatoire, il sera question de coûts d'opportunité de la dépense publique (donc de maîtrise budgétaire et de détermination des contributions obligatoires), mais aussi, et de*

⁴⁹⁸ Michel Grignon, « La question de la régulation des systèmes de santé. Éléments d'analyse économique », *Revue française des affaires sociales*, 2006-2, pp. 43-62.

manière tout aussi importante, de garantie de qualité de ce qui est produit et offert, d'équité dans la répartition, et d'encouragement à l'innovation (au sens de produits nouveaux plus que de procédés nouveaux). L'objet de la régulation en politique de santé est donc d'obtenir un compromis entre un niveau de dépense (donc de contribution) jugé acceptable, une qualité de soins servie en moyenne jugée acceptable, une distribution de cette qualité dans la population jugée elle aussi acceptable, enfin une flexibilité suffisante pour encourager le progrès médical et des gains en longévité et en qualité de vie. Dans cette définition, la qualité s'entend donc au sens de « ce qui est procuré dans le cadre des connaissances et possibilités techniques du moment ».

2) Les enjeux éthiques posés par les nouveaux critères de décision

Indispensable, le recours à ce type d'outils n'est pas sans poser de délicates questions éthiques, la froideur clinique des réponses apportées par ces exercices d'arithmétique morbide se heurtant de front avec des considérations morales et la crudité des situations entre lesquelles il faut arbitrer, le droit à vivre d'une catégorie de population étant mis en balance avec celui d'une autre. *« Aux États-Unis, par exemple, l'État de l'Oregon a utilisé cette méthode pour répartir un budget sanitaire entre différents programmes. Le ratio « coût sur QALY » calculé variait de 400 €/QALY pour la prévention du tabagisme à 30 000 €/QALY pour le traitement par dialyse des insuffisants rénaux. En pratique, l'application stricte du critère de hiérarchisation présenté aurait conduit à ne pas affecter du tout d'argent à ce dernier programme, ce qui était socialement inacceptable. La maximisation d'un objectif (ici d'un indicateur de santé) sous contrainte de budget peut donc déboucher sur des décisions inadmissibles d'un point de vue éthique »⁴⁹⁹.*

Dans des domaines où le nécessaire et le souhaitable sont voisins de l'odieux, le soutien d'un indice purement mathématique ne saurait suffire à lui seul à étayer la légitimité de la décision, parce que celle-ci relève non pas d'un simple arbitrage budgétaire, mais d'un choix de société portant sur le socle de ses valeurs et engageant toute la collectivité sur un plan social et moral⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ Sur les critères de sélection à prendre en compte pour l'accès aux soins, v. Bernard Baertschi, « Justice et santé. Chacun doit-il recevoir des soins en proportion de ses besoins ? », *Revue de métaphysique et de morale*, 2002-1, pp. 83-101.

Le diagnostic étant maintenant posé et les maux affectant le paradigme général de conceptualisation du risque et d'élaboration de la décision publique clairement identifiés, il nous faut à présent nous pencher sur les remèdes à leur apporter.

Chapitre 2 : La nécessité de repenser la politique de gestion des risques

Il a été montré dans le chapitre précédent la remarquable persistance dans les mentalités du paradigme du risque comme ennemi et la reconnaissance générale de son incomplétude. De même, il a été souligné la difficulté à lui trouver un modèle de substitution, du fait de sa tout de même relative efficacité sur le plan opérationnel. Mais surtout, a été mis en exergue en la matière, l'existence d'un certain vide théorique et conceptuel interdisant toute alternative dans l'actuelle conduite des politiques de lutte contre les risques. Il s'agit maintenant de tenter de suppléer à ce vide théorique, en élaborant un raisonnement opératoire à partir duquel il sera possible de dégager des lignes de conduite. Pour que ces lignes de conduite soient adaptées, il faudra tenir compte des spécificités qui constituent les constantes et les variables du cadre usuel de la décision publique. C'est qu'en effet en ce domaine plus qu'en tout autre, les paramètres d'action dégagés par la théorie de la décision touchent à leurs limites⁵⁰¹. Par leur nature même, les nouveaux risques que les pouvoirs publics doivent affronter sont des phénomènes à la cinétique lente mais à l'inertie lourde et une fois lancés sur leur trajectoire, il devient difficile d'en infléchir la course⁵⁰².

Pour autant, l'apparition de ces nouveaux risques, quoi qu'elle ait marqué la conscience collective, ne semble pas encore avoir pénétré les strates les plus profondes de la mémoire des risques, consacrées à leur prévention opérationnelle. En effet, sous l'action d'une sorte de persistance mémorielle analogue à la persistance rétinienne, l'image présentée par le risque n'a pas encore été sensiblement modifiée dans les schémas usuels d'appréhension élaborés par les institutions. Les modèles théorique utilisés, validés par des observations empiriques et perfectionnés par l'expérience ne sont pas sans valeur, tout au contraire. Simplement, l'apparition de nouveaux risques nés de la modernité oblige à l'introduction de nouveaux paramètres tout à la fois dans leur conceptualisation et dans la prise de décision destinée à les résorber, paramètres que les actuels schémas de modélisation des risques ignorent tout simplement. C'est sur la détermination et le choix de ces différents paramètres que les présents développements seront consacrés. Comme le diagnostic doit toujours précéder le choix du traitement, il nous faudra d'abord nous atteler à créer et définir

⁵⁰¹ Comme l'écrit Robert Kast, « la théorie de la décision se fonde sur un ensemble de descriptions des problèmes de décision à partir desquelles des analyses cohérentes peuvent être menées; elle propose des principes sur lesquels des critères de sélection sont construits et des solutions seront proposées. La théorie donne donc les moyens aux décideurs non seulement d'analyser leurs problèmes, mais aussi de pouvoir justifier les solutions proposées : elles sont rationnelles », *Lathéorie de la décision*, La Découverte, 2002, p. 7.

⁵⁰² V. not. Michel Cros, Sophie Gaultier-Gaillard, Hélène Harteret Pierre Pech, *Catastrophes et risques urbains : nouveaux concepts, nouvelles réponses*, éd. Tec et Doc, Paris, 2010.

un nouveau paradigme d'appréhension des risques (Section 1) lequel doit permettre une refonte de la doctrine d'action des pouvoirs publics face au risque (Section 2).

Section 1 : La création d'un nouveau paradigme d'appréhension des risques

L'élaboration d'un nouveau paradigme d'appréhension des risques, si elle ne peut se limiter à un simple exercice de pensée, doit néanmoins primitivement en passer par les précisions indispensables sur les postulats théoriques sous-jacents qui lui servent d'assise. Ces postulats sont de deux ordres. Les premiers ont trait à l'indispensable changement de « point de vue » sur les risques, qu'implique la refondation du paradigme. Les termes de « points de vue » sont entendus ici dans leur sens premier, puisque c'est bien d'un renversement de perspective dans la démarche d'appréhension des risques dont il s'agit (§1).

Un renversement, mais un renversement seulement et non un bouleversement, qui, s'il sera amené à avoir des répercussions très concrètes dans la conduite des politiques publiques, n'aura pas pour conséquence d'en perturber le cours. Les seconds postulats quant à eux, se rapportent à la difficile mais nécessaire intégration de nouveaux paramètres et dynamiques dans la conceptualisation des risques (§2). Puisque les nouveaux risques obéissent à de nouvelles lois, il apparaît en effet indispensable d'y adapter les modèles de conceptualisation

§1) Un renversement de perspective dans l'appréhension des risques

Le renversement de perspective dans la démarche d'appréhension des risques oblige à une inversion de la logique usuellement admise en la matière. Ce renversement de perspective implique en effet non seulement de préférer les démarches de sécurisation des enjeux aux impératifs de lutte contre les aléas (A) mais aussi de privilégier le niveau stratégique sur l'échelon opérationnel (B).

A) De la lutte contre les aléas à la sécurisation des enjeux

Le fait de privilégier les enjeux plutôt que les aléas dans la démarche de prévention de risques n'a rien de neutre ; il est destiné à avoir de très concrètes répercussions tant sur le plan doctrinal que pratique. En effet, la gestion du risque par les enjeux plutôt que par les aléas (1) permettra d'introduire la notion de résilience comme nouveau principe directeur de l'action publique (2).

1) Une gestion du risque par les enjeux plutôt que par les aléas

Situation déjà énoncée et dénoncée, la vision du risque obligeant à la désignation de celui-ci comme un ennemi a trouvé un écho et un support dans tout l'arsenal offert par la polémologie⁵⁰³. Cette conception du risque, sans être totalement dénuée de qualité, n'apporte néanmoins que des réponses partielles et parcellaires à des problèmes qui la dépassent de loin. Mais surtout, et c'est là son plus grand vice, elle conforte la conduite des politiques publiques du risque dans l'artificialisme d'une attitude qui, finalement, rassure sans protéger. Remédier à cette situation exige qu'intellectuellement il soit procédé à un renversement de perspective qui ne doit pas demeurer une simple clause de style.

En matière de lutte contre les risques le regard est tourné d'ordinaire, non vers le risque pris dans toutes ses composantes, mais sur celui-ci envisagé uniquement sous l'angle de l'aléa et plus particulièrement sous l'aspect du danger. Son occurrence quant à elle est reléguée à une place tout à fait périphérique. La nécessité exige désormais que l'attention soit portée prioritairement sur ce qui est l'objet premier de la lutte contre les risques et qui n'aurait jamais du cesser d'être la priorité des politiques publiques : la préservation des enjeux, à savoir prioritairement la sauvegarde des individus et des activités indispensables à ces derniers.

Une évidence vite énoncée mais encore plus vite oubliée et qu'il fallait ici rappeler : devenu à la fois matériau et constructeur des risques, l'homme est le seul et unique levier sur lequel l'homme lui-même puisse raisonnablement avoir une latitude d'action. C'est donc à partir des activités humaines que doivent être articulées les politiques publiques du risque, et non autour de l'aléa ou du danger qui ne constituent le plus souvent que des sous-produits plus ou moins directs de cette dernière. Si l'aléa peut être d'origine purement naturelle, l'exposition à celui-ci procède toujours *a minima* d'une volonté humaine, laquelle, guidée par le calcul ou égarée par l'ignorance, n'en reste pas moins une volonté⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Nous pouvons observer ici avec un certain étonnement que le risque semble être un des derniers champs de l'action humaine à avoir échappé dans son appréhension au glissement du « paradigme du guerrier » vers le « paradigme de la victime ». Le champ lexical dominant était celui de la guerre et face à une menace donnée, l'homme de bien était invité à « s'enrôler » pour la « combattre », souvent jusqu'à l'absurde. En effet, l'observateur même indulgent peinait à voir où trouver un belligérant là où l'ennemi désigné était le sida, le cancer ou la faim dans le monde. Désormais, le champ lexical dominant est celui de l'aide et de l'assistance et il est désormais du devoir de tout un chacun d'aider et de soigner les victimes, du sida, du cancer, de la faim dans le monde... Le guerrier a même été chassé, symboliquement s'entend, des champs de bataille qui sont pourtant son terrain d'élection, ce que l'examen de la propagande de guerre de n'importe quel conflit armé dans le monde pourra confirmer : là où auparavant défilaient sur la pellicule des soldats volontaires bardés d'armes et de cartouchières clamant que leur peuple, leur cause, leur chef « vaincra », il ne s'étale plus désormais qu'une comptabilité morbide soutenue par des images insoutenables.

⁵⁰⁴ La propension des pouvoirs publics à s'illusionner sur leurs propres capacités à faire face à des situations de crise ou à conjurer les probabilités et la questions des facteurs qui y concourent a déjà été précédemment

L'anthropocentrisme dans la perception et le traitement du risque dont il est fait le plaidoyer ne doit pas être ramené à une doctrine où l'Homme, atomisé, graviterait dans un environnement qu'il pourrait à l'envie plier à sa volonté et qui n'existerait que pour sa seule finalité, ce qui ne conduirait une nouvelle fois qu'à la construction d'une vision tronquée du réel⁵⁰⁵. Tout au contraire, l'Homme dans son milieu doit être perçu comme intégré dans un système holistique dont il est à la fois centre d'impulsion et foyer de réverbération et par conséquent, la seule variable d'ajustement sur laquelle il puisse efficacement influencer. Plus qu'une logique mais moins qu'un système, il s'agit de penser le risque à travers l'Homme plutôt que l'Homme contre le risque, de façon à opérer un glissement du point de focalisation des politiques publiques des aléas vers les enjeux, les premiers s'appréciant à la lumière des seconds.

Ce faisant, le renversement de perspective qu'implique la prise en compte des enjeux en amont de la réflexion, prioritairement aux aléas, contribue à rompre les digues invisibles dessinées par l'indispensable et forcément subjective spéculation intellectuelle à laquelle oblige l'actuel algorithme de définition des risques. L'un de ses effets induits les plus graves est d'avoir obligé à une sectorisation artificielle de la prévention des risques dont la valeur est toute relative tant sur le plan opérationnel que stratégique, l'expérience tendant à prouver qu'elle est par trop simpliste et réductrice des réalités qu'elle recouvre⁵⁰⁶. L'introduction récente d'une notion nouvelle dans le champ de la lutte contre les risques, pourrait permettre

développée, mais elle trouve des illustrations à ce point éclairante qu'elles ont à elles seules valeur de démonstration. V. not. Cour des comptes, *Les enseignements des inondations de 2010 sur le littoral atlantique (Xynthia) et dans le Var*, juil. 2012. Celle-ci relevait notamment que « l'examen précis de quelques dossiers d'urbanisme montre la volonté de plusieurs communes, avant la catastrophe, d'appuyer les promoteurs et d'autoriser les constructions, en minorant, voire en ignorant les risques naturels. Il témoigne aussi de la faiblesse de l'Etat, notamment de certains de ses représentants, qui ont pris des libertés avec les lois lorsqu'ils sont chargés d'appliquer, notamment la loi sur l'eau », p. 61. V. Chantal Cans, Jean-Marie Pontier, Thierry Touret, « Xynthia, ou l'incurie fautive d'un maire obstiné », *AJDA*, 2015, pp. 379-387 ; mais aussi Patrick Le Louarn, « La tempête Xynthia révélateur des insuffisances du droit », *JCP G*, 2011, pp. 940-948.

⁵⁰⁵ L'affirmation selon laquelle il est impossible pour l'homme de maîtriser totalement son environnement sur le long terme, entendu en son sens le plus large, bien que frappée du sceau de l'évidence, ce semble pas avoir percé certains cercles de grands décideurs publics : en témoigne notamment le drame de la Nouvelle-Orléans, construite assez largement sous le niveau de la mer et dans une région sujette régulièrement aux cyclones, ou encore la question récurrente du stockage de certains déchets nucléaires, lesquels supposent un suivi sur une échelle de temps qui dépasse la durée de vie des plus longues civilisations... Ainsi, les déchets nucléaires définis comme étant des déchets « Vie longue » s'entendent comme les déchets radioactifs « contenant en quantité importante des radionucléides dont la période radioactive est supérieure à trente-et-un ans, comme l'isotope 241 de l'américium, l'isotope 14 du carbone ou l'isotope 129 de l'iode. Le carbone 14 (5 730 ans) est utilisé pour la datation, alors que l'uranium 235 (704 millions d'années), l'uranium 238 (4,47 milliards d'années) et le plutonium 239 (24 100 années) sont au cœur de l'industrie nucléaire et de défense » rappellent Christophe Bouillon et Julien Aubert, rapport d'information n° 1218, Ass. nat., date 2013, p. 11 ; plus largement, le Parlement s'est fait l'écho de ces enjeux, v. Bertrand Pauvert, « Le Parlement et la gestion des déchets du nucléaire civil », *Droit de l'environnement*, 2015, n° 236, pp. 258-261.

⁵⁰⁶ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1 : Les travers du modèle de conceptualisation des risques, pp. 146-171.

d'accompagner et de donner une assise solide au changement de perspective proposé, dans la conduite de l'action publique.

2) La résilience comme principe directeur de l'action publique

Entendue usuellement comme l'aptitude de plier sans rompre, la notion de résilience se comprend maintenant plus largement comme la capacité pour un système donné soumis à une agression extérieure, à trouver en lui la capacité de se restructurer pour y faire face, même dans un environnement dégradé. Initialement limitée au domaine de la métallurgie et de la résistance des corps, cette notion a ensuite pénétré celui de la psychiatrie et a été diffusée en France sous cette forme par Boris Cyrulnik⁵⁰⁷. Elle a depuis été intégrée dans la conduite des politiques publiques à l'occasion de la publication du *Livre Blanc pour la défense et la sécurité nationale* en 2008 ; ouvrage la définissant comme « *la volonté et la capacité d'un pays, de la société et des pouvoirs publics à résister aux conséquences d'une agression ou d'une catastrophe majeures, puis à rétablir rapidement leur capacité de fonctionner normalement, ou à tout le moins dans un mode socialement acceptable* »⁵⁰⁸. Il est à espérer que la résilience devienne demain, un remède aux insuffisances de l'actuel paradigme d'appréhension des risques⁵⁰⁹.

Bien que marqué par une certaine forme d'archaïsme⁵¹⁰, le paradigme actuel d'appréhension des risques se maintient dans les mentalités et cela d'autant mieux qu'il n'est pas dénué de qualités. Mieux : il semble s'adapter parfaitement aux attentes des pouvoirs publics puisqu'à travers l'identification de menaces précises et leur fragmentation et parcellisation en une série de sous-ensembles clairement délimités, il permet de donner sa pleine mesure à la spécialisation fonctionnelle propre aux différents organes de lutte contre les risques, généralement dévolus à l'exécution de missions spécifiques⁵¹¹.

⁵⁰⁷ V. Stanislaw Tomkiewicz, « L'émergence du concept (de résilience) », *La résilience : le concept de l'espérance*, ERES, 2005, pp. 45-66.

⁵⁰⁸ *Défense et Sécurité nationale : le Livre blanc*, La documentation française, 2008, p. 64 ; v. *infra*, p. 64.

⁵⁰⁹ C'est peut être par le biais du recours à la sécurité privée que le concept de résilience se verra concrètement conforté. V. Bertrand Pauvert, « « La participation de la sécurité privée à la résilience », in *Quel avenir pour la sécurité privée ?*, sous la direction de Christian Vallar et Xavier Latour, PU Aix-Marseille, 2013, pp. 65-74.

⁵¹⁰ V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1 : Les travers du modèle de conceptualisation des risques, pp. 146-171.

⁵¹¹ Comme le relève Patrick Lagadec, « *On se trouve donc en présence de deux lignes de faille potentielles: d'une part, le plan-papier peut finir par tuer l'exigence de processus ; d'autre part, de façon plus subtile et plus perverse, une culture de centralisation hiérarchique et de silo, peut trouver dans le plan papier un outil de puissance qui doit exclure, par construction et par vision, l'idée de processus ouvert et partagé. Et cela de façon d'autant plus forte que l'on est sur des enjeux majeurs, appelant de solides protections de territoires bureaucratiques. La bataille s'engage alors dès l'origine sur l'obtention de la mission de rédaction du plan* », « La question des plans : entre points d'appui et pièges stratégiques », *Cahiers de l'Ecole Polytechnique*, 2009, n° 40, pp. 12-13.

La plus grande qualité du paradigme actuel est aussi son plus grand défaut, puisqu'il oblige à cantonner la réponse à la menace (où plutôt la riposte à l'ennemi) dans des aspects purement opérationnels alors que les faits démontrent que l'essentiel est d'essence stratégique. Mais surtout, par le procédé quasi-systématique de planification qu'il induit, il astreint artificiellement le risque aux bornes que les pouvoirs publics ont bien voulu lui fixer. Or, le propre de la crise est justement de déjouer les pronostics de ceux chargés de la prévoir, limitant ainsi l'efficacité des mécanismes de planification. De plus, la spécialisation fonctionnelle des différents acteurs ne peut être réellement efficace que si ces derniers sont en mesure de jouer leur rôle, ce que les circonstances de crise leur interdisent le plus souvent, laissant le gestionnaire sans ressource à allouer à la satisfaction des objectifs visés⁵¹². Pire encore, à trop compter sur certains acteurs qui seront sans doute dans l'impossibilité de remplir leur tâche au jour dit, il est créé dans le plan une rigidité préjudiciable tant à son exécution qu'à son évolution lorsque les circonstances l'exigent.

Remédier à cet effacement des référentiels, caractéristique des situations de crise implique d'organiser l'action publique autour de nouveaux principes directeurs, propres à contourner les difficultés évoquées et à déjouer le piège de l'inconnu, le seul en vérité sur lequel l'ensemble du dispositif puisse atterrir. Pour ce faire, une étape préalable déjà évoquée est indispensable : celle d'un rappel de ce qui n'aurait jamais dû cesser d'être le but premier de toute politique publique de maîtrise des risques, à savoir la préservation des enjeux et non la lutte contre les aléas dont elle n'est qu'un corollaire. Ce n'est qu'une fois clairement défini l'objet autour duquel structurer l'ensemble des politiques publiques visant à sa préservation qu'il est possible de tracer à partir de celui-ci un ensemble de lignes d'actions qui, à la manière des rayons d'une roue autour d'un moyeu, participeront d'un même mouvement initié à partir d'un même centre.

Organisées autour d'une même finalité, il faut encore donner à ces lignes d'action la cohésion nécessaire en les ordonnant à partir d'un même principe directeur. Ce principe

⁵¹² Citons entre autres choses, en plus des divers problèmes afférents à des problèmes techniques ou à l'existence d'infranchissables frontières administratives, le cas de centre de secours situés... en zone inondable. Ainsi que le relève Alain Anziani, « pour le dispositif aérien, si les hélicoptères ont secouru 90 victimes, au cours de 92 heures de vol, dont la moitié de nuit, grâce à l'équipement en vision nocturne, il faut constater une insuffisance de moyens en hélicoptères au début de la catastrophe en Vendée, et surtout des défauts dans la coordination des appareils. La zone aéronautique couvrait deux départements et deux zones de défense, ce qui explique en partie ces difficultés. Pour les transmissions, la mission a relevé que le réseau de téléphone fixe était hors service et que seul un opérateur de téléphonie mobile (orange 3G) avait fonctionné correctement. Pendant douze heures, les services de secours de Vendée n'ont disposé que d'une seule ligne fixe. Par ailleurs, les réseaux de transmission des SDIS et de l'armée ne communiquaient pas pour les secours hélicoptérés. Enfin, l'inondation d'un certain nombre de centres de secours (Ars-en-Ré, Saint Trojan, l'Aiguillon) a gêné les opérations de sauvetage. Il faudrait veiller à l'avenir à les reconstruire hors zone inondable » ; rapport d'information n° 554 sur les conséquences de la tempête Xynthia, Sénat, 10 juin 2010, p. 15.

directeur, dont la teneur peut être déduite de l'analyse de l'objectif vers lequel doit tendre le dispositif, éclairé par le diagnostic des imperfections de l'actuel schéma d'appréhension des risques, est celui de la résilience, terme dont il faut ici préciser le sens⁵¹³. Entendue dans son acceptation large comme l'aptitude à plier sans rompre, la définition de la résilience connaît des déclinaisons multiples selon le domaine auquel elle trouve à s'appliquer.

Dans le cadre qui concerne l'objet de la présente étude, nous comprendrons la résilience comme la capacité d'une société à encaisser, absorber et surmonter le choc que constitue la survenance d'une crise tout en maintenant un degré de cohésion interne lui permettant de conserver un fonctionnement normal malgré une dégradation de ses potentialités. Cette dégradation étant susceptible de comporter une infinité de degrés et le fonctionnement normal d'une société étant dicté par une multitude de paramètres, la mise en œuvre concrète de la notion de résilience devra passer par la détermination de l'ensemble des éléments sous jacents à ces paramètres puis à l'exécution de mesures à même d'assurer leur préservation⁵¹⁴. Celle-ci ne pouvant être garantie, puisque c'est le propre de la crise que d'emporter et réduire à néant les précautions les mieux établies, la gradation des ressources à y allouer devra être calquée sur une échelle claire, hiérarchisant par ordre de priorité, l'ensemble des compétences à conserver en cas de survenance d'un sinistre à travers

⁵¹³ Le Livre Blanc de la défense et de la sécurité nationale donne de la résilience la définition suivante : « *La résilience se définit comme la volonté et la capacité d'un pays, de la société et des pouvoirs publics à résister aux conséquences d'une agression ou d'une catastrophe majeures, puis à rétablir rapidement leur capacité de fonctionner normalement, ou à tout le moins dans un mode socialement acceptable. Elle concerne non seulement les pouvoirs publics, mais encore les acteurs économiques et la société civile tout entière. La nature des crises possibles dans les prochaines années appelle la prise en compte, dans la stratégie de sécurité nationale, de l'objectif de résilience. C'est en effet un devoir pour l'État de se préparer à répondre aux situations dans lesquelles pourraient être mis en cause la vie de la population ou le fonctionnement régulier de la vie économique, sociale ou institutionnelle du pays. Cela suppose une organisation des pouvoirs publics conçue dès le temps de paix pour prendre en compte les hypothèses du temps de crise, et l'établissement de priorités dans les capacités de renseignement, d'analyse et de décision. La résilience suppose aussi d'organiser la coopération entre l'État et les collectivités territoriales, pour la complémentarité des moyens, et entre l'État et les entreprises privées dans les secteurs stratégiques (énergie, communication, santé, alimentation). Accroître la résilience des institutions démocratiques, de la société et de la vie économique constituera donc un objectif fondamental de la stratégie de sécurité nationale, mise en œuvre par l'État et l'ensemble des collectivités publiques* » ; *Défense et Sécurité nationale : le Livre blanc*, La documentation française, 2008, p. 64.

⁵¹⁴ C'est à un semblable souci que répond la détermination des activités d'importance vitale et des mesures les plus à même d'assurer leur sauvegarde. Entendues comme « *un ensemble d'activités, essentielles et difficilement substituables ou remplaçables, concourant à un même objectif ou visant à produire et à distribuer des biens ou des services indispensables* », la notion d'activités d'importance vitale a été créée par le décret n° 2006-212 du 23 février 2006 relatif à la sécurité des activités d'importance vitale (JO du 24, p. 2889). V. aussi les Art. L. 1332-1 à 7 du code de la défense et R. 1332-1 à 42. Pour un premier bilan sur la sécurité des activités d'importance vitale et son articulation avec d'autres dispositifs permettant d'assurer la résilience de la nation, v. Alain Coursaget, « La sécurité des activités d'importance vitale : premier bilan du SGDSN. », *Sécurité et stratégie*, 2010-2, pp. 5-17. Pour retour d'expérience sur la mise en œuvre des obligations en matière d'activité d'importance vitale à EDF, v. Jean-Marc Sabathé, « La mise en œuvre du décret SAIV par EDF. », *Sécurité et stratégie*, 2010-2, pp. 19-22. En ce qui concerne la protection des réseaux numériques cette fois, v. Bertrand Warusfel, « La protection des réseaux numériques en tant qu'infrastructures vitales », *Sécurité et stratégie*, 2010-2, pp. 31-39.

l'inventaire des moyens permettant de les exercer (humains, matériels...). Si l'élaboration de cette échelle dans ses moindres détails est un exercice qui relève en propre des situations et des circonstances pratiques auxquelles elle devra trouver à s'appliquer, la recherche du sens général qui doit être le sien peut en revanche faire l'objet de spéculations et d'une construction théorique au sujet de laquelle il nous faut apporter quelques précisions.

Comme indiqué précédemment, la résilience s'entend pour une société en situation de choc comme la faculté à pouvoir lui opposer une réplique malgré une altération de ses capacités. En d'autres termes, il ne s'agit rien de moins que de son aptitude à pourvoir à sa propre conservation. Pour être optimisée, celle-ci devra être agencée suivant une échelle de préservation des enjeux, nivelant entre elles les priorités d'intervention, tout en gardant à l'esprit que les circonstances de crise auront tôt fait d'en bouleverser l'ordonnement. Sur le plan doctrinal, la protection de la société se trouve donc organisée sous la forme de cercles concentriques, la recherche de la préservation du cercle le plus extérieur devant être abandonnée aux arrêts du destin, sitôt qu'un cercle intérieur se trouve menacé. Dans un système comme celui-ci, la conservation de la périphérie passe par celle du centre et c'est donc sur le choix des éléments constitutifs du « cœur » que devront se tourner tous les soucis des pouvoirs publics.

Une nouvelle fois, le recours à la notion de résilience et plus particulièrement la notion de résilience fonctionnelle permettra de les définir. En effet, ce qui doit être recherché prioritairement par la société est la capacité à exercer certaines fonctions sans lesquelles il n'est pour elle pas de salut possible et ce, indépendamment des circonstances. Or, la préservation des éléments matériels et humains chargés usuellement de les remplir n'est qu'une possibilité parmi d'autres (mais à privilégier à toutes les autres) de s'assurer du maintien de ces fonctions. Ainsi, si parvenir à protéger l'hôpital est souhaitable, c'est bien préserver la capacité à soigner qui est nécessaire. En l'absence du premier, la société devra bien s'organiser pour préserver la seconde. Prise sous l'angle de sa transposition théorique dans ses déclinaisons pratiques, la notion de résilience doit donc être envisagée sous un triple aspect :

- celui de l'identification des fonctions vitales sans lesquelles toute tentative de sauvegarde de la société au moins dans sa plus grande part est purement illusoire ;
- celui de la recherche de liens de dépendance ou d'interdépendance entre ces fonctions, permettant ainsi une hiérarchisation dans la nécessité à les préserver ;
- celui de la possibilité de leur trouver des moyens de substitution si ceux qui leurs sont classiquement dévolus ont été rendus inopérants par les événements.

L'objectif premier et pour ainsi dire également dernier et exclusif d'une société plongée dans une situation de crise est de pourvoir à sa propre conservation, tous les autres ne lui étant finalement que dérivés par une sorte d'homothétie à leurs domaines particuliers. Si la destination ne se confond pas avec les multiples chemins qui y conduisent, y parvenir effectivement suppose toutefois pour la société de conserver la maîtrise de sa direction.

B) La consécration du niveau stratégique sur l'échelon opérationnel

Comme pouvait l'écrire Napoléon I^{er}, « *l'art de la guerre est un art simple et tout d'exécution* ». Ce n'est qu'une fois l'adversaire défini que « *les problèmes apparemment complexes posés à l'armée (...) seront ramenés à ses possibilités et facilement résolus* »⁵¹⁵. Il ne devrait pas en aller autrement de la conduite des politiques publiques de lutte contre les risques. Ce n'est en effet pas d'un manque de moyens dont souffrent ces dernières (encore que leur allocation puisse parfois prêter le flanc à la critique) mais d'un véritable déficit, sinon d'une absence totale, de vision stratégique. Ici, la nécessité d'inscrire les démarches de protection des populations dans une semblable vision (1) se couple avec celle de lui découvrir des critères généraux permettant de la porter (2).

1) La nécessité d'une vision stratégique des risques

Tout entier articulé autour de la perception du risque par le prisme de l'aléa (et plus particulièrement du danger), l'actuel paradigme de gestion des risques trouve pour l'essentiel sa transcription concrète dans des mécanismes de planification. Ces mécanismes visent à mettre en regard des objectifs préalablement définis et les moyens pour les atteindre, mais toujours sous l'angle déjà dénoncé de la « lutte contre l'aléa » plutôt que de la préservation des enjeux. Indispensable, ce type de démarche souffre toutefois d'un défaut rédhibitoire, d'où découlent tous les autres : celui de fermer le champ des possibles, ne permettant pas de penser le risque au-delà des limites que l'esprit s'est lui-même donné. Cette perception du risque « par le bas », dans un univers borné et normé, pour satisfaisante qu'elle soit lorsque ses possibilités de réalisation ne vont pas au-delà des lignes tracées par la prospection et l'anticipation, voit son impact devenir nul, sinon nuisible, sitôt que ses manifestations dépassent par leur ampleur ou leur nature le cadre normal des prévisions. Dans un pareil cas de figure, la survenance du risque peut se voir qualifiée de catastrophe lorsque certains critères sont réunis et notamment si les conditions de sa survenance présentent à l'observateur extérieur une relative unité de temps, de

⁵¹⁵ Roger Trinquier, *La guerre moderne*, Economica, coll. Stratégie et doctrines, 2008, p. 22.

lieu et d'action⁵¹⁶. Il importe peu ici que cette unité soit réelle, parce que les événements se sont effectivement déroulés en un trait de temps sur un lieu unique (cas de l'accident aérien), ou que cette unité soit conférée *a posteriori* par l'éclairage médiatique qui y est porté et qui a pour conséquence d'offrir une scène médiatique unique à des événements multiples et étalés dans le temps (cas d'un scandale sanitaire de long terme). Mais plus dangereux encore, cette situation porte en germe la possibilité de se muer en crise, laquelle se distingue de la catastrophe non seulement par une différence de degré, mais surtout de nature. A ce stade de l'exposé, quelques précisions terminologiques s'imposent. Le recours incantatoire par certains médias, cédant trop facilement aux attraits du sensationnalisme, à une phraséologie de fin du monde pour décrire des événements qui pour avoir été certainement des drames humains, n'ont toutefois jamais eu ni l'ampleur ni la portée que les manchettes de journaux et les ondes ont voulu leur donner, a en effet contribué à jeter un voile sur la signification de certains mots, dont l'acceptation est pourtant suffisamment limpide pour que le sens commun se passe de les définir⁵¹⁷.

Face au flou et à la confusion, conséquence d'un glissement sémantique produit et entretenu par une terminologie incapacitante, le plus sûr reste encore de s'en remettre à la définition première du terme de crise. Cette-ci est étroite, ne laisse pas place à l'interprétation et désigne une situation de trouble due à une rupture d'équilibre et dont l'issue est déterminante.

En matière de risques, il y a crise lorsque pour un système donné, le niveau de désorganisation induit par la réalisation d'un risque dépasse ses capacités de réorganisation, mettant en péril son existence. La crise est donc la conséquence d'une inadéquation du dispositif de lutte contre les risques avec la réalité de la menace, elle-même produit d'une appréhension partielle, partielle ou parcellaire de ces derniers. Autrement dit, la crise est le produit d'une incertitude radicale dont elle n'est qu'une des modalités de manifestation.

⁵¹⁶ Marie-France Steinlé-Feuerbach, « Le droit des catastrophes et la règle des trois unités de temps, de lieu et d'action », *Les Petites Affiches*, 28 juil. 1995, n° 90, p. 9. L'auteur y relevait notamment : « *inspirées d'Aristote, les trois règles des unités d'action, de temps et de lieu sont formulées à la Renaissance ; elles seront pour Racine les conditions nécessaires à la tragédie; les Romantiques, en revanche, préféreront ne retenir que l'unité d'action. Le théâtre n'a pas le monopole de la tragédie : radios, télévisions et journaux sont le reflet permanent des tragédies contemporaines, tragédies individuelles (un enfant est enlevé, un danseur décède) ou collectives (la guerre fait des ravages dans plusieurs parties du globe, une ville est anéantie par un séisme, un avion s'écrase, un médicament se révèle nocif). Alors que certaines tragédies sont dues à la folie meurtrière des hommes ou au déchaînement de la nature, d'autres sont le résultat, le plus souvent involontaire, d'une défaillance humaine ou technologique. Ces tragédies, rançon du progrès, sont désignées sous le terme de catastrophe dès lors que leurs conséquences atteignent le seuil du collectif. Le nombre des victimes, la pluralité des causes et des responsables marquent en effet la catastrophe au sceau du collectif. Le juriste est alors conduit à s'interroger sur l'efficacité des procédures et des mécanismes juridiques traditionnels dès lors qu'il s'agit d'appréhender l'intégralité des enjeux sociaux de catastrophes* ».

⁵¹⁷ Cyril Lemieux, *Mauvaise presse. Une sociologie compréhensive du travail journalistique et de ses critiques*, Métailié, Paris, 2000.

Or, c'est justement l'existence d'une dissymétrie entre l'impact potentiel à la réalisation du risque et l'aptitude de la société à y répondre que nient, pour ainsi dire ontologiquement, les mécanismes de planification. Leur objet même se confond artificiellement, par une sorte de dogmatisme inconscient avec le sujet, effaçant jusqu'à la possibilité d'un imprévu. Par sa nature, le plan fait disparaître la notion d'incertitude alors que l'incertitude est justement le moteur premier de la crise. Le plan lui, réduit l'essentiel de la réponse des pouvoirs publics à la mise en regard de moyens et de procédés avec un risque attendu. Ce faisant, il cantonne et enferme les démarches de lutte contre les risques à un niveau tactique, alors qu'en matière d'incertitude, l'essentiel est d'ordre stratégique, l'objectif premier devant être d'apporter une réponse à une situation qui justement n'a pas été prévue.

En toute chose le particulier découle du général et donc le tactique du stratégique. Il faut donc, pour adopter une vision juste d'un problème, partir d'abord du stratégique avant de redescendre à l'échelon tactique. Voir haut, loin et juste, sans limiter son horizon intellectuel ou élaguer l'arbre des possibles, avoir conscience des grands enjeux plutôt que des points de détails, percevoir les grands traits avant de vouloir en préciser les lignes : voilà l'idée maîtresse qui devrait guider la réflexion en matière d'élaboration des politiques publiques de lutte contre les risques. D'une part en amont de l'élaboration des politiques publiques de lutte contre les risques, lorsqu'il est encore temps de la penser hors toute situation d'urgence. D'autre part en aval, une fois le risque réalisé et que la bonne conduite des opérations exige que soient, peut être, réévalués voire remisés les précieux plans savamment élaborés et qui auraient éventuellement fait la preuve de leur insuffisance. Meilleure aura été la vision stratégique et moins il sera nécessaire de descendre jusqu'au niveau tactique. Là où le niveau tactique enferme la conduite des politiques publiques dans une certaine passivité face au risque en obligeant intellectuellement à le subir, le niveau stratégique permet de s'en libérer et de reprendre l'initiative⁵¹⁸. La nécessité de s'en remettre à des solutions d'échelon tactique

⁵¹⁸ V. Patrick Lagadec, « La question des plans : entre points d'appui et pièges stratégiques », *Cahiers de l'Ecole Polytechnique*, 2009, n° 40, pp. 16-17 : « L'essence même d'une crise, c'est la destruction des références, la surprise fondamentale venant soudain mettre en question les visions conventionnelles. C'est pour cette raison que le plus important est bien de retrouver des visions, du sens, de la conviction partagée -avant même les mises en œuvre logistiques (centrales dans les urgences). Tout plan qui fait l'impasse sur cette réalité fondamentale, qui opère en quelque sorte dans un "business as usual" sur toutes les hypothèses les plus critiques, qui masque les colossaux problèmes de leadership en univers non balisé, qui compense ce vide sur l'essentiel par des précisions fausses sur la technique et les moyens, ou qui masque les grands problèmes d'option par des prescriptions d'autant plus précises en matière de commandement formel... porte en lui de graves défaites stratégiques. En particulier, puisque le pilotage en univers de rupture est le point le plus critique, tout plan masquant ces problèmes de pilotage et ne songeant qu'à asséner des règles formelles impérieuses en matière de commandement et de logistique peut constituer un grave danger. Le problème prioritaire n'est pas de prévoir des logiques d'emboîtement pour la transmission efficace des ordres à faire descendre ; le grand problème est la formulation des options de fond et leur transcription par tous les acteurs, lorsque les références essentielles sont

n'est en effet le plus souvent qu'un sous-produit accidentel d'un déficit de vision stratégique, qui, elle, est essentielle.

Mais élaborer puis adopter une vision stratégique pertinente ne se décrète pas. Par la plasticité conceptuelle et la hauteur de vue à laquelle elle incline, il serait vain de vouloir en chercher les arcanes dans une quelconque procédure, faussement rassérénante et réellement lénifiante, dont la nécessaire rigidité ferait de l'indépendance d'esprit une simple clause de style, l'ancrage dans un cadre donné contribuant quant à lui à interdire toute élévation de pensée.

L'adoption d'une vision stratégique est avant tout l'affaire des hommes chargés de la promouvoir et s'il est impossible de s'en remettre à un quelconque et utopique algorithme de décision pour la secréter, il est toutefois permis de dégager des critères généraux pour un renouveau stratégique⁵¹⁹.

pulvérisées, que la surprise est omniprésente. Cette dimension est souvent exclue : on est d'emblée dans une logique d'application de principes et de moyens qui ne posent pas question sur le fond. Et si ces dimensions ne peuvent jamais faire l'objet d'explicitation, de test, de retour d'expérience, le plan deviendra rapidement un piège diabolique -puisque les questions les plus critiques auront été mises hors examen, et le resteront tout au long de la crise. Mais la difficulté est extrêmement aiguë. Car on se trouve face à des "blancs", qu'il faut pouvoir tolérer. Et confronté à une difficulté généralement passée sous silence : le problème va d'emblée concerner les dirigeants, qui devront faire montre de leadership inventif, incarner la riposte, faire preuve d'exemplarité. Plus la situation est grave, ou que les enjeux sont potentiellement importants, plus les outils sont besoin d'être pilotés. Le risque le plus important est de voir le niveau de pilotage sous la coupe des outils, des "usines à gaz" organisationnelles, des procédures et règles d'engagement. Si la logistique dicte la stratégie, si le script prévu n'est pas discutable, alors la défaite ne peut être évitée que grâce à un miracle : que la crise veuille bien entrer dans toutes les cases qui lui ont été préparées et s'y tenir bien sage. En d'autres termes : qu'elle ne soit pas une crise, mais une urgence bien domestiquée ».

⁵¹⁹ Relevons ici que ce renouveau stratégique semblait avoir été amorcé en 2008, ainsi que pouvait le laisser supposer la lecture du Livre Blanc sur la défense et la sécurité : « Au terme de ces travaux, ce Livre blanc introduit une innovation majeure dans la définition de la stratégie de la France. Il expose une stratégie non seulement de défense, mais aussi de sécurité nationale. Son objet est de parer aux risques et aux menaces susceptibles de porter atteinte à la vie de la nation. Les menaces peuvent provenir d'États et de groupes non étatiques transnationaux. Les risques peuvent résulter de catastrophes naturelles ou sanitaires qui appellent des réponses à l'échelle mondiale. Les atteintes possibles à la vie du pays peuvent être la conséquence soit d'intentions hostiles, soit de ruptures accidentelles. Dans tous les cas, la possibilité d'une atteinte à la sécurité nationale appelle un effort d'anticipation, de prévention et de réponse rapide, mobilisant l'ensemble des moyens des pouvoirs publics et la mise en œuvre de coopérations européennes et internationales. Cette stratégie inclut donc aussi bien la sécurité extérieure que la sécurité intérieure, les moyens militaires comme les moyens civils, la politique de défense proprement dite et la politique de sécurité intérieure et de sécurité civile, la politique étrangère et la politique économique. La définition d'une stratégie d'ensemble en matière de sécurité répond à une nécessité nouvelle, qui s'impose à la France comme à l'ensemble de ses alliés et partenaires : s'adapter aux bouleversements engendrés par la mondialisation » ; Défense et Sécurité nationale : le Livre blanc, La documentation française, 2008, p. 16. V. aussi Bertrand Warusfel, « La sécurité nationale, nouveau concept du droit français », in *Mélanges Pierre-André Lecoq*, Lille II, 2011, pp. 461-476. Du même auteur, v. encore « Les implications juridiques et institutionnelles de la notion de sécurité nationale », in Xavier Latour et Christian Vallar (dir.), *Le droit de la sécurité et de la défense en 2013*, PU Aix-Marseille, 2014, pp. 17-30.

2) Critères généraux pour un renouveau stratégique

Ainsi l'échelon tactique auquel se cantonne la plupart des dispositifs de lutte contre les risques ne permet-il pas d'appréhender la notion de crise au sens véritable de ce mot. La plupart de ces dispositifs de lutte effacent en effet la possibilité qu'une incertitude radicale soit à même de vicier l'intégralité du schéma d'appréhension des risques utilisé pour les conceptualiser, alors même que l'incertitude radicale est le moteur même des crises.

S'affranchir de ces limitations implique pour le décideur public de s'élever jusqu'à un niveau d'ordre stratégique. Mais cette conduite, prise en tant que notion, n'admet pas de définition stricte puisqu'elle se dérobe à l'analyse dès que l'on tente de l'enfermer dans un cadre, un de ceux qu'elle a justement pour vocation de briser. Et pour cause : avant d'être un concept, la démarche stratégique de lutte contre les risques est avant tout une posture intellectuelle, qui si elle ne peut être réduite à un ensemble de techniques, peut toutefois être entrevue à travers les logiques qui lui sont sous-jacentes et qui seront ici successivement étudiées.

A toute démarche d'ordre stratégique, il faut d'abord un objectif clair. En matière de crise, la notion de crise s'entendant comme une situation dans laquelle, pour un système donné, le niveau de désorganisation induit par la réalisation d'un risque a dépassé ses capacités de réorganisation, c'est uniquement vers la préservation de ces capacités de réorganisation que devra tendre la démarche⁵²⁰. Tout autre objectif ne devrait que lui être accessoire. Mais la crise étant aussi l'expression des potentialités d'une incertitude radicale, la stratégie de lutte contre les risques devra passer prioritairement par la maîtrise maximale de cette dernière, une mauvaise connaissance des paramètres structurants de la crise conduisant naturellement à adopter de mauvaises décisions. Lutter contre l'incertitude, c'est déjà lutter contre la crise, la maîtrise de l'incertitude contribuant à réduire le champ des possibles et à ramener la crise à des possibilités connues⁵²¹.

⁵²⁰ C'est d'ailleurs l'un des points développés dans le Livre Blanc de 2013 : « *notre stratégie de défense et de sécurité nationale doit garantir l'intégrité du territoire, assurer aux Français une protection efficace contre l'ensemble des risques et des menaces dont l'impact pourrait être majeur, préserver la continuité des grandes fonctions vitales de la Nation et conforter sa résilience* » ; *Livre blanc sur la Défense et la sécurité nationale 2013*, La Documentation française, 2013, p. 76.

⁵²¹ Ce qui est d'autant plus utile pour le décideur public lui-même, puisque la correcte maîtrise de l'incertitude n'est pas sans incidence sur sa propre responsabilité. V. Laetitia Driguez, « Les obligations du décideur public en matière de santé et de sécurité des travailleurs en cas d'incertitude scientifique », *RDSS*, 2010, pp. 616-627. L'auteur y observait notamment : « *l'obligation de gestion est caractérisée par l'importance des marges d'appréciation. L'incertitude marque en effet la limite du droit de l'ingénieur avec un retour en force du choix par rapport à la règle. Les normes de gestion adoptées dans le cadre de l'obligation de précaution peuvent ainsi paraître empreintes d'une grande subjectivité. Une autre difficulté résulte de la rapide obsolescence de certaines normes techniques provisoires car appuyées sur des connaissances partielles. Enfin, s'agissant des*

La démarche pour borner cette incertitude dans les limites les plus étroites possible est double et passe par la réintroduction d'une vision de long terme dans le circuit décisionnel, conjuguée à un élargissement de l'assiette des ressources sur lesquelles s'appuyer pour prévenir la crise ou la résorber, bien au-delà des seuls acteurs institutionnels. La réintroduction d'une vision de long terme dans le circuit décisionnel suppose préalablement l'instauration d'un dispositif de veille permanente à même de détecter non seulement les évolutions du risque (ce qui suppose par conséquent que ses paramètres structurants soient connus), mais également les ruptures d'ambiance et les voix discordantes au milieu des consensus mous, notamment au sein de la communauté scientifique, souvent seuls signes avant-coureurs de la survenance prochaine d'une crise⁵²².

Mais parvenir à instaurer et construire une semblable vision de long terme implique pour le décideur public de s'appuyer sur l'assiette de ressources informationnelles la plus large possible, assiette dont la périphérie doit dépasser de très loin celle des acteurs institutionnels classiques, chargés de penser et résorber la crise. S'y refuser conduirait le décideur à renouer avec les effets d'une vision en silo du risque, de l'incertitude et de la crise et le couperait de la sensibilité qui lui est pourtant nécessaire pour pressentir les signaux faibles annonciateurs de grands changements. Ce que doit permettre une vision stratégique est un élargissement de l'horizon, une prolongation des courbes de prévision à partir non seulement des grandes tendances dégagées, mais aussi des plus petites inflexions susceptibles

nanoparticules dont les effets peuvent être aussi variés que leur taille, leur nature et leurs associations, il paraît actuellement impossible d'édicter des réglementations spécifiques à chacune ».

⁵²² Les indices de la survenance d'une crise sont souvent extraordinairement nombreux. Mais moins que le savoir proprement dit ou la capacité à détecter ces risques, il manque le plus souvent un acteur capable d'exploiter ces indices pour impulser ensuite la décision publique dans une direction donnée. « Une science compartimentée, aussi érudite soit-elle, offre une base insuffisante pour en savoir assez pour prévoir ou atténuer les incidences de systèmes aussi complexes : des connaissances intégrées et synthétisées, qui centralisent la sagesse de nombreuses sciences naturelles et sociales, représentent une condition indispensable pour être Homo sapiens. Mais cela ne suffit pas de savoir assez : il est aussi nécessaire d'agir avec sagesse et en temps utile. Une des tâches de l'AEE est de contribuer à élargir la base des connaissances, par des évaluations intégrées, et d'aider ainsi les décideurs à prévoir les conséquences possibles des actions et inactions réglementaires et des parties intéressées. Il semble difficile d'engranger suffisamment de connaissances et d'agir avec suffisamment de sagesse quand on observe le large éventail de questions environnementales et sanitaires. Les interconnexions entre les questions, la vitesse des évolutions technologiques, nos connaissances limitées et le "temps pour nuire puis le temps pour guérir" les systèmes écologiques et biologiques, qui peuvent être perturbés durant des décennies par nos technologies, sont autant d'éléments qui donnent à l'ensemble un caractère impitoyable. Certains craignent ou imaginent qu'une approche plus préventive visant à éviter tout risque aux conséquences potentiellement irréversibles nuira à l'innovation ou compromettra la science. Il existe cependant d'énormes défis et occasions à saisir pour comprendre les systèmes complexes et émergents tout en répondant aux besoins humains à un coût écologique et sanitaire moins élevé. Bon nombre des études de cas suggèrent qu'un usage plus généralisé du principe de précaution peut aider à stimuler à la fois l'innovation et en remplaçant les technologies du XIX^e siècle et la science élémentaire de la première révolution industrielle par la science des systèmes et technologies "éco-efficaces" de la troisième révolution industrielle » ; Signaux précoces et leçons tardives : Le principe de précaution 1896 - 2000, Institut français de l'environnement, 2002, p. 13.

d'en bouleverser le tracé à long terme⁵²³. Cela suppose de la part du décideur à la fois une ouverture maximale à toutes les sources d'informations (y compris celles d'apparence les plus farfelues) mais également une capacité à en discriminer la crédibilité sans renouer avec une étroitesse de vue préjudiciable à la lutte contre les crises. Ce point, relatif à l'articulation entre la connaissance et l'action, est d'une importance fondamentale. En effet, entre la réintroduction d'une vision de long terme dans le circuit décisionnel et l'élargissement maximal de l'assiette informationnelle doit encore être adjoint un moyen terme : un épicycle de décision. Cet épicycle de décision est destiné à impulser les grandes orientations stratégiques en matière de risque et de crise. Pour cela, il doit posséder la faculté non seulement d'aiguillonner la collecte d'informations, mais aussi d'en conserver la direction, en intégrant au processus de décision publique les nouvelles dynamiques complexes auxquelles obéit désormais la problématique des risques.

§2) L'intégration de dynamiques complexes dans l'appréhension des risques

En plus de la tendance à percevoir les risques sous l'angle de l'aléa auquel l'Homme et ses activités se voient exposés, plutôt que sous celui des enjeux à préserver, plaçant ainsi ces derniers totalement en aval des processus de lutte contre les risques, l'actuel paradigme d'appréhension des risques se double d'une autre déviation. Celle déjà évoquée de conceptualiser le risque (et donc la crise) comme un phénomène purement statique, amené à se réaliser en un trait de temps suite à un événement donné. S'il permet une appréhension globalement correcte de certains d'entre eux, il est totalement impuissant à rendre dans toute leur complexité la plupart des risques modernes, issus essentiellement de la seconde moitié du XX^e siècle ; il ne permet pas, par conséquent, d'anticiper efficacement les crises qui en découlent. Ce refus de voir la crise comme un phénomène de long terme, en la réduisant à un

⁵²³ A propos du scandale sanitaire du Médiateur, il était notamment observé par la mission d'information que « *Le rapport de l'Igas, réalisé en six semaines, un temps record eu égard à la masse d'informations à traiter et au contexte difficile, a mis en lumière des anomalies majeures au niveau du fonctionnement du système de sécurité sanitaire mis en place depuis une vingtaine d'années. La mission commune d'information estime que ces observations ont été largement corroborées par les travaux qu'elle a menés au cours de ces derniers mois. Mais elle constate malheureusement que nombre d'entre elles ont été formulées de longue date, dans de nombreux rapports et audits. Elle renvoie à cet égard aux différents rapports publiés notamment par les commissions des affaires sociales et des finances du Sénat comme de l'Assemblée nationale, au cours des dernières années. L'affaire du Médiateur présente, en effet, des similitudes avec des situations précédentes. Avant le Médiateur, une série de crises sanitaires, liées à des médicaments ou des produits de santé, a en effet jalonné la décennie précédente : Vioxx, Cérivastatine, Acomplia, Avandia... L'an passé, la gestion de la grippe A (H1N1) avait suscité la création d'une commission d'enquête du Sénat. Tirant les enseignements de cette succession d'événements, la mission commune d'information considère comme inévitable désormais une nouvelle "révolution sanitaire". Mais plus qu'un changement de structures, elle souhaite que s'opère un changement culturel profond pour que les objectifs de santé publique soient toujours considérés, en matière de médicament, comme la priorité absolue* » notait Marie-Thérèse Hermange, *Médiateur : évaluation et contrôle des médicaments*, rapport d'information n° 675, Sénat, 28 juin 2011, p. 61.

point sur la ligne du temps, a conduit les différents acteurs de la lutte contre les risques à ne l'envisager qu'à travers sa réalisation et ses développements, isolant ainsi les politiques publiques des dynamiques temporelles pourtant inhérentes à la construction des facteurs structurants des crises. En focalisant l'attention des acteurs du risque sur le seul instant de sa survenance, les obligeant ainsi passivement à positionner leur action en fonction de celui-ci, l'actuel schéma d'appréhension du risque a également contribué à la promotion d'une vision parcellaire du risque, en silo, à travers les seules fins premières auxquelles ils sont normalement astreints. Ce faisant, il a participé à la construction d'une appréhension du risque sous l'angle de la rationalité limitée des différents acteurs, ou plutôt sous l'angle de l'addition des différentes logiques propres à ces derniers, sorte de syncrétisme mal pensé, tout à la fois mauvais consensus et mauvais compromis.

L'application d'un correctif dans les démarches de lutte contre les risques passe donc par la réintroduction de la notion de long terme dans les circuits de décision (A) conjuguée à celle de mécanismes visant à promouvoir une vision globale des risques en lieu et place des logiques de rationalité limitée qui prévalent actuellement (B).

A) L'intégration du long terme dans l'appréhension des risques

Si la crise n'est pas expressément appréhendée à travers une logique de long terme, celle-ci n'en est pas pour autant totalement absente des politiques publiques de lutte contre les risques, puisqu'elle se trouve inscrite dans la continuité d'un outil juridique désormais plus tout à fait nouveau : le principe de précaution. Pourtant, c'est précisément cet instrument juridique récent qui en postulant qu'il existe une distinction entre démarche de prévention et démarche de précaution, pose un faux débat et un vrai problème (1). Cette distinction, artificielle, interdit en effet de conceptualiser le risque et les crises pour ce qu'ils sont, à savoir des phénomènes systémiques et dynamiques (2).

1) Les limites de la distinction entre prévention et précaution

Si le principe de précaution et le cadre juridique dans lequel il s'inscrit ont déjà été substantiellement abordés⁵²⁴, il convient néanmoins d'y revenir un bref instant. En effet, ce principe, pris dans son acceptation la plus générale, s'entend comme l'obligation de mettre en œuvre une série de mesure à même de prévenir la survenance d'un risque et ce en l'absence

⁵²⁴ V. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 : L'essor du principe de précaution, pp. 91-140.. Sur l'ensemble des points développés ici, v. Michel Mathieu, *La décision publique face aux risques*, La Documentation française, 2002, p. 32 et s.

même de certitudes quant à son existence. Là où la prévention vise à anticiper sur les conséquences d'un risque certain, c'est-à-dire probabilisable, la précaution doit, elle, permettre de devancer celles d'un risque éventuel, autrement dit de spéculer sur le « risque d'un risque ». Trouvant son origine dans le droit international et communautaire, le principe de précaution a d'abord été intégré de façon prétorienne au droit français, avant d'être l'objet des attentions du législateur, puis, consécration suprême, du Constituant lui-même puisqu'il se trouve désormais inscrit dans la Charte de l'environnement et qu'il lui est expressément reconnu une valeur constitutionnelle. Les questions sur les délicats problèmes d'application que pose le principe, tant sur le plan pratique que juridique et qu'il posera encore à l'avenir, ayant déjà été envisagées, il n'y sera revenu que subsidiairement au problème qui doit être ici abordé : celui des fondements même sur lesquels repose la logique de précaution dont le principe est issu.

Ainsi qu'il a déjà été démontré, le risque n'est pas cet ennemi extérieur fantasmé qu'il serait possible de situer sur ces cartes d'état-major que sont les plans, mais le sous-produit d'une société qui en est à la fois matériau et constructeur, et qui doit donc être conceptualisée comme un système fermé, source et cible des risques, cela sous peine d'établir un diagnostic totalement coupé des réalités. Et il n'est pas plus un phénomène statique qu'il n'est un phénomène exogène, puisque la réunion de ses paramètres structurants n'obéit jamais à une chimérique loi de l'instantanéité mais est tout au contraire le fruit d'une lente sédimentation que l'observateur avisé a tout le loisir de regarder évoluer. Ce dernier pourra d'ailleurs d'autant mieux exercer son acuité s'il choisit pour porter et soutenir son regard d'adopter une vision d'ordre stratégique, privilégiant dans sa démarche et comme nous en avons fait la promotion plus haut, une logique de recherche de la résilience à travers l'identification et la hiérarchisation des enjeux à protéger⁵²⁵.

Marquée du sceau de l'évidence, l'affirmation selon laquelle le risque n'est pas un phénomène purement statique devait pourtant être rappelée. L'algorithme logique classiquement utilisé pour modéliser les risques ne peut justement être employé qu'une fois réunie l'intégralité des paramètres de l'équation qui le composent. Il donne ainsi l'illusion de l'apparition du risque en génération spontanée, à tout le moins au stade de son appréhension par les pouvoirs publics. C'est la prise de conscience des insuffisances et de la relative artificialité de la seule démarche de prévention, conjuguée aux nécessités d'un temps peu avare d'exemples destinés à démontrer la fausseté des théories que l'on comptait lui appliquer

⁵²⁵ S'il est par exemple impossible d'évaluer l'impact sur le long terme d'un médicament, à tout le moins est-il possible de connaître le nombre de personnes amenées à prendre ce médicament.

pour maîtriser le risque qui a permis l'introduction du principe de précaution dans le corpus normatif⁵²⁶. Or, en même temps que l'on cherchait à compléter le dispositif de prévention par l'adjonction du principe de précaution, l'on créait une ligne de fracture dans le schéma global d'appréhension des risques, ligne de fracture tout à fait artificielle.

Tout le problème pour le décideur public dans la conduite des politiques qu'il mène repose en effet non directement sur la distinction entre régime de prévention et régime de précaution, mais sur la difficile construction de leur acceptabilité sociétale. Les deux régimes l'obligent à entre l'impact tout à fait réel des mesures de lutte contre les risques et celui probable ou potentiel des risques réels ou supposés dont il doit préserver les populations. En la matière, que les politiques publiques en soient au stade de la prévention ou de la précaution, c'est bien la recherche de l'adhésion à un projet qui prime sur celle d'une espérance mathématique qui n'a jamais aussi mal porté son nom. Elle n'est le plus souvent qu'une promesse d'investissements considérables pour les acteurs de la scène des risques, ce que l'expérience est venue amplement démontrer⁵²⁷.

Si, à la question de l'acceptabilité des mesures, il ne peut simplement être répondu par la levée de l'incertitude, la détermination de jalons visant à la limiter voire à la ramener à une probabilité certaine conserve toutefois tout son intérêt. Comme beaucoup d'autres domaines, celui de la gestion des risques apparaît obéir à la loi des rendements décroissants. Si cette loi souffre d'inévitables exceptions, permet toutefois de poser comme principe général qu'un risque est d'autant moins coûteux à résorber et d'autant plus efficacement traité qu'il l'est au plus proche de sa source. Tout l'objet d'une démarche de précaution bien pensée est de pressentir la réunion des paramètres structurants d'un risque et d'anticiper celle-ci afin de pouvoir évacuer en amont de leur cristallisation des problèmes qui n'auront donc pas à faire l'objet d'un arbitrage souvent impossible avec les forces sociales en présence.

Le véritable problème du principe de précaution tel qu'il est actuellement mis en œuvre en France est que de par l'architecture globale du système juridique et politique de gestion des risques, il se trouve placé *de facto* plutôt que *de jure* à son échelon le plus bas. Le principe de précaution ne trouve donc à s'appliquer presque que devant le juge, c'est-à-dire devant l'institution la moins à même d'appréhender correctement la situation qui lui est

⁵²⁶ Citons simplement l'exemple historique de la crise dite de la « Vache folle », le scandale de l'hormone de croissance, celui du distilbène ou encore celui de la Maladie de Minamata.

⁵²⁷ C'est une des raisons pour lesquelles la mise en place effective des PPRT n'en finit plus de prendre du retard ; v. circulaire du 11 avril 2013 relative à l'élaboration et la mise en œuvre des plans de prévention des risques technologiques, NOR : DEVP1309664C, Non publiée : « *Près de dix ans après l'adoption de la loi du 30 juillet 2003, un peu plus de la moitié des PPRT seulement est approuvée et pour ces derniers leur mise en œuvre n'a que rarement débuté* ».

exposée dans toute sa complexité. Enfin et c'est à relever, à un stade où le droit a quitté le terrain de l'outil d'ingénierie sociale pour devenir une pathologie⁵²⁸, ne s'exprimant le plus souvent que par la voie de l'interdiction, empêchant ainsi le principe d'exprimer son plein potentiel. La dichotomie artificielle créée entre prévention et précaution a fait de la première la norme et de la seconde l'exception, rendant le recours à la précaution quasi « accidentel » et coupant ainsi le décideur public de ce qui devrait être le véritable sens de la démarche de gestion des risques. Puisque la précaution doit logiquement précéder la prévention, ce devrait être à la logique de précaution d'irriguer l'ensemble du dispositif d'appréhension des risques (fussent-ils potentiels), ce qui en plus de les anticiper permettrait avec les outils *ad hoc* de stimuler la recherche et de l'aiguillonner dans les directions voulues permettant enfin de faire du principe de précaution un principe actif. La Charte de l'environnement ne dispose-t-elle pas que les autorités doivent veiller à « *la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques* » ? Moins qu'un problème d'appréhension théorique du principe de précaution, son application concrète en France pêche par l'inadéquation de sa doctrine d'emploi, inadéquation découlant directement du modèle standard de gestion des risques. Parce que le risque est un phénomène systémique et dynamique, il faut pour l'appréhender dans toutes ses nuances et sa complexité des procédés eux aussi systémiques et dynamiques.

2) Le risque et la crise comme phénomènes systémiques et dynamiques

Ainsi que l'expérience l'a souvent démontré et comme il l'a été rappelé au fil de ces lignes, crises et catastrophes issues des risques modernes sont le plus souvent des phénomènes souterrains à accélération lente mais à la puissance cinétique redoutable, dont les manifestations ne deviennent visibles qu'une fois que leurs causes sous-jacentes ont atteint la pleine potentialisation de leurs effets et qu'il est devenu impossible d'en arrêter la marche. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué précédemment, la catastrophe ne peut être valablement qualifiée comme telle qu'une fois reconnue et les effets par elle provoqués peuvent tout à fait être très antérieurs à cette reconnaissance, les causes profondes ne l'étant que plus. En sus de la réalisation du risque lui-même, celle-ci peut se doubler voire se confondre avec une crise de gestion, laquelle soit agit comme catalyseur du risque, soit lui surajoute un risque nouveau⁵²⁹.

⁵²⁸ L'expression est empruntée à Yves Gaudemet, « Propos introductifs », *RDP*, 2006, pp. 43-44.

⁵²⁹ « *Bien que la catastrophe eut, pour une fois, une issue heureuse (aucun mort ne fut, étonnamment, à déplorer), l'accident ferroviaire de Mississauga est révélateur des conséquences qu'une crise de gestion est susceptible d'entraîner : suite au déraillement d'un train transportant des produits hautement inflammables et des gaz sous pression, un incendie se déclare. Rapidement, c'est le BLEVE (boilingliquidexpandingvapor explosion) et des caisses de wagon de plusieurs tonnes sont projetées dans un rayon de 600 mètres. Pire encore, le centre de communication des transports urbains, qui aurait dû être l'un des points névralgique du dispositif*

La notion de crise de gestion mérite pleinement son nom au regard de la définition retenue de la crise puisqu'elle traduit parfaitement l'incapacité des pouvoirs publics de trouver en eux les ressources nécessaires pour apporter une réponse à la situation.

Parce que le risque est un phénomène systémique et dynamique, il faut pour le concevoir dans toutes ses dimensions que les pouvoirs publics lui opposent par une sorte de réflexivité une organisation spéciale, épousant au plus près les problématiques spécifiques auxquelles ils se trouvent confrontés. Vraie pour les risques, cette analyse l'est également pour les crises qui ne sont jamais que la réalisation d'un risque particulier. Pour les pouvoirs publics, la crise ne doit donc pas être perçue comme ce qui « est », mais comme « ce qui pourrait advenir ». Sa potentialité doit toujours demeurer un point de mire vers lequel concentrer les efforts de la puissance publique pour le repousser. C'est dans l'optique d'inscrire les politiques de lutte contre les risques (qu'il s'agisse de prévention ou de précaution) dans des circuits de long terme par une anticipation maximale et une limitation du champ de l'incertitude que doivent être dégagées des idées générales pour y parvenir.

Les risques n'étant par postulat pas clairement constitués au stade où ce type de démarche a toute sa pertinence (il est ici parti du principe qu'une fois connue, l'information sur un risque à défaut d'être exploitée est au moins exploitable), c'est une nouvelle fois la question de la gestion de l'incertitude qui devra être placée en son centre. Ramener celle-ci à une dimension maîtrisable suppose tout d'abord de recourir à un dispositif de veille permanente disposant d'une assiette informationnelle la plus large et la plus ouverte possible, de façon à être sensible aux signaux faibles et aux ruptures d'ambiance caractéristiques des situations annonciatrices de crises, ce qui a déjà été évoqué. L'objectif est ici d'augmenter au maximum la sensibilité du dispositif par un maillage fin, notamment scientifique, de manière à s'assurer qu'aucune information n'échappe à la connaissance des pouvoirs publics.

Mais surtout, ce processus de veille doit être intégré de la façon la plus étroite possible aux circuits de décision, au lieu comme c'est le cas le plus souvent de n'être envisagé que comme un lanceur d'alerte. Pour ce faire, en plus de son indispensable rôle en matière d'analyse, il faut lui adjoindre celui de procéder à une étude d'impact des solutions proposées. De même, il doit également lui être agrégée la fonction d'évaluer les conséquences effectives

*de crise lors de la survenance d'un semblable accident, est anéanti par l'explosion. Mais surtout, tandis que toutes les équipes s'attellent à éteindre les incendies, une rumeur commence à circuler : il y aurait quelque part, un wagon de chlore. Si tel est le cas, la crise et les remèdes à y apporter changent de nature : il n'y a plus seulement la menace d'une propagation des incendies et des risques d'explosions. Il y a aussi celle de l'expansion rapide d'un gaz mortel et avec elle, la nécessité d'évacuer toute la population, y compris les hôpitaux. Ce sera cette dernière solution qui sera retenue et elle concernera plus de 200.000 personnes ». V. Patrick Lagadec, *L'accident de Mississauga-Toronto*, Ministère de l'environnement, 1983.*

des politiques de lutte contre les risques menées, tant sur le plan de l'évolution des risques qu'elles avaient pour but de prévenir que sur celui de leur nuisance intrinsèque, de façon à pouvoir les réajuster en fonction des nouvelles données disponibles. Trop souvent en effet la décision publique se cantonne à chercher à résorber le risque même potentiel sans chercher à évaluer si ses propres effets ne sont pas porteur d'un risque tout à fait avéré dépassant largement celui à prévenir. Enfin, en toutes circonstances, les pouvoirs publics devraient avoir la possibilité de conserver sous une surveillance plus étroite certains secteurs d'activités.

C'est de veille dont il est question ici, mais d'une veille active, conçue pour déjouer les crises avant qu'elles se nouent, en tournant le regard sur les zones d'ombres qui subsistent dans leur appréhension afin d'y déceler les nuances de gris et de dessiner les contours de l'incertitude qui nimbe certaines problématiques à défaut de ne pouvoir la percer⁵³⁰. Le particulier découlant toujours du général, et le risque, dans ses formes modernes agissant le plus souvent à la manière d'un poison à diffusion lente, c'est uniquement par la détection de l'évolution de grandes tendances inscrites dans le long terme, même dans les zones d'ombre, qu'il sera possible de choisir les grandes orientations permettant de canaliser et ramener le risque en gestation à une échelle socialement acceptable⁵³¹.

B) L'appréhension du risque comme phénomène complexe

Parce que les pouvoirs publics oublient trop souvent que le risque est aussi un phénomène social (1), la gestion de crise se transforme parfois en crise de gestion. Dans ce dernier cas, la crise ne naît pas de l'incapacité à faire face à la réalisation d'un risque, mais des mesures de gestion de crise qui sont elles-mêmes génératrices de risques (2).

1) Le risque comme phénomène social

Phénomène complexe, le risque et sa gestion ne se limitent pas ainsi qu'il a déjà été évoqué, à être un simple problème de nature technique appelant, pour y remédier, une réponse technocratique. Le risque est aussi un phénomène social, dont la construction et la perception par les mentalités va venir directement conditionner l'élaboration des politiques publiques et les

⁵³⁰ Sur le plan scientifique cette fois, cela pose la question de la façon d'intégrer les données acquises dans le cadre normatif applicable. V. Caroline Mascret, « Les données de la science face à leur normalisation par les autorités sanitaires », *Médecine et droit*, 2008, n° 93, pp. 165-171.

⁵³¹ C'est d'ailleurs le souci des pouvoirs publics en matière de nanotechnologies : Stéphanie Lacour, « Nanotechnologies : réguler l'incertitude », *Droit et société*, 2011, n° 78, pp. 429-446.

différents arbitrages auxquels la puissance publique va devoir procéder, d'une part entre les différents risques à prévenir, d'autre part entre les mesures de résorption à mettre en œuvre⁵³².

Totalement reléguée en périphérie de l'analyse de risque et de la prise de décision, au nom de l'indiscutable subjectivité dont elle est nécessairement empreinte, la question de la perception sociale des risques est pourtant centrale et même préalable à celle de la définition des politiques publiques à diligenter⁵³³. Deux cas de figure sont ici à envisager, chacun d'entre eux constituant l'une des bornes extrêmes entre lesquelles il est loisible d'imaginer un curseur occuper une infinité de positions : soit une crainte s'est faite jour sur un sujet donné avant que l'administration ne s'en soit saisie et elle se trouve alors dans l'obligation tacite de se positionner sur celui-ci. Soit, tout au contraire, l'administration a clairement perçu l'existence indiscutable d'un risque qu'elle a pu mesurer dans toutes ses dimensions, mais l'opinion publique lui restant indifférente, il manque pour peser dans la balance des décisions l'impulsion vivifiante et décisive que peut seul conférer un appel populaire⁵³⁴.

⁵³² Comme le relève Claude Gilbert, « certaines interrogations sont habituelles dès lors qu'il est question de risques : pourquoi un problème est-il considéré comme un risque et un autre non ? [...] Selon un premier mode d'explication, le processus de sélection et de hiérarchisation des risques est fonction de la tension existant entre risques objectifs et risques subjectifs. Cette explication s'est imposée après les interrogations des années 1960-1970, notamment aux États-Unis, concernant les difficultés sociales et politiques liées à la gestion des risques. Depuis, elle est devenue habituelle chez les responsables de la politique, de l'administration, de l'économie, chez les scientifiques (y compris dans le domaine des sciences humaines et sociales). Elle participe aussi largement du sens commun, tant elle est habituellement reprise. Son fondement est simple : le travail d'objectivation des risques effectué grâce au recours à l'expertise technique et scientifique ne recoupe pas -voire s'oppose- à la perception que le public (la population, l'opinion publique...) peut avoir de ces risques. Dès lors, les autorités publiques (les pouvoirs publics, l'État...) responsables de la sécurité collective, sont amenées à procéder à des ajustements, voire à des arbitrages pour intégrer cette dimension dans la gestion des risques », in « La fabrique des risques. », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2003-1, pp. 55-72. Les deux autres modes d'explication proposés par l'auteur sont dérivés de cette première explication ; ainsi, « un second mode d'explication rattache étroitement le processus de sélection et de hiérarchisation des risques aux épreuves de force entre la "société civile", ses représentants et les autorités publiques (assurant plus ou moins la représentation des autres grands acteurs de la gestion des risques) ». Enfin, « Une autre approche de la fabrique des risques repose sur l'idée que les risques, comme l'ensemble des problèmes publics, résultent d'une "production", d'une "construction" étroitement associée aux jeux de multiples et différents acteurs, à la nature et l'intensité de leurs liens et interactions. Les acteurs pris en compte ne se réduisent pas à quelques entités homogènes, auxquelles sont attribuées des logiques univoques et tout ne s'organise pas autour d'une seule scène, autour d'une seule confrontation entre deux catégories d'acteurs ».

⁵³³ V. Paul Slovic, « Perception of Risk : Reflections on the Psychometric Paradigm », in S. Krimsky, D. Golding (eds), *Social Theories of Risk*, Westport, Praeger, 1992, pp. 117-152. V. également Mary Douglas, Aaron Wildavsky, *Risk and Culture. An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, Berkeley, University of California Press, 1983 et également, du même auteur, *Risk Acceptability According to the Social Sciences*, London, Routledge et Kegan Paul, 1985.

⁵³⁴ « En pratique, il est fréquent d'observer un décalage entre la dynamique du risque et celle de la décision. Le cas des nanoparticules en est un exemple. Dans ce domaine, le gouvernement a engagé d'importants travaux de recherche et un vaste débat public, et prévu, dans le cadre du Grenelle de l'environnement, d'identifier des produits contenant des nanoparticules et de rendre obligatoire leur étiquetage. Certains grands producteurs ont pris des dispositions de protection conformes à la législation sur les Cancérigènes, Mutagènes et Reprotoxiques (CMR), ainsi que le recommandait le CPP en 2006. Cependant, en dépit des éléments scientifiques attestant de l'existence d'une ambiguïté, sinon d'un risque avéré et alors que la production et l'usage de ces particules se répandent rapidement, il n'existe pour l'heure aucune disposition réglementaire de protection des travailleurs ; la mise sur le marché ne fait l'objet d'une évaluation préalable ni en France ni dans le cadre européen ; les

Qu'elle se situe en amont ou en aval de la décision publique, la question de la perception sociale des risques en constitue donc à la fois une variable et un paramètre directeur⁵³⁵. Surtout, la question de la perception sociale des risques ne se limite pas à ces derniers : elle porte aussi incidemment sur l'impact des mesures à mettre en œuvre pour les résorber et leur acceptabilité sociale au regard du risque encouru. Or, la perception sociale des risques est très loin de présenter l'unicité que l'emploi du singulier peut laisser supposer⁵³⁶. Les acteurs et spectateurs de la scène des risques sont nombreux, les problèmes posés, complexes et quel que soit le niveau de connaissance portant sur un risque donné, même à supposer l'intégralité des paramètres structurants de celui-ci parfaitement maîtrisés dans leurs moindres nuances, chacune des parties intéressées va être tentée de ne l'entrevoir que par le prisme déformant de sa propre subjectivité, produit de sa situation par rapport à celui-ci, de ses inclinations naturelles, et des données aux répercussions immédiatement perceptibles par rapport à ces dernières.

La connaissance d'un risque, voire la croyance, le simple énoncé dans les consciences de l'existence d'un risque, postule donc immédiatement la création d'un univers mental dans lequel l'énonciation d'une seule et même problématique peut aboutir à la formulation de solutions multiples aux incidences irréductibles. Rationnellement fondée pour ceux qui s'en réclament, la pertinence des différentes attitudes des acteurs de la scène des risques se trouve toutefois limitée dans sa portée puisqu'elles ne s'appuient sur rien d'autre que sur les seuls critères retenus par eux pour se la forger. C'est une illusion que de croire qu'il suffit que l'ensemble des acteurs de la scène des risques, dont les populations, soient parfaitement informés de l'intégralité des facteurs à prendre en compte pour que même en l'absence de référent d'intérêts communs, ils acceptent d'abandonner la défense de leurs intérêts particuliers afin de privilégier l'intérêt général⁵³⁷. Rationnelle à leur échelle, parce qu'ils sont

problèmes de traçabilité et de définition des responsabilités éventuelles restent entiers ». La raison en est simple : le grand public ne s'est toujours pas saisi de cette question, parce qu'il n'a pas percé la scène médiatique. V. *La décision publique face à l'incertitude. Clarifier les règles, améliorer les outils*, Comité de la prévention et de la précaution - Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de la Mer (MEEDDM), Commissariat général au développement durable (CGDD), 2010 (Document en ligne), p. 19.

⁵³⁵ Sur les différentes manières ou écoles de modélisation du risque en matière sociale, v. Alain Bourdin, « La modernité du risque. », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2003-1, pp. 5-26.

⁵³⁶ Une distinction importante est notamment à faire entre les risques individuels et les risques collectifs ou à tout le moins entre les risques perçus comme individuels ou collectifs. Sur ce point et plus particulièrement sur les prises de risques individuelles, v. notamment Patrick Peretti-Watel, « Interprétation et quantification des prises de risque délibérées », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2003-1, pp. 125-141.

⁵³⁷ Le domaine de la santé publique et plus particulièrement de la lutte contre le Sida en offre l'illustration frappante. A contre-courant des idées reçues, ce ne sont pas les groupes de population les mieux informés qui adoptent les comportements les plus rationnels face à la maladie. Ainsi que le relevait l'épidémiologiste Elisabeth Pisani, certains groupes sociaux sont tentés d'adopter des comportements parfaitement irrationnels sur le plan de la santé publique, alors même qu'ils sont informés et ont pleine connaissance des conséquences de leurs

le canon et la mesure de ce que sont leurs intérêts propres, leur attitude ne l'est plus forcément une fois analysée à travers un paradigme d'appréhension global du risque.

Phénomène connu, ce spectre de la rationalité limitée se trouve le plus souvent simplement écarté d'un revers de la main par les décideurs publics au motif qu'il ne donne pas prise à une quelconque objectivité, ces derniers préférant s'en remettre aux seules données indiscutables à leur disposition⁵³⁸. Or, ainsi qu'il vient d'être démontré, la question de la perception sociale du risque conditionne directement la mise en œuvre des politiques publiques, indépendamment de la qualité des informations disponibles⁵³⁹. A défaut de pouvoir être supprimé, le phénomène de rationalité limitée des différents acteurs de la scène des risques doit à tout le moins être pris en compte pour en intégrer l'impact dans la prise de décision, afin qu'elle réponde à la satisfaction de l'intérêt général plutôt qu'aux volontés particulières de l'un ou l'autre acteur des risques. Pour ce faire, c'est sur la construction même du circuit de décision qu'il faut se pencher, afin d'en étudier chaque rouage pour en repenser l'agencement, de manière à ce qu'il permette l'expression des conceptions particulières de chacun, sans pour autant y donner plus de prise qu'elles ne le méritent.

Le circuit de décision peut être scindé théoriquement en plusieurs phases :

- la prise de conscience. Il s'agit ici du sentiment qu'une partie du corps social se trouve exposé à un risque, que des éléments objectifs soient là pour le corroborer ou non. Sans cette nécessaire prise de conscience, aucune politique publique énergique ne peut être correctement menée. Il est étonnant de constater que certains risques pourtant cernés avec une grande

actes. Ainsi, les drogués des rues de Jakarta recourant à des substances à injecter déclaraient massivement avoir tout à fait conscience qu'ils étaient très susceptibles de contracter le virus du sida s'ils étaient plusieurs à utiliser la même seringue. De même, ils indiquaient également savoir où se procurer anonymement des seringues stériles (le ministère de la santé indonésien avait développé un programme en la matière, destiné à endiguer l'épidémie). Mais dans le même temps, ils indiquaient refuser de transporter sur eux une seringue stérile, ce qui aurait pu les conduire en prison, au regard des dispositions de la loi indonésienne de l'époque. De même, elle observait dans les pays occidentaux une surreprésentation statistique des hommes de la communauté gay, ces derniers ayant une tendance plus marquée à adopter des comportements sexuels à risque, en pleine connaissance de cause, du fait des facilités d'accès offertes en occident à des traitements perfectionnés. V. l'ouvrage sur ces questions d'Elisabeth Pisani, *The Wisdom of Whores : Bureaucrats, Brothels and the Business of AIDS*, W. W. Norton et Company, 2009. V. aussi National AIDS Commission : *National action plan 2007-2009*, Jakarta, Indonesia; Republic of Indonesia Ministry of Health : *HIV sentinel surveillance*, Jakarta, Indonesia, 2007 ; Republic of Indonesia Ministry of Health, *Population size and HIV prevalence estimates for groups at risk for HIV/AIDS*, Jakarta, Indonesia, 2006.

⁵³⁸ Voir le dossier complet consacré à cette notion, déclinée dans une multitude de domaines, *Management et Avenir*, 2011/8 (n° 48), « Dossier : les multiples fronts de la pensée-gestion du risque ». Sur la notion de rationalité limitée, v. encore Frédéric Laville, « Modélisations de la rationalité limitée : de quels outils dispose-t-on ? », *Revue économique*, 1998-2, pp. 335-365.

⁵³⁹ C'est le cas entre autres choses pour l'adoption des PPRT, pour lesquels le risque est parfaitement connu. Sur la difficile adoption des PPRT, v. Armelle Sandrin-Desforge, « Bientôt 10 ans : le point sur les PPRT », *BDEI*, n° 42, nov. 2012, pp. 5-10. V. aussi : Philippe Billet, « La simplification du contexte environnemental et urbanistique de la vie des entreprises. À propos de la loi relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives », *JCP-A*, 2015, n° 9, pp. 48-52.

exactitude ne semblent pas avoir pénétré la sphère de l'opinion publique, alors même que les pouvoirs publics par le biais de leurs administrations spécialisées, pleinement conscients de l'ampleur de la menace, ont impulsé seuls des politiques de mitigation des risques, mais qui n'ont pu trouver de relais à tous les échelons nécessaires et ne progressent ainsi que mollement, faute d'une exposition médiatique suffisante⁵⁴⁰. Dans le même ordre d'idée, il peut également arriver qu'une certaine catégorie du corps social perçoive avec plus d'acuité que les autres l'existence d'un risque, sans pour autant qu'elle parvienne à relayer ses craintes auprès des administrations concernées⁵⁴¹. La rationalité limitée est dans ces deux cas de figure le produit d'un blocage dans la circulation de l'information, d'où la nécessité déjà affirmé pour le décideur public de s'appuyer sur l'assiette informationnelle la plus large possible. Pour en faire sauter la digue, une solution élégante consisterait à s'appuyer sur des lanceurs d'alertes. Une loi a d'ailleurs été adoptée en ce sens en 2013⁵⁴².

⁵⁴⁰ C'est le cas des différentes problématiques liées aux CMR (Cancérogène -ou cancérigène, mutagène et reprotoxique) ou encore aux éthers de glycol, qui ne sont pas sorties des cénacles des spécialistes. V. Laetitia Driguez, « Les obligations du décideur public en matière de santé et de sécurité des travailleurs en cas d'incertitude scientifique », *RDSS 2010*, pp. 616-627 : « Car l'évaluation des risques pose le problème de ses acteurs. Plusieurs observateurs ont souligné la responsabilité des structures paritaires dans l'inertie qui a longtemps prévalu dans l'affaire de l'amiante ou dans le problème moins médiatisé des éthers de glycol. Sur le plan de la prévention et de la médecine du travail, il est avéré que les CRAM se sont peu impliquées dans l'un ou l'autre cas. L'immobilisme de l'INRS a également été remarqué durant les longues années précédant l'éclatement du scandale de l'amiante. La vigilance syndicale a été tenue en sommeil, sous l'effet conjoint de l'affichage de dispositifs de prévention et de la priorité accordée au problème de l'emploi. A ce constat s'ajoute la critique récurrente de la confusion des genres entre les fonctions d'évaluation et de gestion. Il conviendrait de dégager les procédures d'évaluation des rapports sociaux, au sein des organismes paritaires, pour en confier le soin à des organes d'Etat. Encore faut-il savoir si les agences, économiquement dépendantes de l'Etat, jouissent de l'indépendance nécessaire dans leurs expertises et si, à l'issue de la fusion de l'AFSSET et de l'AFSSA, la nouvelle entité qui verra le jour le 1^{er} juillet 2010 ne marginalisera pas les questions de santé au travail. On notera pour finir que la loi "Grenelle I" n'a pas retenu l'amendement destiné à réintégrer au projet un engagement du Grenelle de l'environnement visant précisément à instituer un Haut conseil de l'expertise garant de la transparence, de la méthodologie et de la déontologie. Ces discussions relatives au contenu et aux méthodes de l'information ne sont cependant rendues possibles que par le haut degré d'exigence des obligations en ce domaine. En matière de gestion des risques incertains, les marges de manœuvre sont nécessairement plus larges et les discours plus flous ».

⁵⁴¹ Ce fut le cas lors du scandale du Mediator, Pour de raisons liées au fonctionnement du circuit de pharmacovigilance, la question du Mediator est restée sous le radar des autorités : « au cours des trente-trois ans de sa commercialisation, les alertes sur le mésusage du Mediator et ses conséquences en termes de santé publique se sont répétées sans donner le sentiment qu'elles ont effectivement été prises en compte par les autorités sanitaires. Le Mediator a fait l'objet d'une mise en garde dès la demande de commercialisation. Dès 1974, le compte rendu manuscrit de la réunion de présentation des travaux du rapporteur sur le Mediator, qui a été transmis à votre mission commune d'information par l'Afssaps, transcrivant plusieurs remarques formulées lors de cette réunion, soulevait dans sa conclusion, en forme d'avertissement, l'éventualité d'un usage détourné de la spécialité pharmaceutique : "Enfin, il conviendra de prêter attention aux indications thérapeutiques, en particulier ne pas considérer le Mediator comme une thérapeutique contre l'obésité, sauf si hospitalisation et contrôles biologiques indispensables". Par la suite, des signalements ont été transmis aux autorités de santé dès la fin des années 1990. Or face aux inquiétudes renouvelées des professionnels de santé et des centres régionaux de pharmacovigilance, il a été procédé à un classement sans suite de ces signalements ». V. Marie-Thérèse Hermange, *Mediator : évaluation et contrôle des médicaments*, rapport d'information n° 675, Sénat, 28 juin 2011, p. 36.

⁵⁴² Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte (JO du 17, p. 6465). Sur les lanceurs d'alerte, v. Marie-

- l'analyse de risque : trop souvent, celle-ci ne porte que sur le risque lui-même. Or, si les résistances du corps social à la mise en œuvre de certaines politiques publiques, voire de mesures de résorption du risque, peuvent reposer sur une divergence d'appréciation sur la nature et l'ampleur des risques encourus, particulièrement en situation d'incertitude radicale, elles achoppent le plus souvent sur l'inacceptabilité sociale des sacrifices à consentir pour s'en protéger⁵⁴³. Pour permettre la prise de décision, l'analyse des risques devrait se doubler d'une analyse des enjeux socio-économiques, mais aussi d'une étude d'impact de la décision publique, dont les effets se limitent rarement à la seule mitigation des risques⁵⁴⁴. Il est à relever qu'il n'existe pas en France de structures permettant d'éclairer le décideur public sur

Béatrice Lahorgue, « Experts et lanceurs d'alerte sanitaire et environnementale », *Droit de l'environnement*, HS, 2012, pp. 35-41. V. aussi Jean-Philippe Foegle et Stephen Pringault, « Les "lanceurs d'alerte" dans la fonction publique », *AJDA*, 2014, pp. 2256-2261. Dans ce dernier article, les auteurs observaient : « *Longtemps envisagée sous l'angle unique du devoir de dénonciation des crimes et délits au procureur, mentionné à l'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale, la question du lancement de l'alerte dans la fonction publique française a connu, en 2013, une profonde mutation. Le "devoir" de dénoncer coexiste désormais avec un « droit » d'alerter sur des crimes et délits, prévu à l'article 6 ter A du titre premier du statut général des fonctionnaires et associé à une protection contre les agissements discriminatoires. Leur articulation juridique n'est toutefois pas précisée, et l'exercice du "droit d'alerter" comme du "devoir de dénoncer" apparaît susceptible de se heurter aux obligations déontologiques des agents public* ». V. aussi Nicole Marie-Meyer, « Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débats dans le monde », *AJDA*, 2014, pp. 2242-2248. L'auteur y rappelait « *Par convention né aux Etats-Unis, en 1863, avec le False Claims Act, qui visait à encourager le signalement des fraudes à l'encontre de l'Etat fédéral, le droit d'alerte a connu un développement spectaculaire depuis les années 1970. Les législations américaines -qui ont souvent une application extraterritoriale- et britanniques ainsi que plusieurs conventions internationales visent à protéger les whistleblowers. En Europe, en revanche, ce n'est qu'au début du XXI^e siècle que le concept fait son entrée dans le droit* ».

⁵⁴³ Sur le coût des PPRT, le site du ministère de l'écologie donnait les chiffres suivants : « *10 ans après l'entrée en vigueur de la loi "Risques", le bilan des PPRT est le suivant. Ils concernent 407 bassins industriels et plus de 800 communes et 99% d'entre eux sont désormais prescrits et 73% approuvés. Plus de 10 000 personnes sont concernées par des mesures foncières, dont le coût s'élève à environ 2 Md€, et plus de 100 000 par des travaux de renforcement. Par ailleurs, les investissements réalisés par les industriels afin de réduire les risques de leurs établissements se sont élevés à des montants annuels compris entre 200 et 300 M€ et ont permis de réduire les zones soumises aux mesures foncières d'environ 350 km²* ». V. www.developpement-durable.gouv.fr/Maitrise-de-l-urbanisation, Consulté le 3 mai 2015.

⁵⁴⁴ V. *La décision publique face à l'incertitude. Clarifier les règles, améliorer les outils*, Comité de la prévention et de la précaution - Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de la Mer (MEEDDM), Commissariat général au développement durable (CGDD), 2010 (Document en ligne), p. 39 : « *Il est essentiel pour la clarté du processus de décision que les différents éléments de la décision soient clairement distingués, et que la décision soit motivée par référence à des éléments bien identifiés et non à une combinaison indéterminée de facteurs. Ces éléments sont : les coûts et bénéfices en jeu, leur répartition dans la population, l'évaluation du risque, les comportements des acteurs et leur impact possible sur le risque et sur les actions mises en œuvre pour le prévenir, enfin l'évaluation de l'incertitude. Or l'instruction des décisions publiques en situation d'incertitude est souvent carencée, en particulier sur deux points : d'une part, il manque une caractérisation complète, ou à défaut suffisamment large, des enjeux, notamment des impacts socio-économiques considérés du point de vue de la société dans son ensemble ; d'autre part, l'identification des porteurs d'enjeux et leur intégration dans un processus de dialogue et d'instruction de la décision publique sont insuffisantes. L'examen des réponses aux appels à propositions de recherche lancés par le Ministère en charge de l'Environnement sur la thématique des risques tend à montrer une faible mobilisation (et peut-être même une insuffisante capacité) de la communauté scientifique des chercheurs en économie. Ces carences sont à rapprocher d'un vide institutionnel : alors que les instances d'expertise et d'évaluation du risque foisonnent, il n'existe pas en France d'entité chargée d'éclairer le décideur public sur les choix d'action à sa disposition. En particulier, l'identification et les évaluations de mesures alternatives de gestion du risque ne font pas partie des principales compétences reconnues aux agences sanitaires issues des lois du 1^{er} juillet 1998 et du 9 mai 2001 (InVS, AFSSAPS, AFSSA, AFSSSET, IRSN) ».*

les choix à effectuer. La rationalité limitée apparaît ici comme l'effet induit de la volonté louable de s'appuyer sur les critères les plus objectifs possible, coupant ainsi le décideur de ce qui fait l'essence même de toute politique publique : son caractère, justement, politique.

- l'adoption et la mise en œuvre de la décision. Presque contingente à l'analyse des risques dont elles devraient découler naturellement et bien que situées en aval du processus de décision, leur position ne doit pas faire oublier leur rôle premier. C'est en effet de leur articulation que dépend toute l'efficacité de la décision et force est de constater que celle-ci place sous sa dépendance tout le reste du circuit situé en amont. Par conséquent, il peut être tentant pour les acteurs participant à l'adoption de la décision, voire à l'analyse des risques, de calibrer et restreindre par avance leurs exigences et ainsi contourner les réticences déjà anticipées de l'organe chargé de la mise en œuvre de la décision, car celui-ci de par sa fonction et sa nature, se trouvera en opposition frontale avec la décision publique. Ici, la rationalité limitée des acteurs de la lutte contre les risques découle directement de leur divergence d'intérêt objective dans l'aboutissement des politiques publiques. Il apparaît donc indispensable, pour autant que l'architecture institutionnelle le permette, de dissocier l'organe chargé de la mise en œuvre de la décision de celui amené à en subir les effets secondaires et de ne pas laisser la décision publique entre les mains d'un organe dont l'intérêt réside dans le contournement ou le retard dans la mise en œuvre de celle-ci. Tel est pourtant le cas en France des communes ; communes dont l'une des tâches maîtresse est le contrôle et la gestion de l'urbanisation et qui, par conséquent, se trouvent en charge également du respect des dispositions éminemment restrictives des plans de prévention des risques⁵⁴⁵.

2) Gestion de crise et crise de gestion

Un dernier point relatif à la construction d'un nouveau paradigme d'appréhension des risques doit encore être abordé, bien qu'il ait déjà souvent été évoqué en filigrane de la réflexion : il s'agit de la question de la potentielle mutation de la gestion de risque en crise de gestion ; laquelle possède des effets sur la construction de la légitimité de la décision publique face au risque. En effet, la perception et la conception du risque que se font les différents acteurs en charge de sa gestion influent directement sur l'efficacité des mesures prises. Qu'il y ait entre eux une étroite convergence de vue sur la nature du problème à traiter et la perception du risque sera alors un levier fédérateur à l'action publique. Qu'au contraire il y ait une divergence absolue sur la façon dont ils se représentent mutuellement la menace, et la

⁵⁴⁵ V. L. 123-6 et s. du code de l'urbanisme.

perception du risque sera alors une pierre d'achoppement sur laquelle trébucheront les meilleures volontés. Rejaillit ici le spectre de la rationalité limitée, qui influe sur la conduite des politiques publiques des risques et contribue également à une restructuration permanente de la construction sociale des risques, restructuration qu'il autoalimente⁵⁴⁶.

⁵⁴⁶ La gestion, ou plutôt la crise de gestion de la grippe H1N1 a été à ce titre un véritable cas d'école. Sur cette dernière, v. Jean-Christophe Lagarde et Jean-Pierre Door, rapport d'enquête n° 2698, sur la manière dont a été programmée, expliquée et gérée la campagne de vaccination contre la grippe A(H1N1), Ass. nat., 24 fév. 2010, pp. 97-98 : « *Le volontarisme des pouvoirs publics, qui visaient une vaccination large de la population, n'a pas été couronné de succès. La campagne de vaccination a véritablement été boudée par les Français que l'on a vus tout d'abord désarmés par l'affluence de messages contradictoires, puis franchement démobilisés. (...) Un point a été unanimement relevé par les personnes auditionnées par la commission d'enquête : la crise de la grippe A (H1N1) a suscité un véritable emballement médiatique, avec des interventions multiples, parfois contradictoires et même cacophoniques, qui ont conduit les Français, perplexes, à douter à la fois de la nécessité de se faire vacciner et de la sûreté des vaccins. Parallèlement, la communication gouvernementale n'a pas su suffisamment s'adapter pour faire passer le message de santé publique. Dès lors, l'adhésion de nos concitoyens à la campagne n'a cessé de décroître. La communication devra donc, à l'avenir, être considérée comme un enjeu majeur de la gestion des pandémies. (...) C'est peut-être la première fois que l'on a pu assister, dans les médias, à la mise sur la place publique d'un débat d'experts en santé publique qui ont fait part, pour ainsi dire en temps réel, de l'état d'avancement de leurs travaux et de leurs incertitudes. L'impression qui s'en est dégagée a été celle de la confusion, d'autant plus que les estimations, parfois contradictoires -mais toujours scientifiquement documentées- émanaient de personnalités dont les compétences étaient largement reconnues. (...) L'évaluation du risque lié à la pandémie a donné lieu à de nombreuses estimations très médiatisées qui ont pu sembler être le signe de désaccords entre scientifiques alors qu'elles ne traduisaient que l'évolution de leurs connaissances sur le sujet. Alors qu'au départ on craignait un virus très virulent, il s'est révélé finalement plus bénin que prévu, mais très contagieux, avec le risque d'un grand nombre de malades assortis de cas graves atypiques. Les avis d'experts sur ce point étaient tout à fait convergents mais leur succession dans le temps a pu donner l'impression qu'en la matière, le consensus n'existait pas. Ainsi, le 6 mai 2009, le professeur Antoine Flahault, directeur de l'École des hautes études en santé publique, accordait un entretien au journal Le Monde dans lequel il évoquait plusieurs scénarios d'évolution possible de la maladie ; selon lui le plus plausible était proche de la pandémie de 1968, à savoir "l'équivalent d'une grosse grippe saisonnière" touchant 35 % de la population, avec "un excès de mortalité de l'ordre de 20 000 à 30 000 décès" en France, nombres forcément impressionnants. En revanche, le 28 août 2009, le professeur François Bricaire, chef du service des maladies infectieuses et tropicales à la Pitié-Salpêtrière, déclarait au Figaro Magazine : "Cette grippe est majoritairement bénigne". On a même cru voir des contradictions marquées entre institutions chargées de l'expertise : ainsi, pour la dernière semaine d'août, l'Institut de veille sanitaire estimait à 6 000 le nombre de cas par semaine alors que le réseau de groupes régionaux d'observation de la grippe avançait le nombre de 25 000. En réalité, les indicateurs utilisés étaient différents, mais ces estimations apparemment divergentes n'ont certainement pas contribué à améliorer la compréhension du phénomène par la population. (...) Le débat sur la gravité estimée de la pandémie a naturellement dérivé sur la nécessité qu'il y aurait de mener une campagne de vaccination collective. On se souvient ainsi des propos, dans Le Monde du 6 août 2009, du professeur Marc Gentilini, professeur émérite des maladies infectieuses et tropicales à l'hôpital de La Pitié-Salpêtrière, président honoraire, membre de l'Académie nationale de médecine et membre du Conseil économique, social et environnemental, qui jugeait : "C'est une pandémie de l'indécence. Quand je regarde la situation de la planète, j'ai honte de voir tout ce qui est entrepris pour éviter cette grippe dont on ne sait que peu de chose". Ce sont même parfois de réelles contradictions qui ont été médiatisées. Le 4 juin 2009, Mme Sylvie Van der Werf, membre du Comité de lutte contre la grippe et directeur de l'unité de recherches "génétique moléculaire des virus respiratoires" à l'Institut Pasteur donnait un entretien au Figaro du 4 juin 2009 intitulé : "H1N1 : il va falloir vacciner tout le monde" -propos qu'elle a regrettés par la suite. Deux jours plus tard, le 6 juin, le professeur Antoine Flahault accordait pour sa part une interview au Parisien dans laquelle il déclarait que selon les simulations, "s'il ressort évidemment que, plus on vaccine, meilleure est la protection, il est montré aussi que vacciner 30% de la population mondiale, toutes classes d'âge confondues, suffirait à arrêter la seconde vague épidémique attendue à la rentrée dans l'hémisphère Nord" ». V. aussi Alain Milon, L'étude de la Cour des comptes relative à l'utilisation des fonds mobilisés pour la lutte contre la pandémie grippale A (H1N1), rapport d'information n° 270, Sénat, 1^{er} fév. 2011.*

Le risque apparaît ici à travers le positionnement des différents acteurs comme un marqueur social, un catalyseur de réactions autour duquel viennent s'articuler les différentes forces sociales en présence. Or, ces forces sociales ne se limitent pas uniquement à celles de la société civile, mais concernent aussi les pouvoirs publics, toujours tentés entre la sous-réaction pour minimiser l'ampleur réelle des risques et la sur-réaction, pour démontrer une véritable volonté de reprendre la main sur une situation peut être moins dramatique que leur attitude ne le laisse supposer. Dans les deux cas, les pouvoirs publics ont perdu le contrôle des événements puisqu'ils ont accepté au moins inconsciemment d'asservir leur comportement à l'opinion de forces extérieures sur lesquelles ils n'ont le plus souvent pas prise, car mues par leur logique propre, et auxquelles ils ne donnent que plus de poids par leur réaction.

La gestion de risque ou de crise est ici susceptible de se doubler d'une crise de gestion : à la crise proprement dite se surajoutent des effets non désirés nés de la gestion de crise elle-même et que les pouvoirs publics doivent également traiter. La crise de gestion peut apparaître pour deux raisons. Soit parce que l'action des pouvoirs publics est dépourvue de la moindre efficacité, car impulsée uniquement pour donner l'illusion d'une maîtrise des événements. Soit parce que porteuses d'une réelle efficacité, les solutions proposées n'arrivent pas à pénétrer par leur pertinence les différentes sphères sociales qu'il faut se concilier pour s'assurer de leur efficacité et qu'elles rencontrent des résistances telles qu'il faut bien se résoudre à y renoncer. Dans les deux cas, les mesures sont inefficaces et la légitimité des pouvoirs publics en ressort érodée⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷ Sur la question de la communication lors de la pandémie grippale, v. Aurélia Jennequin, « La communication de crise au sein de la Direction Générale de la Santé : la procéduralisation de l'urgence », *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, pp. 248-256 : « Au cours de nos entretiens, la question du mode de validation du discours produit par les communicants de la Direction Générale de la Santé a été très présente et souvent abordée sous l'angle des productions écrites. Une synthèse des témoignages recueillis et des diverses observations que nous avons pu faire montre que le système institutionnel de validation, s'il est parfois à l'origine d'interrogations, ou de mécontentements passagers, a été pleinement intégré par les agents administratifs. L'insertion du discours produit par les communicants au sein d'un parcours hiérarchique très défini de contrôle de la parole, n'est pas vécue par eux comme une contrainte. Après un passage en interne, par le chef d'unité, la seconde étape de fabrication d'une production discursive est sa vérification -le lissage de ses aspérités éventuelles par les plus hautes instances administratives- afin d'en présenter la version la plus conforme possible aux souhaits du cabinet ministériel. Si le discours apparaît comme conforme, ou ne présente pas de difficultés particulières au cabinet, il peut être rendu public. La vérification politique de la parole arrive au dernier échelon du système de validation, notamment pour les sujets jugés sensibles politiquement ou nouveaux dans les problématiques de santé publique. Les sujets récurrents peuvent avoir comme dernier niveau de validation le Directeur Général, notamment pour les alertes sanitaires fréquemment traitées (légionelloses, méningites...). Les communiqués sont alors envoyés pour information au cabinet ministériel. Un retour, par mail ou en réunion, permet d'achever le cycle de validation de la production écrite. Le fait que la validation par la hiérarchie se fasse par mail ou en réunions face-à-face signifie que celle-ci prend plus ou moins d'importance selon la surface politique du problème considéré. De manière unanime, ce qui pose le plus de problèmes aux communicants concerne davantage la lenteur du système hiérarchique de validation (du fait du nombre de renvois pour modification) entre les différents niveaux que les modifications mêmes des termes du discours, règle bien intériorisée ».

La crise de gestion apparaît avant tout comme une crise de légitimité et son remède ne peut passer uniquement par la recherche d'un consensus social ; consensus dont on sait que s'il est souvent impossible, n'en reste pas moins toujours souhaitable. Il ne réside pas non plus dans une excessive prudence face aux événements qui n'est souvent que le cache-sexe pudique d'une situation de sidération institutionnelle interdisant *de facto* toute prise de décision. Ce remède ne se trouve pas plus dans une sorte d'émotivité excessive prétexte au mouvement pour le mouvement, source et terme de sa propre justification et épuisant en pure perte les énergies disponibles. Il est le fruit de cette essence impalpable mais tellement réelle du pouvoir, faite tout à la fois de sérénité, de hauteur de vue et de détermination, et qui à défaut de démontrer par avance une conduite à la bonne destination, garantit à tout le moins une maîtrise de la trajectoire suffisante pour apporter avec elle l'entraînement nécessaire pour rompre les hésitations. Mais pour parvenir à cet idéal, il faudra préalablement refondre la doctrine d'action des pouvoirs publics face au risque.

Section 2 : La refonte de la doctrine d'action face au risque

La nouvelle ligne d'horizon vers laquelle les pouvoirs publics vont devoir se tourner ayant été tracée, il nous faut à présent passer de l'autre côté pour envisager dans toute leurs potentialités les développements auxquels la conduite des politiques de maîtrise des risques va se trouver obligée. Il serait en effet vain d'espérer que le nouveau schéma de perception des risques dont les contours viennent d'être brossés, se communique par une sorte de capillarité intellectuelle à l'ensemble des acteurs de la maîtrise des risques. La politique n'est pas une abstraction intellectuelle et celle des risques n'échappe pas à cette règle. Pour être pleinement efficient dans l'ordre qui lui est réservé, le nouveau paradigme de conceptualisation des risques ne doit pas seulement être une grille d'analyse, mais également un outil permettant de la transformer en décision publique. Cela implique onc une refonte complète des doctrines d'action face au risque, nécessitant que ce dernier devienne un véritable principe d'organisation des politiques publiques (§1). Parce que l'adoption d'une politique publique préférentiellement à une autre oblige nécessairement à un choix, pour trancher dans le champ des possibles, il devra nécessairement se trouver un arbitre, rôle qui pourra être dévolu à l'élu (§2).

§1) Le risque comme principe d'organisation des politiques publiques

Destiné par le nouveau schéma de perception du risque à faire du risque non plus seulement un objet, mais un instrument majeur de conduite des politiques publiques (A), cette place cardinale ne peut lui être réservée sans que soit procédé à de profonds changements dans le circuit d'élaboration des décisions publiques (B).

A) Le risque comme instrument de conduite des politiques publiques

Le nouveau paradigme du risque proposé, en plus d'imposer de nouveaux objectifs aux politiques publiques (1) doit également en devenir un principe ordonnateur (2).

1) Le renouvellement des politiques publiques

Le nouveau paradigme dont nous avons précédemment dessiné les contours impose à l'action publique de nouveaux objectifs. Si ceux-ci ont déjà été succinctement évoqués, il convient d'y consacrer quelques développements, à peine de sous-estimer leur impact sur la conduite des politiques de maîtrise des risques. La valeur du tout dépasse ici celle de l'addition de chacune de ses parties et c'est donc uniquement de l'examen de l'articulation des différents éléments entre eux que pourront être déduites toutes leurs implications sur les processus de décision⁵⁴⁸.

Le risque ayant été analysé comme un phénomène systémique, inhérent et consubstantiel à l'existence même des sociétés humaines, il a été conclu à la nécessité de privilégier à toute autre une démarche d'ordre stratégique. Cette démarche, inscrite dans une perspective de maîtrise du long terme de l'évolution des sociétés humaine, est seule à même de permettre d'appréhender les phénomènes en question dans toutes leurs subtilités et d'offrir la réactivité nécessaire pour anticiper leur réalisation. Comme corollaire à cette obligation de fin et parce que le risque obéit à des dynamiques plurielles, tout à la fois scientifiques et sociales, il a été déduit qu'il fallait par une sorte de réflexivité aux problématiques posées, leur opposer sur le plan des obligations de moyens un axe directeur de l'action publique traversant tous les champs de la manifestation du risque pour agréger et articuler autour de lui l'ensemble des réponses à apporter.

Comme il a déjà été démontré, tout le problème de la maîtrise des risques n'est le plus souvent que sous-jacent à celui de la maîtrise de l'incertitude entourant la survenance des

⁵⁴⁸ Plus qu'aux politiques publiques elles-mêmes, c'est au droit tout entier qu'il faudra à l'avenir intégrer ce nouveau paradigme. V. Olivia Dufour, « Une nouvelle fonction du droit : éviter le risque avéré, envisager le risque suspecté », *LPA*, n° 87-88, 1^{er} et 2 mai 2012, pp. 3-5.

phénomènes redoutés⁵⁴⁹. Cela, que cette incertitude soit la conséquence de l'impossibilité technique ou scientifique d'établir avec exactitude la probabilité ou l'impact de leur réalisation, ou que, plus prosaïquement, elle soit le fruit d'une perception plus ou moins déformée de la réalité, par les citoyens voire par les pouvoirs publics eux-mêmes⁵⁵⁰. Par conséquent, dans l'optique de réduire l'impact de l'incertitude sur l'efficacité des réponses apportées par les pouvoirs publics, il a été souligné tout l'intérêt de construire ces dernières autour de deux principes, lesquels ne sont que les deux extrémités du même axe :

- la réduction maximale de l'incertitude par son appréhension dans toutes ses composantes, scientifiques comme sociétales, en gardant à l'esprit qu'il s'agit là de dynamiques croisées s'alimentant l'une l'autre au gré des circonstances et qu'à ce titre la distinction ici faite entre elles reste purement académique.

- la mitigation des effets subsistants de la part d'incertitude non maîtrisée par la mise en œuvre des mesures de prévention et de précaution à travers la notion de résilience, entendue comme la capacité d'une société à encaisser, absorber et surmonter le choc que constitue la survenance d'un risque (et donc d'une crise) tout en maintenant un degré de cohésion interne lui permettant de conserver un fonctionnement normal malgré une dégradation de ses potentialités.

Mais le changement de paradigme dont il est ici question ne saurait en aucun cas se limiter à un simple changement d'angle d'approche : il implique également un changement radical en matière de doctrine d'action face au risque.

⁵⁴⁹ Sur la question de l'intégration du principe de précaution dans la conduite des politiques publiques et l'appréciation de la notion de proportionnalité dans les mesures à mettre en œuvre pour assurer le respect du principe, Olivier Godard, dans une démonstration érudite que nous réduisons ici à sa synthèse, observait : « *Il est apparu que l'idée de prendre des mesures d'autant plus sévères que la prise en compte des risques est précoce dans le temps scientifique dépendait de la combinaison de deux types de facteurs : (a) des phénomènes de dépendance, soit de la gravité perçue par rapport à la précocité de la prise en considération (a1), soit de l'ampleur du risque perçu ex ante par rapport à la perspective d'amélioration de l'information à l'avenir (a2) ; (b) des formes particulières de représentation du problème de choix d'une stratégie de précaution. Combinée au facteur (a1), une représentation tronquée du problème de décision qui se focalise sur les seuls dommages possibles et considère toutes les hypothèses de risque comme également valides (b1) met en branle un artefact de perception par lequel la précocité accroît la gravité perçue, situation qui appelle a priori des mesures plus sévères. Combinée au facteur (a2), une configuration spécifique étudiée par Gollier, Jullien, Treich [2000] (b2) conduit également à justifier, pour des agents prudents, d'autant plus de prévention que l'incertitude scientifique est susceptible de se résorber à l'avenir. Ni l'une ni l'autre de ces deux figures ne peut prétendre incarner l'idée directrice du pp sur cette question de la proportionnalité. La première est impraticable comme norme générale en induisant un artefact d'aggravation générale de tous les risques potentiels dans une situation de moyens limités. La seconde combine de façon rare les attributs particuliers de préférences d'agents "prudents", qui ne sont pas représentatifs de l'ensemble de la société, une structure cognitive particulière dans laquelle les agents ont de bonnes raisons de penser que l'incertitude initiale se réduira de façon significative, et un mode d'action qui permet à la fois de mettre en réserve des ressources pour l'avenir et de réduire les sources courantes du risque* » ; « Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question », *Revue économique*, 2003-6, pp. 1245-1276.

⁵⁵⁰ Quand tous ces facteurs ne s'additionnent pas tout simplement les uns aux autres pour obscurcir une situation qu'une confortable distance de vue aurait permis de débrouiller...

Ainsi qu'il vient d'être rappelé, elle vise dans ses aspects les plus théoriques à la maîtrise optimale de l'incertitude, pour éviter que le niveau de désordre intérieur de la société prise comme système ne soit susceptible de dépasser un niveau d'élévation maximale. Or, l'activité humaine s'avère le plus souvent être le seul levier que le décideur public puisse raisonnablement actionner pour agir sur la gestion des risques, tous les autres étant peu ou prou hors de sa portée, généralement pour des raisons financières ou techniques. C'est donc seulement par l'examen et la gestion de l'activité humaine, potentiellement dans toutes ses composantes, que le décideur public peut espérer maîtriser les risques auxquels la société se trouve exposée. Pour autant, il ne suffit pas de simplement dresser l'anthropie contre l'entropie pour espérer réduire le risque à néant.

Parce que le risque et surtout le risque majeur, se construit le plus souvent par la sédimentation de paramètres structurants qui antérieurement à leur réunion ne pouvaient laisser supposer l'émergence d'une menace quelconque, il faut opposer des politiques publiques qui dans leur conduite épousent au plus près les contours du problème à résorber. Mais en plus, parce que la résorption des risques, surtout des risques purement putatifs est avant tout une question d'acceptabilité sociale, les mesures concrètes pouvant aller à l'encontre des aspirations d'une fraction plus ou moins grande de la population ou des forces qui la traversent, les modalités de détermination des politiques publiques doivent également permettre d'anticiper l'émergence de résistances au sein du corps social envisagé au sens large⁵⁵¹. Si les actions de lutte contre les risques putatifs apparaissent comme celles prêtant le plus aisément le flanc à la critique (les sacrifices à consentir sont toujours mieux acceptés face à un risque considéré comme évident), il est à noter que ce sont le plus souvent les actions

⁵⁵¹ Pour une série d'illustrations particulièrement éclairantes de cette affirmation, et les interactions entre politiques de prévention des risques, perception du risque, acceptabilité sociale du risque et rétroaction sur les politiques publiques en matière de sécurité routière, v. Claudine Pérez-Diaz, « Théorie de la décision et risques routiers », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2003-1, pp. 143-160. Relevant la difficulté à définir un modèle unique de conceptualisation des risques, l'auteur concluait : « *la théorie de la décision a très largement participé à la description et à l'analyse des choix de comportements, en particulier face aux risques. Les formalisations qu'elle propose ont accru la compréhension de phénomènes très complexes, multivariés et pluridisciplinaires. Les modèles du risque issus de la théorie de la décision peuvent-ils -de plus- véritablement servir de guide pour l'action publique ? Nous avons vu combien chacun de ceux évoqués n'aidait que faiblement à décrire les déterminants des comportements et combien leurs interactions aboutissaient à une mosaïque complexe d'expressions, variables dans le temps, l'espace et selon les circonstances. La plupart des analyses fragilisent plus encore ces modèles qui parviennent mal à tenir ensemble les multiples paramètres et niveaux du comportement humain. Ils ont toutefois l'avantage d'en identifier quelques tendances générales. Face à une telle hétérogénéité des comportements et de leurs déterminants, les pouvoirs publics sont relativement démunis lorsqu'ils ambitionnent de modifier les prises de risque sur la route ; d'autant que l'action publique recherche plus volontiers à satisfaire des principes généraux que des objectifs spéciaux* ». La littérature en la matière est très nombreuse ; v. entre autres Martin Killias, « La ceinture de sécurité : une étude sur l'effet des lois et des sanctions », *Déviance et Société*, 1985, IX-1, pp. 31-46, Linda Perloff, « Perceptions of vulnerability to victimization », *Journal of Social Issues*, 1983, n° 39, pp. 41-61.

envisagées le plus en aval du processus de constitution des risques qui sont généralement susceptibles d'être les plus lourdes de conséquences (la réunion de l'essentiel des paramètres structurants du risque obligeant pour s'en prémunir à une radicalité dans les mesures qu'elles n'auraient sans doute pas eue si prises plus en amont du processus). De plus, il est à relever qu'il n'apparaît ni possible, ni surtout souhaitable, d'énervier les activités humaines et les aspirations individuelles ou collectives en les soumettant à une législation tatillonne qui par sa précision même interdit jusqu'aux pouvoirs publics d'en contrôler le respect et qui ainsi apparaît beaucoup plus comme une entrave que comme un guide. Dans le domaine des risques plus qu'en tout autre, parce que les enjeux y sont plus grands, les politiques publiques ne doivent pas être source de leurs propres complications. A l'Orient compliqué des risques, il faut aller avec des idées simples, les seules qui par leur rusticité, à défaut d'épouser parfaitement toutes les sinuosités des problèmes à appréhender, sont à tout le moins susceptibles de les embrasser totalement. Les seules également sur lesquelles il est possible de revenir ou d'effectuer des ajustements sans défigurer le dessin d'ensemble si le besoin devait s'en faire sentir.

Pour ce faire, les pouvoirs publics ne peuvent abandonner toute démarche de planification, inhérente et indispensable à toute volonté de prévention comme de précaution. Mais la logique qui leur est sous-jacente doit être refondée à partir des axes dégagés précédemment. Cette nouvelle démarche de planification doit satisfaire à une condition, certes contingente à son objectif premier, mais indispensable néanmoins pour assurer l'efficacité du processus : celle de préserver dans son application une certaine homéostasie sociétale, seul moyen d'assurer continuité et transmission entre toutes les sphères que le décideur doit se concilier pour s'assurer de la mise en œuvre effective de ce qui a été décidé. Le niveau d'acceptabilité sociale d'une décision des pouvoirs publics passant du fort au faible à mesure que la réalité du risque dont il faut se prévenir passe de la certitude à la simple potentialité et la nature de la décision de la radicalité extrême à la simple inflexion, c'est uniquement autour de ces idées conçues comme guide plutôt que comme fin qu'il est possible de construire de manière pérenne des politiques publiques. Rappelons-le : la satisfaction de ces conditions n'est que tout à fait secondaire, puisqu'incidente à l'objectif premier qui doit être atteint, à savoir la maîtrise des risques, mais n'en reste pas moins d'une importance première sous le rapport de son efficacité, parce qu'elle est pour ainsi dire en connexion directe avec lui et qu'elle constitue un point de passage obligatoire entre décision et application effective.

Ce point ayant été rappelé, il faut à présent donner à cette démarche un point d'ancrage, un centre à partir duquel projeter la périphérie : ce sera la notion de résilience, déjà

évoquée⁵⁵². Celle-ci offre l'indéniable avantage, en obligeant à penser le risque sous l'angle de la protection des enjeux plutôt que sous celui de la préservation contre un aléa, de constituer un socle plus solide comme point de départ à la conduite des politiques publiques. En effet, l'aléa, de par sa nature justement « aléatoire », présente un biais potentiel dans l'appréciation qui peut en être faite et ouvre très largement la porte à une approche éminemment subjective, d'autant plus subjective que l'aléa est mal défini, voire simplement putatif. A l'inverse de l'aléa, forcément discuté parce que discutable, la définition des enjeux pose quant à elle des problèmes moindres, au moins en ce qui concerne les plus évidents et les plus centraux d'entre eux, ce qui permet de contourner les difficultés relatives à la construction sociale des politiques publiques précédemment évoquées⁵⁵³. Mieux encore : la résilience permet d'anticiper des risques dont les pouvoirs publics non seulement ignorent l'existence, mais ne supputent même pas et ce à partir de l'analyse de critères comme la concentration des populations, la structure interne de celle-ci (âge, sexe...), l'examen des infrastructures permettant d'en gérer les flux ou l'accueil... En ce sens, nous pouvons dire que la résilience est une notion qui, à partir de paramètres connus, permet de penser l'inconnu.

En plus d'un point d'ancrage, il faut également à cette nouvelle démarche de planification une direction qu'il appartiendra aux pouvoirs publics de déterminer à partir de l'observation et du suivi des dynamiques multifactorielles précédemment évoquées. Nous disons une direction plus qu'un chemin, puisqu'initialement et donc antérieurement à l'appréhension effective du risque par l'identification de tous ses paramètres structurants, les pouvoirs publics se trouvent dans l'impossibilité d'abord de déterminer des mesures précises pour s'en prévenir, ensuite de les imposer à l'ensemble du corps social, celui-ci n'étant pas prêt à consentir des sacrifices, peut-être immenses, pour une menace qui n'est pas perceptible. Les pouvoirs publics sont donc obligés d'agir par gradation et inflexions successives, en apportant des correctifs aux mesures initialement ordonnées à mesure que des précisions sont apportées sur la nature de la menace.

L'ensemble du processus de lutte contre les risques tel que décrit, prend donc l'apparence d'une entreprise de planification graduelle et continue, d'une construction par sédimentation contrôlée des politiques publiques, initiée à partir des projets les moins contestables puisque s'appuyant sur les constantes les plus indiscutables, et dirigée vers la

⁵⁵² Voir *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 : La nécessité de repenser la politique de gestion des risques p. 199 et s.

⁵⁵³ Les hôpitaux, les casernes, les grandes concentrations d'habitants, les infrastructures de gestion des flux sont autant d'enjeux à protéger.

recherche et la détermination des variables pouvant s'intégrer dans l'équation, permettant ainsi l'obtention de la plus grande homéostasie sociétale possible, garantie du succès.

2) Le risque, principe ordonnateur des politiques publiques

Le nouveau paradigme d'appréhension des risques posant aux pouvoirs publics de nouveaux objectifs, c'est vers la satisfaction de ces derniers que les politiques mises en œuvre doivent tendre. Passant par un renversement de perspective au stade de l'appréhension du risque en le conceptualisant tout d'abord sous l'angle des enjeux avant celui de l'aléa, il oblige également, nous allons le voir, à un renversement au stade de la mise en œuvre des politiques publiques. Non pas uniquement, comme il a été vu précédemment, en plaçant la notion de résilience au cœur des dispositifs de lutte contre les risques quant elle n'est d'ordinaire que très périphérique à ceux-ci, mais également en imposant de faire du risque un principe politique avant d'être un objet technocratique. Nous entendons ici le terme de « politique » en son sens premier, se rapportant à l'organisation de la société. Car c'est bien de cela dont il s'agit : faire du risque un principe ordonnateur de l'action publique. Mais pour cela, il ne peut plus être uniquement conçu comme un objet des politiques publiques, mais il doit en devenir le sujet, le point central à partir duquel penser tous les autres, sous peine de voir un jour ruiner tous les efforts de l'activité humaine.

Si l'on ne veut pas qu'elle demeure une simple clause de style, le recours à la notion de résilience y oblige. Comme indiqué plus haut, sa mise en œuvre effective passe par la connaissance et l'exploitation de paramètres certains, tels que la concentration des populations. De ce fait, elle force à une prise en compte de ces derniers très en amont de la détermination concrète des politiques publiques et par là même, ouvre le champ des possibles qui n'est autre que celui du politique. Actuellement, le risque est vu quasi exclusivement comme un objet à traiter sous l'angle technocratique. Sur le plan de la logique élémentaire, il n'y a au premier regard rien que de très logique : le risque étant toujours la potentialité d'un événement de nature physique, au sens où les Anciens entendaient ce mot, il est tout à fait cohérent de vouloir l'appréhender à la loupe de la science et entendre lui appliquer les solutions dégagées de son observation. Outre son caractère simpliste et réducteur, déjà longuement dénoncé, cette étude élude totalement l'aspect résolument politique du risque en laissant sous entendre qu'il ne se discute pas autrement que scientifiquement. Or les faits montrent qu'il se discute justement⁵⁵⁴, hors d'un cadre purement scientifique et

⁵⁵⁴ Ce fut tragiquement le cas dans les zones concernées par les ravages de la tempête Xynthia : « *Dans son pré-rapport, votre mission avait observé que les modalités d'occupation des sols avaient été fixées, puis appliquées,*

technocratique, indépendamment du degré de connaissance du risque et au stade le moins à même de constituer un cadre optimal à la prise en compte du volet politique du risque, c'est-à-dire totalement en aval du processus de décision. Tout le succès de l'opération dépend pourtant de cette dernière étape, qui doit permettre d'assurer ou créer l'acceptabilité sociale des mesures à adopter, par l'appréhension et la maîtrise des phénomènes de rationalité limitée, que tout au contraire elle ne fait qu'amplifier.

Ce qui peut apparaître normal en un sens : la définition des risques conditionnant seule les mesures devant être adoptées, ces dernières sont perçues à juste titre comme subies plutôt que choisies, quelles que soient les visées et tentatives de « concertation démocratique » initiées à un stade où elles n'ont plus lieu d'être. Elles ne sont plus qu'un jeu de dupe où les acteurs les plus impactés s'efforcent de vider les mesures de leur substance et par là même de leur utilité, en jetant dans la balance leur faculté de nuisance. L'observateur pantois ne peut à ce propos que s'étonner de constater en analysant l'évolutions de certains plans que des aléas, dont les paramètres demeurent inchangés, sont pourtant susceptibles d'avoir des conséquences variables au fur et à mesure de l'avancée des négociations (puisqu'il faut bien se résoudre à donner ce nom au volet politique).

Or, parce que le nouveau schéma de conceptualisation proposé oblige à une appréhension des risques par la notion de résilience et donc par la maîtrise de paramètres structurants de la société, il multiplie le panel des possibilités à disposition du décideur. Mais à un stade où les choix auxquels il faudra procéder ne se limiteront généralement pas à ce qu'ils ne sont que trop souvent, à savoir une interdiction ou une restriction de l'exercice des droits existants. Surtout, ils seront beaucoup plus susceptibles de porter sur ce qui fait

sans qu'il soit tenu compte du risque de submersion marine. A cet égard, elle avait notamment souligné que des lotissements avaient été construits dans des zones manifestement dangereuses et en méconnaissance totale de ce danger. Pour s'en convaincre, il suffit d'évoquer le cas de la "cuvette" de La Faute-sur-Mer, essaimée de maisons de plain-pied malgré sa topographie, qui aurait dû empêcher que des habitations soient bâties dans un secteur concave, situé en front de mer et à quelques mètres à peine d'une dune faisant office de digue. De telles situations contraires au bon sens ont largement contribué à alourdir le bilan humain de la tempête Xynthia : cette catastrophe n'aurait probablement pas fait autant de victimes si elle n'avait pas été précédée par une pression immobilière qui a conduit à la construction de maisons dans des zones visiblement inadaptées à cet usage. Selon votre mission, ce constat ne découle pas seulement du caractère exceptionnel (et donc, relativement imprévisible) d'un phénomène climatique comparable à la tempête Xynthia : les risques naturels n'ont pas été ignorés, mais négligés. Connus de tous les acteurs chargés de la délivrance des permis de construire, ils n'ont pas été traités avec la considération et la rigueur qui s'imposaient. Entendu par la mission, M. Stéphane Raison, ancien chef du service maritime et des risques de la DDE de Vendée, a exposé qu'un atlas des zones submersibles dans l'estuaire du Lay avait été élaboré par la direction départementale de l'équipement (DDE), puis porté à la connaissance des élus locaux et de la population dès 2002 ; cet atlas mettait en évidence la vulnérabilité de certaines zones (parmi lesquelles se trouvent celles qui ont été gravement touchées, voire rasées par la tempête Xynthia) et faisait état d'une forte exposition au risque pour les zones situées à l'arrière des digues. Votre mission a pu constater que ces éléments n'avaient pas été intégrés aux documents d'urbanisme qui, dans l'immense majorité des cas, ne tenaient pas compte du risque d'inondation » ; Alain Anziani, Les conséquences de la tempête Xynthia, rapport d'information n° 554, Sénat, 10 juin 2010, p. 51.

l'essence même du politique : les choix de société. Envisagés à travers le prisme des risques et de la notion de résilience, des problématiques classiques posées aux pouvoirs publics présentent ici un éclairage différent. Ainsi par exemple, il ne sera plus question de savoir si les infrastructures routières d'une certaine ville sont suffisantes pour la desservir, mais si elles sont susceptibles de supporter un afflux suffisant pour permettre l'évacuation de sa population⁵⁵⁵. La planification continue induite par la doctrine d'action sous-jacente au nouveau paradigme d'appréhension des risques se traduit donc par une démarche des politiques publiques des risques intégrée aux politiques d'ensemble.

Une telle démarche se prête particulièrement aux secteurs de l'activité humaine qui par nature se développent lentement, mais dont le devenir dépend pour l'essentiel de la direction prise lors des étapes initiales. Tel est le cas par exemple de l'urbanisme qui constitue et constituera sans doute encore longtemps le domaine clef par lequel initier le plus sûrement les politiques de lutte contre les risques. Dans le même ordre d'idées, tel est le cas également du développement de certaines technologies qui agrègent autour d'elles une gangue de méfiance menaçant d'obérer définitivement leur développement. Ces protestations initiales du corps social, peut être *aposteriori* scientifiquement infondées mais conceptuellement intelligibles au stade où elles sont formulées, pourraient être efficacement apaisées par la mise en œuvre graduelle, contrôlée et encadrée de la technologie en question.

Une nouvelle fois, il doit être rappelé que la recherche de l'homéostasie sociale⁵⁵⁶, si elle n'est pas une fin en soi, n'en demeure pas moins le moyen terme indispensable entre l'adoption d'une mesure et son effectivité⁵⁵⁷. Elle ne s'impose pas par décret et passe nécessairement par une approche stratégique des questions posées aux pouvoirs publics, par nature inscrite dans des logiques de maîtrise du long terme. Pour y parvenir, il faut repenser le circuit de décision des politiques publiques de lutte contre les risques.

⁵⁵⁵ Dans le même ordre d'idées, il ne sera plus question de savoir uniquement si un nouveau processus industriel doit être autorisé au regard des informations partielles à disposition sur celui-ci, mais s'il doit être autorisé compte tenu du nombre de personnes qu'il pourrait potentiellement -et potentiellement uniquement- impacter. Il ne sera plus non plus question de savoir si un hôpital est calibré pour accueillir un nombre suffisant de blessés mais si compte tenu de sa situation géographique il pourra simplement être desservi. Il ne sera plus question de savoir s'il est possible de poursuivre l'urbanisation d'une zone donnée, mais de se demander s'il n'est pas simplement souhaitable de la poursuivre ailleurs pour créer des points de décongestion. Il ne sera plus question de savoir si la création de facilités d'exercice de l'une ou l'autre activité économique, mais s'il est opportun que cela se traduise par effet induit par une concentration géographique de ces dernières (comme dans la Silicon Valley).

⁵⁵⁶ L'homéostasie désigne la tendance d'un système à rechercher naturellement un point d'équilibre interne de même que la nécessité pour ce système de toujours être proche de ce point d'équilibre.

⁵⁵⁷ V. not. Ronan Le Roux, « L'homéostasie sociale selon Norbert Wiener », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2007-1, pp. 113-135.

B) Le risque, paramètre structurant des politiques publiques

Faire du risque un paramètre structurant des politiques publiques nécessite de repenser l'architecture du circuit de décision (1) et d'introduire au sein de cette dernière un facteur démocratique (2).

1) Repenser l'architecture décisionnelle des politiques publiques

Cette nouvelle doctrine d'action issue du schéma d'appréhension des risques proposé doit encore, pour sortir de la simple virtualité, être appliquée comme correctif à l'actuel circuit de décision, qui lui aussi doit être repensé et sur lequel elle ne saurait demeurer sans incidence⁵⁵⁸. Pour mémoire, rappelons que précédemment, trois phases devant se retrouver nécessairement dans n'importe quel schéma d'appréhension des risques avaient été dégagées : la phase de prise de conscience de l'existence -même supposée- d'un risque, la phase d'analyse du risque et enfin la phase d'adoption et de mise en œuvre des décisions relatives à la résorption du risque. Chaque phase succédant à l'autre dans l'ordre énoncé, la décision finale, à la supposer rationnellement fondée et élaborée de façon impartiale à la lumière de la totalité des informations disponibles, collectées et analysées de façon « pure et parfaite », se trouve en tout sous la dépendance du lien logique existant entre chacune des phases. Une fois arrêtée, la décision se trouve généralement formalisée dans un plan qui, s'il constitue l'aboutissement du processus décisionnel, en conserve également l'empreinte, puisqu'il n'est par nature pas conceptualisable hors du triptyque « prise de conscience - analyse - décision ».

Les insuffisances d'un semblable circuit de décision ont déjà été évoquées et il n'y sera pas revenu en détail. Rappelons simplement qu'elles sont pour l'essentiel le produit des limites inhérentes au lien devant exister entre les différentes phases évoquées et qui doit constituer l'articulation logique du processus de décision, la succession entre les différentes phases étant perçue comme naturelle et intrinsèque à l'objet sur lequel elles portent. Si à l'évidence ne peut être analysé que ce qui est perçu et qu'il n'est possible d'adopter sur un problème donné une décision définitive que si l'objet sur lequel cette dernière doit porter a été

⁵⁵⁸ En effet, le circuit de décision est nécessairement porté par une organisation. Or, ainsi que le rappelait Olivier Hassid : « *il n'y a pas d'organisation sans un chef et une hiérarchie. Or, une hiérarchie est par essence dysfonctionnelle en période de crise. Le poids de la hiérarchie est généralement trop fort, à tel point que prendre le risque de contrarier l'autorité peut être synonyme de renvoi. Ensuite, l'efficacité d'une organisation dépend de sa capacité à être sélective dans la gestion de l'information. Elle ne peut pas écouter et traiter tous les bruits en son sein et son développement repose sur des habitudes, des routines qui ont valeur de référence. Une crise, à l'inverse, nécessite de naviguer en plein brouillard et de s'adapter rapidement au changement. Enfin, une organisation est un assemblage de sous-systèmes dont la cohérence d'ensemble est loin d'être évidente* ». V. Olivier Hassid, « Les organisations ne sont pas par essence préparées à gérer les crises. », *Sécurité et stratégie* 2012-3, pp. 2-3. V. également Herbert A. Simon, « The Architecture of complexity », *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 106, 1962, n° 6, pp. 467-482.

complètement appréhendé, ce n'est pour autant pas la seule architecture décisionnelle envisageable⁵⁵⁹. Il est ainsi loisible d'imaginer qu'une décision soit prise avant qu'une analyse complète ait pu être effectuée, à partir des seules informations partielles disponibles voire des seules supputations émises, puis que les effets de la décision sur l'évolution du phénomène soient analysés afin d'en vérifier le bien fondé. De même, l'observation continue d'éléments connexes à un risque encore non perçu comme tel peut conduire à sa révélation.

Une telle souplesse dans l'appréhension des risques et la conduite des politiques publiques visant à les maîtriser doit non seulement être permise, mais doit encore pouvoir être organisée. Souple, le circuit de décision ne doit pas uniquement l'être au regard de l'articulation entre ce qui constitue les trois fonctions premières et même primordiales de tout instrument de maîtrise des risques, mais également vis-à-vis de l'ensemble des paramètres et intérêts sous-jacents à prendre en compte, spécifiques et contingents à chaque problématique abordée. Entre ces derniers, les pouvoirs publics doivent chercher à trouver un équilibre s'ils ne peuvent tous les concilier, trancher entre eux si la recherche de l'équilibre est impossible, mais dans tous les cas, ils doivent les prendre en compte sous peine de voir s'immiscer le spectre de la rationalité limitée dans le processus de décision et ainsi transformer la gestion de risque en crise de gestion.

Les choix auxquels les pouvoirs publics devront procéder font du risque, cela a déjà été démontré, un objet politique avant d'être un objet technocratique⁵⁶⁰. Or, ce dernier point est loin d'être neutre. Parce que le risque doit devenir un principe ordonnateur de la vie publique, cela suppose corrélativement qu'il existe un centre d'impulsion politique à même,

⁵⁵⁹ V. à ce sujet : Céline Granjou, « L'expertise scientifique à destination politique », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2003-1, pp. 175-183. L'auteur relevait notamment que : « *La problématique de l'expertise constitue ainsi le nœud d'un nouveau « cadrage » des relations entre science, politique et société, tendant à redéfinir la confiance que cette dernière peut accorder à la première. Le développement récent d'une multitude d'approches et de travaux témoigne de la convergence vers l'idée de réformes de la fonction et du statut des savoirs scientifiques, en cours de réalisation ou à entreprendre, afin d'instituer de nouveaux « systèmes de confiance » entre les consommateurs et les produits, les objets ou les installations techniques, comme entre les différents acteurs eux-mêmes. Si, d'une façon schématique, la société a besoin de connaissances scientifiques pour faire face aux risques générés par des activités scientifiques, ces connaissances ne seront plus produites et utilisées selon les mêmes règles du jeu. Ainsi, très concrètement, face à la multiplication de comités d'experts sur divers sujets, à la mise en place d'agences publiques d'expertise, il s'agit de recréer une confiance entre les citoyens et les institutions en réglementant le fonctionnement de cette expertise pour faire preuve d'une qualité de la démarche scientifique. Il semble que cela soit bien finalement une tendance à la réappropriation politique des savoirs scientifiques dont témoignent le développement du principe de précaution et les recherches d'un "modèle procédural" d'expertise* ». V. également Florence Rudolf, qui souligne qu'un « *des effets de la radicalisation de la modernité tient à la montée de l'incertitude qui déstabilise les institutions les plus solides de notre culture, dont notamment la science, et à la généralisation de la sémantique du risque qui affecte les processus de prise de décision* », in « Deux conceptions divergentes de l'expertise dans l'école de la modernité réflexive », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2003-1, pp. 35-54.

⁵⁶⁰ C'est la raison première des critiques que l'on peut adresser à l'expertise ; v. Philippe Roqueplo, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, Editions Quæ, Versailles, 1997.

d'une part d'en assurer la conduite et la direction à partir d'une appréhension aussi complète que possible des enjeux et d'autre part, d'en mesurer en permanence les effets sur l'évolution de la vie publique dans toutes ses composantes. Parce que la conduite des politiques publiques de lutte contre les risques implique un suivi de long terme de l'évolution des paramètres sous-jacents à ces dernières, cela suppose également la permanence de ce centre d'impulsion. Enfin, parce que la correcte appréhension de l'ensemble des dynamiques multifactorielles des risques est une nécessité absolue pour assurer la bonne conduite des politiques publiques visant à les prévenir, cela suppose aussi l'existence d'organes capables de les saisir et d'influer sur elles.

Pour assurer son fonctionnement optimal, c'est-à-dire celui lui permettant d'atteindre au mieux le but vers lequel elle doit tendre, une organisation, quelle qu'elle soit, doit toujours refléter le plus fidèlement possible dans son architecture de fonctionnement les différents préceptes et règles auxquels elle doit obéir pour structurellement être capable de secréter une décision épousant au plus près les nécessités qu'elle doit surmonter⁵⁶¹.

Après nous être longuement étendus sur les fins auxquelles une semblable organisation devait être assignée et les préceptes à suivre pour s'assurer de les atteindre, il est à présent temps d'en brosser à grands traits les contours. C'est une construction en double cercles concentriques qui se dessine en projection des principes de fonctionnement précédemment énoncés, assez analogue à celle d'une cellule. En son centre, un noyau, clef de voute du dispositif sur lequel pèse l'ensemble des forces sociales intéressées par les différentes problématiques du risques et susceptibles d'apporter à un même objet différents éclairages (scientifiques, associations de protection de l'environnement, associations locales...). Un noyau qui est aussi la clef de voute sur laquelle pèse l'ensemble des forces sociales intéressées, mais qui dans le même temps possède le pouvoir et les moyens nécessaires pour peser sur elles, les équilibrer, les infléchir, les canaliser à la faveur d'impulsions politiques vivifiantes chargées d'y mettre bon ordre.

A la périphérie du dispositif, une « mosaïque fluide », un organe de perception panoptique des risques et de leur environnement, sur lequel il faut apporter quelques précisions. Le risque, ainsi qu'il a déjà été démontré, est un phénomène systémique et dynamique, produit endogène de l'activité humaine, dont la gestion obéit à des dynamiques multifactorielles complexes, tout à la fois scientifiques et sociales et dont la maîtrise sur le long terme constitue un impératif préalable à l'effectivité et l'efficacité des mesures adoptées.

⁵⁶¹ Sur ces questions, v. Christine Noiville, *Du bon gouvernement des risques*, PUF, Paris, 2003.

Parce que le risque est par nature protéiforme et évolutif, son appréhension convenable s'accommode mal de la rigidité lénifiante de procédés comme les plans, dont le circuit de décision est organisé en maillons, ne donnant ainsi à l'ensemble que la force de son segment le plus faible, l'articulant en une série d'étapes perçues comme obligatoires. Pour saisir et agir sur le risque dans toutes ses dimensions, il faut lui opposer un processus d'appréhension construit symétriquement à sa nature.

D'où la nécessité de concevoir le deuxième cercle similairement à la mosaïque fluide d'une cellule :

- mosaïque, il doit l'être car il doit pouvoir accueillir et intégrer les acteurs des risques les plus hétéroclites, indépendamment de leur conception du problème et de leurs visées annexes (cas de partis politiques ou des groupes de pression) et même de leur crédibilité supposée. Parce qu'aucun secteur de l'activité humaine n'échappe aux risques et se trouve susceptible d'être impacté par les politiques publiques visant à les prévenir, toutes leurs composantes ont un droit égal à être entendues. Parce que le décideur public doit être capable de percevoir les signaux faibles annonciateurs de crises majeures, il lui faut ouvrir son champ de perception le plus largement possible et très au-delà des acteurs institutionnels classiques afin d'augmenter sa « sensibilité argentine ». L'histoire est ainsi riche d'exemples de crises ou de catastrophes n'ayant pas été anticipées, non pas parce que la réunion des leurs paramètres structurants ne pouvait être perçue, mais parce que les pouvoirs publics, par leur aveuglement choisi, s'étaient mis hors d'état de les détecter⁵⁶².

⁵⁶² Sur les causes de cet aveuglement et quelques éléments de réponse pour y remédier, v. *Signaux précoces et leçons tardives : Le principe de précaution 1896 - 2000*, Institut français de l'environnement, 2002, p. 277 : « *Quoi qu'il en soit, il faut fatalement traiter certains aspects des coûts et des avantages pour répondre à la quatrième question posée aux auteurs, à savoir: quelles leçons peut-on tirer pour contribuer aux prises de décisions à venir? Pour cette publication, c'est en fait la question principale. Le projet de l'Observatoire européen de la science et de la technologie (OEST) sur les risques technologiques et la gestion de l'incertitude (v., par ex., Stirling, 1999) a offert le cadre initial de cette analyse. Il énonce une structure d'ensemble pour l'examen des questions relatives à la précaution. Cela a non seulement facilité l'organisation de l'analyse des leçons, mais a également permis d'évaluer et de développer bon nombre de points soulevés dans les études de l'OEST, par rapport aux nombreuses données historiques reprises dans les études de cas. La plupart des questions clés soulevées par les études de cas peuvent se traduire par douze leçons tardives :*

1. Reconnaître et remédier à l'ignorance, à l'incertitude et au risque, en matière d'évaluation technologique et de prise de décision ;
2. Assurer une surveillance sanitaire et environnementale adéquate et à long terme, ainsi que la recherche lors de l'apparition de signaux précoces ;
3. Identifier les "zones d'ombre" et les lacunes dans la connaissance scientifique et s'atteler à les atténuer ;
4. Identifier et réduire les obstacles interdisciplinaires à la connaissance ;
5. Garantir que les conditions réelles sont correctement prises en considération dans les évaluations à des fins réglementaires ;
6. Examiner systématiquement les justifications et les avantages avancés en même temps que les risques potentiels ;

- fluide, parce que cette mosaïque d'acteurs doit pouvoir évoluer au gré des circonstances, de l'évolution des connaissances sur le risque, de la perception de ce dernier par les différents groupes sociaux, des mutations entraînées par la mise en œuvre des mesures de prévention ou de précaution, cela afin de pouvoir épouser au plus près les contours sans cesse changeants de la question.

Organe de perception du phénomène des risques, cette mosaïque fluide doit également devenir organe de préemption, la construction par sédimentation des risques obligeant de manière similaire à une construction par sédimentation des politiques publiques pour y faire face, analyse et décision s'imbriquant l'une dans l'autre sans toutefois jamais se confondre. Cette porosité avec l'ensemble des composantes du corps social ne doit en effet pas demeurer à sens unique et doit pouvoir se muer en capillarité pour l'irriguer et l'imprégner de façon à assurer l'homéostasie sociale en conciliant légalité des décisions et légitimité. L'ouverture maximale du dispositif, s'il ne permet pas de désamorcer toutes les perspectives de conflit ou de blocage, doit toutefois permettre d'en prendre conscience, de mettre en lumière les différents points de vue et d'en mesurer la pertinence. Mais surtout, il permet d'opposer une absolue transparence à un sentiment général de défiance qui ne manque jamais de naître lorsqu'il est question de risques (cela semble être particulièrement le cas des risques technologiques ou sanitaires qui pour certains d'entre eux font l'objet d'une crainte révérencieuse parfois proche de la superstition⁵⁶³).

7. Évaluer, en plus de l'option en cours d'examen, une gamme d'options alternatives destinées à répondre aux besoins, et promouvoir des technologies plus robustes, plus diversifiées et plus adaptables de manière à réduire les coûts d'éventuelles surprises et à maximiser les bénéfices issus de l'innovation ;

8. Garantir la prise en considération des connaissances « profanes » et locales ainsi qu'une expertise cohérente par des spécialistes dans le processus d'évaluation ;

9. Prendre pleinement note des estimations et des valeurs des différents groupes sociaux ;

10. Préserver réglementairement l'indépendance des parties intéressées tout en conservant une approche large vis-à-vis de la collecte d'informations et d'opinions ;

11. Identifier et réduire les obstacles institutionnels à l'apprentissage et à l'action ;

12. Éviter la "paralyse par l'analyse" en agissant afin d'atténuer les dégâts potentiels lorsque les motifs d'inquiétude sont justifiés.

Les distinctions entre ces différents aspects sont destinées à servir d'illustrations plutôt qu'à être décisives. Souvent, il existe clairement des interconnexions. Parfois, certains aspects peuvent être combinés ou encore différenciés. Quoi qu'il en soit, les questions résumées ici offrent une base pour la mise en œuvre pratique du principe de précaution. Bon nombre de leçons concernent le type, la qualité, le traitement et l'utilisation des informations dans le contexte d'un processus plus participatif et démocratique. Il est manifestement nécessaire d'établir un lien entre un processus aussi intégré et détaillé d'évaluation des risques et des options et l'importance probable des conséquences (environnementales, sociales, économiques) potentielles de l'activité en question ».

⁵⁶³ C'est le cas notamment des vaccins et des risques liés à la vaccination. V. Georges Labazée, La politique vaccinale de la France, rapport d'information n° 351, Sénat, 13 février 2013, pp. 15-16 : « Le vaccin constitue cependant un médicament particulier à plusieurs titres, ce qui explique sans doute la sensibilité particulière de la population aux risques associés à la vaccination. Il s'agit tout d'abord d'un médicament préventif, qui s'adresse en conséquence à des personnes le plus souvent jeunes et en bonne santé auxquelles il fait courir, pour un bénéfice éventuel et différé, un risque immédiat. Le vaccin peut ensuite être défini comme un médicament

2) Introduire un facteur démocratique dans l'architecture décisionnelle

Le risque étant amené à devenir un principe ordonnateur et structurant de l'action publique à partir duquel cette dernière doit être pensée, ce changement d'optique élargit sans commune mesure le champ des possibles et offre une latitude de choix entre lesquels il faudra forcément arbitrer. Vue d'ordinaire comme un phénomène subi, cette perception désormais dépassée du risque offrait une certaine forme de confort intellectuel au décideur public, l'incitant tacitement à demeurer dans la passivité à l'égard de la conduite à tenir, celle-ci découlant presque « naturellement » des solutions induites par la perception et la conceptualisation du risque. En positionnant en revanche le point de départ des politiques publiques très en amont de la révélation du risque et peut être même de l'apparition de ses paramètres structurants, et en initiant les politiques publiques à partir de la notion de résilience, la nouvelle doctrine d'action proposée contribue à décaler la question de l'acceptabilité sociale des mesures adoptées au regard des risques effectivement encourus vers la question de l'acceptabilité sociale des mesures adoptées au regard de l'ensemble des mesures possibles, mais hors la perspective d'être confronté effectivement à un risque⁵⁶⁴. Le

solidaire, dans la mesure où il n'entraîne pas seulement un bénéfice sur la santé au plan individuel mais permet également de protéger l'entourage des personnes vaccinées. Le vaccin présente enfin une dimension fortement politique lorsqu'une obligation vaccinale est définie par la puissance publique. A ces caractéristiques particulières répond une forme de surveillance renforcée : contrairement à la procédure observée pour les autres médicaments, aucun vaccin n'est libéré et mis en circulation sans un contrôle de la composition de chaque lot de produits. Il résulte de ces spécificités que si le bénéfice de la prévention apparaît clairement au plan collectif, il est parfois plus difficilement perçu à l'échelle individuelle. Une contestation forte à laquelle il doit être apporté des réponses L'examen vigilant de la sécurité des vaccins fondée sur l'enregistrement et l'évaluation des effets indésirables et sur les études scientifiques est nécessaire à la crédibilité de la politique vaccinale. L'Agence nationale de sécurité du médicament est chargée de mener une évaluation constante de ce rapport et de retirer du marché les vaccins dont les risques sont supérieurs aux bénéfiques. La campagne menée par l'association d'entraide aux malades de myofasciite à macrophages sur les dangers de l'adjuvant aluminique dans les vaccins qui s'appuie sur l'expérience des malades et sur des études publiées tant en France qu'aux Etats-Unis mérite donc toute l'attention des pouvoirs publics. A l'initiative de votre rapporteur, la commission des affaires sociales a souhaité poser la question de la sécurité de l'adjuvant aluminique aux autorités sanitaires. Le Pr Dominique Maraninchi, directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament a ainsi indiqué lors de son audition que les recherches françaises sur la question se poursuivraient dans le cadre d'un programme piloté par l'Inserm et bénéficiant d'un financement ad hoc. Cette démarche paraît conforme à l'application du principe de précaution dans la mesure où il n'existe pas de consensus scientifique sur cette question sensible, où les adjuvants aluminiques sont utilisés depuis les années 1920 et où l'émergence du myofasciite à macrophage est récente, même si elle est sous-estimée selon l'association d'entraide aux malades. Votre rapporteur considère que l'approfondissement des travaux de recherche à l'aide de fonds publics est important. Le déroulé des travaux engagés par l'Inserm fera l'objet d'une attention particulière de la commission. Il estime par ailleurs que la question de fond de l'accès aux adjuvants pour la recherche est centrale pour l'innovation en ce domaine. Les chercheurs auditionnés ont fait part de difficultés sur ce point et un accord avec les industriels, sous l'égide des ministères compétents, serait nécessaire pour renforcer l'indépendance de l'innovation par rapport aux considérations économiques et de propriété industrielle ».

⁵⁶⁴ Sur la notion de risque acceptable, v. Christine Noiville, « Qu'est-ce qu'un risque acceptable ? Quelques réflexions juridiques », in *Risques collectifs et situations de crise. Apports de la recherche en sciences humaines et sociales*, Claude Gilbert dir., L'Harmattan, 2000. V. aussi Marcel Deneux et Pierre Martin, *Les inondations de la Somme, établir les causes et les responsabilités de ces crues, évaluer les coûts et prévenir les risques d'inondations*, rapport d'enquête n° 34, Sénat, 23 oct. 2001, pp. 82-83 : « Toute politique de prévention en

risque, s'il ne devient pas un phénomène choisi, présente néanmoins sous cet aspect une plus grande prise à la subjectivité et potentiellement, au spectre de la rationalité limitée. Parce qu'il offre peu de points d'ancrage à la pensée, cette dernière se trouve donc libre d'initier son développement à partir des postulats les plus divers et parfois les plus fantaisistes. Mais dans le même temps, cette situation constitue la période idéale pour désamorcer de futures situations de blocage dès leurs prémisses et donner leurs premières orientations aux politiques publiques, sur lesquelles il sera aisé de revenir en fonction des résultats obtenus.

En plus d'un organe de perception des risques (il s'agissait du deuxième cercle précédemment évoqué), le circuit de décision doit également comprendre un centre d'impulsion permettant d'orienter la conduite des politiques publiques et les travaux du deuxième cercle. Mais parce que la menace permanente pesant comme une épée de Damoclès sur toute politique de lutte contre les risques est la rupture de l'homéostasie sociale dont le maintien est la condition indispensable à leur efficacité sur le long terme, l'épicentre de décision doit être capable, pour assurer la légitimité de ses résolutions, de synthétiser en lui, dans sa structure et sa composition, les aspirations du corps social pris dans son ensemble. Compte tenu du rôle précédemment dévolu au deuxième cercle, il est loisible de supposer le

matière de risques naturels doit s'appuyer sur la notion de risque acceptable qui constitue un préalable indispensable à la définition des moyens à mettre en place pour éviter ou atténuer les conséquences d'un événement naturel exceptionnel lorsqu'il se produit. Ceci suppose notamment de définir l'aléa, c'est-à-dire d'évaluer la probabilité de survenance d'un événement naturel puis le risque occasionné par cet événement, c'est-à-dire les effets d'un aléa sur des biens ou des personnes vulnérables. L'appréciation de ce risque doit prendre en compte un accroissement important de la vulnérabilité qui résulte de plusieurs facteurs :

- l'urbanisation et l'implantation d'activités humaines à proximité des fleuves et rivières et donc dans des zones potentiellement inondables ;
- l'augmentation du niveau de vie, le développement des infrastructures (transports, énergie, télécommunications, assainissement, approvisionnement en eau potable) qui ont accru la valeur globale des biens et la fragilité des activités exposées.

La connaissance de l'aléa et l'appréciation du risque encouru font intervenir les scientifiques pour comprendre les phénomènes, les techniciens qui appliquent le modèle théorique à la réalité et les experts qui constituent des médiateurs entre les milieux de la recherche et les décideurs. Mais, force est de constater que l'articulation entre l'expert et le décideur public reste difficile à établir : aux difficultés de communication, s'ajoute parfois, pour le décideur politique, l'incertitude face aux opinions divergentes exprimées par les experts, en raison de la relativité de la connaissance de l'aléa et donc de l'appréciation du risque. Il importe donc d'encourager la formation de réseaux d'expertise -y compris au niveau local- qui constituent un outil opérationnel d'aide à la décision pour les pouvoirs publics. La commission partage l'avis de M. Bruno Ledoux, consultant et auteur du rapport "Les catastrophes naturelles" qui, lors de son audition, relevait "l'accumulation des connaissances sur l'origine des phénomènes, leurs conséquences, les différentes modalités de la gestion du risque" mais en pointait la difficulté "à passer aux actes, à mettre en œuvre des mesures encore plus efficaces". Selon lui, le problème est encore abordé sous un angle exclusivement technique "en oubliant que la gestion du risque est également un problème de choix de société", ce qui revient à dire que le réseau d'experts et de techniciens doit laisser sa place au politique, auquel incombe la responsabilité de la décision. D'où l'importance -relevée par la commission d'enquête- de donner une véritable place au débat public et à la concertation afin d'associer le citoyen à cette prise de décision. Au-delà des analyses et des préconisations formulées et hiérarchisées par les experts, il appartient donc au décideur public de fixer le niveau de risque acceptable ; comme le souligne M. Bruno Ledoux "le risque zéro n'existe pas mais le degré de protection résulte d'un choix de société. A l'inverse, ceci suppose également l'acceptation d'une part de risque maîtrisé" ».

premier cercle correctement informé des diverses opinions scientifiques en présence sur un sujet donné, de même que des différentes conceptions des groupes organisés émanant du corps social (notamment les associations). Mais ce n'est pas tout que d'avoir conscience des antagonismes en présence : encore faut-il pouvoir arbitrer entre eux et avoir la légitimité pour ce faire. C'est donc de l'introduction d'un facteur démocratique dans le circuit de décision dont celui-ci a besoin pour que soit conciliées aux yeux de la Nation légalité et légitimité de la décision⁵⁶⁵.

Quelques précisions doivent immédiatement être apportées : la démocratie, à tout le moins l'ensemble des mécanismes sous-jacents auxquels elle peut être réduite par commodité pour la suite de l'exposé, s'ils ne sont pas dénués d'indéniables qualités, n'est toutefois pas une vertu en soi, une panacée universelle. Elle n'est pas une médecine qu'il suffirait d'appliquer à n'importe quel secteur de l'activité humaine frappé d'une déficience quelconque, pour que subitement, parée des atours du suffrage universel ou de ses déclinaisons, ointe de l'huile sacramentelle de l'approbation populaire, elle apporte une guérison que l'on attendait plus, même d'un roi thaumaturge. Ceci est d'autant plus vrai dans les domaines éminemment pointus, par nature affaire de spécialistes. Mille ignorances n'ont jamais fait un savoir. Tel est particulièrement le cas du domaine des risques, usuellement perçu à tort comme réservé uniquement à ceux capables de le comprendre en raison de la technicité de son objet, mais qui par l'universalité même de cet objet concerne une population beaucoup plus large. Ainsi, la gestion des bassins hydrographiques est certainement un problème de spécialiste. Le problème des inondations est quant à lui potentiellement celui de toute personne susceptible d'y être exposée, les autorisant ainsi à prendre part au débat sur cette question⁵⁶⁶. Il en va de même des problématiques liées aux ondes radio ou aux OGM⁵⁶⁷. Si cette question de la perception subjective des risques, autrement dit de la croyance, ne doit jamais passer au premier plan, elle doit en revanche servir de référent destiné à impulser les politiques publiques de lutte contre les risques, dans le but d'harmoniser des points de vue multiples, les seuls à partir desquels il soit possible de chercher une perspective unique.

Le centre de décision doit donc pouvoir être récipiendaire de cette perception subjective des risques sans jamais en devenir le subordonné, le foyer des aspirations du corps

⁵⁶⁵ C'est à un semblable souci que voulait répondre la création de « conférences de citoyens », qui n'y est pas parvenu. V. Un exemple de démocratie participative : Pour un retour sur la première conférence de citoyens organisée en France, v. Daniel Boy, Dominique Donnet, Kamel Philippe Roqueplo, « Un exemple de démocratie participative : la "conférence de citoyens" sur les organismes génétiquement modifiés », *RFSP*, 2000, pp. 779-810.

⁵⁶⁶ V. Patrick Thourot, « Le principe de précaution et les peurs du siècle », *Risques*, 2000, n° 47.

⁵⁶⁷ C'est la raison pour laquelle le droit à l'information en la matière est tellement important. V. CE, 9 décembre 2009, *C^{ne} de Sausheim*, req. n° 280969, note Benoit Steinmetz, « Obligation d'informer et droit à l'information en matière de dissémination d'OGM », *Droit de l'environnement*, 2010, n° 177, pp. 136-139.

social, sans en être le reflet lui-même. Il doit être représentatif et dans le même temps conserver son indépendance sans laquelle il ne saurait y avoir de hauteur de vue. Surtout, il doit être à même de conduire son action de manière pérenne, dans le cadre d'une démarche intégrée de lutte contre les risques. Le recours à un corps d'élus apparaît offrir les qualités nécessaires à l'accomplissement d'une semblable mission.

§2) L' élu comme arbitre de la décision publique

Si l' élu peut se voir dévolu le rôle d' arbitre, ce terme doit être précédemment accepté dans ses multiples définitions. « Arbitre » est en effet un terme susceptible d' une double acceptation. Il peut ainsi tout à la fois désigner un individu chargé de juger et terminer un litige entre des parties, tout comme une autorité suprême, un décideur en dernier ressort. Cette double définition convient au rôle d' arbitre tel qu' il devrait être dévolu à l' élu en toutes ses acceptations, point sur lequel il faut apporter quelques précisions. Un arbitre ne saurait être tout à la fois, un décideur suprême capable de dire et produire le droit et un juge impartial rendant une décision à partir de normes qu' il n' a pas lui-même arrêtées. L' implication de l' élu doit donc être différenciée en fonction de la situation au moment de laquelle il devra rendre une décision (A), ce qui dans certains cas en fera le seul décideur en dernier ressort (B).

A) Une implication différenciée de l' élu selon la nature du risque

Si l' implication de l' élu est peut être maximale en cas d' incertitude radicale (1), elle est toujours plus modérée lorsque le risque a été étroitement délimité (2).

1) Une implication large en cas d' incertitude radicale

Ainsi qu' il avait déjà été développé, le risque est une thématique dont la perception est au confluent de la connaissance et de la croyance. Elles sont pour la pensée deux pôles d' attraction que le décideur public doit tenter d' attirer l' un à l' autre afin de réunir les conditions nécessaires à l' émergence de l' acceptabilité sociale, substrat indispensable à la conduite des politiques publiques de manière pérenne. Si le décideur public doit impérativement s' appuyer sur les connaissances acquises pour étayer son action et en communiquer la pertinence à l' ensemble du corps social, s' il doit pouvoir même impulser la recherche sur le risque ou les phénomènes perçus comme tel et lui donner de grandes orientations lorsque l' incertitude est trop grande pour se faire un avis sur la question étudiée, il ne doit jamais imposer une action hâtive ou pire, s' obliger à l' inaction. Le risque, ou plutôt

sa réalisation est toujours le produit d'une incertitude, laquelle ne peut que rarement être bornée ou supprimée dans l'instant.

Le temps scientifique n'est pas le temps politique et encore moins le temps médiatique. Assurer une relative continuité entre les trois implique de démontrer une maîtrise de la conservation de la trajectoire des politiques publiques suivies et de la démonstration de leur pertinence à l'opinion. Si l'action politique ne saurait se réduire à de la communication, il est loisible d'observer qu'en semblable domaine le savoir faire réside non loin du faire savoir, parce que prévenir le désastre passe par prévenir le désordre. Dans le même temps, dans la nouvelle architecture décisionnelle précédemment dessinée, l'organe élu n'est pas le seul ni même le premier à donner le « la » de la conduite des politiques publiques de lutte contre les risques. En revanche, il en demeure toujours le foyer de réverbération, toujours en lumière de par sa fonction et sa composition, vers lequel l'opinion publique peut se tourner, le forçant ainsi à réagir. Sous le regard constant de la Nation, l'élu se trouve dans l'obligation tacite de prendre position, autrement dit d'arbitrer entre les opinions en présence et la conduite à tenir.

En cas d'incertitude radicale sur les paramètres structurants du risque supposé, la latitude d'action de l'élu est maximale. Sa conduite s'inscrit dans une logique de précaution, préférentiellement dans l'optique d'assurer la résilience de la société prise comme système, ce qui intellectuellement rend la démarche plus accessible et plus lisible. En effet, il est par exemple difficile de communiquer l'idée qu'il faut limiter l'emploi d'un certain produit en raison d'effets simplement supposés. Il est beaucoup plus aisé de considérer qu'il doit être interdit parce que son usage est susceptible d'impacter une population quant à elle parfaitement dénombrée. Mieux, il lui est possible d'initier une démarche de précaution hors de toute aspiration de l'opinion publique à partir des seuls signaux faibles détectés par les pôles d'expertise spécialisés de l'Etat ou plus largement par la sphère scientifique, permettant ainsi d'anticiper un risque dont il ne sera même pas question dans l'opinion, les mesures de prévention ayant été élaborées à la source, avant même que le risque ne trouve à se réaliser ou à s'élargir.

2) Une implication minimale en cas de risque délimité

Dans le cas où en revanche les tenants et aboutissants du risque ont été clairement délimités et que l'incertitude s'est vue ainsi réduite à la seule probabilité de réalisation du phénomène redouté, la latitude de manœuvre de l'élu se voit également réduite d'autant, à de simples questions d'opportunité. Simples dans leur énoncé plutôt que dans leur résolution, elles pourront être ramenées à des termes familiers des décideurs publics : coût financier,

impact direct et indirect sur les populations, résonance des thématiques et des solutions proposées... Dans le cas de figure venant d'être évoqué, les mesures prescrites s'inscriront cette fois-ci dans une logique de prévention calibrée sur la notion de risques acceptables, laquelle s'appuie sur des paramètres maîtrisés et aussi sans doute plus présents dans les mentalités. Par la même, ces paramètres réduisent la marge de manœuvre de l' élu, le nombre de leviers d'action à sa disposition se trouvant limité par la logique même de la démarche de prévention.

B) L' élu, décideur en dernier ressort

La proposition de donner à l' élu un rôle de décideur en dernier ressort en situation de crise (1), est révélatrice de l' irréductibilité du politique. (2)

1) L' élu, la crise et le politique

Arbitre, l' élu peut l' être également par sa capacité à réinstaurer des règles (entendues dans le sens de conduite à tenir) là où certains secteurs de l' activité humaine en sont *de facto* dépourvus en raison des insuffisances de la norme et se voient ainsi remis à l' empire très imparfait du principe de précaution dont l' emploi est pour l' heure insatisfaisant pour des raisons déjà évoquées. En l' état et selon des domaines où il trouve à s' appliquer, celui-ci se voit réduit malgré les précisions récentes de la jurisprudence, à une préforme vide, sorte de pâte normative à laquelle celui qui l' invoque donne la forme de son choix, la faute à une architecture juridique et décisionnelle incomplète.

Rappelons ici que le principe de précaution existe en droit français sous deux formes qui sans être absolument distinctes ne se recouvrent pas exactement, dont la première implique incidemment et la deuxième exige expressément la mise en œuvre de procédures d' évaluation des risques, ce qui suppose l' existence d' une structure capable d' impulser une telle démarche. L' inexistence d' une telle structure entraîne par dévolution en cascade le droit d' assurer le respect du principe de précaution au seul juge, alors qu' il est sans doute l' acteur de la chaîne juridique le moins indiqué pour cela.

En situation de grande incertitude, tout fonctionne donc pour l' instant comme si l' édifice décisionnel était privé de ce qu' il a de plus essentiel : d' un échelon supérieur en charge de la prise de décision. Le soin d' adopter cette dernière est donc dévolu en cascade et éclaté entre tous les échelons inférieurs, tous légitimes à y concourir. Dans cette configuration, le risque devient donc une notion pensée par le bas, uniquement à travers ses caractéristiques contingentes les plus extérieures et non par ce qui constitue son caractère

permanent : sa nature profondément politique. Or, dans le monde moderne, le risque n'est plus uniquement une notion de nature politique : elle tend de plus en plus à en devenir l'un des paramètres structurants par excellence, si ce n'est le premier de tous.

2) L'irréductibilité du politique

Quoi que nous ne partagions par l'intégralité des vues développées par Ulrich Beck, nous sommes toutefois obligés de lui donner raison lorsque, encore au stade de l'analyse, il affirme que : *« la société du risque désigne une époque dans laquelle les aspects négatifs du progrès déterminent de plus en plus la nature des controverses qui animent la société. Ce qu'initialement personne ne voyait et surtout ne souhaitait, à savoir la mise en danger de chacun et la destruction de la nature, devient le moteur de l'histoire. Il ne s'agit donc pas d'analyser les dangers en tant que tels, mais de démontrer que, devant le péril industriel qui nous menace et la disparition des enjeux traditionnels du conflit de classe, apparaissent de nouvelles configurations (...). Si les effets secondaires non pensés de la production industrielle sont bien devenus les foyers d'une crise écologique globale, il ne faut pas pour autant en conclure que nous avons affaire à de simples problèmes environnementaux. Il s'agit bien davantage d'une crise profonde des institutions de la société industrielle dont les enjeux politiques sont considérables. On fabrique de façon industrielle des dangers qui sont tout à la fois externalisés sur le plan économique, individualisés sur le plan juridique, légitimés sur le plan scientifique, et minimisés sur le plan politique ! »*⁵⁶⁸.

En minimisant la dimension politique du risque, le titulaire légitime de l'exercice du pouvoir politique s'interdit de trancher entre les différentes options qui pourraient se présenter. Pire, il s'interdit même de les poser et ce faisant, il s'interdit aussi de penser et d'anticiper la crise. Or, *« Gouverner, c'est choisir, si difficiles que soient les choix. Choisir, cela ne veut pas dire forcément éliminer ceci ou cela, mais réduire ici et parfois augmenter ; en d'autres termes, fixer des rangs de priorité »*⁵⁶⁹. Et une fois les choix effectués en tranchant parmi l'ensemble des options possibles, au besoin, gouverner, c'est aussi contraindre. *« Gouverner, c'est contraindre. Contraindre les individus à se plier à des règles, dont chacune, à tout moment, va contre l'intérêt immédiat de tel ou tel. Les contraindre à payer des impôts, à donner à l'armée un temps de leur jeunesse-et, parfois, leur vie. Les contraindre à obéir à des autorités administratives dont le poids leur apparaît aussi lourd que les*

⁵⁶⁸ Ulrich Beck, « La politique dans la société du risque. », *Revue du MAUSS*, 2001-1, pp. 376-392. Du même auteur, voir également : « Le risque comme principe d'espace public », *Commentaire*, 2002-4, pp. 893 à 897.

⁵⁶⁹ Pierre Mendes France, JOAN du 4 juin 1953, p. 2907.

motivations incompréhensibles. Les contraindre à accepter la loi de la majorité qui veut que le citoyen puisse critiquer mais non contester la légitimité du pouvoir contre lequel il s'est, personnellement, prononcé. Gouverner, c'est faire prévaloir sans cesse l'intérêt général contre les intérêts particuliers, alors que l'intérêt général est toujours difficile à définir et prête à discussion, tandis que l'intérêt particulier est ressenti comme une évidence et s'impose à chacun sans qu'il y ait place pour le doute. Gouverner, c'est, en somme, conduire les hommes collectivement dans des voies et vers des objectifs qui ne leur sont ni naturels, ni clairement perceptibles, ni conformes à leurs aspirations immédiates »⁵⁷⁰.

⁵⁷⁰ George Pompidou, *Le nœud gordien*, Flammarion, 1974, pp. 57-71.

Conclusion de la première partie

Les développements qui précèdent se sont attachés à mettre en lumière une réalité ignorée sur les crises : celle d'être des phénomènes à la nature double, à la fois accidentelle et politique. Pour ce qui concerne la nature accidentelle des crises, celle-ci ne laisse pas place au doute, aussi ce point qui n'est pas discutable n'est-il généralement pas discuté. La question de la nature politique des crises, en revanche, n'est le plus souvent même pas posée et quand elle l'est, c'est alors de manière subordonnée, incidente et secondaire à l'affirmation de ce qui est toujours considéré comme le caractère premier des crises : celui d'être des phénomènes de nature accidentelle. Dès lors, si la crise est survenue, c'est que ceux chargés au premier chef d'en protéger les populations n'ont pas su, pu ou voulu la prévenir.

Ce faisant, sur le plan des représentations mentales, le phénomène de la crise prend un caractère politique, mais celui-ci se surajoute à son caractère accidentel et n'en est pour ainsi dire que le prolongement. Ainsi dans la conception intellectuelle des phénomènes de crise, même envisagés sous l'angle politique, c'est encore l'aspect de la fatalité qui domine. Par conséquent, la dimension politique de la crise, si les circonstances trouvent à la révéler, ne le sera qu'en aval de sa survenance, lorsqu'il s'agira de tirer des enseignements de l'expérience ou d'établir des responsabilités. Autrement dit, quand il sera trop tard.

Or, s'il existe bien un lien causal entre le caractère accidentel de la crise et son caractère politique, il est exactement l'inverse de celui que l'on suppose ordinairement : la crise ne naît pas de l'incapacité à apporter une réponse politique adéquate à un événement à la survenance accidentelle. Elle naît de la rencontre de facteurs causaux, vulnérants et aggravants, rencontre qui est elle-même le produit d'une incapacité politique à anticiper sur leur réunion. La crise possède donc bien un caractère accidentel, au sens où elle est tout à fait étrangère à un acte de volonté politique. En revanche, elle tient ce même caractère accidentel d'une absence de volonté politique, sa nature accidentelle se trouvant ainsi soumise à sa nature politique. Par commodité de langage, il est néanmoins possible de dire que la crise possède un caractère accidentel parce qu'elle est le produit d'un événement non souhaité.

Les crises dont il a été question jusqu'à présent ont toute cette caractéristique commune. Indépendamment de la multiplicité des champs dans lesquels elles ont pu survenir, de la diversité des effets qui ont été les leurs, de la façon dont elles ont imprimé leur marque sur les populations et contribué à façonner leur vision de l'avenir, c'est là le seul facteur qui les unit. Or il est en matière de crises un domaine particulier qui jusque-là a été sciemment

laissé hors du champ de l'analyse, puisque la logique même qui l'anime est exactement contraire à celle qui était sous-jacente à l'ensemble des domaines précédemment évoqués. Ce domaine est celui du conflit. Jusqu'à présent en effet, la crise n'a été envisagée que comme un événement dont il faut se prémunir.

En situation de conflit en revanche, la crise est un phénomène que, de façon consciente, volontaire et réfléchi, les différentes parties cherchent à porter chez leur adversaire. C'en est donc fini de la double nature de la crise qui devient alors un phénomène politique à part entière : motivée par des fins politiques, mise en œuvre par des moyens politiques, elle est destinée à produire des effets politiques. Sa correcte appréhension oblige à un renversement copernicien dans la pensée. Antérieurement, puisque les crises étaient toujours le produit d'événements non souhaités, il était possible *a minima* d'anticiper leur survenance et de calibrer la décision publique à la nature supposée des événements en question. Mais, parce que les crises politiques seront là où il plaira à l'adversaire de les initier, la décision publique désormais, doit s'autonomiser.

Partie 2 : Crises politiques, révélatrices d'autonomisation de la décision publique

En franchissant les portes du XX^e siècle, l'humanité entrait dans l'ère de la complexité. Ère complexe, bien sûr du fait des évolutions scientifiques et techniques et de leur exploitation à grande échelle, mais complexe également du fait de la sophistication des circuits de la décision publique nécessaire pour répondre à ces évolutions. Tandis que les sociétés passaient du développement de l'engrenage à celui du circuit imprimé, les structures politiques accompagnant ce développement ont atteint un point faisant que désormais, « l'appareil d'Etat » n'a jamais aussi bien porté son nom. Réduit à sa dimension purement institutionnelle, l'Etat possède aujourd'hui l'apparence d'une technocratie⁵⁷¹ puissamment centralisatrice ; technocratie qui possède les avantages et travers de fonctionnement propres à toute machinerie. Toutes les crises modernes dont il a été question jusqu'à présent sont ainsi nées soit directement de la complexité, soit de l'incapacité de la puissance publique, de par les formes qu'elle s'est donnée, à appréhender cette complexité.

En parallèle de l'apparition de ces nouvelles menaces, il est un autre ennemi, compagnon de route du genre humain, tout à la fois beaucoup plus ancien et beaucoup plus familier, qui a ressurgi sur son chemin, mais sous une forme nouvelle : la guerre. En 1945 pourtant, la chose avait été entendue : la guerre, désormais, n'existerait plus. C'est un monde nouveau qui attendait l'Humanité, placé sous l'égide de la *Pax americana* et sanctuarisé par le feu nucléaire. Or ce projet de paix perpétuelle résultait d'un pacte avec le diable : le monde n'était sorti de l'âge de l'acier que pour entrer dans celui de l'atome.

La volonté de faire la guerre était toujours bien là, mais la possibilité effective de la mener manquait. En 1914, les parties au conflit avaient réalisé tardivement que « *le feu tue, les idées périmées aussi* »⁵⁷² ; en 1945, devant les cendres d'Hiroshima et de Nagasaki, tous les Etats de la planète eurent la possibilité de constater que le feu nucléaire tuait encore plus efficacement et que la prochaine guerre mondiale, s'il devait y en avoir une, serait cette fois,

⁵⁷¹ Ce terme est né aux Etats-Unis aux lendemains de la première guerre mondiale. La *technocracy*, terme issu de la pensée Saint-simonienne de Saint-Simon et conforté par celle d'Auguste Comte, y désigne une forme de gouvernement dans laquelle la place des techniciens spécialistes d'un domaine est centrale pour toute prise de décision ; v. de Jacques Billy, *Les technocrates*, Que sais-je ? n° 881, 3^e éd., PUF, 1975. On se rappellera que dès avant Max Weber avait déjà relevé cette évolution dans *Le savant et le politique*, qu'il écrivait en 1919, rééd. UGE, 1963.

⁵⁷² Citation attribuée au Maréchal Foch

bel et bien la « *der des ders* »⁵⁷³. Dans une semblable configuration, la paix semblait un choix obligé.

Pour autant, la paix reste un souhait, la guerre un fait. Dans l'impossibilité où les Grandes puissances se trouvaient d'initier une troisième conflagration mondiale, il leur faudrait poursuivre le conflit par d'autres moyens que ceux usuellement employés. La guerre sera, mais elle sera froide, en espérant qu'elle ne soit pas un prélude à l'hiver nucléaire. Plutôt que de porter des armes atomiques sur le territoire de l'ennemi, l'on cherchera d'abord à y porter la crise. Athéna est défaite, Arès triomphe ; le Chaos est devenu une arme de guerre. L'heure appartient désormais aux chiens et aux loups. Tout au long du XIX^e siècle, l'Angleterre et la Russie se livrèrent une lutte d'influence pour le contrôle de l'Asie, par entités tampons interposées. Si l'épisode est resté sous le nom de « *Grand jeu* »⁵⁷⁴, rappelons que les Russes, lui préférèrent un autre terme : celui de « *Tournoi des ombres* »⁵⁷⁵. Désormais, sur *Le grand échiquier*⁵⁷⁶ du Monde, les conflits prennent l'apparence d'un *Tournoi des ombres* globalisé, embrassant toutes les sphères de l'activité humaine. La guerre, elle, dans son sens classique, semble avoir disparu. En réalité, derrière la multiplication des guerres révolutionnaires, il y a simplement eu révolution dans l'art de la guerre⁵⁷⁷. La première moitié du siècle avait connu le système de la « paix armée », qui accula l'Europe au suicide. La deuxième subira celui de la « paix-surarmée »⁵⁷⁸, qui obligera des belligérants qui ne disent pas leur nom à se plier à ses lois et à développer de nouvelles formes de confrontation.

La seconde guerre mondiale terminée, la France était en droit de penser qu'elle allait enfin pouvoir profiter de ce que le siècle lui avait trop longtemps refusé : un peu de paix. Il n'en sera rien. Il y aura d'abord l'Indochine puis l'Algérie. Dans la grande marche du monde, la volonté d'initier un conflit qui ouvertement ne peut pas être mené est bien là. Dans les états-majors soviétiques, une décision est prise, simple et classique dans sa dimension stratégique, mais totalement novatrice dans ses applications tactiques : celle d'attaquer le dispositif ennemi en concentrant les efforts sur le point le plus faible qu'il présente. Les cibles seront les empires coloniaux du bloc de l'Ouest et d'abord, l'empire colonial français, agité

⁵⁷³ Expression populaire pour désigner la Première guerre mondiale.

⁵⁷⁴ Le terme de « Grand Jeu » est issu du roman d'espionnage de Rudyard Kipling, *Kim*.

⁵⁷⁵ Peter Hopkirk, *Le Grand jeu, officiers et espions en Asie centrale*, Nevicata, 2011.

⁵⁷⁶ Zbigniew Brzeziński, *Le grand échiquier*, Fayard, 2011. V. aussi Zbigniew Brzeziński, *Le Vrai choix : Les Etats-Unis et le reste du monde*, Odile Jacob, 2004 ; Z. Brzeziński fut notamment conseiller à la défense du président Jimmy Carter.

⁵⁷⁷ L'expression est très souvent reprise dans la littérature stratégique consacrée à la guerre révolutionnaire ou « moderne ». Elle est tirée du titre d'un article fondamental sur cette question, de Jacques Hogard, « Guerre révolutionnaire ou révolution dans l'art de la guerre », *Revue de Défense Nationale*, 1956, pp. 1497-1513.

⁵⁷⁸ Léon Schwartzberg, *La paix surarmée*, Belin, Paris, 1987.

depuis 1945 de violents soubresauts indépendantistes. Guerre il y aura, mais ce sera là une guerre d'un nouveau genre : la guerre subversive. Plaçant ces paroles dans la bouche de Boulganine s'adressant à Krouchtchev lors d'un échange fictif, le Colonel Lacheroy lui faisait dire : « *Il y aura toujours la guerre. Mais nous, parce que nous sommes communistes, parce que nous sommes habitués à ce régime et à ses formules, parce que nous avons une avance considérable dans ce domaine, nous saurons, nous, mener une guerre qui sera toujours au-dessous du niveau de la guerre généralisée, au-dessous du niveau de la bombe atomique. Nous en tirerons les ficelles : nous savons comment faire. Nous la ferons par personne interposée. Il n'y a aucun intérêt à ce que notre drapeau soit en tête dans cette aventure. Et naturellement, nous essaierons de l'appliquer aux maillons qui nous paraissent les plus faibles, c'est-à-dire d'abord les maillons de la chaîne de l'empire colonial français et de l'empire colonial anglais* ». Enfin, il ajoutait pour conclure : « *dans ce domaine des guerres dites coloniales, nous avons une chance inespérée : nos adversaires les plus puissants, les Américains, vont être nos alliés* »⁵⁷⁹.

De la guerre proprement dite, il ne sera donc pas question : situation exceptionnelle par nature, le cadre juridique dessiné par l'état de guerre constitue pour ainsi dire le droit classique de l'exception, qui tombe aujourd'hui en désuétude. Pour les mêmes raisons, il ne sera pas non plus question du régime d'exception qui lui est le plus directement lié : l'état de siège. Issu de l'ordonnance royale du 1^{er} mars 1768 relative au service dans les places fortes, le régime de l'état de siège a traversé les siècles ; il est désormais intégré tout à la fois à la Constitution de 1958 et au code de la défense⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ « Guerre révolutionnaire et arme psychologique », conférence prononcée sans texte (le texte ne fut établi qu'ultérieurement à l'aide de l'enregistrement magnétique réalisé au cours de la séance) par le colonel Lacheroy le 2 juillet 1957, devant 2 000 officiers de réserve de la 1^{ère} région militaire réunis dans le grand amphithéâtre de la Sorbonne, Ministère de la Défense nationale, Service d'action psychologique et d'information. SHD/GR, 12 T 65.

⁵⁸⁰ Olivier Gohin rappelle l'évolution du régime de l'état de siège : « *Sous l'Ancien régime, l'état de siège renvoie au statut des places fortes assiégées, donnant alors au gouverneur de la place la compétence en matière tant militaire que, par exception, civile, le temps de ce siège. (...) La Révolution française préserve cet état d'exception qui concentre sur l'autorité militaire les pouvoirs à la fois militaires et civils : loi des 8-10 juillet 1791 concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets relatifs (...). Ce n'est donc pas sans précédent que l'article 106 de la Constitution du 4 novembre 1848 vient prévoir à son tour, qu'une "loi déterminera les cas dans lesquels l'état de siège pourra être déclaré, et règlera les formes et les effets de cette mesure"*. C'est ainsi que l'état de siège est basé sur la loi du 9 août 1849, telle que complétée par la loi du 3 avril 1878, en conséquence directe, l'une et l'autre, de la répression d'un mouvement révolutionnaire : celui des journées de juin 1848, puis, de façon plus tardive, celui de la Commune de Paris, de mars à mai 1871. Et, si -mais depuis 2004 seulement- ces deux textes de 1949 et 1878 sont désormais abrogés (...) leur dispositif est repris, à droit constant, dans la partie législative du code de la défense (...). C'est cette prescription que la Constitution du 4 octobre 1958 a reprise et précisée, en termes différents, dans son article 36 ainsi rédigé, en deux alinéas : "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". Cette rédaction, qui ne dit rien par elle-même des circonstances du recours à l'état de siège, se concentre sur la compétence définie, désormais, dans la mise en œuvre de l'état de siège, par un dispositif nouveau, qui de façon implicite,

La dernière application de l'état de siège remonte à la seconde guerre mondiale et ainsi que le relevait Olivier Gohin : « *Il reste que sous la V^e République, l'état de siège est devenu une hypothèse d'école, du côté de la guerre étrangère, bien entendu, mais aussi du côté de l'insurrection armée. Restons sur cette dernière hypothèse, la plus difficile, sans doute. Comment ne pas constater que c'est par d'autres voies, de droit commun ou d'exception, que les plus graves troubles à l'ordre public ont été traités en Algérie, jusqu'en 1962, ainsi que dans les autres outre-mer ou en métropole, depuis 1958 ? Ainsi, le chapitre que le code de la défense consacre encore à l'état de siège n'est plus que la butte-témoin d'une longue et douloureuse histoire, dans le contexte de la répression des mouvements révolutionnaires en France. Dans le contexte de l'insurrection, l'état de siège, c'est le recours par le pouvoir politique à l'armée, essentiellement obéissante pour lui faire faire ce qu'en général, elle ne sait pas faire et ce que le plus souvent, elle voudrait ne pas avoir à faire : en lieu et place de la police ou de la gendarmerie, avoir à rétablir l'ordre public au profit d'un gouvernement impuissant, elle qui est au service de la nation en train de se déchirer, et être ainsi placée en porte-à-faux, bien malgré elle, entre une légalité qui s'éloigne et une illégitimité qui s'approche* »⁵⁸¹.

Dans le monde hérité de la chute du mur et des tours, la paix n'est pas devenue perpétuelle. Mais l'exception, elle, semble être permanente. Elle a été enfantée par la guerre d'Algérie, qui est devenue la matrice de tous les régimes d'exception que nous connaissons actuellement. Dans un premier temps nous étudierons comment une crise de régime a abouti à la création des régimes de crise dans leur version moderne (Titre 1). Puis, dans un second temps, nous reviendrons sur les liens existant entre crise de l'Etat et état de crise (Titre 2).

mais nécessaire, laisse ainsi au législateur le soin de continuer à déterminer le régime de cet état d'exception, en tant que, de façon inévitable, il porte restriction des libertés fondamentales, constitutionnellement placées sous la protection de la loi » ; « L'état de siège », in *Traité de droit de la police et de la sécurité*, P. Mbongodir., LexisNexis, 2014, pp. 313-323. C'est désormais aux articles L. 2121-1 à 8 du code de la défense que les conditions de mise en œuvre et d'applicabilité de l'état de siège sont codifiées ; le code de la défense disposant que « *L'état de siège ne peut être déclaré, par décret en conseil des ministres, qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée* » et que « *Aussitôt l'état de siège décrété, les pouvoirs dont l'autorité civile était investie pour le maintien de l'ordre et la police sont transférés à l'autorité militaire* ».

⁵⁸¹ Olivier Gohin, « L'état de siège », in *Traité de droit de la police et de la sécurité*, op. cit., p. 320.

Titre 1 :

De la Crise de régime aux régimes de crise

Le souci de prévoir un cadre d'action spécifique pour les pouvoirs publics, lorsque le cadre normé dans lequel ils sont amenés d'ordinaire à intervenir n'est plus, n'est ni une préoccupation récente, ni exclusivement hexagonale. Sans qu'il soit nécessaire de remonter à la dictature romaine, la possibilité de concentrer l'essentiel des pouvoirs dans un nombre limité d'organes de l'Etat trouve son origine à l'époque moderne dans les réflexions des juristes allemands du XIX^e siècle. L'individu exposé à un risque de mort imminente et poussé par la plus extrême nécessité à défendre son existence, se voit reconnaître le droit de recourir à des moyens d'ordinaire considérés comme répréhensibles. Son geste sera excusé par les circonstances. Similairement, l'Etat se voit lui aussi reconnaître le droit d'agir hors du cadre qu'il s'impose normalement, lorsque ce cadre est devenu pour lui carcan et donc menace à sa propre survie. C'est le *droit de nécessité* ou *Notrecht*, lequel autorisait une concentration des pouvoirs entre les mains du souverain. Mais dans le cadre constitutionnel allemand de l'époque, d'essence monarchique, cette concentration ne constituait pas à proprement parler une extension des compétences du souverain, mais une résorption, dans la personne du souverain, des compétences qui, d'ordinaire, étaient librement déléguées par lui aux différents organes de l'Etat.

Telle n'est pas la conception que se faisaient du droit de l'exception les autres régimes démocratiques européens, d'inspiration latine ou anglo-saxonne, et dont la légitimité reposait sur la recherche de la préservation d'un corpus de libertés fondamentales par le maintien, au sein du système institutionnel, d'une interdépendance fonctionnelle entre les différents organes en charge de la conduite des affaires de l'Etat. L'existence de situations d'exception nécessitant une concentration des pouvoirs entre les mains de l'exécutif n'était pas dogmatiquement niée, mais ce réagencement des pouvoirs supposait d'avoir été prévu en amont de l'apparition de la situation d'exception par le dispositif constitutionnel ou à tout le moins, d'avoir été tacitement autorisé par lui. La mise en œuvre d'une législation d'exception est donc, dans un semblable cas de figure, non plus une résorption des pouvoirs dans la personne du titulaire premier de ces derniers, mais une délégation provisoire et conditionnée par les organes constitués, des prérogatives qui sont classiquement les leurs. Bien que les sous-bassement théoriques des deux conceptions soient différents, ce n'est pas le cas des

préoccupations qui les ont fait naître. C'est donc sans surprise qu'il est possible de constater qu'il ne ressort pas de manière éclatante que ces deux paradigmes de l'exception aient connu des transcriptions concrètes sensiblement dissemblables. En effet, il est remarquable d'observer que, longtemps, ce droit de l'exception n'a trouvé à s'appliquer qu'en temps de guerre ou lors des stades préparatoires de la guerre, ce qui a permis à l'école allemande de l'exception d'influencer en profondeur ses homologues européens. Or, la guerre est par nature une situation qui place les Etats entre eux dans la même position que des individus désireux de s'infliger mutuellement la mort. C'est donc tout naturellement qu'est réapparu dans les conceptions doctrinales européennes non allemandes de l'exception, le concept de légitime défense.

Le constitutionnaliste italien Silvio Trentin affirmait « *Pour l'Etat ainsi que pour les individus, la conservation de sa propre existence doit être regardée comme le but premier dont la poursuite peut excuser toute transgression de la norme juridique. Cela ressort de la nature même de l'Etat qui, par le fait même de se constituer sur l'unification de la vie collective, affirme son droit suprême à l'existence juridique, en tant qu'institution* »⁵⁸². De même pour Hauriou, à la question de savoir si doivent être tenues pour légales des décisions publiques prises en situation d'exception mais hors de tout cadre ayant anticipé l'existence d'une telle situation, la réponse ne peut être apportée que par la notion de légitime défense : « *Il s'agit de savoir si, au moment où le pouvoir exécutif a pris les mesures nécessaires, l'Etat était ou non, du fait de la guerre, en situation de légitime défense vis-à-vis des individus contre lesquels étaient dirigées les réglementations ou les mesures individuelles (défaitistes, espions, fonctionnaires qui s'insurgent, boulangers qui gaspillent les farines en des pâtisseries). L'état de guerre ne fait qu'ouvrir pour l'Etat une possibilité d'invoquer le droit de légitime défense en des matières ou cette possibilité n'existe pas dans l'état de paix* »⁵⁸³. Hauriou envisage même que l'Etat puisse se considérer en situation de légitime défense en cas de grève d'importance ; il souligne toutefois, « *malgré tout, des théories juridiques comme le droit de la légitime défense de l'état ne sont qu'un pis aller ; c'est, comme le droit révolutionnaire, du droit de seconde qualité, on a hâte de rentrer dans la légalité qui représente un droit supérieur* »⁵⁸⁴.

Droit de seconde qualité ou pas, le recours au concept de légitime défense de l'Etat fut, dans le cadre spécifiquement français, un correctif apporté à ses imperfections. Par un

⁵⁸² Silvio Trentin, *Les transformations récentes du droit public italien*, Giard, Paris, 1929 p. 45

⁵⁸³ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd, Sirey, 1924, pp. 452-453.

⁵⁸⁴ *Ibid.*

dogmatisme juridique étroit et borné, la France de la III^e République s'était en effet refusée à emprunter la voie dans laquelle pourtant s'étaient engagés des pays extrêmement attachés aux libertés fondamentales comme l'Angleterre, la Suisse, les Etats-Unis ou encore l'Italie et à envisager, en parallèle de la légalité de droit commun, une légalité de circonstance adaptée aux conditions de crise⁵⁸⁵. Les conditions de crise apparues, le principe de réalité a dû reprendre ses droits et le gouvernement se trouva obligé de prendre par voie réglementaire des mesures qui, quoique de nécessité, étaient hors-la-loi. Ce fut donc à la loi elle-même que l'on demanda dans un premier temps de venir avaliser, mais *a posteriori*, par le jeu des validations législatives, des mesures qui autrement seraient demeurées illégales. Mais c'était là mettre le Parlement devant le fait accompli, tout en laissant les pouvoirs publics en charge de les exécuter dans l'incertitude quant à la légalité de leur action ; cela en des heures où la soumission à l'autorité est plus qu'indispensable. De plus, certaines des mesures prises avaient tout simplement été oubliées des lois de validation et ce fut le Conseil d'Etat qui se trouva devant la nécessité de donner à ces décisions administratives manifestement illégales, une absolution jurisprudentielle⁵⁸⁶. Telle fut l'origine de la théorie des circonstances exceptionnelles, initiée par la jurisprudence *Heyriès*⁵⁸⁷ et qui amena par la suite le Conseil d'Etat, devant les nécessités de guerre, à, par exemple, estimer légale l'expulsion de Français (non repris de justice) de leur domicile et leur rétention dans des camps retranchés, alors même que des mesures semblables n'étaient pas prévues par la loi sur l'état de siège⁵⁸⁸.

Mais l'ensemble des dispositifs d'exception dont il a jusqu'ici été question, qu'ils soient d'origine législative ou jurisprudentielle, ont ceci de remarquable, qu'ils se rattachent tous à une situation de guerre ou à tout le moins de conflit armé. Or, depuis 1945, la guerre n'existe plus. La chose pourtant, pour l'Humanité, n'a rien de réjouissant. Le projet pour une paix perpétuelle dans sa version Kantienne ne s'est pas imposé et la seule paix vraiment perpétuelle qui menace de triompher est la paix du sépulcre. Depuis Hiroshima et Nagasaki, le monde sait qu'il est entré dans l'âge de l'atome et que ce sera peut-être le dernier de l'Humanité. Pourtant dans ce même monde, l'heure n'est pas à la paix. Les deux grands blocs s'affrontent mais sans pouvoir se livrer une guerre ouverte. Pour poursuivre le conflit, il leur faudra opter pour des modes de confrontation indirecte. A ces nouveaux modes de confrontation, il faudra un nouveau cadre juridique destiné à les appréhender. Le nouveau mode de conduite des conflits sera la guerre subversive, menée par des entités tierces. Pour la

⁵⁸⁵ Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel comparé*, Sirey, 7^e éd, 1921, t. 2, pp. 86-105.

⁵⁸⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd, Sirey, 1924, pp. 453-454.

⁵⁸⁷ CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. Lebon p. 651.

⁵⁸⁸ CE, 2 juillet 1919, *Bouquet* ; v. encore CE, 9 janvier 1920, *Musart*.

France, ce sera l'Indochine, puis l'Algérie, laquelle sera tout à la fois la matrice des guerres modernes et des régimes d'exception qui existent encore aujourd'hui. Or, comme le relevait Roland Drago, « *les textes d'exception sont rarement votés, en France, dans le calme d'une période de stabilité politique, en prévision d'un temps de crise. C'est fréquemment sous la pression des circonstances que les législateurs délibèrent et leurs actes portent ainsi la marque de leur époque et des besoins auxquels ils ont voulu parer. La loi du 8 août 1849 sur l'état de siège est tout imprégnée du souvenir des journées de juin, celle du 3 avril 1878 a été faite par les hommes qui venaient de connaître la Commune et si les pouvoirs de l'exécutif y sont limités c'est parce que la crise du 16 mai était présente à toutes les mémoires. Ainsi la loi du 3 avril 1955 "instituant un état d'urgence" sera, pour toujours, inséparable des événements d'Algérie auxquels elle prétend remédier* »⁵⁸⁹.

C'est une histoire en deux temps que celle des régimes de crise dans leur acceptation moderne. Le premier de ces temps, le plus terrible de tous, fut celui de la guerre d'Algérie. A bien des égards, celle-ci fut un jalon. Jalon, elle le fut parce qu'annonciatrice de la fin d'un monde et du début d'un autre, elle a été la conséquence de la fin de la Seconde guerre mondiale et du début de la guerre froide. Jalon, elle l'est encore parce qu'elle a été le modèle type d'une nouvelle forme de guerre, dont les modalités de conduite, quoi qu'annoncées par le conflit indochinois, ont été développées jusqu'à changer la nature même de la guerre. Ce nouveau type de guerre fut le creuset des régimes de crise (Chapitre 1). Mais la guerre d'Algérie est restée le référent matriciel des régimes de crise qui lui ont survécu jusqu'à aujourd'hui et c'est donc sa fin qui a ouvert le deuxième temps de leur histoire (Chapitre 2).

⁵⁸⁹ Roland Drago, « L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques », *RDP*, 1955, pp. 671-705.

Chapitre 1 : La naissance des régimes de crise

La tentation est grande pour qui étudie les régimes de crise, de vouloir céder à celle de la systématisation pour en dresser une typologie ; derrière les atours séduisants d'une apparente clarification, cette systématisation aurait pour effet de couper intellectuellement l'observateur de leur origine, c'est-à-dire précisément des circonstances ayant conduit à leur adoption. Comme toute chose, les régimes de crise ne résultent pas d'une génération spontanée. Mais une fois les circonstances qui les ont faits naître disparues et avec elles le lien causal rompu, les régimes institués peuvent leur perdurer, s'accumulant ainsi par les effets du temps sous l'action d'une sorte de sédimentation législative. Les régimes de crise sont par conséquent une réponse spéciale à une situation perçue au moment de sa survenance comme anormale, mais une réponse spéciale qui survit à la situation anormale à laquelle elle était supposée répondre. Ils obligent donc le chercheur, pour une bonne compréhension de leurs différentes implications et de la latitude de conduite qu'ils offrent à la puissance publique, à se conduire autant en géologue qu'en juriste : celui-ci devra percer les couches successives de l'Histoire pour remonter aux sources de ce qui est l'objet de son étude, tant il est vrai que, comme le rappelait Proudhon, « *En toutes choses il est bon de remonter aux anciennes traditions, parce qu'un droit n'est jamais mieux connu que lorsqu'on l'aperçoit dès son origine* »⁵⁹⁰.

C'est ici à un « plan de coupe » qu'il nous faudra procéder, de l'évolution conjuguée du conflit algérien, des régimes de crise dont il fut autant le matériau que le constructeur, mais également du régime politique français, dont le destin nous le découvrirons, fut pour un temps associé à celui de l'Algérie. Quoi que la situation soit complexe, il nous faudra aussi nous atteler à démêler l'écheveau des événements et à distinguer dans leur enchaînement les causes premières des causes secondes. Rapidement, il apparaîtra que ce sont les singularités mêmes relatives aux modalités de conduite du conflit algérien qui ont imprimé leur marque sur les régimes d'exception qui devaient permettre de les appréhender, mais aussi sur la nature du régime politique de la France. Ce fut en effet le conflit algérien qui fut la matrice à partir de laquelle fut développé le premier régime de crise destiné à faire face aux nécessités d'une guerre qui refusait de dire son nom. Guerre révolutionnaire mais aussi révolution dans l'art de la guerre, elle servit et sert encore de référent à nombre de conflits du même type.

⁵⁹⁰ Jean-Baptiste Proudhon, *Traité du domaine public*, t. 1, Lagier, Dijon, 1833, p. 370.

Survivance d'une époque révolue, les régimes de crise encore aujourd'hui en vigueur sont nés dans l'Après-Guerre et leur histoire rythmait celle de la fin de la IV^e République (Section 1) et des débuts de la V^e (Section 2).

Section 1 : Le recours à des régimes de crise pour un régime en crise

Période exceptionnelle à plus d'un titre, la seconde moitié du XX^e siècle fut pour notre pays celle des régimes d'exception. La France, durement meurtrie par les conséquences de la seconde guerre mondiale, frappée jusque dans son unité intérieure par l'attitude ambiguë d'une partie de sa classe politique vis-à-vis de l'ennemi, la collusion affichée d'une autre et l'opposition résolue d'une dernière, était à terre. Il lui fallait néanmoins se relever. Mais tout dans la marche du monde sembla conspirer à la garder le genou au sol. Vicissitude ou cruauté de l'histoire, elle fut en effet le seul Etat au monde à avoir dû affronter de concert ces deux grands mouvements de l'histoire des Hommes que furent le communisme et la décolonisation. Ce fut d'ailleurs la question coloniale et plus particulièrement la question du devenir de l'Algérie qui obligea le régime à se doter du dispositif de l'état d'urgence pour ne pas être emporté par les événements (§1). Mais ce furent pourtant les événements d'Algérie qui, en 1958, emportèrent le régime et obligèrent le pays à s'en donner un nouveau (§2). Les régimes politiques peuvent bien passer : les régimes d'exception eux, sont toujours là.

§1) Les événements d'Algérie et la naissance de l'état d'urgence

Véritable novation dans le champ théorique de la polémologie, le conflit algérien allait définitivement modifier le visage de la guerre. Initiée par un camp qui n'était pas un Etat mais qui aspirait à le devenir, menée le plus souvent par des soldats sans uniforme se jouant des lignes de front dessinées sur les cartes d'état-major, conduite même sans succession de batailles qu'il aurait été possible de marquer d'une date, sans choc direct entre deux armées, la guerre d'Algérie échappait aux canons classiques de la guerre. Une guerre hors cadre et hors norme donc, mais une guerre tout de même, à laquelle la France allait devoir s'adapter. Initialement conçu pour répondre à la situation spécifiquement posée par la guerre d'Algérie⁵⁹¹, l'état d'urgence tel qu'il fut conçu et pensé en 1955 (A) allait connaître des évolutions qui l'éloigneront largement du terrain que le législateur entendait initialement lui réserver (B).

⁵⁹¹ Sur un plan strictement juridique, la guerre d'Algérie ne fut pendant longtemps même pas une guerre. Une guerre en effet, dans son acception juridique la plus étroite, ne peut opposer que des Etats entre eux. Voir infra.

A) Les causes des lois d'urgence

Au lendemain de la victoire de 1945, le monde avait changé et cela devait se refléter dans la façon dont les conflits allaient désormais être menés. Le régime de l'état d'urgence a été conçu comme une réponse à l'apparition d'une nouvelle forme de guerre, dite guerre moderne (1), laquelle a imposé de nouvelles nécessités dans la conduite des conflits (2).

1) L'apparition de la guerre moderne

Créé par la loi du 3 avril 1955⁵⁹², sous l'empire d'une trop faible IV^e République connaissant alors son 19^e gouvernement, l'état d'urgence tel qu'il fut conçu et adopté visait clairement à répondre aux nouvelles nécessités d'une guerre que l'on qualifiait alors de « *moderne* »⁵⁹³ et se trouve désormais devenue classique⁵⁹⁴. Guerre de subversion, née dans le sillage de la Guerre Froide et produit de la sanctuarisation des territoires par le feu nucléaire, obligeant les deux superpuissances à s'affronter par entités tampons interposées⁵⁹⁵, elle vise au renversement d'un pouvoir établi et à son remplacement par un autre⁵⁹⁶. Parce qu'il ne s'agit pas d'une guerre ouvertement déclarée, et parce qu'elle ne passe pas par l'emploi de moyens identiques, son efficacité repose tout entière sur le contrôle et la manipulation des populations par le biais de techniques d'action psychologique sur les masses⁵⁹⁷. Le recours au

⁵⁹² Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie (JO du 7, p. 3479).

⁵⁹³ Le terme est de Roger Trinquier, qui l'a théorisée dans l'ouvrage du même nom ; *La guerre moderne*, Economica, coll. Stratégie et Doctrines, 2008, (première éd. 1961).

⁵⁹⁴ La sanctuarisation par le feu nucléaire du territoire des grandes puissances interdisant de facto toute confrontation directe entre elles, la plupart des conflits armés subsistants prennent les traits de la guerre moderne : Afghanistan, Syrie, Ukraine... Et quand le conflit est classique dans sa phase initiale, il ne tarde guère également à prendre aussi l'apparence de la guerre moderne. Ce fut le cas notamment en Irak.

⁵⁹⁵ Peu importe ici qu'il s'agisse d'Etats vassaux, de tribus, de clans, de factions armées, ou encore d'organisations criminelles. Bernard Witch parle également de « Modèle Templier » pour désigner certains nouveaux types d'organisations. V. Bernard Witch, « Une révolution militaire en sous-sol, le retour du modèle templier », *Stratégique*, n° 93-94-95-96, 2009, pp. 709-731.

⁵⁹⁶ Signalons ici l'existence d'un concept proche, à tout le moins d'un mot-valise recouvrant une notion aussi floue que discutée : celle de guerre de quatrième génération. Pour un panorama complet et une critique acerbe de cette notion et de la littérature qui s'y rapporte, v. Antulio J. Echevarria, II, *Fourthgenerationwar and othemyths*, Strategic Studies Institute, nov. 2005. Le Strategic Studies Institute est rattaché directement au collège de guerre de l'armée américaine et Antulio J. Echevarria II y est, lors de l'écriture, directeur de recherche.

⁵⁹⁷ V. Roger Trinquier, *La guerre moderne*, op. cit., pp. 5 à 7. L'auteur y observe notamment: « *La guerre est maintenant un ensemble d'actions de toutes natures (politiques, sociales, économiques, psychologiques, armées, etc...)* qui vise le renversement du pouvoir établi dans un pays et son remplacement par un autre régime. Pour y parvenir, l'assaillant s'efforce d'exploiter les tensions internes du pays attaqué, les oppositions politiques, idéologiques, sociales, religieuses, économiques, susceptibles d'avoir une influence profonde sur les populations à conquérir. (...) La lutte que nous menons depuis quinze ans, en Indochine comme en Algérie, est donc véritablement une guerre, c'est la guerre moderne, celle que nous faisons ».

terrorisme constitue la pièce maîtresse du dispositif de conduite des nouvelles formes de conflit⁵⁹⁸.

Posant à l'armée des problèmes inconnus jusqu'alors et face auxquels elle se trouve non pas dépourvue, mais simplement inadaptée, la guerre moderne supposait pour être correctement appréhendée, que soient créés de nouveaux instruments juridiques⁵⁹⁹, car « *le fait que la guerre moderne n'est pas officiellement déclarée comme elle l'était autrefois, que l'état de guerre n'est pas officiellement proclamé, permet à nos adversaires de continuer à bénéficier d'une législation du temps de paix, pour poursuivre ouvertement ou clandestinement leur action. Cette fiction de paix, essentielle à la poursuite de leur dessein, ils s'efforceront par tous les moyens de la préserver* »⁶⁰⁰. Sur un plan strictement légal et par conséquent parfaitement secondaire, elle n'est en effet même pas une guerre (qui, juridiquement, ne peut opposer que des Etats entre eux)⁶⁰¹. Or, les immenses divergences de forme entre guerre classique et guerre moderne ne doivent pas dissimuler leur profonde identité de fond⁶⁰². La guerre disait Clausewitz selon une formule bien connue est « *un acte de*

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 14 : « *Le terrorisme, au service d'une organisation clandestine destinée à manipuler la population, est un fait nouveau. (...) Le terrorisme est donc une arme de guerre qu'il n'est plus possible d'ignorer ou de minimiser. C'est comme une arme de guerre que nous devons donc l'étudier. Le but visé par la guerre moderne étant la conquête des populations, le terrorisme est l'arme particulièrement indiquée puisqu'il vise directement l'habitant. Dans la rue, à son travail, chez lui, l'habitant est partout menacé de mort violente. En présence de ce danger permanent qui l'entoure, il a l'impression déprimante d'être une cible isolée et sans défense. Le fait que les pouvoirs publics et la police ne sont plus capables d'assurer sa sécurité augmente son désarroi. Il perd de ce fait confiance dans l'Etat dont la mission naturelle est d'assurer sa protection. Il est de plus en plus attiré par le camp des terroristes, seul capable en définitive de la ménager* ».

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 22. « *Autrefois, l'ennemi était facile à situer. Suivant les périodes de l'histoire, il se trouvait de l'autre côté du Rhin ou de la Manche ou il en venait. (...) Dans la guerre moderne, l'ennemi est autrement difficile à définir. Aucune frontière matérielle ne sépare les deux camps. La limite entre amis et ennemis passe au sein même de la nation, dans un même village, quelque fois dans une même famille. C'est souvent une frontière idéologique, immatérielle, qui doit cependant être impérativement fixée, si nous voulons atteindre sûrement notre adversaire et le vaincre* ».

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 23.

⁶⁰¹ Relevons toutefois que les « événements » d'Algérie se sont vus reconnaître officiellement le caractère juridique de guerre en 1999 et ce par la loi n° 99-882 relative à la substitution, à l'expression « aux opérations effectuées en Afrique du Nord », de l'expression « à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie et au Maroc » (JO du 20, p. 15647). Ainsi que le relevait Marcel Lesbros, « *entre 1952 et 1962, 1.343.000 jeunes appelés et rappelés et plus de 400.000 militaires d'active ont traversé la Méditerranée pour accomplir leur devoir sur les différents théâtres d'opérations d'Afrique du Nord. Leur sacrifice a cependant été longtemps occulté dans la mémoire collective des Français. Les conflits de Tunisie et du Maroc et plus encore la guerre d'Algérie ont en effet été vécus comme une "guerre sans nom". Or, les conflits d'Afrique du Nord ont été lourds de conséquences humaines : plus de 25.000 militaires tués, plus de 70.000 militaires blessés, quelque 400.000 victimes civiles d'origine africaine ou européenne. Ces conflits furent également un drame pour près d'un million de civils européens, contraints d'abandonner la terre où ils étaient et pour les harkis, livrés à un destin souvent tragique. Loin d'avoir été une simple opération de police, le conflit algérien a bien été une guerre, tant par les méthodes de combats employées que par les risques encourus par nos soldats* » ; rapport n° 499 sur la proposition de loi n° 418 relative à la substitution..., Sénat, 29 sept. 1999.

⁶⁰² Sur ce que la littérature stratégique et militaire appelle « guerre irrégulière » et qui recouvre la notion plus restrictive de « guerre moderne », v. « Stratégies irrégulières », *Stratégique*, 2009, n° regroupés 93-94-95-96. Plus particulièrement dans ce numéro, v. Eric Langlois, « Guerre classique et guerre révolutionnaire : l'illusion de la différence », pp. 9-24.

violence destiné à contraindre l'adversaire à exécuter notre volonté »⁶⁰³, qui n'est que « *la continuation de la politique par d'autres moyens* ».

La guerre moderne n'est pas autre chose. Elle est l'exercice conscient, volontaire et réfléchi de la force dans le but d'asseoir sa domination sur un adversaire, mise au service d'un objectif politique. Et ce sans jamais le souci de subordonner l'action au respect d'une quelconque échelle de valeurs morales ou légales, qui n'est pas invoquée et utilisée autrement que comme arme contre l'ennemi. En cela, la nature de la guerre moderne ne diverge en rien de la guerre classique, jusque dans l'emploi des moyens les plus ignobles qui la caractérisent par excellence et qui cristallisent sur eux un opprobre quasi-unanime, au moins dans l'opinion publique et les déclarations officielles, à savoir le terrorisme et son pendant, la torture. Toujours selon Clausewitz, la guerre « *s'accompagne de restrictions infimes, à peine dignes d'être mentionnées, et qu'elle impose, sous le nom de "droit des gens", mais qui n'affaiblissent pas sa force. La violence physique est donc le moyen, la fin, d'imposer sa volonté à l'ennemi. Dans une affaire aussi dangereuse que la guerre, les erreurs dues à la bonté d'âme sont la pire des choses. Comme l'usage de la force physique dans son intégralité n'exclut nullement la coopération de l'intelligence, celui qui ne reculera devant aucune effusion de sang prendra l'avantage sur son adversaire si celui-ci n'agit pas de même. L'on ne saurait introduire un principe modérateur dans la philosophie de la guerre sans commettre une absurdité* »⁶⁰⁴.

2) Les nécessités de la guerre moderne

Roger Trinquier, l'un des maîtres d'œuvre de la « bataille d'Alger », absout d'ailleurs dans un même élan et pour les mêmes raisons, à la fois les soldats recourant à la torture, ce qui peut se comprendre compte-tenu de sa position, mais également les terroristes, ce qui est plus étonnant. Il affirme ainsi, « *nous ne devons pas tricher avec nos responsabilités. Et c'est tricher que d'admettre sereinement que l'artillerie et l'aviation peuvent bombarder des villages où se trouvent des femmes et des enfants qui seront inutilement massacrés, alors que le plus souvent les ennemis visés auront pu s'enfuir, et refuser que des spécialistes en interrogeant un terroriste permettent de se saisir des vrais coupables et d'épargner les innocents* »⁶⁰⁵.

⁶⁰³ Carl von Clausewitz, *De la guerre*, (1832), éd. Minit, coll. Arguments, 1955, p. 51.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ Roger Trinquier, *La guerre moderne*, *op. cit.*, p. 20.

Mais dans le même temps, en professionnel de la guerre, il n'hésite pas à conférer ce statut au terroriste : *« le terroriste ne doit donc plus être considéré isolément comme un criminel ordinaire. Il se bat, en effet, dans le cadre de son organisation, sans intérêt personnel, pour une cause qu'il estime noble, et un idéal respectable, comme tous les soldats des armées qui s'affrontent. Il tue sans haine, sur ordre de ses chefs, des individus qui lui sont inconnus avec la même sérénité que le soldat sur le champ de bataille. Les victimes sont souvent des femmes et des enfants, presque toujours des individus surpris sans défense. Mais à une époque où le bombardement des villes ouvertes est admis, où pour hâter la fin de la guerre dans le Pacifique, nos alliés n'ont pas hésité à raser deux villes japonaises avec la bombe atomique, on ne peut valablement le lui reprocher. Le terroriste est en fait devenu un soldat, comme l'aviateur, le fantassin ou l'artilleur »*⁶⁰⁶.

C'est donc dans ce nouvel environnement aux contours tracés par l'antagonisme Est-Ouest, la décolonisation et l'émergence de la doctrine du « non alignement » que va devoir s'inscrire l'action de l'armée sous la tutelle de la trop faible IV^e République ; cela pour mener à bien les opérations d'une guerre d'Algérie qui n'est encore en 1955 au regard de l'opinion publique qu'une addition de différents « événements ». C'est pour répondre à ces nouvelles circonstances imposées par la marche de l'histoire que furent adoptées des lois d'urgence.

B) L'adoption de lois d'urgence

Créé par une loi de 1955, le régime instauré par l'état d'urgence (1) a dû être complété dès 1956 par celui prévu par la loi sur les pouvoirs spéciaux (2).

⁶⁰⁶ Roger Trinquier, *La guerre moderne, op. cit.*, p. 17. Une nuance toutefois : le terroriste demeure naturellement un ennemi mais n'en devient pas un pair du soldat pour autant. Une différence fondamentale continue de les séparer : là où le soldat admet « les souffrances physiques comme inhérentes à son état » parce que « les risques encourus sur le champ de bataille et les souffrances qu'il y endure sont la rançon de la gloire qu'il y recueille », le terroriste lui « prétend aux mêmes honneurs mais [il] refuse les mêmes servitudes. Son organisation lui permet d'échapper aux forces de police, ses victimes ne peuvent se défendre, l'armée ne peut utiliser contre lui la puissance de ses armes puisqu'il se dissimule en permanence au sein même des populations paisibles ».

1) La loi sur l'état d'urgence de 1955

La loi du 3 avril 1955⁶⁰⁷ prévoyait la possibilité pour le Parlement de déclarer l'état d'urgence pour une durée donnée, sur tout ou partie du territoire national (mais dans tous les cas sur une zone expressément circonscrite), ce qui entraînait l'application d'un cadre normatif dérogatoire au droit commun, conférant aux autorités civiles des pouvoirs de police exceptionnels, particulièrement attentatoires aux libertés publiques telles qu'usuellement protégées dans des circonstances ordinaires.

Ainsi, la déclaration de l'état d'urgence offre-t-elle la faculté pour le Préfet de réglementer la circulation des personnes en certains lieux, d'en interdire l'accès à certaines d'entre elles et même d'instituer des zones de résidences spéciales (dites « zones de sécurité ou de protection ») où le séjour des personnes se trouve réglementé⁶⁰⁸. Le ministre de l'Intérieur et le gouverneur général de l'Algérie peuvent alors même aller jusqu'à prononcer l'assignation à résidence de toute personne dont l'activité « s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre public »⁶⁰⁹, autrement dit, de toute personne et cela à la discrétion du pouvoir exécutif⁶¹⁰. Rapidement, le Conseil d'Etat estimait que ces mesures étaient des mesures de police préventive et non des sanctions, et que par conséquent les personnes visées ne pouvaient se prévaloir du respect des droits de la défense. A ce titre, non seulement les éventuels requérants ne pouvaient, contrairement aux usages les mieux établis, demander communication des griefs retenus contre eux, mais en plus, les autorités administratives n'avaient même pas à motiver leur décision⁶¹¹. Pour Roland Drago « *cette attitude est grave,*

⁶⁰⁷ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie (JO du 7, p. 3479).

⁶⁰⁸ Art. 5 de la loi n° 55-385 préc.

⁶⁰⁹ Art. 6 de la loi n° 55-385 préc.

⁶¹⁰ Pour une analyse particulièrement détaillée et comparative par rapport aux mesures d'internement administratif prises en d'autres périodes de l'histoire, v. Paul-François Ryziger, « Les mesures d'interdiction de séjour et d'assignation à résidence surveillée prises en vertu de l'état d'urgence », *Gazette du Palais*, 1956, 1, pp. 61-65 ; v. encore *Gazette du Palais*, 1959, 1, pp. 121-122.

⁶¹¹ CE. Ass., 16 novembre 1955, *Dame Bourokba*. Nous citons ici les passages les plus importants, tant ils apparaissent heurter les usages les mieux admis : « *Considérant que les arrêtés d'interdiction de séjour pris par le préfet en vertu des dispositions de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence ont le caractère de mesures préventives de police édictées afin de préserver l'ordre et la sécurité publique et ne constituent pas des sanctions, que dès lors, en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires le prévoyant expressément, la dame Bourokba n'est pas fondée à soutenir que la mesure d'interdiction de séjour dont elle a été l'objet ne pouvait intervenir sans qu'elle ait reçu, au préalable, communication des griefs articulés contre elle ; Considérant d'autre part qu'il ne résulte pas de l'instruction ni des motifs de l'arrêté préfectoral attaqué que le cas de la dame Bourokba n'ait pas fait l'objet d'un examen particulier ; Considérant enfin qu'aucune disposition de la loi du 3 avril 1955 ou d'un règlement ne fait obligation au préfet de motiver les mesures d'interdiction de séjour qu'il prononce ; que par suite, la requérante ne peut utilement soutenir que la décision attaquée est insuffisamment motivées* ». De même, toujours selon cet arrêt, il suffit que l'état d'urgence soit déclaré, et non en plus appliqué, pour que de semblables mesures puissent être adoptées. V. note Jean-Marc Auby, *RDP*, 1955, pp. 652-653. Dans son analyse de la loi de 1955, Roland Drago déclarait : « *On s'étonnera pourtant de voir que les contrevenants seront non seulement punis des sanctions pénales prévues à l'article 13*

car il en résulte que le Conseil d'Etat considère comme légale une mesure sanctionnant un délit d'opinion. Certes les autorités administratives ne s'embarrassent pas de considération de cet ordre sur un territoire en état d'insurrection partielle, mais c'est le rôle du juge de les maintenir dans le cadre de leurs compétences. On remarquera d'ailleurs que le Conseil d'Etat n'a pas invoqué les circonstances exceptionnelles. (...) Tel le personnage de Kafka, l'administré ne sera pas interdit de séjour pour avoir entravé l'action des pouvoirs publics, mais sera considéré comme ayant entravé cette action parce qu'il est interdit de séjour »⁶¹².

Le Conseil d'Etat estimait également que la simple déclaration de l'état d'urgence suffisait à ce que ces mesures puissent être adoptées et que la publication des décrets d'application n'était pas nécessaire. Toute contestation de ces mesures doit être apportée devant une commission consultative créée spécialement à cet effet et comprenant des délégués du « Conseil général »⁶¹³. Précisée ultérieurement par décret⁶¹⁴, l'analyse de la composition de la commission oblige à constater qu'elle n'a eu que le rôle que le pouvoir exécutif a bien voulu lui faire jouer⁶¹⁵. Poids de l'histoire oblige, la loi allait jusqu'à préciser dans son article 6 que l'assignation à résidence « ne pourra avoir pour effet la création de camps où seraient détenus les personnes » et que l'administration devra « assurer la subsistance des personnes astreintes à résidence ainsi que celle de leur famille ». Ne pouvant se prévaloir des dispositions de la loi de 1955, les autorités administratives recoururent initialement et ce, de façon totalement illégale, à celles de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre. Des mesures de réquisition fictive

de la loi, mais aussi de sanctions administratives telles que l'interdiction de séjour (5-3°) ou l'assignation à résidence (art. 6) En effet, celles-ci n'ont pas été instituées pour punir les contrevenants aux règlements préfectoraux et valent par elles-mêmes; et le fait qu'on désobéit à ces règlements n'implique pas nécessairement qu'on a une activité dangereuse pour la sécurité et l'ordre public au sens de l'article 6. Il pourra donc se faire que des personnes acquittées par les tribunaux chargés d'appliquer l'article 13 pourront malgré tout subir les sanctions administratives des articles 5 et 6. L'illégalité de telles dispositions n'est donc pas douteuse ». Nous savons maintenant ce que l'avenir réserva à cette analyse. Roland Drago « L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques ». RDP, 1955, pp. 671-705. Toujours sur Dame Bourokba, v. Gazette du Palais, 1956, pp. 161-162. Relevons encore que la jurisprudence Bourokba s'inscrivait dans la continuité de deux jurisprudences antérieures, rendues par le Tribunal administratif d'Alger : TA Alger, 20 mai 1955, Galland, Gazette du Palais 1955, 1, p. 384. Le préfet n'est pas tenu de motiver les arrêtés d'interdiction de séjour qu'il prend, mais il doit tout de même indiquer aux personnes visées les griefs retenus contre elles et indiquer au juge de l'excès de pouvoir les raisons qui l'ont conduit à prendre cette décision. TA d'Alger, 17 juin 1955, Merzghiche, Gazette du Palais 1955, 2, p. 124. Un préfet peut prendre des mesures réglementant le séjour de certaines personnes, même si elles ne résident pas dans le département. Sur le principe général des droits de la défense, v. CE, 5 mai 1944, Dame veuve Trompier-Gravier.

⁶¹² Roland Drago, note sous CE CEAss., 16 novembre 1955, Dame Bourokba, Rec. Dalloz, 1956, pp. 393-397.

⁶¹³ Art. 7 de la loi n° 55-385 préc. Aujourd'hui, « départemental ».

⁶¹⁴ Décret n° 55-493 du 10 mai 1955 portant règlement d'administration publique pour l'administration de l'art. 7 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence (JO du 11, p. 4651).

⁶¹⁵ Composée de cinq personnes, elle est présidée par un membre de l'inspection générale de l'administration (désignée par le président de ce corps), deux autres membres sont désignés par le préfet, elle ne comportera au final que deux élus du conseil général dans ses rangs. En plus, la dite commission n'étant comme son nom l'indique que consultative, elle ne rend que des avis.

eurent ainsi pour but de masquer l'internement tout à fait réel des personnes concernées par les dites réquisitions. La pratique fut rapidement condamnée par le Conseil d'Etat, mais à un moment où la loi sur les pouvoirs spéciaux en Algérie avait déjà été adoptée et autorisait ce genre de pratiques⁶¹⁶.

Mais la loi va plus loin encore, puisque le prononcé de l'état d'urgence offre également la possibilité à différentes autorités administratives d'ordonner la fermeture des débits de boisson, salles de spectacles et autres lieux de réunion et même les réunions de toute nature⁶¹⁷. A cela s'ajoute encore la faculté d'ordonner la remise de certaines armes à feu⁶¹⁸. Surtout, la loi comporte un article 11 qui confère, sur disposition législative expresse, le droit pour les autorités administratives d'ordonner des perquisitions domiciliaires de jour comme de nuit ainsi que de prendre toute mesure « *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* ». En son article 12 enfin, la loi prévoit la possibilité, par décret pris sur le rapport du Garde des Sceaux et du ministre de la Défense nationale, de transférer aux juridictions militaires le traitement de certains crimes et délits connexes relevant normalement des juridictions de droit commun⁶¹⁹.

Parce que l'ensemble du dispositif de l'état d'urgence est particulièrement attentatoire aux libertés publiques telles qu'elles sont usuellement protégées par le droit commun et qu'il constitue véritablement une législation d'exception, au sens propre du terme, il ne peut être déclaré que par la loi⁶²⁰, pour une durée déterminée qui ne peut être prolongée que par une loi nouvelle⁶²¹. Et parce qu'il s'agit de pouvoirs d'exception ne devant être mis en œuvre qu'en des temps où le maintien de l'unité de l'Etat est fondamental, conférés par un Parlement dans une composition donnée à un Gouvernement dans une composition donnée, il y est mis fin de plein droit en cas de dissolution de l'Assemblée nationale⁶²² ou dans les quinze jours suivant

⁶¹⁶ CE. Ass, 3 février 1956, *Keddar* ; « *considérant qu'il résulte de l'instruction que l'ordre de réquisition pris par le préfet d'Alger le 16 mai 1955 a eu pour but manifeste de permettre l'internement du requérant au camp d'Aflou (département d'Oran), où il est détenu depuis lors; que la réquisition des personnes prévue par la loi du 11 juillet 1938 en vue de satisfaire aux besoins de la nation et, en vertu de l'article 10 de la loi du 3 avril 1955, en vue de pouvoir aux besoins résultant des circonstances qui motivent la déclaration de l'état d'urgence, ne saurait légalement être utilisées pour limiter, dans un intérêt de police, la liberté de ceux qui en sont l'objet ; qu'en prenant l'ordre de réquisition, le préfet d'Alger a, en réalité, entendu faire échec aux dispositions de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, aux termes duquel "en aucun cas l'assignation à résidence ne peut avoir pour effet la création de camps où sont détenues les personnes ayant été l'objet de cette mesure" ».*

⁶¹⁷ Art. 8 de la loi n° 55-385préc.

⁶¹⁸ Art. 9 de la loi n° 55-385préc.

⁶¹⁹ Relevons ici que ce dernier article ne fut appliqué qu'en 1958 : décret n° 58-490 du 17 mai 1958 portant application de certaines dispositions de la loi instituant un état d'urgence (JO du 17, p. 4733).

⁶²⁰ Art. 2 de la loi n° 55-385préc.

⁶²¹ Art. 3 de la loi n° 55-385préc.

⁶²² Art. 4 de la loi n° 55-385préc.

la date de nomination d'un nouveau gouvernement (c'est-à-dire en cas de démission de l'ancien) si celui-ci s'est abstenu d'en demander la prolongation⁶²³.

La déclaration de l'état d'urgence est normalement subordonnée à l'existence soit d'un « *péril imminent, résultant d'atteintes graves à l'ordre public* », soit « *d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* »⁶²⁴, dont il appartient aux parlementaires d'apprécier la réalité. Leur décision sera évidemment beaucoup plus politique que juridique⁶²⁵, puisqu'il ne leur est pas demandé autre chose que de constater l'impuissance du droit à passer de la puissance à l'acte pour s'opposer avec succès aux entreprises d'une force déstabilisatrice organisée et structurée dont le but n'est jamais le chaos pour le chaos, mais bien au contraire de substituer un ordre à un autre⁶²⁶.

S'il n'en est pas expressément fait mention dans les premiers articles de la loi, relatifs aux modalités et conditions de mise en œuvre de l'état d'urgence, tout le reste du dispositif législatif n'apparaît que comme la déclinaison juridique du cadre nécessaire aux menées de la guerre moderne. Car c'est bien de guerre dont il s'agit, en témoigne s'il le fallait encore le discret article 10 de la loi encore non évoqué jusque là, lequel permet de recourir aux différents mécanismes de la loi du 11 juillet 1938 sur « *l'organisation générale de la nation en temps de guerre* », dont la mobilisation, le contrôle accru des frontières et des ressources d'importance stratégique. L'Etat est, selon la formule bien connue de Max Weber, « *une communauté humaine qui, dans les limites d'un territoire déterminé (...) revendique avec succès pour son propre compte le monopole de la violence physique légitime* ». Or, c'est justement ce monopole qui lui est contesté par une organisation spéciale qui cherche d'abord à doubler les institutions officielles d'une hiérarchie parallèle avant de les supprimer purement et simplement⁶²⁷. Et c'est entièrement dans le but d'extraire et d'éliminer de la

⁶²³ Art. 3 de la loi n° 55-385préc.

⁶²⁴ Art. 1^{er} de la loi n° 55-385préc.

⁶²⁵ Sur la notion de « périls imminents », Roland Drago observait « *dans le cas de l'état d'urgence, cette notion prend évidemment une signification très large puisqu'elle implique une compétence absolument discrétionnaire pour décider que telles circonstances, qu'une majorité politique appréciera, constituent le péril imminent prévu par la loi. On pourrait répondre à cela que, le Parlement étant souverain, il pourrait même, en cas de définition restrictive, modifier à tout moment les conditions d'établissement de l'état d'urgence* », « L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques ». *RDP*, 1955, pp. 671-705.

⁶²⁶ Relevons à cet égard que l'expression souvent utilisée de « terrorisme aveugle » est un non sens : si l'attentat peut effectivement frapper sans discernement, l'objectif politique qui lui est sous-jacent n'est lui jamais perdu de vue, qu'il s'agisse de modifier la position d'une partie au conflit (« Toussaint rouge » de 1954 ou massacres du Constantinien de 1955), de provoquer des déplacements massifs de population (fin de la guerre d'Algérie) ou encore d'apparaître comme un acteur crédible sur la scène internationale (attentats de 1957 dans le but de peser politiquement à l'occasion de la prochaine session de l'Assemblée générale des Nations-Unies).

⁶²⁷ « *L'ennemi, nous le savons maintenant, ce n'est pas seulement quelques bandes armées qui se battent sur le terrain, mais une organisation qui le ravitaille, le renseigne, soutient son moral. C'est tout un système que nos lois démocratiques tolèrent au sein même du pays attaqué et qui, clandestinement ou ouvertement, peut agir*

population cette organisation spéciale qu'apparaît avoir été conçu l'état d'urgence, à partir de la doctrine d'action dégagée par l'analyse des spécificités de la guerre moderne⁶²⁸. Signe qui ne trompe pas, et quoique cela n'ait pas été expressément prévu par le texte, celui-ci a même autorisé le développement de structures de commandement civilo-militaire, indispensables à la conduite de la guerre moderne⁶²⁹.

Puisque l'état d'urgence semble tout entier bâti dans l'optique d'une guerre qui ne dit pas son nom mais qu'il faut bien conduire⁶³⁰, la référence à des « *calamités publiques* » donnant la possibilité de le déclencher à ici de quoi surprendre⁶³¹. Et elle surprit en effet, lors des débats entourant l'adoption de la loi, malgré les tentatives de son rapporteur d'arguer de la nécessité de recourir à un régime d'exception pour remédier aux conséquences des cataclysmes naturels⁶³². Personne ne se montra dupe de la grossière manœuvre et il sera fait remarquer que « *ces calamités publiques dont on fait état sont le pavillon qui couvre une drôle de marchandise. Elles tendent surtout à apaiser les remords de conscience de ceux qui*

pour que les mesures qui pourraient porter des coups décisifs à l'adversaire ne soient jamais prises ou soient infiniment retardées » ; Roger Trinquier, *La guerre moderne*, op. cit., p. 24.

⁶²⁸ V. à ce sujet le chapitre « Aspect politique de la guerre », de l'ouvrage de Roger Trinquier, *La guerre moderne*, op. cit., pp. 36-47.

⁶²⁹ « *La proclamation de l'état d'urgence a permis la création de structures administratives nouvelles non prévues par la loi pour coordonner les diverses actions en faveur du rétablissement de l'ordre. Par arrêté du 16 avril 1955, le gouverneur général de l'Algérie décida que le sous-préfet de l'arrondissement de Batna était chargé dans la zone d'application de l'état d'urgence dans le département de Constantine, de préparer et de coordonner toutes les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre, il est responsable de l'application de ces mesures dans cette zone* ». Le texte précise que diverses autorités civiles et militaires sont placées sous ses ordres : il s'accompagne d'une réorganisation de la structure militaire dans la même zone. Ces dispositions n'allaient pas tarder à être remaniées. Un décret du 29 avril 1955 mettait un officier général à la disposition du gouverneur et un communiqué officiel précisait que cet officier général assurerait le commandement militaire de la zone d'urgence du département de Constantine, serait placé sous l'autorité du préfet, mais exercerait son commandement sur l'ensemble des forces de sécurité et des services administratifs » ; Roland Drago, « L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques », *RDP*, 1955, pp. 671-705.

⁶³⁰ Edgar Faure, alors président du Conseil, le confessa d'ailleurs dans ses mémoires, en évoquant le choix de créer un nouveau régime d'exception plutôt que de s'appuyer sur celui de l'état de siège : « *La simple vérité étant que le terme "état de siège" évoque irrésistiblement la guerre et que toute allusion à la guerre devait être soigneusement évitée à propos des affaires d'Algérie* » ; *Mémoires*, t. II, Plon, 1984, p. 197.

⁶³¹ Art 1^{er} de la loi n° 55-385 préc.

⁶³² « *Certains cataclysmes naturels que nous avons eu à subir au cours des dernières années ou des derniers mois ont placé les pouvoirs publics dans l'obligation d'intervenir avec une extrême rapidité dans des conditions parfois exorbitantes du droit commun. Que les événements soient provoqués par les hommes ou par la nature, les circonstances sont exceptionnelles. Il faut y faire face avec une réglementation qui n'est pas toujours adaptée. (...) Je vous signale que l'Institut des hautes études de défense nationale, dès 1950, a étudié un projet de texte donnant au Gouvernement la possibilité de faire face à un état de crise grave par d'autres moyens que ceux prévus dans l'état de Siège. Je vous signale également que les services de la protection civile ont étudié des projets analogues à celui qui nous est soumis et qui auraient pu être déposés devant l'Assemblée* » ; JO des débats, Ass. nat. (ci-après JOAN), n° 39, jeudi 31 mars 1955, p. 2130.

voteront ce texte »⁶³³. L'essentiel des débats porta sur l'opportunité même de créer un régime dérogatoire du droit commun et sur les modalités de déclenchement de celui-ci⁶³⁴.

La version initiale de la loi sur l'état d'urgence donne à l'élu un rôle incontournable. L'état d'urgence ne peut être déclaré que par la loi, qui est tout sauf un blanc-seing donné au pouvoir exécutif, puisqu'elle doit prévoir expressément d'une part sa zone d'application et d'autre part, ce qui est sans doute le plus important, sa durée. Dans le même ordre d'idée, toute prolongation ne peut être ordonnée que par la loi et il est mis fin immédiatement à l'état d'urgence en cas de dissolution de l'Assemblée nationale. Enfin, confirmation de la loi déclarant l'état d'urgence devra être demandé en cas de nomination d'un nouveau gouvernement, ce qui suppose que le précédent ait été désavoué par le Parlement. Tous les garde-fous possibles semblent avoir été mis en place pour qu'en toute situation le Parlement conserve la main sur la situation et que l'exécutif ne confisque l'exercice du pouvoir. De surcroît, ces dispositions doivent être resituées dans le contexte de la IV^e République, laquelle était tout entière articulée autour du Parlement, qui hors les courtes périodes de composition des gouvernements ne réunissait le plus souvent de majorité que contre ces derniers⁶³⁵.

Bien qu'adopté sans enthousiasme, le texte le fut tout de même en première lecture à la confortable majorité de 379 voix contre 219 devant l'Assemblée nationale⁶³⁶ et 233 voix contre 77 devant le Conseil de la République⁶³⁷. Promulgué le 3 avril 1955, l'état d'urgence fut dans le même temps déclaré en Algérie pour une durée de six mois, avec application des dispositions de l'article 11⁶³⁸. Initialement entièrement entre les mains des Parlementaires, le processus de mise en place et de contrôle de l'état d'urgence allait rapidement, par la force des événements, leur échapper. Prolongé une première fois par une loi du 7 août 1955, la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence fut également modifiée en ses articles 6 et 12, restreignant les possibilités de recours pour certaines catégories de personnes mises en cause sous l'empire de l'état d'urgence et obligeant les pouvoirs publics à organiser l'assignation à résidence dans des grands centres urbains uniquement⁶³⁹. Surtout, la loi prolongeant l'état d'urgence comportait des dispositions *ad hoc* suspendant les élections partielles dans les zones soumises

⁶³³ JOAN n° 39, jeudi 31 mars 1955, p. 2137.

⁶³⁴ Rejeté, un amendement proposait d'augmenter à deux tiers le nombre de suffrages nécessaire pour la déclaration de l'état d'urgence.

⁶³⁵ Ce ne sont en effet pas moins de 24 gouvernements qui se sont succédés sous la IV^e République.

⁶³⁶ JOAN n° 40, jeudi 31 mars 1955, p. 2219.

⁶³⁷ JOCR n° 34, samedi 2 avril 1955, p. 1975.

⁶³⁸ Art. 15 et 16 de la loi n° 55-385 préc.

⁶³⁹ Loi n° 55-1080 du 7 août 1955 relative à la prolongation de l'état d'urgence en Algérie (JO du 14, p. 8170).

à l'état d'urgence. Le 2 décembre 1955, il y fut mis fin de plein droit, en raison de la dissolution de l'Assemblée décidée par Edgar Faure, la seule de toute la IV^e République⁶⁴⁰.

2) La loi sur les pouvoirs spéciaux de 1956

Le 16 mars 1956 toutefois, une nouvelle loi d'exception fut adoptée, relative à l'attribution de pouvoirs spéciaux au Gouvernement pour le règlement de la question algérienne⁶⁴¹. En plus de mesures d'ordre essentiellement économique, cette loi conférait au Gouvernement en son article 5, « *les pouvoirs les plus étendus pour prendre toute mesure exceptionnelle commandée par les circonstances, en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire* »⁶⁴². Par une série de décrets du même jour, le Gouvernement reprenait, en les reformulant, l'essentiel des dispositions judiciaires de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et transférait une partie de la compétence judiciaire aux juridictions militaires, élargissant même celle-ci à des cas non prévus par la loi de 1955⁶⁴³. Non seulement les dispositions de la loi du 16 mars 1956, tant par leurs termes que par leur laconisme autorisaient le Gouvernement à agir en tous domaines, se montrant beaucoup plus larges quant à leur objet que ne l'avait jamais été celles de la loi de 1955 sur l'état d'urgence, mais en plus elles écartaient totalement le Parlement du contrôle de sa mise en application. La seule limite posée par la loi du 16 mars 1956 est celle de l'expiration des fonctions du Gouvernement au profit duquel elle a été votée. Pour qu'elle soit prorogée, le nouveau Gouvernement devra en demander au Parlement confirmation dans un délai de dix jours⁶⁴⁴. Par la suite, les pouvoirs spéciaux furent systématiquement reconduits au bénéfice des gouvernements successifs, de même que fut adjoint à la loi des 1956 des dispositions *ad hoc* destinées à prendre en compte les évolutions du conflit.

Ainsi, la loi du 26 juillet 1957 de reconduction de la loi de 1956 sur les pouvoirs spéciaux⁶⁴⁵ prévoyait-elle, en plus du renouvellement de ces derniers, la possibilité pour le ministre de l'Intérieur d'assigner à résidence toute personne ayant été condamnée sur le chef

⁶⁴⁰ Décret du 1^{er} décembre 1955 portant dissolution de l'Assemblée nationale (JO du 2, p. 11675).

⁶⁴¹ Loi n° 56-258 du 16 mars 1956 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 toute mesure exceptionnelle en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire (JO du 16, p. 2391)

⁶⁴² Uniquement en Algérie il est vrai et non en métropole

⁶⁴³ Décret n° 56-268 et décret n° 56-269 du 16 mars 1956 (JO du 19, p. 2656).

⁶⁴⁴ Art. 6 de la loi n° 56-258 préc.

⁶⁴⁵ Loi n° 57-832 du 26 juillet 1957 portant reconduction de la loi n° 56-258 du 16 mars 1956 autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre en Algérie... (JO du 26, p. 7458).

de certaines infractions limitativement énumérées⁶⁴⁶. Mais en plus et cela dans le but de réduire l'implantation des cinquièmes colonnes du FLN sur le territoire national⁶⁴⁷, ces dispositions législatives s'appliquaient cette fois à la métropole et il était expressément prévu pour révéler les infractions dont il était question la possibilité de procéder à des perquisitions domiciliaires, de jour comme de nuit, en métropole toujours⁶⁴⁸. Comme l'observait Jean Petot, « *la loi du 16 mars 1956 établit un régime qui, à un siècle de distance, rappelle l'ancienne "suspension de l'empire de la constitution". Si l'expression n'est pas utilisée, les effets sont semblables* »⁶⁴⁹.

Les lois ultérieures se contentèrent quant à elles de proroger l'application des dispositions des lois de 1956 et 1957⁶⁵⁰.

§2) Les événements de 1958 et la naissance de la V^e République

Prise dans l'écheveau inextricable des événements, des destinées individuelles et des aspirations collectives, otage de sa propre faiblesse, la IV^e République, inéluctablement, marchait vers sa fin. La crise du 13 mai 1958 fut pour le régime un échafaud (A). Mais la loi sur les pleins pouvoirs de 1958, en préparant la naissance de la V^e République, fut pour le pays une planche de salut (B).

⁶⁴⁶ Art. 2 de la loi n° 57-832préc. ; il s'agissait essentiellement d'infractions relatives à la possession d'armes, d'explosifs et à la constitution de milices privées.

⁶⁴⁷ A ce sujet, Patrice Brocas, rapporteur du projet de loi, indiquait : « *ce n'est pas à dire que votre commission, dans sa majorité, ait contesté la nécessité de principe d'augmenter les pouvoirs du Gouvernement. Elle a été extrêmement sensible au tableau que lui a fait M. le ministre de l'intérieur -qu'il dressera peut-être de nouveau devant l'Assemblée- du développement du terrorisme dans la métropole. Les attentats contre les personnes et les biens se multiplient et l'on arrive aujourd'hui à un total de plus de 250 attentats pour l'année en cours. Plus de 1.050 personnes ont été blessées. Quant aux auteurs de ces forfaits, ils utilisent aujourd'hui couramment les armes automatiques, voire les explosifs, et n'hésitent pas à s'attaquer aux forces de police. Il n'est pas exagéré de prétendre que, soumis à un véritable racket sous peine de mort, les travailleurs algériens vivent aujourd'hui dans la terreur et, de plus en plus fréquemment, l'indignation populaire se manifeste devant ces forfaits. C'était à Valenciennes l'autre jour, c'était hier à Paris, où plus de 5.000 ouvriers des usines S.I.M.C.A. se sont mis en grève pour protester contre l'impunité dont semblait jouir l'assassin d'un de leurs camarades nord-africains. Or, l'autorité publique ne se trouve pas suffisamment pourvue de moyens pour mettre fin à ce terrorisme, car il est extrêmement difficile de trouver des témoins qui acceptent de déposer en justice, tout témoin sachant qu'il court le risque d'être assassiné* » ; JOAN, 16 juillet 1957, p. 3641.

⁶⁴⁸ Art. 5 de la loi n° 57-832préc.

⁶⁴⁹ Jean Petot, « La résistance à l'oppression », *RDP*, 1958, p. 68.

⁶⁵⁰ Loi n° 57-1203 du 15 novembre 1957 portant reconduction de la loi n° 56-258 du 16 mars 1956 autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre en Algérie... (JO du 16, p. 10682) ; loi n° 58-496 du 22 mai 1958 portant reconduction de la loi n° 56-258... (JO du 23, p. 4846) ; loi n° 58-521 du 3 juin 1958 portant reconduction de la loi n° 56-258... (JO du 4, p. 5327) ; ordonnance n° 58-915 du 7 octobre 1958 abrogeant l'article 6 de la loi n° 56-258... (JO du 8, p. 9214).

A) Les crises de mai 1958

La crise du 13 mai 1958 comporta deux faces inséparables. La première, sans doute la plus connue parce qu'elle fut celle qui se présente le plus spontanément aux yeux de l'Histoire, fut celle des émeutes de rue du 13 mai 1958 (1). La deuxième quant à elle, partiellement dissimulée derrière la première, pris l'apparence d'une Révolution de palais (2).

1) Les émeutes de rue

Les tourments de l'année 1958, une nouvelle fois sur fond de guerre d'Algérie, allaient sonner le glas d'une trop faible IV^e République depuis déjà longtemps agonisante. Pouvant véritablement être qualifiées de crise, les circonstances présidant à la naissance de la V^e République allaient marquer durablement le devenir du futur régime, mais aussi accompagner de profondes mutations dans l'esprit de la mise en œuvre des régimes d'exception, tout au long du mouvement de transition institutionnelle.

La date du 13 mai 1958 marquait le début des événements immédiats qui entraînèrent la fin de la IV^e République⁶⁵¹. En 1958, celle-ci connaissait déjà son vingtième Président du Conseil. Durement éprouvée par la rigueur des lendemains de la seconde guerre mondiale, en proie à des divisions politiques irréductibles que son architecture institutionnelle ne pouvait canaliser, la IV^e République allait encore payer le prix de la crise de Suez, mais surtout, du bombardement aérien du village tunisien de Sakiet Sidi Youssef. En effet, l'Armée, lassée de voir les combattants du FLN organiser des attaques depuis des camps situés en territoire tunisien mais à proximité immédiate des départements d'Algérie, décidait de mettre en œuvre un droit de poursuite ; le bombardement aérien du 8 février fera près de 80 tués et 150 blessés. Mise en accusation sur la scène internationale et notamment devant les Nations-Unies, la France se trouve dans l'obligation de défendre sa position. Le gouvernement de Félix Gaillard, quant à lui, perd la confiance de l'Assemblée et démissionne le 15 avril. Il faudra attendre le 12 mai, après presque un mois de crise ministérielle, pour que l'Assemblée désigne comme Président du Conseil Pierre Pflimlin, réputé favorable à une solution négociée avec le FLN. Alors que l'investiture de ce nouveau gouvernement est prévue le 13 mai, les partisans de l'Algérie française organisent le même jour à Alger une gigantesque manifestation, officiellement pour saluer la mémoire de trois soldats prisonniers exécutés par le FLN.

Si une certaine obscurité règne encore aujourd'hui, non sur le déroulé des événements, mais sur les implications, parfois au plus haut niveau, de personnalités de premier plan, il

⁶⁵¹ Sur ces événements, v. Merry et Serge Bromberger, *Les 13 complots du 13 mai ou La délivrance de Gulliver*, Fayard, 1959.

suffira, pour une bonne compréhension des faits, de nous en tenir à ce que savait ou croyait en savoir le Gouvernement du moment. Cela sera suffisant pour éclairer son comportement, car en politique, comme le rappelait Talleyrand, « *ce qui est cru devient plus important que ce qui est vrai* »⁶⁵². Pierre Pflimlin s'exprimait devant l'Assemblée le 16 mai 1958, dans un discours dont de larges extraits méritent d'être cités, tant il synthétise les faits en même temps qu'il est révélateur du climat politique imprégnant les mentalités jusqu'au plus haut niveau de l'Etat :

« Mesdames, messieurs, l'Assemblée nationale connaît les événements qui depuis trois jours se déroulent en Algérie. Je les résume brièvement, car l'heure n'est pas aux longs discours. Le 13 mai, à Alger, une manifestation s'est produite qui a dégénéré en émeute. Les émeutiers ont pris d'assaut le siège du gouvernement général qu'ils ont saccagé. Dans les heures qui ont suivi, il a été constitué un organisme dit "Comité de salut public", comprenant certaines personnes qui semblent avoir une part, de responsabilité dans les événements que je viens d'évoquer. Le général Massu a accepté de présider ce comité. D'après les informations qui me sont parvenues, le général Massu aurait agi avec le souci d'éviter de nouveaux excès et contribuer au rétablissement de l'ordre en maintenant un lien avec les autorités légales. Sur les intentions véritables du général Massu, les éléments d'information dont je dispose ne me permettent pas encore de porter un jugement définitif. Le 13 mai, à une heure du matin, M. Félix Gaillard, qui exerçait encore les pouvoirs de président du conseil, a chargé télégraphiquement le général Salan, commandant supérieur interarmes, de maintenir l'ordre dans le département d'Alger et d'assurer la protection des personnes et des biens. Le général Massu s'est placé sous l'autorité du général Salan. Dans la nuit du 13 au 14 mai, immédiatement après le vote d'investiture, j'ai personnellement, par une communication téléphonique faite au général Salan, confirmé les instructions du président Gaillard. Le général Salan a accepté, à ce moment-là, la mission qui lui était confiée. Il a fait parvenir, dans la journée, un rapport écrit au ministre de la défense nationale. Les 14 et 15 mai, des événements semblables à ceux d'Alger se produisaient dans d'autres villes d'Algérie. (...) Les événements d'Algérie s'expliquent sans doute dans une large part par l'émotion qui s'est emparée des Français d'Algérie auxquels on a fait croire que le Gouvernement s'apprêtait à appliquer une politique d'abandon. Il s'agit là, vous le savez, d'une calomnie contre laquelle j'élève une protestation solennelle. La calomnie a été répandue par un certain nombre d'hommes qui, délibérément, systématiquement, ont entrepris de créer en Algérie un état d'insurrection contre le Gouvernement de la République. Certains de ces hommes sont venus

⁶⁵² Citation attribuée à Talleyrand.

de la métropole. Ces hommes qui, je tiens à le préciser, n'appartiennent pas à l'armée, semblent avoir préparé leur coup minutieusement pour des fins exclusivement politiques. Leur objectif était et demeure de créer simultanément une situation insurrectionnelle en Algérie et dans la métropole. Une information a été ouverte pour atteinte à la sûreté intérieure de l'Etat. Elle permettra, en premier lieu, d'établir les responsabilités des personnes qui, au nombre de quarante-huit, ont été arrêtées dans la nuit du 13 au 14 mai. Mais elle doit conduire aussi à découvrir toutes les ramifications de ce qu'il faut bien appeler un complot contre la République et l'ordre établi. (...) Mais il ne suffit pas, dans la crise dramatique où nous sommes engagés, de recourir aux moyens ordinaires de la défense de l'ordre public et de la répression. C'est pourquoi le Gouvernement dépose aujourd'hui sur le bureau de l'Assemblée nationale un projet de loi tendant à instituer l'état d'urgence, en demandant au Parlement d'en aborder sans désenquêter l'examen »⁶⁵³ (nous soulignons).

Bien plus qu'une simple et énième crise de gouvernement, les événements du 13 mai n'étaient que les prémisses de ce qui allait être une crise de régime : incapable d'assurer l'unité du pouvoir normatif sur l'ensemble du territoire (des centres d'impulsion politique concurrents s'étaient développés en Algérie), rejetée par une partie de la population et devant lutter contre ses propres institutions (une partie de l'armée ayant fait sécession), frappée en toutes les composantes constitutives d'un Etat selon la définition classique de Carré de Malberg, la IV^e République allait être emportée dans les tourments du mois de mai. Pour sauver l'Etat, il fallait sacrifier le régime.

2) La Révolution de palais

Le 16 mai 1958, l'état d'urgence était déclaré pour une durée de trois mois⁶⁵⁴, à une majorité des quatre cinquièmes à l'Assemblée nationale⁶⁵⁵ et des deux tiers au Conseil de la République⁶⁵⁶. Non seulement était emportée application de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, mais surtout, pour la première fois, il allait être appliqué à la métropole (qui jusqu'à alors n'avait connu que les « pouvoirs spéciaux » de la loi de 1956). Par un décret du même jour, la compétence juridictionnelle de « tous les crimes portant atteinte à la défense nationale » pouvait être transférée aux juridictions militaires⁶⁵⁷. Par dérogation, la loi précisait qu'il serait mis fin à l'état d'urgence en cas de changement de gouvernement. Ce modeste

⁶⁵³ JOAN n° 48, 17 mai 1958, p. 2364.

⁶⁵⁴ Loi n° 58-487 du 17 mai 1958 déclarant l'état d'urgence sur le territoire métropolitain (JO du 17, p. 4734).

⁶⁵⁵ 461 voix contre 114, JOAN n° 2, 16 mai 1958, p. 2381

⁶⁵⁶ 211 voix contre 94, JOCR n° 29, 16 mai 1958, p. 886

⁶⁵⁷ Décret n° 58-489 du 17 mai 1958 portant application de certaines dispositions de la loi instituant un état d'urgence (JO du 17, p. 4736).

changement ne possède toutefois pas d'un impact déterminant sur la prolongation potentielle de l'état d'urgence lui-même, puisqu'il était toujours loisible à un nouveau gouvernement de demander à nouveau la déclaration de l'état d'urgence plutôt que sa simple prolongation⁶⁵⁸. En réalité, cette loi possède une importance politique non négligeable : le 15 mai en effet, soit la veille du débat relatif à la déclaration de l'état d'urgence, le général De Gaulle, sortant d'un long silence de cinq ans⁶⁵⁹, se fendait par voie de presse depuis sa retraite de Colombey-les-Deux-Églises d'une déclaration lapidaire qui sera dans toutes les consciences et toutes les lèvres des parlementaires lors du vote⁶⁶⁰.

« La dégradation de l'État entraîne infailliblement l'éloignement des peuples associés, le trouble dans l'armée au combat, la dislocation nationale, la perte de l'indépendance. Depuis douze ans, la France, aux prises avec des problèmes trop rudes pour le régime des partis, est engagée dans ce processus désastreux. Naguère, le pays dans ses profondeurs m'a fait confiance pour le conduire tout entier jusqu'à son salut. Aujourd'hui, devant les épreuves qui montent de nouveau vers lui, qu'il sache que je me tiens prêt à assumer les pouvoirs de la République» (nous soulignons).

Le même jour, mais postérieurement à la déclaration de Charles De Gaulle, le général Salan faisait acclamer son nom depuis le balcon du Gouvernement général à Alger.

La lecture des débats parlementaires entourant la déclaration de l'état d'urgence ne laisse pas place au doute : si changement de gouvernement il devait y avoir, il se ferait au bénéfice du général De Gaulle. Conditionner la fin de l'état d'urgence à la nomination d'un nouveau gouvernement était donc loin d'être neutre puisqu'en faisant du second un objectif politique contingent au premier, cela permettait certes de faciliter la sortie de crise, mais surtout de la faciliter au profit du général De Gaulle. La suite des événements est connue et appartient au « roman national ». Le 19 mai, Charles De Gaulle organisait une conférence de presse à l'occasion de laquelle il précisait ses intentions et celles-ci étaient claires : il voulait tout à la fois la Présidence du Conseil et un changement de régime :

« Ce qui se passe en ce moment en Algérie par rapport à la Métropole et dans la Métropole par rapport à l'Algérie peut conduire à une crise nationale extrêmement grave.

⁶⁵⁸ En plus de cela, il faut encore se rappeler que l'état d'urgence se surajoute ici aux pouvoirs spéciaux de la loi de 1956, lesquels s'appliquent pour partie à la métropole et sont toujours en vigueur en 1958.

⁶⁵⁹ Le RPF avait été mis en sommeil en 1953.

⁶⁶⁰ La lecture des débats parlementaires atteste d'ailleurs que l'essentiel de ces derniers porta sur cette déclaration du général, plutôt que sur l'opportunité de déclarer l'état d'urgence ; ce que le résultat final du scrutin, tant devant l'Assemblée nationale que le Conseil de la République confirma.

Mais aussi, ce peut être le début d'une sorte de résurrection⁶⁶¹. Voilà pourquoi le moment m'a semblé venu où il pourrait m'être possible d'être utile encore une fois directement à la France. (...) Si les choses continuent de la façon dont elles sont engagées nous savons tous que le régime, tel qu'il est, pourra faire des programmes, manifester des intentions, exercer des efforts en sens divers, mais qu'il n'ira pas à des aboutissements. Nous risquerons que ces aboutissements nous soient un jour imposés du dehors, ce qui serait sans aucun doute la solution la plus désastreuse possible. (...) Si le peuple le veut, comme dans la précédente grande crise nationale, à la tête du gouvernement de la République française. »⁶⁶²

Interrogé sur la question de savoir ce qu'il entendait exactement par « être prêt à assumer les pouvoirs de la République », De Gaulle répondait simplement que « les pouvoirs de la République, quand on les assume, ce ne peut être que ceux qu'elle-même aura délégués ». Sur les modalités exactes de cette délégation, il ne s'embarrasse pas d'un excès de légalisme : « si De Gaulle était amené à se voir déléguer des pouvoirs exceptionnels, pour une tâche exceptionnelle, dans un moment exceptionnel, cela ne pourrait évidemment se faire suivant la procédure et les rites habituels, tellement habituels que tout le monde en est excédé. Il faudrait adopter une procédure, elle aussi, exceptionnelle. Pour l'investiture de l'Assemblée nationale par exemple. Mais, vous le savez, quand les événements parlent très fort et qu'on est d'accord sur le fond, les procédures comportent une flexibilité considérable. Toute mon action publique est là pour le prouver (souligné par nos soins). Le cas échéant, je ferais connaître à qui de droit quelle procédure serait, à mon avis, la meilleure ».

Quant aux actions de l'armée en Algérie, très loin de les condamner, il les approuve, les soutient et le fait savoir : « en Algérie, il y a une population qui, depuis des années, est dans la guerre, les meurtres, les attentats. Cette population constate que le système établi à Paris ne peut pas résoudre ses problèmes. Bien plus ! Elle a vu ce système s'orienter récemment vers les offices de l'étranger. Elle a entendu l'homme, qui est d'ailleurs mon ami, et qui se trouvait à ce moment-là ministre de l'Algérie, déclarer publiquement : "Nous allons à un Dien-Bien-Phu diplomatique !" Elle voit à Paris les crises succéder aux crises, l'impuissance à l'impuissance, les mêmes représentants des mêmes partis se mélanger indéfiniment dans les mêmes postes ministériels, sans qu'il en sorte jamais rien de net, de

⁶⁶¹ Le terme n'aurait pu être mieux choisi et son emploi ne doit peut être rien au hasard : la crise du 13 mai 1958 allait bientôt entrer dans une nouvelle phase, avec l'ouverture d'un volet militaire cette fois. Volet dont le nom de code bruissait sur de nombreuses lèvres, l'« Opération Résurrection ».

⁶⁶² www.charles-de-gaulle.org/pages/espace-pedagogique/le-point-sur/les-textes-a-connaître/conference-de-presse-du-19-mai-1958.php ; dernière consultation le 30 octobre 2015.

précis, d'efficace. Comment veut-on, qu'à la longue, cette population ne se soulève pas ? Comment n'irait-elle pas chercher ailleurs que dans des combinaisons parlementaires un recours à ses malheurs ? C'est, fatalement, ce qui s'est produit. (...) Dans ces conditions, l'Armée, qui constatait cette immense émotion populaire, l'Armée a jugé de son devoir d'empêcher que le désordre s'établisse. Elle l'a fait et elle a bien fait. [...]. Je comprends donc très bien l'attitude et l'action du commandement militaire en Algérie et je souhaite, dans l'intérêt national, que l'Armée reste cohérente, unie, élément exemplaire en un temps où il n'y en a guère.(...) Ce qu'il y a de mieux à faire et même la seule chose à faire, c'est ce qui doit empêcher que l'Algérie s'écarte de la France, ce qu'elle ne veut absolument pas et la France non plus. Quant à l'Armée, qui est normalement l'instrument de l'État, il convient qu'elle le demeure. Mais encore faut-il qu'il y ait un État. Je n'ai pas besoin d'en dire plus pour expliquer les raisons pour lesquelles j'offre une solution. Mais je crois qu'il faut se hâter d'en décider, parce que les choses et les esprits vont vite ».

Devant ce qui constitue des menaces à peine voilées, la classe politiques s'inquiète et ses inquiétudes s'avèreront fondées : le 24 mai, les parachutistes d'Alger prennent d'assaut la Corse qui passera le 26 sous contrôle de ceux qu'il faut désormais bien appeler les putschistes⁶⁶³. Mais la prise de la Corse, sans qu'un coup de feu ne soit tiré, d'une valeur stratégique nulle, n'était qu'un coup de semonce et un message à l'adresse des réfractaires : ce qui a été fait à Ajaccio hier pourrait demain être répliqué sur Paris. Dans la nuit du 27 au 28 mai, Pflimlin rencontre discrètement De Gaulle et s'y rallie sans enthousiasme, donnant sa démission dans la journée. Le même jour, René Coty, Président de la République et à ce titre gardien de la Constitution, inquiet des intentions du général, organise une rencontre secrète entre celui-ci et les Présidents des chambres, André Le Troquer et Gaston Monnerville. Le 29 mai, prenant acte du rapport qui lui est fait sur l'entretien du 28, René Coty demande à l'Assemblée nationale dans un discours resté célèbre d'investir le général De Gaulle, « *le plus illustre des français* » dans les fonctions de chef du Gouvernement et menace de démissionner en cas de refus⁶⁶⁴. Le message est simple : ce sera De Gaulle ou le chaos. Désormais, la crise de mai 1958 n'est plus seulement une crise de gouvernement, mais une crise de régime⁶⁶⁵.

⁶⁶³ Une grande obscurité règne encore aujourd'hui sur l'identité et les responsabilités des divers protagonistes de cette opération. Il sera simplement ici relevé qu'il faut une sérieuse dose de naïveté pour penser que le principal bénéficiaire ait pu être totalement ignorant de son existence.

⁶⁶⁴ « *Je vous l'ai redit dans mon message inaugural. J'ai, depuis lors, dans la plupart de mes discours publics, répété que parmi toutes les vraies Démocraties, la République française est, d'une part, celle qui est assaillie par les problèmes les plus redoutables, et d'autre part, celle dont les Gouvernements sont le plus fragiles et, par conséquent, le plus débiles. (...) Quatre ans et demi auront bientôt passé, sans que mes appels de plus en plus instants soient suivis d'effet. L'Etat n'a cessé de se désagréger. Nous voici maintenant au bord de la guerre civile (...) Dans le péril de la Patrie et de la République, je me suis tourné vers le plus illustre des Français, vers celui*

B) Les pleins pouvoirs de juin 1958

La phase la plus importante de la crise est passée et il ne reste plus maintenant à l'Histoire qu'à avancer sur le chemin que les hommes lui ont tracé. De Gaulle sera investi et se servira de la loi sur les pleins pouvoirs de 1958 pour conforter sa position (1). Son arrivée au pouvoir correspondra à l'aboutissement du processus de crise initié en mai 1958 et sera annonciatrice de l'avènement d'un nouveau régime (2).

1) L'investiture du Gouvernement

Le 1^{er} juin 1958, Charles De Gaulle était investi dans les fonctions de Président du Conseil à la confortable majorité de 329 voix contre 224⁶⁶⁶. Le lendemain même, il obtenait la reconduction de la loi du 16 mars 1956 relative aux pouvoirs spéciaux en Algérie⁶⁶⁷. Surtout il recevait des mains de l'Assemblée les pleins pouvoirs pour une durée de six mois⁶⁶⁸ en même temps qu'il parvenait à obtenir la révision de l'article 90 de la Constitution de 1946⁶⁶⁹, initiant ainsi la procédure d'élaboration de la future V^e République⁶⁷⁰. Une République déjà placée

qui, aux années les plus sombres de notre histoire, fut notre chef pour la reconquête de la liberté et qui, ayant réalisé autour de lui l'unanimité nationale, refusa la dictature pour établir la République. (...) Je demande au Général de Gaulle de bien vouloir venir conférer avec le Chef de l'Etat et d'examiner avec lui ce qui, dans le cadre de la légalité Républicaine, est immédiatement nécessaire à un gouvernement de Salut National, et ce qui pourra, à une échéance plus ou moins proche, être fait ensuite pour une réforme profonde de nos institutions ». Message du Président de la République au Parlement, annexe du JOCR n° 468 de la séance du 29 mai 1958 (pas de pagination).

⁶⁶⁵ S'interrogeant sur la question de savoir si les événements de mai 1958 pouvaient être qualifiés de « coup d'état », Stéphane Caporal observait : « En juin 1958, il y a incontestablement des menées pour faire accéder De Gaulle à la présidence du Conseil, l'intention non dissimulée de mettre fin au régime et le vote d'une loi constitutionnelle dérogatoire à la procédure de révision en faveur du gouvernement De Gaulle. Cependant, la dérogation est transitoire, les principes du projet de révision énoncés précisément. Le texte prévoit l'intervention d'un organisme qui ne dépend pas entièrement du gouvernement (Le comité consultatif constitutionnel) et, surtout, la promesse de référendum sera tenue dans les mois qui suivent. On ne peut avancer avec certitude qu'il s'agit bien d'un coup d'état, même si celui-ci n'est visiblement pas loin ». Stéphane Caporal, « Coup d'Etat et Constitution », in *Le coup d'Etat, recours à la force ou dernier mot du politique* ?éd. François-Xavier. de Guibert, 2007, pp. 261-279 (p. 268). Sur cette question, v. également : François Saint-Bonnet, « Technique juridique du coup d'Etat », in Frédéric Bluche (dir.), *Le peuple, le prince et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, PUF, coll. « Léviathan », 2000, pp. 123-160.

⁶⁶⁶ JOAN n° 55, lundi 2 juin 1958, p. 2592.

⁶⁶⁷ Par 334 voix contre 200 devant l'Assemblée (JOAN n° 55, lundi 2 juin 1958, p. 2609) et 267 voix contre 24 devant le Conseil de la République (JOCR n° 38, mardi 3 juin 1958, p. 951). Relevons que le 22 mai déjà, sentant sa fin proche, le Gouvernement Pflimlin avait demandé prorogation des pouvoirs spéciaux en Algérie : loi n° 58-496 du 22 mai 1958 portant reconduction de la loi n° 56-258 du 16 mars 1956... (JO du 23, p. 4846).

⁶⁶⁸ Loi n° 58-520 du 3 juin 1958 relative aux pleins pouvoirs (JO du 4, p. 5327). La loi est adoptée par 319 voix contre 23 devant l'Assemblée nationale (JOAN n° 56, mardi 3 juin 1958, p. 2633) et par 247 contre 47 devant le Conseil de la République (JOCR n° 38, mardi 3 juin 1958, p. 952).

⁶⁶⁹ Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution (JO du 4, p. 5326). Adoptée largement, par 350 voix contre 161 devant l'Assemblée nationale (JOAN n° 56, lundi 3 juin 1958, p. 2639) et par 256 voix contre 30 devant le Conseil de la République (JOCR n° 39, mercredi 4 juin 1958, p. 959), la loi fixait la procédure de rédaction de la nouvelle Constitution en même temps qu'elle fixait quelques principes auxquels le futur régime ne pourrait déroger.

⁶⁷⁰ A cette occasion, le général De Gaulle trouva dressé contre lui le brillant Jean-Louis Tixier-Vignancour (futur avocat de la défense du général Salan), lequel déclara à l'Assemblée lors d'une passe d'arme restée célèbre

sous le signe de l'exception, puisque la loi de révision constitutionnelle elle-même dérogeait à la procédure prévue par la Constitution de 1946... L'histoire de la genèse de la V^{ème} République allait dès lors se confondre avec celle des pleins pouvoirs⁶⁷¹.

Dans son unique article, la loi n° 58-520 du 3 juin 1958⁶⁷² dispose que : « *pendant une durée de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement de la République investi le 1^{er} juin 1958, prendra par décrets, dénommés ordonnances, les dispositions jugées nécessaires au redressement de la nation, qui pourront notamment abroger, modifier ou remplacer les dispositions législatives en vigueur.*

Ces décrets ne pourront porter ni sur les matières réservées à la loi par la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du préambule de la Constitution de 1946 et de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, ni sur l'exercice des libertés publiques et syndicales, ni sur la détermination des crimes et délits, la détermination des peines qui leur sont applicables, la procédure criminelle, ni sur l'aménagement des garanties fondamentales accordées aux citoyens, ni sur la législation électorale.

Ils seront pris après avis du conseil d'Etat.

En cas d'urgence et d'impossibilité de réunion immédiate du conseil des ministres, spécialement constatée par le texte du décret, celui-ci peut être publié et exécuté avant d'être soumis, après avis du conseil d'Etat, au conseil des ministres. Dans ce cas, le conseil des ministres statue à sa plus prochaine réunion.

Les décrets entreront en vigueur par leur publication au Journal officiel.

A l'expiration du délai prévu à l'alinéa premier, ils seront déposés sur le Bureau de l'Assemblée nationale à fin de ratification ».

Préfigurant tant dans leur nom que dans leur mécanisme de mise en œuvre les ordonnances du futur article 38 de la Constitution de la V^e République⁶⁷³, la pratique des décrets « *dénommés ordonnances* » de la loi sur les pleins pouvoirs du 3 juin 1958 allait aussi être annonciatrice des mêmes travers. Il est en effet indiqué dans la loi que les décrets dénommés ordonnances entreront en vigueur par leur publication au Journal officiel et qu'ils

« *vous m'excuserez de penser que jamais je n'aurais pu croire que deux fois dans mon existence on me demanderait de déléguer la fraction de pouvoir constituant que je détenais et -qui mieux est- jamais je n'aurais pu envisager que, pour la deuxième fois, celui qui me le demanderait serait celui-là même qui m'avait puni pour avoir accordé une première fois cette délégation* » ; Jean-Louis Tixier-Vignancour avait en effet été condamné à dix années d'inéligibilité pour avoir voté les pleins pouvoirs au Maréchal Pétain (seule son opposition à Vichy et aux Allemands lui ont permis d'obtenir une ordonnance de non-lieu du Tribunal militaire de Paris en 1945), JOAN n° 56, lundi 3 juin 1958, p. 2619.

⁶⁷¹ Sur ceux-ci, v. Georges Berlia, « La crise constitutionnelle de mai-juin 1958 », *RDP*, 1958, pp. 919-929.

⁶⁷² Loi n° 58-520 du 3 juin 1958 préc.

⁶⁷³ Les similitudes entre l'article 38 de la Constitution de la V^e République et les décrets dénommés ordonnances de la loi n° 58-520 du 3 juin 1958 se retrouvent jusque dans la rédaction du texte !

devront être déposés sur le Bureau de l'Assemblée nationale à l'expiration du délai d'habilitation pour y être ratifiés. Or, tout comme pour les futures ordonnances de l'article 38⁶⁷⁴, très peu d'entre eux l'ont effectivement été... Le Gouvernement ayant choisi de contourner l'obstacle qu'aurait pu représenter le Parlement en préférant les ratifier par la voie des ordonnances de l'article 92 de la Constitution de la V^{ème} République⁶⁷⁵ (lesquelles sont donc dans une parfaite logique intitulées « *ordonnance de ratification d'ordonnances* »⁶⁷⁶).

En plus de cet artifice de procédure se traduisant par une déposition complète du peu de prérogatives que conservait l'Assemblée nationale dans le contrôle de la mise en œuvre des ordonnances⁶⁷⁷, il est à relever que la quasi-intégralité des limitations apportées par la loi du 3 juin 1958 au champ d'application des décrets-ordonnances sont peu ou prou dépourvues d'intérêt. La IV^e République est en train de vivre ses derniers instants, aussi l'interdiction de prendre par décret-ordonnance des mesures dans des « *matières réservées à la loi par la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du préambule de la Constitution de 1946* » sera bientôt sans objet. Il en va de même de l'interdiction de prendre par décret-ordonnance des mesures portant sur la législation électorale, qui sera forcément modifiée par l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution.

Demeure toutefois l'interdiction centrale de prendre des mesures portant sur l'exercice des libertés publiques et syndicales⁶⁷⁸ et surtout sur la détermination des crimes, délits et des peines qui leurs sont associées. La crainte des parlementaires s'était en effet cristallisée autour de cette question et de la perspective de la création potentielle de juridictions d'exception. Relevons enfin qu'initialement, le projet de loi du Gouvernement présenté à la commission des lois constitutionnelles ne prévoyait que le respect par les décrets-ordonnances des

⁶⁷⁴ Dans leur régime antérieur à la révision du 23 juillet 2008, laquelle exige désormais une ratification expresse des dites ordonnances.

⁶⁷⁵ « *Les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions et, jusqu'à cette mise en place, au fonctionnement des pouvoirs publics seront prises en conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat, par ordonnance ayant force de loi. Pendant le délai prévu à l'alinéa 1^{er} de l'article 91, le Gouvernement est autorisé à fixer par ordonnances ayant force de loi et prises en la même forme le régime électoral des assemblées prévues par la Constitution. Pendant le même délai et dans les mêmes conditions, le Gouvernement pourra également prendre en toutes matières les mesures qu'il jugera nécessaires à la vie de la nation, à la protection des citoyens ou à la sauvegarde des libertés. La présente loi sera exécutée comme Constitution de la République et de la Communauté* ».

⁶⁷⁶ A titre d'exemple, v. not. ordonnance n° 58-1171 du 5 décembre 1958 ratifiant des ordonnances prises en application de la loi n° 58-520 du 3 juin 1958 (JO du 9, p. 11032).

⁶⁷⁷ La caducité des décrets-ordonnances dans l'hypothèse où ces derniers n'auraient pas été déposés à temps au Bureau de l'Assemblée nationale n'est pas expressément prévue dans le texte, contrairement à celle des ordonnances de l'article 38.

⁶⁷⁸ Il existe une jurisprudence riche en la matière.

« *libertés publiques fondamentales* », formule estimée par trop générale et qui fut remplacée par celle que nous connaissons⁶⁷⁹.

Relevons encore que, pour la première fois dans un dispositif d'exception, est prévue la possibilité de prendre une mesure en cas d'urgence ou d'impossibilité de rassembler le Conseil des ministres avant sa réunion. Autrement dit, le décret-ordonnance peut être adopté par le Premier ministre seul et sans en aviser préalablement qui que ce soit. Sans qu'il faille prêter à ce point plus d'importance qu'il n'en mérite, il est néanmoins révélateur de la conception que Charles De Gaulle se faisait de l'exercice du pouvoir et de la place qu'il y réservait à sa personne.

2) L'institution d'un régime

L'ensemble du cycle initié par la guerre d'Algérie et poursuivi par les événements du 13 mai 1958 n'a été au final qu'un immense et inexorable mouvement de dépossession des prérogatives du Parlement. Initié tout d'abord par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, celui-ci avait le mérite de laisser entre les mains de la représentation nationale un pouvoir de contrôle et d'encadrement tant au stade du déclenchement de l'état d'urgence, qu'à celui de sa mise en œuvre. Il incombait au Parlement de fixer des limites spatiales, temporelles, mais aussi de degré dans son exercice, *via* le choix qui lui était offert d'appliquer ou non les dispositions de l'article 11. De même, il pouvait y mettre fin à tout moment en poussant le Gouvernement à la démission. Enfin, il est à relever que bien que conférant des pouvoirs d'exception au pouvoir exécutif, la loi de 1955 n'en fixe pas moins un cadre d'action à celui-ci.

Tel n'est plus le cas à partir de l'adoption de la loi n° 56-258 relative à la mise en œuvre des pouvoirs spéciaux en Algérie, laquelle confère non seulement une plénitude de compétence au pouvoir exécutif, mais en plus interdit désormais au Parlement de se prononcer lors de la mise en place du dispositif sur le niveau d'atteinte aux libertés publiques qu'ils sont prêt à concéder au regard du niveau auquel elles sont usuellement protégées par le droit commun. Le rôle du Parlement est en effet réduit à celui de déclencheur du dispositif des pouvoirs spéciaux, ne pouvant agir sur le gradient des prérogatives conférées au pouvoir exécutif et ne pouvant agir que de manière marginale sur la durée de mise en œuvre des pouvoirs spéciaux en poussant le Gouvernement en place à la démission, le droit de recourir aux pouvoirs spéciaux étant donné par le Parlement jusqu'à expiration des fonctions du

⁶⁷⁹ V. les mots de Pierre-Henri Teitgen, rapporteur du projet de loi : JOAN n° 56, mardi 3 juin 1958, p. 2612.

Gouvernement. Quant aux limites fixées par la loi n° 58-520 du 3 juin 1958 sur les pleins pouvoirs (et donc par le vote du Parlement), elles ont été de nul effet en raison de la mise en place de la V^e République, laquelle les contournait toutes. Il en va de même du droit de regard que possédaient les parlementaires sur la mise en œuvre des décrets-ordonnances *via* la procédure de ratification, tout simplement emportée par la naissance de la V^e République et l'apparition concomitante des ordonnances de l'article 92.

La tentation est grande de vouloir étudier chaque dispositif indépendamment l'un de l'autre, au prisme d'une typologie artificielle des régimes d'exception et sous un angle purement juridique. Or, comme cela vient d'être montré, la construction des différents régimes d'exception s'est faite par sédimentation, chacun s'inscrivant dans la continuité du précédent (leur mise en œuvre dans le temps allant même parfois jusqu'à se superposer) et doit par conséquent être vue comme un tout dont la valeur est supérieure à l'addition de chacune des parties qui le compose, inséparable des circonstances l'ayant vu naître.

La V^e République apparaît alors comme l'aboutissement logique de la dépossession graduelle des prérogatives du Parlement à laquelle la mise en place des différents régimes d'exception a contribué. Fruit des circonstances de crise pendant lesquelles elle a été forgée, construite tout entière contre les errements de la IV^e République sous forme de décalque négatif de cette dernière, trempée à l'école du courant de la « réforme de l'Etat » et vivifiée par l'esprit que De Gaulle voulait donner aux nouvelles institutions, la constitution de la V^e République sera, même dans sa version initiale, un « *florilège de l'antiparlementarisme* »⁶⁸⁰. Se présentant dans sa lettre comme un régime parlementaire moniste hyper-rationnalisé⁶⁸¹, la nouvelle République verra son destin marqué dès sa naissance et sa pratique par le général De Gaulle articulera tout son fonctionnement autour de la personne du Chef de l'Etat⁶⁸², le

⁶⁸⁰ L'expression est de Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel*, 32^e éd., Sirey, 2015, p. 407.

⁶⁸¹ Michel Debré est très clair là-dessus, lorsqu'il présente les institutions du futur régime devant le Conseil d'Etat dans son discours le 27 août 1958 : « *Pas de régime conventionnel, pas de régime présidentiel : la voie devant nous est étroite, c'est celle du régime parlementaire. A la confusion des pouvoirs dans une seule assemblée, à la stricte séparation des pouvoirs avec priorité au chef de l'Etat, il convient de préférer la collaboration des pouvoirs : un chef de l'Etat et un Parlement séparés, encadrant un Gouvernement issu du premier et responsable devant le second, entre eux un partage des attributions donnant à chacun une semblable importance dans la marche de l'Etat et assurant les moyens de résoudre les conflits qui sont, dans tout système démocratique, la rançon de la liberté* » (nous soulignons).

⁶⁸² Sur les mutations récentes de l'exécutif, v. Stéphane Caporal, « La primoministéralisation de la fonction présidentielle », *Politeia*, n° 23, *La fonction présidentielle sous le quinquennat Sarkozy*, n°23, 2013, pp. 287-296. Sur certains aspects de la présidentialisation du régime, v. Philippe Blachère, « Les pouvoirs discrétionnaires du chef de l'Etat, source de la présidentialisation du régime », *LPA*, NS, *Les 50 ans de la V^e République*, 10 juillet 2008, pp.5-15.

Premier ministre devenant le fidèle exécutant des volontés du Président⁶⁸³. Le Parlement, déchu de la gloire passée, étant ravalé au rang de parent pauvre des institutions.

Par la naissance de la V^e République, la représentation nationale a payé son incapacité au prix fort du rôle central et incontournable qu'elle occupait dans les régimes antérieurs.

Section 2 : Le recours à des régimes de crise pour un changement de régime

Née sous l'impulsion de circonstances de crise et pour y remédier, la V^e République allait très tôt apporter la démonstration des qualités dont l'avaient parée les rudesses de l'environnement l'ayant engendrée. Véritable antithèse de la IV^e République, conçue pour durer dans le temps et tenir sous le choc, la Constitution de la V^e République, en plus de refonder l'architecture générale du régime, prévoyait nombre de mécanismes de stabilisation intérieure, qui à différents degrés étaient destinés à permettre une reprise en main du régime. Si certains de ces mécanismes méritent pleinement le nom de dispositif de crise (comme l'article 16 dont il sera question plus bas), d'autres en revanche n'étaient originellement destinés qu'à être de simples procédés de rationalisation du parlementarisme, comme il en existe dans tous les régimes contemporains. Signe de l'efficacité du régime au regard du but dans lequel il avait été instauré et de son aptitude à plier sans rompre, la pression des circonstances contribua à surajouter à l'un d'entre eux une pratique que ni la lettre ni l'esprit de la Constitution ne semblaient lui réserver.

Ce fut en effet une crise encore qui permit l'étonnante utilisation de l'article 38 de la Constitution pour, à nouveau, élaborer une législation d'exception, alors qu'il ne s'agissait à l'origine que d'un mécanisme de rationalisation du parlementarisme (§1). Ce fut une crise toujours qui obligea à recourir aux pouvoirs exceptionnels du contesté article 16, qui n'offrait rien d'autre que la possibilité d'instaurer une dictature légale. Quoique le recours à cet article ne soit que très normal au regard de sa destination, nous verrons toutefois qu'à nouveau, le régime semble être allé beaucoup plus loin que ce que la Constitution ne lui autorisait (§2).

§1) L'utilisation exceptionnelle des pouvoirs ordinaires de l'article 38

L'article 38 est une curiosité en tant que telle, puisqu'il constitutionnalisait la pratique antérieurement expressément interdite des délégations législatives ; le gouvernement allait en faire un usage plus curieux encore : il allait s'arroger des pouvoirs d'exception en adoptant une série d'ordonnances sur la base d'une loi d'habilitation (A). A l'occasion de cette

⁶⁸³ Hors les périodes d'anomalie politique que furent les cohabitations.

étonnante utilisation, il parvenait également à se conférer des prérogatives que le Parlement n'avait jamais entendu lui donner, puisqu'il allait modifier à son profit et par une ordonnance de l'article 38, les modalités de déclenchement de l'état d'urgence (B).

A) Le recours détourné à l'article 38

Si la conception originelle que se faisaient les constituants de la possibilité de recourir aux dispositions de l'article 38 n'apparaît pas soulever d'objections autres que doctrinales (1), la première utilisation qui en fut faite apparaît avoir été tout à fait contraire à l'esprit ayant présidé à son élaboration, puisqu'elle porta sur l'adoption d'une loi de pleins pouvoirs (2).

1) Les causes de l'institution de l'article 38

La naissance de la V^e République a profondément modifié l'équilibre général des institutions. Désormais relégué au second plan, le Parlement n'est plus le seul à bénéficier d'une réelle légitimité démocratique. Bien que toujours élu au suffrage universel direct, il est désormais concurrencé par le Président de la République, encore élu il est vrai au scrutin indirect⁶⁸⁴. Sa légitimité est donc presque équivalente à celle du Parlement de par le verbe de la Constitution et lui est très supérieure de par la force des circonstances, la venue (réclamée) au pouvoir du général De Gaulle étant perçue tout à la fois comme une solution à la crise de mai 1958 mais également aux errements de la IV^e République, qui ne sont rien d'autre que ceux du seul Parlement. Régime théoriquement primo-ministériel, le chef du gouvernement possède avec ses fonctions les moyens de la puissance puisqu'il dispose à travers les dispositions de la nouvelle Constitution d'une formidable machine à contraindre les Chambres à l'obéissance. Pour la première fois de son histoire, le Parlement voit le champ de ses compétences encadré par la distinction entre domaine de la loi et du règlement, quand il disposait autrefois d'une plénitude de compétence en la matière⁶⁸⁵. Le Gouvernement devient l'autorité normative de droit commun, le Parlement ne possédant qu'une compétence d'attribution. Mieux encore pour le Gouvernement, celui-ci possède la faculté de sortir de son

⁶⁸⁴ Il est alors élu par un collège de grands électeurs issus essentiellement des instances représentatives des collectivités territoriales : art. 6 de la Constitution de 1958 dans sa rédaction initiale. Notons qu'il s'agit sensiblement du même collège électoral que celui en charge de l'élection des sénateurs, ce qui explique notamment pourquoi le Président du Sénat doit assurer l'intérim de la présidence en cas de vacance du pouvoir.

⁶⁸⁵ La pratique apportera toutefois un démenti à ce que pouvait laisser penser une lecture trop rigoriste des dispositions des articles 34 et 37 de la Constitution, la limite qu'ils traçaient entre domaine de la loi et du règlement s'avérant largement perméable, tant par le jeu de la pratique institutionnelle de la V^e République que par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

champ de compétences pour s’immiscer dans le domaine relevant ordinairement du Parlement, avec l’accord de ce dernier il est vrai, au moyen de l’article 38⁶⁸⁶.

La première utilisation qui fut faite de l’article 38 a de quoi étonner tant elle apparaît contraire à l’esprit qui fut celui du Constituant de 1958 qui n’avait d’autre souci que celui de désengorger le Parlement d’activités par trop secondaires pour que la représentation nationale s’y penche et même contraire à l’usage naguère fait des décrets-lois⁶⁸⁷. Ce furent une nouvelle fois les événements liés à la guerre d’Algérie qui mirent à l’épreuve les institutions.

2) L’article 38 et l’adoption d’une loi de pleins pouvoirs

Le 22 janvier 1960, à la suite de la publication dans le journal allemand *Süddeutsche Zeitung*, de propos du général Massu critiquant vertement la politique menée par le général De Gaulle en Algérie, celui-ci est relevé de son commandement⁶⁸⁸. Pour protester contre son éviction et dans l’espoir de créer un mouvement analogue à celui du 13 mai 1958, les partisans de l’Algérie française organisent, le 24 janvier 1960, de gigantesques manifestations, qui rapidement tourneront à l’émeute. Alger se couvre de barricades tandis que le quartier des Facultés se transforme en forteresse. L’insurrection durera jusqu’au 1^{er} février et restera dans l’Histoire sous le nom de « semaine des barricades » et comme la première crise qu’eut à traverser la jeune République. A son issue et craignant d’avoir à l’avenir à affronter à nouveau une situation semblable, le Gouvernement se tourna une nouvelle fois vers le Parlement pour en demander et obtenir encore une extension de ses prérogatives. Mais cela intervint cette fois-ci, non pas par l’entremise d’une loi au sens étroit du terme, comme avait pu l’être la loi n° 56-258 relative à la mise en œuvre des pouvoirs spéciaux en Algérie, mais par le secours d’une loi d’habilitation telle que prévue par l’article 38, l’autorisant à prendre des décisions par ordonnance.

⁶⁸⁶ Par celui-ci, il est permis au Gouvernement de légiférer par voie d’ordonnance sur habilitation législative ; la Constitution de 1958 est la première à conférer un statut constitutionnel à la pratique de ce que les régimes précédents appelaient décrets-lois ou lois cadres. V. Bernard Saugey, rapport d’information n° 266, Sénat, 30 avril 2003, pp. 23-24.

⁶⁸⁷ Pour s’en imprégner, le mieux reste encore de se remémorer les propos de Michel Debré dans son discours de présentation des nouvelles institutions du 27 août 1958 devant l’Assemblée générale du Conseil d’Etat : « L’article où l’on a tenté de définir le domaine de la loi est de ceux qui ont provoqué le plus d’étonnement. Cette réaction est surprenante. Du point de vue des principes, la définition est normale et c’est la confusion de la loi, du règlement, voire de la mesure individuelle qui est une absurdité. Du point de vue des faits, notre système juridique était arrivé à un tel point de confusion et d’engorgement qu’un des efforts les plus constants, mais tenté en vain au cours des dernières années, était de "désencombrer" un ordre du jour parlementaire accablé par l’excès des lois passées depuis tant d’années en des domaines où le Parlement n’a pas normalement compétence législative. ».

⁶⁸⁸ Dans son discours du 16 septembre 1959, De Gaulle s’était en effet très clairement prononcé en faveur de l’autodétermination de l’Algérie et y traçait le champ des possibles.

Michel Debré, pour défendre le texte, excipait une nouvelle fois des nécessités du temps : *« un vieil Etat démocratique, où tous les mécanismes de l'Etat sont en quelque sorte enrobés dans de multiples textes législatifs qui sont autant de bandelettes à son action, ne peut, au milieu du XX^e siècle, faire face aisément ni aux entreprises lentes de démolition interne, ni aux entreprises momentanées de subversion totale. Trop d'obstacles sont mis aujourd'hui à l'action gouvernementale sur les structures et sur les hommes. Il faut donc pouvoir décider, décider vite, pouvoir imposer l'application de ses décisions. Voilà qui demande une délégation provisoire et exceptionnelle »*⁶⁸⁹.

Cette délégation sera accordée, puisque la loi n° 60-101 du 4 février 1960 autorisant le gouvernement à prendre par application de l'article 38 de la Constitution certaines mesures relatives au maintien de l'ordre, à la sauvegarde de l'Etat, à la pacification et à l'administration de l'Algérie sera adoptée⁶⁹⁰ aux écrasantes majorités de 449 voix contre 19 devant l'Assemblée nationale⁶⁹¹ et 226 voix contre 39 devant le Sénat⁶⁹². Il est à noter qu'il s'agit là du premier usage du mécanisme de l'article 38⁶⁹³, usage auquel le Constituant de 1958 ne l'avait pourtant pas destiné, la possibilité pour le Gouvernement de s'immiscer dans le champ de compétences du Parlement n'ayant jamais été envisagé comme autre chose que comme un instrument de rationalisation du parlementarisme⁶⁹⁴. De l'éventualité d'y recourir aux fins de produire des effets semblables à celle d'une loi de pleins pouvoirs, il n'a tout simplement jamais été question. C'est pourtant bien d'une loi de pleins pouvoirs dont il s'agit, ainsi que le rappelait Jean Foyer, rapporteur de la commission des lois⁶⁹⁵. Mais ce n'est pas la seule originalité de ce nouveau dispositif d'exception, dont les dispositions doivent être rappelées dans leur intégralité :

« Art. 1^{er} : Sous la signature du général de Gaulle, Président de la République, conformément à l'article 13 de la Constitution, le Gouvernement actuellement en fonction est autorisé à prendre par ordonnances, dans les conditions prévues aux alinéas 2 et 3 de l'article 38 de la Constitution, les mesures comprises normalement dans le domaine de la loi et nécessaires pour assurer le maintien de l'ordre, la sauvegarde de l'Etat et de la Constitution, la pacification et l'administration de l'Algérie.

⁶⁸⁹ JOAN n°3, 3 février 1960, p. 116.

⁶⁹⁰ Loi n° 60-101 du 4 février 1960 autorisant le Gouvernement... (JO du 5, p. 1178).

⁶⁹¹ JOAN n° 3, 3 février 1960, p. 147.

⁶⁹² JO Sénat n°2, 4 février 1960, p. 43.

⁶⁹³ JOAN n°3, 3 février 1960, p. 118.

⁶⁹⁴ V. *L'écriture de la Constitution de 1958*, Didier Maus, Louis Favoreu et Jean-Luc Parodi (dir.), Economica et PU Aix-Marseille, 1992, pp. 556-562.

⁶⁹⁵ JOAN n°3, 3 février 1960, p. 118.

Art. 2 : L'autorisation prévue par l'article précédent est donnée pour une durée d'un an à dater du jour de la promulgation de la présente loi.

Art 3. Les projets de loi portant ratification des ordonnances prises en vertu de l'article 1^{er} ci-dessus devront être déposés devant le Parlement au plus tard le 1^{er} avril 1961.

Art. 4. Les dispositions de la présente loi seront caduques en cas de dissolution de l'Assemblée nationale ».

Assez classiquement, les pleins pouvoirs sont donnés au Gouvernement en fonction lors de l'adoption de la loi. De même, ces pleins pouvoirs lui seront retirés en cas de dissolution de la chambre. Mais plus singulier, il a été inscrit dans la loi sur un amendement de Coste-Floret que les ordonnances seront adoptées « *sous la signature du général De Gaulle* ». Cette précision superfétatoire, parce que les ordonnances doivent être forcément adoptées sous la signature du Président de la République, était destinée à attirer l'attention du public sur celui qui était le véritable bénéficiaire de cette loi d'exception⁶⁹⁶. Sur la décision de recourir à l'article 38 plutôt qu'à une autre disposition de la Constitution, Léo Hamon et Jean-Marie Cotteret observaient : « *reste que la procédure de l'article 38 aboutissant à renforcer, dans l'exécutif, le chef de l'état bien plus que le gouvernement, la distance diminue entre l'effet d'un recours à l'article 38 de la Constitution et celui d'un recours à l'article 16 : c'est le pouvoir du chef de l'état qui se trouve étendu dans les deux cas* »⁶⁹⁷.

Perçue à juste titre comme étonnante, cette utilisation de l'article 38 s'inscrit pourtant dans la continuité de certaines pratiques antérieures, nées sous la III^e République, justement à la faveur de circonstances de crise. C'est en effet la Première guerre mondiale et les nécessités induites par la conduite des opérations militaires qui ont participé à modifier durablement les rapports entre loi et règlement et par là même, entre Parlement et Gouvernement, sous un régime où le Parlement était tout puissant⁶⁹⁸. Après la guerre, ce fut l'interventionnisme économique qui conduisit le Parlement à perpétuer la pratique d'abandonner au Gouvernement le soin de décider. Et le Parlement renonce à cette tâche d'autant plus volontiers que la technicité des problèmes qu'il doit traiter et le poids des charges financières

⁶⁹⁶ Ce court échange entre Coste-Floret et le Premier ministre est à cet égard particulièrement éclairant : « *En effet, l'article 38 nous oblige à donner les pleins pouvoirs au Gouvernement. Mais nous serions nombreux à avoir au moins des scrupules d'ordre juridique, pour parler en parabole, si le général De Gaulle n'était pas à la tête de l'Etat et vous savez bien qu'en fait les pleins pouvoirs sont conditionnés par sa présence. Cela va sans dire. - M. le Premier ministre : Naturellement. - M. Paul Coste-Floret : Cela va peut-être encore mieux en le disant et c'est pourquoi nous l'avons placé en tête du texte, ce qui aura probablement un profond retentissement dans l'opinion publique* ». JOAN n° 3, 3 février 1960, p. 119.

⁶⁹⁷ Léo Hamon et Jean-Marie Cotteret, « Vie et droit parlementaires », RDP, 1960, pp. 649-658.

⁶⁹⁸ Sur la question du rôle du Parlement pendant la Première guerre mondiale, v. Bruno Dugeron « Le contrôle parlementaire de la guerre », *Jus Politicum*, n° 15, <http://juspoliticum.com/article/Le-controle-parlementaire-de-la-guerre-1061.html>

dont il est ici question lui permettent de reporter sur le Gouvernement la responsabilité des décisions. En parallèle des problématiques liées aux choix en matière d'interventionnisme économique, ressurgissent également celles liées à la guerre. Car la guerre se profile à l'horizon et tout le monde la pressent. Ainsi que l'observait Jean de Soto en 1958, immédiatement après l'adoption de la nouvelle constitution, *« c'est donc dans la confusion et toujours sous la pression des nécessités, avec la faillite menaçante et la guerre à l'arrière plan que le Parlement a élargi la compétence réglementaire du gouvernement et lui a même permis, ce qui était d'une constitutionnalité douteuse, pour le moins, de modifier des lois : en 1924, une première tentative a provoqué un renversement de majorité; en 1926, le nom d'un "ancien" insoupçonné, Poincaré, a couvert le scandale qui faisait cependant frémir les âmes républicaines et à partir de 1934, chaque année, sauf en 1936, a vu les "pleins pouvoirs" [souligné par nos soins] accordés au gouvernement suivant des formules de plus en plus larges et à la fin (1938 et 1939), c'est deux fois par an que les décrets lois sont autorisés. La procédure adoptée, le vague des formules utilisées faisaient nettement apparaître ces lois de pleins pouvoirs comme une démission du Parlement : les chambres sont déchues de leur puissance et déshonorées puisqu'elles n'osent affronter les grandes difficultés (en 1936, la procédure des lois-cadres a remplacé celle des décrets-lois. Mais en quelques mois le gouvernement du front populaire s'est converti aux décrets-lois). Ce qui est beaucoup plus grave, c'est que les chambres, qui se débarrassent temporairement de la fonction législative, sauf à protester contre les décrets lois souvent malvenus et mal rédigés publiés au journal officiel, perdent l'habitude de demander au gouvernement de préciser les grandes lignes de sa politique pour au moins orienter son travail et engager avec lui un dialogue au nom de l'opinion publique qu'elles prétendent représenter. Bientôt, elles abdiqueront entre les mains du Gouvernement de Vichy »*⁶⁹⁹. A propos de l'article 38, il concluait : *« C'est la constitutionnalisation des lois de pleins pouvoirs »*⁷⁰⁰.

B) Les mutations de l'état d'urgence sous l'empire de l'article 38

Les modifications du régime de l'état d'urgence sous l'empire de l'article 38 ont permis une véritable éviction du Parlement de la procédure de déclaration de l'état d'urgence (1), Parlement également évincé de la procédure de modification (2).

⁶⁹⁹ Jean de Soto, « La loi et le règlement dans la Constitution de 1958 », *RDP*, 1959, p. 255

⁷⁰⁰ *Ibid.* p. 287. Sur ce point, v. également Marcel Waline, « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la constitution de 1958 », *RDP*, 1959, pp. 699-717.

1) L'éviction du Parlement de la procédure de déclaration de l'état d'urgence

Bien que l'application de la loi ait été théoriquement limitée à un an dans sa durée, les parlementaires qui l'ont adoptée étaient loin de se douter que le Gouvernement allait trouver un moyen d'en pérenniser les acquis. C'est en effet à la faveur de cette loi que sera modifiée, par une ordonnance de l'article 38, la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence⁷⁰¹. Loin de se limiter à des modifications de degré, il s'agit là de véritables modifications de nature, celles-ci portant sur les modalités de déclaration et de prorogation de l'état d'urgence. Ainsi, l'état d'urgence sera désormais déclaré par décret en conseil des ministres et non plus par le vote d'une loi. Ce n'est qu'à l'issue d'un délai de 12 jours que le Parlement pourra se prononcer, par le vote d'une loi, sur la prolongation de l'état d'urgence et sur sa durée définitive. De même, alors qu'antérieurement la loi était déclarée caduque en cas de dissolution de l'Assemblée nationale, elle ne le sera plus désormais qu'après un délai de 15 jours francs à partir de la date de dissolution. Le délai de caducité de la loi en cas de dissolution de l'Assemblée nationale se voit donc aligné sur celui prévu en cas de vacances du pouvoir. C'est une véritable révolution juridique puisque pour la première fois sous la République depuis l'existence des régimes d'exception, le Gouvernement gagne son autonomie sur le Parlement dans le déclenchement de l'état d'urgence, Parlement à l'égard duquel il n'aura à rendre compte que douze jours après l'adoption des premières mesures. En cela, cette modification allait plus loin que le projet de loi originel et non modifié proposé par le Gouvernement lors de l'adoption de la loi de 1955. Roland Drago de noter : « *le projet gouvernemental, comme les projets antérieurs, prévoyait que l'état d'urgence était déclaré par la loi. Cependant, en dehors des sessions du Parlement, il pouvait être déclaré par décret pris en Conseil des ministres, les chambres se réunissant de plein droit pour se prononcer à son sujet dans un délai qui ne pouvait être supérieur à deux jours. Cette disposition s'inspirait de l'article 2 de la loi de 1878 ; elle prenait une signification importante du fait de la révision constitutionnelle de 1954. L'article 9 nouveau de la constitution ayant rétabli le décret de clôture, la possibilité offerte au gouvernement de décider l'état d'urgence aurait comporté les mêmes conséquences que la déclaration de l'état de siège par décret. Mais cette disposition fut écartée par la commission de l'Intérieur* »⁷⁰².

⁷⁰¹ 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 (JO du 17, p. 3584).

⁷⁰² Roland Drago « L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques », *RDP*, 1955, pp. 671-705.

2) L'éviction du Parlement de la procédure de modification de l'état d'urgence

Très proche dans son architecture générale de la loi n° 58-520 du 3 juin 1958 relative aux pleins pouvoirs, laquelle permettait au Gouvernement de prendre toute mesure nécessitée par les circonstances sous la forme de « *décrets appelés ordonnances* », la loi n° 60-101 du 4 février 1960 allait renouer avec les mêmes travers. En effet, les « *décrets appelés ordonnances* » de la loi du 3 juin 1958 avaient tous été ratifiés, non pas par la loi comme il avait été originellement prévu, mais par des « *ordonnances de ratification d'ordonnances* » de l'article 92. Il est permis de s'interroger sur la nécessité juridique qu'il pouvait y avoir à faire ratifier ces ordonnances, indépendamment du procédé, puisque leur caducité n'était pas expressément prévue par le texte de la loi du 3 juin 1958. Mais celui-ci obligeait à les déposer « *sur le Bureau de l'Assemblée nationale à fin de ratification* ». Le dépôt ne suppose certes pas l'examen, mais la nature juridique de la Constitution de 1958 était en cette période encore incertaine, tout comme la place du Président de la République dans l'architecture politique du régime. De Gaulle, arrivé au sommet de l'Etat à la faveur de circonstances de crise n'était pas assuré de pouvoir conserver l'ascendant qu'elles lui avaient donné, pas plus qu'en juin 1958 il n'était certain du poids politique qui serait le sien à l'issue des futures élections législatives. De Gaulle avait par conséquent tout intérêt à empêcher les parlementaires de se prononcer sur les textes et qu'ainsi soit rouverte la question du recours aux pouvoirs spéciaux en une période troublée, en procédant à la ratification des ordonnances *via* un autre procédé.

Une situation semblable se présentera au cours de l'année 1961, laquelle allait une nouvelle fois obliger à recourir à un artifice juridique pour ratifier les ordonnances de l'article 38 prises sous l'empire de la loi n° 60-101 du 4 février 1960.

§2) L'utilisation ordinaire des pouvoirs exceptionnels de l'article 16

L'article 16, conçu pour permettre de répondre à des situations de crise en autorisant la concentration de l'intégralité des pouvoirs de l'Etat entre les mains du Président (A), De Gaulle recourra à ses dispositions, mais ira plus loin dans sa pratique que ce que la lettre du texte autorisait. Le Parlement se verra en effet dépossédé d'une partie de ses prérogatives (B), prérogatives pourtant protégées par l'article 16 lui-même.

A) La concentration des pouvoirs entre les mains du Président

Elaboré en 1958 (1), l'article 16 de la Constitution allait dès 1961 se voir offrir par l'Histoire l'occasion d'être utilisé par le nouveau régime (2).

1) L'élaboration de l'article 16

Arrivé au plus haut niveau de l'Etat à la faveur de circonstances de crise pour conserver l'Algérie à la France, De Gaulle va, dès son accession au pouvoir, commencer à entretenir savamment l'ambiguïté sur ses positions réelles quant à la question du devenir de ce territoire par rapport à la métropole. Dès le 3 octobre, quelques jours après le referendum d'adoption de la nouvelle Constitution et alors même qu'elle n'a pas encore été promulguée, De Gaulle, alors en voyage officiel en Algérie à Constantine pour y exposer dans ses grandes lignes le colossal plan d'investissement quinquennal destiné à remédier aux inégalités régnant dans les départements d'Afrique du Nord⁷⁰³, se prononce quant à l'évolution du statut politique de l'Algérie. *« Je crois tout à fait inutile de figer d'avance dans des mots, ce que de toute manière l'entreprise va peu à peu dessiner. Mais en tout cas, deux choses sont dès à présent certaines. La première concerne le présent. Dans deux mois, l'Algérie élira ses représentants dans les mêmes conditions que le fera la métropole. Mais, il faudra qu'au moins les deux tiers de ses représentants soient des citoyens musulmans. Autre chose se rapporte à l'avenir. L'avenir de l'Algérie, de toute façon, parce que c'est la nature des choses, sera bâti sur une double base, sa personnalité et sa solidarité étroite avec la métropole française »*. Dans le même temps, il offre au FLN la possibilité d'accepter un cessez-le-feu en échange de la libération de ses prisonniers⁷⁰⁴. Le 23 octobre 1958, lors d'une conférence de presse à Matignon, il ne s'embarrasse plus de dissimuler sa pensée derrière des circonlocutions locutoires et propose la « paix des braves » au FLN, allant jusqu'à organiser les modalités de déroulement des négociations⁷⁰⁵. Le 16 septembre 1959, dans un discours resté célèbre, il annonce pour la première fois publiquement que la solution retenue pour la sortie de la crise algérienne est celle de l'autodétermination par un recours au referendum⁷⁰⁶. Pour les Français d'Algérie, c'est un véritable tremblement de terre. Comme en réplique à ce séisme se

⁷⁰³ Ce sera le « Plan de Constantine ».

⁷⁰⁴ « Alors, me tournant vers ceux qui prolongent une lutte fratricide, qui organisent en métropole de lamentables attentats, qui répandent à travers les chancelleries, les officines, les radios, les feuilles publiques de certaines capitales étrangères, les invectives qu'ils adressent à la France. Je leur dis à ceux-là : pourquoi tuer ? Il faut faire vivre. Pourquoi détruire ? Le devoir est de construire. Pourquoi haïr ? Il s'agit de coopérer. Cessez ces combats absurdes, et aussitôt, on verra l'espérance reflourir partout, sur les terres de l'Algérie. On verra se vider les prisons, on verra s'ouvrir un avenir assez grand pour tout le monde, en particulier pour vous-mêmes » ; nous soulignons.

⁷⁰⁵ « Je dis sans embarras que pour la plupart d'entre eux, les hommes de l'insurrection ont combattu courageusement. Que vienne la paix des braves ! Et je suis sûr que les haines iront en s'effaçant. J'ai parlé de la paix des braves. Qu'est-ce à dire ? Tout simplement ceci. Que ceux qui ont ouvert le feu le cessent. Et qu'ils retournent sans humiliation à leur famille et à leur travail ».

⁷⁰⁶ « Devant la France, un problème difficile et sanglant reste posé : celui de l'Algérie. Il nous faut le résoudre. Nous ne le ferons certainement pas en nous jetant les uns aux autres à la face les slogans stériles et simplistes de ceux-ci ou bien de ceux-là qu'obnubilent, en sens opposé, leurs intérêts, leurs passions, leurs chimères. Nous le ferons comme une grande nation et par la seule voie qui vaille, je veux dire par le libre choix que les Algériens eux-mêmes voudront faire de leur avenir ».

déroulera la « semaine des barricades », du 24 janvier au 1^{er} février 1960. La volonté de Charles De Gaulle n'en sera pas infléchie : dans une conférence de presse du 5 septembre 1960, il mentionne à nouveau l'autodétermination et la perspective d'une « Algérie algérienne »⁷⁰⁷. Le 4 novembre de la même année, il évoque une « république algérienne(...) [qui] existera un jour, mais qui n'a encore jamais existé »⁷⁰⁸.

Le 8 décembre 1960, le choix de l'autodétermination est officiellement proposé⁷⁰⁹ : un referendum soumettant à approbation par le peuple français le droit à l'autodétermination de l'Algérie selon des modalités préétablies est organisé le 8 janvier 1961. Pour De Gaulle, c'est un triomphe : le taux de participation est de 74%⁷¹⁰ et le « oui » l'emporte à 75%⁷¹¹. Le 14 janvier 1961, le processus de l'autodétermination est officiellement amorcé⁷¹².

Mais le 22 avril au matin, une partie de l'armée se mutine en Algérie. Dirigés par les généraux Challe, Jouhaud, Zeller et Salan, quelques-uns des régiments plus prestigieux de l'institution militaire, ayant payé un lourd tribut dans la guerre et s'estimant trahis par le pouvoir en place, prennent le contrôle de la capitale algérienne qui fait sécession avec la métropole. Au siège de « Radio-France », occupé par les insurgés, le message est clair : « l'Algérie française n'est pas morte ! Il n'y a pas, il n'y aura pas, il n'y aura jamais d'Algérie indépendante ! ». L'état d'urgence est déclaré le même jour sur l'ensemble du territoire de la métropole⁷¹³ avec ordre d'exécution immédiate⁷¹⁴, pour la première fois par décret en Conseil des ministres. Plus important encore : il s'agit là de l'état d'urgence dit « renforcé », le décret prévoyant expressément l'application des dispositions de l'article 11, lesquelles ouvrent le droit pour certaines autorités administratives d'ordonner des perquisitions de jour comme de nuit, de même que de contrôler les publications des médias. Mais le

⁷⁰⁷ « Il y a une Algérie. Il y a une entité algérienne. Il y a une personnalité algérienne. C'est aux Algériens qu'il appartient de décider de leur destin. ».

⁷⁰⁸ « Ayant repris la tête de la France, j'ai -on le sait- décidé en son nom de suivre un chemin nouveau. Ce chemin conduit non plus au gouvernement de l'Algérie par la métropole française mais à l'Algérie algérienne. Cela veut dire une Algérie émancipée où c'est aux Algériens qu'il appartient de décider de leur destin, où les responsabilités algériennes seront aux mains des Algériens et où -comme, d'ailleurs, je crois que c'est le cas- l'Algérie, si elle le veut, pourra avoir son gouvernement, ses institutions et ses lois ».

⁷⁰⁹ Décret n° 60-1299 du 8 décembre 1960 décidant de soumettre un projet de loi à referendum (JO du 9, p. 11043).

⁷¹⁰ 76% en métropole et 59% en Algérie.

⁷¹¹ C. Const., décision n° 61-4 REF du 14 janvier 1961 (JO du 15, p. 621).

⁷¹² Loi n° 61-44 du 14 janvier 1961 concernant l'autodétermination des populations algériennes (JO du 15, p. 578).

⁷¹³ Décrets n° 61-395 et n°61-396 du 22 avril 1961 portant déclaration de l'état d'urgence (JO du 23, p. 3843).

⁷¹⁴ Art. 2 du décret du 5 novembre 1870 relatif à la promulgation des lois et décrets : « Les lois et les décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation et, partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le Journal officiel qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. Le Gouvernement, par une décision spéciale, pourra ordonner l'exécution immédiate d'un décret ».

lendemain, alors même que l'état d'urgence avait été déclaré la veille, c'est un autre régime d'exception qui va entrer vigueur et ce pour la première -et pour l'instant seule- fois de l'histoire : celui des pouvoirs exceptionnels de l'article 16 de la jeune Constitution⁷¹⁵.

Dans sa rédaction de 1958, en vigueur au moment des faits, l'article 16 de la Constitution dispose :

« 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, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

*L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels »*⁷¹⁶.

Né de la volonté des constituants de 1958, l'article 16 trouve son origine dans le pénible souvenir de la défaite de 1940 et de l'incapacité du Président Lebrun d'emporter avec lui la légitimité de la France, mais aussi et c'est sans doute là plus étonnant, dans celui beaucoup plus récent de la crise du 13 mai 1958⁷¹⁷. Il est d'ailleurs remarquable de relever à ce propos que ce fut De Gaulle lui-même qui dressa un parallèle entre ces deux événements devant le comité de Matignon⁷¹⁸. Remarquable également a été la quasi-absolue convergence de vues entre l'ensemble des acteurs chargés de rédiger la nouvelle Constitution. C'est en effet avec une belle unanimité que tous ont considéré l'existence d'un semblable mécanisme comme relevant de la plus élémentaire nécessité, nécessité qui s'est d'ailleurs faite jour dès le 12 juin, lors de la première réunion du comité technique. Les discussions portèrent par la suite sur les conditions de mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels sans jamais revenir sur leurs modalités d'exercice. Et encore ne portèrent-elles qu'à la marge sur le caractère *« grave et*

⁷¹⁵ Décision du 23 avril 1961 (JO du 24, p. 3874).

⁷¹⁶ Sur l'article 16, v. François Saint-Bonnet, « L'article 16 de la constitution de 1958 », in. Gérard Conac et François Luchaire, *La constitution de la République française*, 3^e éd., Economica, 2009, pp. 525-544.

⁷¹⁷ Sur la rédaction de l'article 16, v. *L'écriture de la Constitution de 1958*, op. cit., pp. 268-271.

⁷¹⁸ En charge de l'examen des dispositions proposées par le comité d'experts dirigé par Michel Debré, ses travaux étaient dirigés par De Gaulle.

immédiat » des menaces qui devaient peser sur la France pour que les pouvoirs exceptionnels soient mis en œuvre. Qu'ils le soient à l'initiative du seul chef de l'Etat et à sa libre appréciation n'a, autant que l'on puisse en attester, jamais été débattu⁷¹⁹.

Les dispositions de l'article 14 de l'avant-projet de Constitution, équivalent du futur article 16, sont d'ailleurs déjà très proches de celles qui seront inscrites dans la Constitution : « *Quand 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, le Président de la République prend les mesures exigées par les circonstances après consultation officielle du Premier ministre et des présidents des assemblées.*

Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux Pouvoirs publics, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission.

Le Conseil constitutionnel est consulté.

Le Parlement est réuni dès que les circonstances le permettent ».

Le texte sera examiné sans passion par le Comité Constitutionnel Consultatif, qui ne fera que suggérer quelques adjonctions, retenues dans la rédaction finale : le Conseil constitutionnel ne devra pas seulement être consulté, mais rendre un avis préalable à la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels, le Parlement aura le droit de se réunir de plein droit et non pas uniquement « *dès que les circonstances le permettent* », l'Assemblée nationale devra être protégée de toute possibilité de dissolution et enfin, il sera exigé une interruption du fonctionnement régulier des Pouvoirs publics. Comme le nota Didier Maus, il est « *intéressant de constater que cet article 16, dont la réputation à l'extérieur fut immédiatement négative, ne souleva qu'un émoi limité chez les auteurs principaux et secondaires de la Constitution.*

⁷¹⁹ C'est ce qui ressort de l'examen des Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958 (aussi appelés DPS). Relevons ici que De Gaulle déclarait notamment à propos de l'article 16 : « *Au mois de mai, nous avons assisté à une crise qui heureusement, ne s'est pas développée mais nous aurions pu voir le gouvernement hors d'état de gouverner, voir des éléments irresponsables anéantir toutes les possibilités de faire fonctionner les pouvoirs de la République. Peut-être me sera-t-il permis de dire que si cela ne s'est pas produit, j'y suis pour quelque chose* ». Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, t. 2, pp. 752-754. Au tome 4 des DPS, dans une section non paginée, est republié un document rare. Ce document intitulé *Commentaire sur la constitution du 4 octobre 1958* et qualifié par Didier Maus de « mode d'emploi officieusement officiel de la Constitution », il était indiqué que : « *De toute façon, il serait erroné d'attacher à cet article 16 le caractère d'un article fondamental de la Constitution. Il est permis de penser qu'il jouera dans des cas où, précisément, il y aura des problèmes tels qu'on ne pourra pas mettre en cause l'intention du Président de la République. Si cette intention était mise en cause, le Parlement pourrait, en se réunissant, user de ses pouvoirs et traduire le Président en Haute Cour pour haute trahison, ou bien l'obliger à démissionner. Dans l'un ou l'autre cas, le Président de la République serait automatiquement remplacé par le Président du Sénat* ». (p. 166). Publié anonymement par la documentation française, (fascicule 2530), la paternité de ce commentaire est attribuée par Didier Maus à Raymond Janot.

Chacun avait compris qu'il était délicat, dans les circonstances de l'été 1958, de mettre en doute l'intérêt d'une disposition pour période de crise : le précédent de 1940 (dix-huit ans seulement auparavant), la situation en Algérie (à l'origine directe du changement politique) et la menace d'une guerre nucléaire (la détente n'est pas vraiment commencée) fournissaient des arguments suffisant pour justifier l'introduction d'un tel pouvoir au profit du Président de la République. A l'intérieur d'un cadre dont les grandes lignes avaient été fixées, les rédactions ont pu évoluer au fil des discussions. Des concessions de forme ont été acceptées pour ne pas risquer de remettre en cause l'essentiel, c'est-à-dire les pouvoirs exceptionnels attribués au chef de l'Etat »⁷²⁰.

Car l'essentiel est bien là : le Président de la République peut, unilatéralement, de sa seule volonté et à sa libre appréciation, après la toute formelle consultation du Premier ministre, des Présidents des Assemblées et du Conseil constitutionnel, s'arroger l'exercice des pleins pouvoirs et ce par simple message adressé à la nation.

2) Le recours à l'article 16

Le texte de l'article 16 ne dit rien des modalités selon lesquelles les différents organes du pouvoir doivent être consultés⁷²¹. Il est vrai qu'il aurait été absurde d'exiger le respect d'un formalisme trop strict, que la force des circonstances aurait pu rendre matériellement impossible de respecter. Mais il n'est pas moins étonnant que la seule et unique mesure de publicité prévue pour la mise en application de l'article 16 soit la communication par message à la Nation, communication qui est faite par le Président lui-même. Le 23 avril 1961, préalablement à l'adoption de la décision de déclarer l'application des dispositions de l'article 16, le Conseil constitutionnel rendait un avis motivé, estimant réunies les conditions nécessaires au déclenchement du dispositif de l'article 16⁷²². Or, aucune disposition de la

⁷²⁰ *L'écriture de la Constitution de 1958, op. cit.*, art. 16, p. 271.

⁷²¹ Sur le point plus général de la qualification juridique de la notion de situation exceptionnelle, v. François Saint-Bonnet, « L'état d'exception et la qualification juridique », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, PU Caen, 2008, n° 6, pp. 29-37. V. également François Saint-Bonnet, « Droit et Évidente nécessité : l'autonomie de l'état d'exception », *Droits - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 2000, n° 30, pp. 29-43. V. encore François Saint-Bonnet, « Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception », *RDP*, 1998, pp. 1699-1718.

⁷²² C. Const., décision n° 61-1 AR16 du 23 avril 1961 (JO du 24, p. 3876) : « 1. Considérant qu'en Algérie, des officiers généraux sans commandement et, à leur suite, certains éléments militaires sont entrés en rébellion ouverte contre les pouvoirs publics constitutionnels dont ils usurent l'autorité ; qu'au mépris de la souveraineté nationale et de la légalité républicaine, ils édictent des mesures de la seule compétence du Parlement et du Gouvernement ; qu'ils ont mis hors d'état de remplir leurs fonctions et privé de leur liberté les plus hautes autorités civiles et militaires d'Algérie dépositaires des pouvoirs qui leur ont été délégués par le gouvernement de la République en vue d'assurer la sauvegarde des intérêts nationaux, ainsi qu'un membre du Gouvernement même ; que leur but avoué est de s'emparer du pouvoir dans l'ensemble du pays ;

Constitution n'obligeait le Conseil constitutionnel à vérifier la réunion des conditions posées à l'article 16, ni à rendre un avis motivé sur cette question et encore moins à le rendre publiquement : ces obligations sont en réalité posées par l'article 53 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel⁷²³.

Ainsi que le relevait le Professeur Favoreu : « Saisi le 22 par une lettre du Président de la République, le Conseil constitutionnel a rendu son avis le 23 avril. Il semble, en fait, que saisi le samedi, le Conseil constitutionnel n'ait pu se réunir que le dimanche. Certes, on pourrait penser qu'à un jour près la nécessité de réunion immédiate a été satisfaite ; mais il convient de ne pas oublier qu'en ces instants le temps est précieux, et certains commentateurs ont fait valoir que les diverses consultations ont retardé de près de quarante-huit heures la mise en œuvre de l'article 16, ce qui aurait pu diminuer fortement l'efficacité de la procédure exceptionnelle »⁷²⁴.

Etonnamment, aucun des textes relatifs à l'article 16 n'a conservé la trace de l'avis demandé au Premier ministre et aux Présidents des chambres⁷²⁵. Si le Conseil a rendu publique la consultation dont il a fait l'objet, il est surprenant de constater qu'aucun des autres acteurs concernés n'a fait de même, alors qu'ils en avaient pourtant la possibilité. Les seuls textes ayant fait l'objet d'une publicité sont donc la décision du 23 avril 1961 relative à la mise en application des dispositions de l'article 16 et la décision n° 61-1 AR16 du Conseil du 23 avril 1961. Mais publiés au Journal officiel du 24 avril, ils ne sont pas le moyen par lequel la Nation a été informée de ce qui se jouait : le 23 avril au soir, dans ce qui constituera le message à la Nation prévu par l'article 16, De Gaulle s'adressait à la population⁷²⁶.

2. Considérant qu'en raison de ces actes de subversion, d'une part, les institutions de la République se trouvent menacées d'une manière grave et immédiate, d'autre part, les pouvoirs publics constitutionnels ne peuvent fonctionner de façon régulière,

Est d'avis : que sont réunies les conditions exigées par la Constitution pour l'application de son article 16.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 23 avril 1961 »

⁷²³ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (JO du 9, p. 10129).

⁷²⁴ V. Louis Favoreuet Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^e éd, Dalloz, 2009, pp. 80-87.

⁷²⁵ Il n'en est nulle part fait mention dans les visas tant de la décision du 23 avril 1961 relative à la mise en application des dispositions de l'article 16 de la Constitution que dans ceux de la décision du Conseil constitutionnel n° 61-1 AR16 du 23 avril 1961.

⁷²⁶ « Un pouvoir insurrectionnel s'est établi en Algérie, par un pronunciamiento militaire. Les coupables de l'usurpation ont exploité la passion des cadres de certaines unités spéciales, l'adhésion enflammée d'une partie de la population de souche européenne, égarée de craintes et de mythes, l'impuissance des responsables submergés par la conjuration militaire. Ce pouvoir a une apparence, un quartieron de généraux en retraite ; il a une réalité, un groupe d'officiers partisans, ambitieux et fanatiques. Ce groupe et ce quartieron possède un savoir-faire limité et expéditif, mais ils ne voient et ne connaissent la nation et le monde, que déformés au travers de leur frénésie. Leur entreprise ne peut conduire qu'à un désastre national. (...) Au nom de la France, j'ordonne que tous les moyens, je dis tous les moyens, soient employés partout pour barrer la route à ces

Ainsi qu'en dispose l'article 16, le Parlement se réunit de plein droit sous l'empire des pouvoirs exceptionnels, ce qu'il fit dès le 25 avril. Parce que les mesures adoptées « *doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission* », De Gaulle fit immédiatement le choix de restaurer le Parlement dans ses prérogatives, l'invitant à légiférer et contrôler l'action du Gouvernement comme à l'ordinaire, exigeant seulement que les mesures prises par lui n'interfèrent pas avec celles spécifiques à l'article 16⁷²⁷.

Devant la gravité des événements qui s'annoncent, Michel Debré, s'adressant à l'Assemblée nationale, ne fait pas mystère des perspectives ouvertes par la mise en œuvre de l'article 16 et de celles dans lesquelles il s'est déjà aventuré : « *Le général de Gaulle a décidé de recourir à l'application de l'article 16 de la Constitution. Il peut ainsi prendre les mesures qu'exigent les circonstances. Elles sont et seront des mesures de rigueur. Comment en serait-il autrement ? Dans l'immense partie qui se joue, l'Etat doit disposer d'une force particulière et les libertés essentielles, si leur principe doit être sauvegardé, doivent s'incliner devant un impératif absolu de salut public. Déjà le Gouvernement a reçu du chef de l'Etat la possibilité de prolonger la durée des arrestations préventives et de procéder à des internements par décision administrative. Des mesures de révocation ou de destitution peuvent atteindre instantanément fonctionnaires et militaires coupables de subversion. Demain, d'autres dispositions seront décidées qui renforceront les possibilités d'action de l'autorité en tous domaines et sans tenir compte des exigences légales. La sauvegarde de la Nation est à ce prix et je ne veux pas cacher au Parlement la gravité de certaines mesures qui seront publiées ni la fermeté avec laquelle nous agissons désormais en écartant les règles légales. Comment en pourrait-il être autrement ? On ne peut répondre à l'illégalité proclamée, agissante et révolutionnaire, par la seule légalité* »⁷²⁸.

Le 23 avril, deux régimes d'exception sont donc simultanément en application : celui de l'article 16, dont les décisions sont susceptibles d'impacter l'ensemble du territoire et celui de l'état d'urgence, dont les effets doivent être limités à la métropole. Normalement et ainsi

hommes-là, en attendant de les réduire. J'interdis à tous Français, et d'abord à tous soldats, d'exécuter aucun de leurs ordres ».

⁷²⁷ « Conformément à la Constitution, j'ai, après avoir procédé aux consultations officielles qu'elle prévoit, notamment à celle de votre président, décidé de faire application de l'article 16 et commencé de prendre les mesures nécessaires pour faire prévaloir l'autorité des pouvoirs constitutionnels. D'autre part, le Parlement se trouve réuni de droit. Dans les circonstances actuelles, je considère que la mise en œuvre de l'article 16 ne saurait modifier les activités du Parlement : exercice du pouvoir législatif et contrôle. De ce fait, les rapports du Gouvernement et du Parlement doivent fonctionner dans les conditions normales pour autant qu'il ne s'agisse pas des mesures prises ou à prendre en vertu de l'article 16. Le Parlement, dont s'ouvre aujourd'hui la seconde session, est donc appelé à poursuivre sa tâche » ; JOAN n° 9, 26 avril 1961, p. 510.

⁷²⁸ JOAN n° 9, 26 avril 1961, p. 511. Les éléments soulignés le sont par nos soins.

qu'il est prévu par le texte régissant le régime de l'état d'urgence, celui-ci ne peut être prorogé au-delà de douze jours que par l'adoption d'une loi. Or, le jour même du déclenchement du dispositif prévu à l'article 16 de la Constitution, la première décision prise sur ce fondement concerne justement la durée de l'état d'urgence, laquelle « *est prolongée jusqu'à nouvelle décision* »⁷²⁹. De Gaulle est conscient qu'il faut mater le putsch dans les plus brefs délais et l'empêcher de faire tache d'huile, la plupart des régiments restant dans l'expectative. Afin de s'assurer de l'absolue loyauté de l'ensemble des fonctionnaires présents en Algérie, ont entre autres choses été actés dans une série de décisions, en plus de la création de sanctions disciplinaires spécifiques à la participation au putsch et la révocation des officiers putschistes⁷³⁰, la remise en cause du principe d'inamovibilité des magistrats⁷³¹, l'interdiction de certaines publications⁷³² ou l'extension de la durée de la garde à vue⁷³³.

De même, a été décidée la création d'un régime préventif d'éloignement et d'internement administratif des putschistes et de leurs soutiens. Dans l'un de ces clins d'œil que l'histoire affectionne, il sera noté que la décision du 24 avril 1961 portant sur ce point prévoyait une extension aux putschistes du régime créé par l'ordonnance n° 58-916 du 7 octobre 1958, laquelle visait originellement les terroristes du FLN, auxquels par conséquent les putschistes se sont vus juridiquement assimilés⁷³⁴. Observons encore qu'il s'agissait là d'une des nombreuses ordonnances « *nécessaires à la vie de la nation, à la protection des citoyens ou à la sauvegarde des libertés* » prises sur le fondement de l'article 92 de la Constitution et qui, une nouvelle fois, ne fut rien d'autre qu'une législation d'exception. Enfin et surtout, il a été décidé la création d'une juridiction d'exception, le Haut Tribunal militaire chargé de juger les faits commis à l'occasion du putsch⁷³⁵.

Ce furent au total 18 décisions qui furent adoptées sur le fondement des dispositions de l'article 16. Si le putsch ne fut l'affaire que de quelques jours⁷³⁶, le régime de l'article 16, alors que plus aucune des conditions ayant présidé à sa déclaration n'étaient réunies, fut

⁷²⁹ Décision du 24 avril 1961 (JO du 24, p. 3876).

⁷³⁰ Décision du 24 avril 1961 relatives aux sanctions disciplinaires des fonctionnaires publics ou des militaires participant à une entreprise de subversion (JO du 24, p. 3876). Décret du 24 avril 1961 portant destitution d'officiers généraux et d'officiers supérieurs (JO du 24, p. 3877).

⁷³¹ Décision du 26 avril 1961 relative aux affectations de magistrats en fonction dans les départements algériens (JO du 27, p. 3930).

⁷³² Décision du 27 avril 1961 (JO du 28, p. 3947).

⁷³³ Décision du 24 avril 1961 (JO du 24, p. 3876).

⁷³⁴ Décision du 24 avril 1961 étendant l'application de l'ordonnance n° 58-916 du 7 octobre 1958 (JO du 24, p. 3876).

⁷³⁵ Décision du 27 avril 1961 (JO du 28, p. 3947) ; sur ce point, voir *infra*, pp. 319-336.

⁷³⁶ L'entreprise, initiée dans la nuit du 21 au 22 avril, se termina le 26.

maintenu jusqu'au 29 septembre 1961⁷³⁷. Plus inquiétant encore, par une décision datant du même jour que celle mettant fin à l'application du régime de l'article 16, les effets juridiques des décisions les plus discutées (et les plus discutables) prises sous l'empire de ce dernier, furent prorogés sous condition jusqu'au 15 juillet 1962, soit plus d'un an après les événements⁷³⁸. Il ne s'agissait en effet rien de moins que des décisions relatives à la prolongation de l'état d'urgence, à la prolongation de la durée de la garde à vue, aux facultés d'internement et d'éloignement administratif des putschistes, à l'interdiction de la publication de certains écrits et enfin à des modifications radicales de la procédure pénale applicable, « *sous réserve de ce qui pourrait être décidé par la loi* », formulation qui s'avèrera lourde de conséquences⁷³⁹. Quoi qu'il en soit, la mise en œuvre de ce régime n'était pas sans conséquence sur le Parlement.

B) La dépossession des prérogatives du Parlement

La mise en œuvre du régime prévu à l'article 16 posait de nombreuses questions, auxquelles la Constitution n'apportait pas de réponses. En plus de la question des prérogatives que pouvait conserver le Parlement sous l'empire de l'article 16 (1), se posait plus particulièrement celle de la possibilité de recourir à la motion de censure (2).

1) La question des prérogatives du Parlement

La durée de la mise en œuvre des dispositions de l'article 16 de la Constitution ne fut pas sans poser de singuliers problèmes, notamment eu égard aux rapports entre Parlement et Gouvernement. L'article 16 dispose en effet que « *Le Parlement se réunit de plein droit* » lors de son application, mais sans préciser plus avant ce que recouvre la notion de réunion. De Gaulle, dès le recours à l'article 16, déclarait dans un message au Parlement : « *je considère que la mise en œuvre de l'article 16 ne saurait modifier les activités du Parlement : exercice*

⁷³⁷ Décision du 29 septembre 1961 mettant fin à l'application de l'article 16 de la Constitution, (JO du 30, p. 8963).

⁷³⁸ Décision du 29 septembre 1961 relative à certaines mesures prises en vertu de l'article 16 de la Constitution, (JO du 30, p. 8963).

⁷³⁹ V. *infra*, pp. 316-319. Sur ce dernier point, il s'agissait de la décision du 4 mai 1961 (JO du 5, p. 4147). Celle-ci ne prévoyait rien de moins que la mise en place jusqu'au 31 décembre 1961 d'une procédure d'instruction dérogatoire du droit commun pour les crimes et délits commis lors des événements d'Algérie, laquelle notamment la possibilité pour les juges d'instruction de se transporter sur tout le territoire de la République sur réquisition du Procureur, interdisait expressément tout recours contre les décisions de la chambre de l'instruction et surtout, suspendait l'application des articles 679 à 688 du code de procédure pénale. Or, ces articles concernaient la poursuite des crimes et délits commis par des magistrats et certains fonctionnaires. Il y a tout lieu de penser que la suspension de ces dispositions visait à créer une immunité pénale pour les magistrats, eu égard aux conditions et modalités d'interrogatoire des putschistes et des membres de l'OAS, par le recours à la torture.

du pouvoir législatif et contrôle. De ce fait, les rapports du Gouvernement et du Parlement doivent fonctionner dans les conditions normales pour autant qu'il ne s'agisse pas des mesures prises ou à prendre en vertu de l'article 16. Le Parlement, dont s'ouvre aujourd'hui la seconde session, est donc appelé à poursuivre sa tâche »⁷⁴⁰.

Le Parlement se voyait donc, malgré les circonstances de crise, rétabli ou plutôt établi dans presque toutes ses prérogatives, seules les affaires algériennes (puisque c'étaient elles qui étaient visées par la mise en application de l'article 16) échappant à son champ de compétences. Observons ici que par un hasard assez remarquable, la date d'ouverture de la session de droit du Parlement correspondait exactement à celle de l'ouverture de la deuxième session ordinaire, telle que prévue par l'article 28 de la Constitution dans sa rédaction de 1961 : « *La première session commence le premier mardi d'octobre et prend fin le troisième vendredi de décembre. La seconde session s'ouvre le dernier mardi d'avril ; sa durée ne peut excéder trois mois* ». La session initiée à partir du 25 avril 1961 était donc tout à la fois une session ordinaire, dont la durée ne devait pas dépasser trois mois et une session de droit, amenée à perdurer aussi longtemps que la mise en application des dispositions de l'article 16. Le 12 juillet, il fut décidé par la Conférence des Présidents qu'à l'issue de la session ordinaire l'Assemblée interromprait ses travaux, mais qu'elle les interromprait de fait et non de droit et qu'elle pourrait être convoquée soit à l'initiative de son Président, soit à l'initiative du Gouvernement, « *mais sans préjudice, évidemment, du droit de la majorité de ses membres de réclamer eux-mêmes cette convocation* » au titre du régime des sessions extraordinaires⁷⁴¹. L'article 29 de la Constitution dispose en effet que « *Le Parlement est réuni en session extraordinaire à la demande du Premier ministre ou de la majorité des membres composant l'Assemblée nationale, sur un ordre du jour déterminé* ». Le 22 juillet, il était mis fin à la deuxième session ordinaire initiée le 25 avril 1961, laquelle session ordinaire avait été « *ouverte une heure après la session de plein droit* »⁷⁴² et l'Assemblée suspendait ses travaux, comme il avait été prévu le 12 juillet. Ainsi semblait se terminer la « *réunion de plein droit du Parlement en application de l'article 16 de la Constitution et[nous soulignons] la deuxième session ordinaire de 1960-1961* », comme indiqué au Journal officiel⁷⁴³. Mais le 29 août, la réunion de la Conférence des Présidents chargée d'examiner les textes d'initiative parlementaire relatifs à l'agriculture, décidait à l'unanimité la convocation du Parlement⁷⁴⁴.

⁷⁴⁰ JO Sénat n° 4, 26 avril 1961, p. 88.

⁷⁴¹ JO du 22 juillet 1961, p. 2013.

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ JO du 22 juillet 1961, p. 2011.

⁷⁴⁴ JO Sénat n° 32, 6 septembre 1961, p. 1051.

Furieux, De Gaulle écrivait le 31 août au Premier ministre, Michel Debré et estimait qu'il était injustifié de légiférer en dehors des sessions⁷⁴⁵.

La position de Charles De Gaulle a de quoi étonner à plus d'un titre. Sur le strict plan de l'organisation des rapports entre exécutif et Parlement, il pourrait être soutenable de ne reconnaître à ce dernier qu'un simple rôle d'observateur sous l'empire des dispositions de l'article 16, l'objectif premier de celui-ci étant justement de permettre une concentration des pouvoirs entre les mains du chef de l'Etat. Mais lors du déclenchement du dispositif de l'article 16, De Gaulle avait de son propre chef demandé à ce qu'il fonctionne comme à l'ordinaire, au motif que les « *circonstances actuelles* »⁷⁴⁶ le permettaient, le Parlement se trouvant en sus réuni en session ordinaire. Qui peut le plus pouvant le moins, il apparaît à nouveau tout à fait normal et défendable que le Chef de l'Etat puisse laisser aux autres institutions les compétences qu'il ne veut s'arroger. Il apparaît en revanche beaucoup plus critiquable de leur refuser l'exercice de ces mêmes compétences, alors même que la gravité des événements ayant présidé à la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels s'est considérablement estompée, voire a totalement disparu. Rappelons tout de même que le 21 avril 1961, l'événement à l'origine du déclenchement du dispositif de l'article 16 n'est rien de moins qu'une opération de subversion de grande ampleur initiée et menée par sensiblement les mêmes hommes et les mêmes courants que ceux ayant provoqué la chute du précédent régime, opération soutenue par une part considérable de la population, impliquant des corps d'élite de l'armée française et des intelligences au plus haut sommet de la hiérarchie militaire. Or, le 12 juillet, moins de trois mois après cette entreprise terrible, celle-ci est néanmoins devenue un souvenir suffisamment lointain pour que la principale cause de préoccupation des parlementaires soit la défense du monde agricole. Si les circonstances du 21 avril 1961 permettaient au Parlement l'exercice de son pouvoir législatif et de son pouvoir de contrôle, rien ne permet de penser le contraire de la conjoncture politique postérieure au 12 juillet.

Mais surtout, il y a tout lieu de s'interroger sur la légitimité du maintien du régime de l'article 16, alors même que, de la plume même du Président de la République, en charge de son déclenchement et de sa mise en œuvre, les conditions nécessaires à son application ont purement et simplement disparu. Les termes de sa lettre déjà citée, sont à cet égard particulièrement éclairants : « *Il ne m'apparaît pas que la raison pour laquelle les assemblées*

⁷⁴⁵ Les journaux officiels de l'époque n'ont pas conservé trace du message de Charles De Gaulle au Parlement et de sa lettre à Michel Debré. Ils sont consultables dans l'ouvrage de Dmitri Georges Lavroff, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, Dalloz, coll. Précis, 1995, pp. 705-707. La lettre, qui mériterait d'être citée dans son intégralité, est aussi consultable en annexe.

⁷⁴⁶ Message adressé aux chambres : JO du 26 avril 1961, p. 88.

vont se réunir en septembre, après avoir, le 22 juillet, de leur propre chef et compte tenu de la situation alors beaucoup moins tendue, suspendu le cours de leurs travaux, soit l'existence d'un péril national pressant (...). A moins d'un motif tenant à des circonstances immédiatement dangereuses pour la Patrie et pour la République, motifs qui suscitaient à coup sûr des initiatives du chef de l'Etat et du gouvernement, il serait donc injustifié de légiférer en dehors des sessions »⁷⁴⁷.

Le 5 septembre 1961, jour de la convocation du Sénat, Michel Debré relayait par lettre les volontés du Président qu'il faisait parvenir au Président du Sénat. Mais en plus, il excipait d'une incompatibilité des propositions de loi déposées avec les dispositions de l'article 40 de la Constitution⁷⁴⁸. La question de l'opposabilité des dispositions de l'article 40 de la Constitution à celles des propositions de lois relevant de l'appréciation de la commission des finances du Sénat, celle-ci s'engageait dans un bras de fer contre le Gouvernement et déclarait que l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Gouvernement n'était pas fondée⁷⁴⁹. Le Premier ministre excipait alors de la violation par le législateur de la distinction entre domaine de la loi et domaine du règlement, ce qui était objectivement le cas, et recourait au mécanisme de l'article 41 de la Constitution⁷⁵⁰. Refusant de s'avouer vaincu, le Président du Sénat saisissait tout de même le Conseil constitutionnel, lequel donnait raison au Gouvernement le 8 septembre⁷⁵¹.

Devant l'Assemblée nationale, si les débats ne furent pas moins acharnés, la procédure fut tout de même plus succincte : après avoir entendu du Premier ministre les mêmes observations que celles présentées devant le Sénat, la commission des finances estima cette

⁷⁴⁷ Ces palinodies constitutionnelles font ici ressurgir le lien qui existe toujours et partout entre droit constitutionnel et politique. V. Bruno Dugeron, « Brèves réflexions sur le rapport entre le droit constitutionnel non écrit et le droit politique », *Encyclopédie droit politique*, <http://www.droitpolitique.com/spip.php?article344>

⁷⁴⁸ « J'ai fait connaître à la conférence des présidents qu'il ne paraissait pas conforme à l'esprit de la Constitution que la réunion de plein droit de votre Assemblée, dans les conditions où elle se tient, puisse avoir un aboutissement législatif. Cet avis n'ayant pas été suivi par la conférence, j'ai l'honneur de vous faire savoir que je maintiens officiellement l'interprétation que j'avais formulée. J'observe d'autre part que la proposition de loi n° 319 inscrite à l'ordre du jour et tendant à déterminer les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prochains prix d'objectifs de certains produits agricoles est irrecevable en raison des dispositions de l'article 40 de la Constitution. En effet cette proposition prévoit la garantie de l'Etat à se porter acquéreur des quantités de produits ne trouvant pas preneur aux prix officiels. Cette proposition comporte donc, notamment sur ce point, une aggravation des charges publiques. Je vous prie de croire, monsieur le président, à l'assurance de ma haute considération ». JO Sénat n° 32, 6 septembre 1961, p. 1053.

⁷⁴⁹ JO Sénat n° 32, 6 septembre 1961, p. 1055.

⁷⁵⁰ L'article 41 est celui dit des « irrecevabilités ». Les services du Sénat, dans un guide interne d'octobre 2009, relevait que : « Le bilan de l'application de l'article 41 est pour sa part très modeste : en 20 ans, l'irrecevabilité n'a été invoquée en tout et pour tout qu'à l'encontre de 70 dispositions. Elle n'a donné lieu à litige avec le Président du Sénat ou de l'Assemblée nationale qu'assez rarement : en 26 ans, le Conseil constitutionnel n'est intervenu que 11 fois, dont 7 sur la demande du Président du Sénat (la dernière saisine datant de 1979) ». C'est bien là le signe que le recours à l'article 41 en 1961 répondait à des considérations « exceptionnelles ».

⁷⁵¹ C. Const., décision n° 61-3 FNR du 8 septembre 1961 (JO du 9, p. 8427).

fois que l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Gouvernement au regard des dispositions de l'article 40 était parfaitement fondée et la proposition de loi fut donc retirée⁷⁵². Electrifiée par ce qui était pour elle un véritable camouflet, l'Assemblée nationale se lança dans un véritable bras de fer avec le Gouvernement. La proposition de loi qui devait être discutée ayant été retirée, le reste de la séance aurait normalement dû être consacré aux questions orales au Gouvernement. Tous les groupes parlementaires hostiles au Gouvernement se saisirent de l'occasion, retirèrent leurs questions de l'ordre du jour et déposèrent une motion de censure⁷⁵³. La situation, totalement nouvelle, ne fut pas sans poser, encore, de délicats problèmes d'interprétation de la Constitution.

2) La question de la motion de censure

En effet, le Parlement se trouvait réuni de plein droit du fait du recours aux dispositions de l'article 16 et après plusieurs échanges à boulets rouges avec le Gouvernement, ce dernier lui avait signifié assez vertement qu'il pouvait se réunir, mais certainement pas légiférer. Dans ces conditions, il était difficilement envisageable d'imaginer le Parlement autorisé à déposer une motion de censure, dont en cas d'adoption, les conséquences politiques auraient été forcément plus dommageables pour le Gouvernement que celles d'une simple loi. Le Bureau de l'Assemblée décida de saisir pour avis sur cette question le Conseil constitutionnel⁷⁵⁴. Mal lui en prit, puisque le Conseil se déclara incompétent⁷⁵⁵ et que la question fut donc à nouveau renvoyée devant le Président de

⁷⁵² JOAN n° 56, 13 septembre 1961, p. 2244.

⁷⁵³ JOAN n° 56, 13 septembre 1961, p. 2245 : « *Nous sommes décidés à refaire un Parlement, et nous le referons ! Et, pour protester, monsieur le Premier ministre, contre vos mauvais procédés, nous allons retirer nos questions orales et nous déposerons une motion de censure* » (M. Francis Leenhardt).

⁷⁵⁴ JOAN n° 56, 13 septembre 1961, p. 2249 : « *La réunion du bureau de l'Assemblée a permis de constater qu'en matière de recevabilité d'une motion de censure, lorsqu'on se trouve dans une situation constitutionnelle entièrement nouvelle comme celle dans laquelle nous nous trouvons du fait de l'application de l'article 16 et, de surcroît, en session de plein droit, la compétence appartient au président de l'Assemblée. Etant donné que deux thèses irréductibles, l'une pour la recevabilité, l'autre pour l'irrecevabilité, s'opposent l'une à l'autre à l'aide d'arguments, visiblement empreints de bonne foi de part et d'autre -je n'ai pas besoin de le dire- mais tels que leur prise en considération s'impose à, l'attention du président de l'Assemblée, celui-ci a le devoir de s'entourer d'avis constitutionnels. Il lui est apparu qu'il était de son devoir, en une matière aussi complexe et pour une décision qui non seulement engage le présent, mais qui peut engager beaucoup pour l'avenir, de saisir le Conseil constitutionnel pour avis* ».

⁷⁵⁵ C. Const., décision n° 61-1 AUTR du 14 septembre 1961 : « *1. Considérant que la Constitution a strictement délimité la compétence du Conseil constitutionnel ; que celui-ci ne saurait être appelé à statuer ou, à émettre un avis que dans les cas et suivant les modalités qu'elle a fixés ;*

2. Considérant que le Conseil constitutionnel ne peut être saisi par le président de l'une ou de l'autre assemblée du Parlement qu'en vertu des articles 41, 54 et 61, alinéa 2, de la Constitution ; que ces dispositions ne le font juge que de la recevabilité, au regard des articles 34 et 38 de la Constitution, des propositions de lois ou des amendements déposés par les membres du Parlement, ainsi que de la conformité à la Constitution des engagements internationaux ou des lois ordinaires ; qu'en outre, l'article 61 (1^{er} alinéa), ne lui donne mission que d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des règlements des assemblées

l'Assemblée nationale. Dans une décision du 19 septembre 1961, celui-ci adopta une position fondée sur le principe fondamental de fonctionnement de tout régime parlementaire, à savoir l'existence d'un nécessaire équilibre devant exister en toutes circonstances entre le Parlement et le Gouvernement, équilibre assuré à l'aide de moyens de pression réciproque à disposition de chacun de ces organes. Le raisonnement adopté mérite d'être cité ici dans tous ces développements :

« La question de la recevabilité d'une motion de censure en période d'application de l'article 16 se pose de la façon suivante :

La Constitution donne à l'Assemblée nationale le droit de renverser le gouvernement, au risque pour elle d'être dissoute. La mise en vigueur de l'article 16 excluant la dissolution de l'Assemblée nationale, celle-ci conserve-t-elle le droit sans le risque ? Le règlement de l'Assemblée nationale approuvé par le Conseil constitutionnel est muet sur ce point. La réunion du bureau de l'Assemblée nationale du 12 septembre, puis l'avis du Conseil constitutionnel, ont conduit à laisser au Président de l'Assemblée nationale le soin d'apprécier. Le sujet appelle les considérations suivantes :

- 1. L'article 16 de la Constitution donne au Président de la République la possibilité de concentrer dans ses mains la plénitude des pouvoirs exécutifs et législatif.*
- 2. De ce fait aucun texte constitutionnel n'a prévu, pendant la période d'application de l'article 16, les conditions dans lesquelles fonctionnent le Parlement et le gouvernement, l'un par rapport à l'autre.*
- 3. En l'absence de tels textes l'article 5 de la Constitution, aux termes duquel le Président de la République veille au respect de la Constitution et assure, par son arbitrage, le bon fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat, donne au Président de la République compétence pour fixer les règles de fonctionnement des institutions pendant la période où, par application de l'article 16, leur jeu normal est suspendu.*
- 4. La réponse à la question de recevabilité d'une motion de censure en une telle période ne saurait procéder que du rapprochement de deux textes émanant de M. le Président de la République et ayant leur fondement juridique dans les dispositions constitutionnelles précitées :*

parlementaires après leur adoption par ces assemblées et avant leur promulgation ou leur mise en application ; qu'ainsi aucune des dispositions précitées de la Constitution, non plus d'ailleurs que l'article 16, ne donne compétence au Conseil constitutionnel pour se prononcer en l'espèce.

Décide :

Le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour répondre à la consultation susvisée du président de l'Assemblée nationale ».

- *Le message au Parlement du 25 avril 1961, dans lequel le chef de l'Etat considérait que, "dans les circonstances actuelles, la mise en œuvre de l'article 16 ne saurait modifier les activités du Parlement : exercice du pouvoir législatif et contrôle. De ce fait, les rapports du gouvernement et du Parlement doivent fonctionner dans les conditions normales pour autant qu'il ne s'agisse pas des mesures prises ou à prendre en vertu de l'article 16. Le Parlement, dont s'ouvre aujourd'hui la seconde session, est donc appelé à poursuivre sa tâche".*

- *La lettre du 31 août, adressée à M. le Premier ministre pour être communiquée aux présidents des assemblées, et qui déclare : "Si compte tenu de la lettre stricte de la Constitution, je ne fais pas actuellement obstacle au principe de la convocation, ni au fait que les membres des assemblées en prennent occasion pour s'exprimer sur le sujet de l'agriculture et que le gouvernement les entende, je tiendrais pour contraire à la Constitution que la réunion annoncée du Parlement ait un aboutissement législatif".*

5. *Le rapprochement de ces deux textes conduit à ce que, sous l'empire de l'article 16, les rapports du gouvernement et du Parlement sont régis par des règles différentes, suivant que, la réunion de plein droit étant interrompue par définition, on se trouve dans ou hors des sessions normales du Parlement, ordinaires ou extraordinaires, prévues par la Constitution.*

6. *Dès lors que les travaux du Parlement ne pouvant avoir d'aboutissement législatif en dehors des sessions normales, le gouvernement se trouve privé du droit, prévu par l'alinéa 3 de l'article 49 de la Constitution, d'engager sa responsabilité sur le vote d'un texte il apparaît que, pour assurer l'équilibre fondamental des pouvoirs, l'Assemblée ne peut user du droit qu'elle tient, en période normale, de l'alinéa 2 du même article, de mettre en cause la responsabilité du gouvernement par le vote d'une motion de censure.*

Il résulte de ces considérations que dans les circonstances actuelles une motion de censure déposée en dehors des sessions normales ne peut être reçue ».

De ce qui vient d'être écrit sur la question des rapports entre Parlement et Gouvernement sous l'empire des dispositions de l'article 16, plusieurs cas de figure apparaissent pouvoir être dégagés :

- Soit le Parlement est réuni en session normale, qu'elle soit ordinaire ou extraordinaire, et dans ce cas il n'a ni plus ni moins de prérogatives qu'il n'en a hors la mise en œuvre de l'article 16. Relevons tout de même que son champ de compétences en matière législative se trouvera limité à celui que le Président de la République voudra bien lui laisser.

- Soit le Parlement est réuni de plein droit et uniquement de plein droit (la session normale pouvant se superposer à celle de plein droit), et alors son rôle se trouve limité à celui d'observateur passif, ne pouvant ni adopter de loi, ni mettre en jeu la responsabilité du

gouvernement, ne conservant que la capacité de l'interroger sur la politique menée via les procédures des questions.

Demeure encore le cas où la session de plein droit se superpose à une session normale, hypothèse qui n'a pas été envisagée par le Président de l'Assemblée dans sa décision du 19 septembre 1961 et qui pourtant fut celle qui se présenta lors de la première et pour l'instant seule mise en œuvre des dispositions de l'article 16. En effet, la session parlementaire dans cette situation ne saurait s'assimiler à une simple session normale, puisque les dispositions de l'article 16 s'appliquant, personne ne songerait à dissoudre le Parlement. En revanche, le Parlement pourrait-il, lui, renvoyer le Gouvernement ? Si l'on s'en tient au raisonnement adopté par le Président de l'Assemblée nationale, lequel s'appuie sur l'équilibre général qui devrait exister entre les différentes institutions du régime même sous l'empire de l'article 16, la réponse se doit d'être négative. Mais De Gaulle n'a-t-il pas dit lui-même que lors des sessions normales « *la mise en œuvre de l'article 16 ne saurait modifier les activités du Parlement* » ce qui emporte « *exercice du pouvoir législatif et [de] contrôle* » et que par conséquent « *les rapports du Gouvernement et du Parlement doivent fonctionner dans les conditions normales* » ? Si l'on ne peut que très difficilement envisager un Parlement exerçant véritablement sa mission de contrôle de l'action du Gouvernement sans posséder les prérogatives permettant de l'exercer (à savoir provoquer le renvoi ou la démission du Gouvernement), il ne faut sans doute pas ici interpréter trop littéralement les propos du général de Gaulle : sans doute n'a-t-il jamais envisagé la possibilité qu'un gouvernement puisse être renvoyé pendant l'application des dispositions de l'article 16, l'histoire ayant assez prouvé que la tendance générale des assemblées en de semblables circonstances incline plutôt vers la recherche et l'attribution à un seul homme de trop de pouvoir plutôt que de trop peu.

Dans le cas où la session normale se superpose à la session de droit, une situation particulière doit être envisagée : celle du recours par le Gouvernement au mécanisme du 3^e alinéa de l'article 49 de la Constitution. Dans sa rédaction de 1958, celui-ci dispose que : « *Le Premier Ministre peut, après délibération du conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un texte. Dans ce cas, ce texte est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent* ».

Rappelons que dans sa décision du 19 septembre 1961, le Président de l'Assemblée estimait lui que « *Dès lors que les travaux du Parlement [ne peuvent] avoir d'aboutissement législatif en dehors des sessions normales, le gouvernement se trouve privé du droit, prévu par l'alinéa 3 de l'article 49 de la Constitution, d'engager sa responsabilité sur le vote d'un*

texte (...) il apparaît que, pour assurer l'équilibre fondamental des pouvoirs, l'Assemblée ne peut user du droit qu'elle tient, en période normale, de l'alinéa 2 du même article, de mettre en cause la responsabilité du gouvernement par le vote d'une motion de censure ». Or, le dispositif créé par le 3^e alinéa de l'article 49 ne peut en aucun cas être assimilé à une simple « mise en jeu de la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un texte », quoi que puisse en dire le Président de l'Assemblée. Si tel était le cas, il ne s'agirait de rien d'autre que d'une question de confiance. La lecture de l'intégralité des dispositions de ce 3^e alinéa permet de constater qu'il s'agit en réalité d'une procédure d'adoption automatique d'un texte en l'absence d'adoption d'une motion de censure, ce qui est très différent. Si comme le Président de l'Assemblée nationale, nous pouvons considérer comme anormal le dépôt et l'adoption d'une motion de censure, au motif que le Président serait dans l'impossibilité en retour d'ordonner la dissolution de l'Assemblée, il y a tout de même lieu de s'interroger sur la possibilité de recourir aux dispositions de l'article 49 alinéa 3. Ce n'est en effet au sens strict que le recours à la motion de censure qui semble interdit par la force des choses, pas la faculté de procéder à l'adoption automatique d'un texte sur le fondement des premières dispositions de l'article 49 alinéa 3. Il apparaît ainsi possible de considérer un texte comme automatiquement adopté alors même que le Parlement se trouve dans l'impossibilité de déposer une motion de censure. Sans doute pourra-t-on objecter à ce raisonnement que les dispositions de l'article 49 alinéa 3 ne sont pas sécables et qu'il est absurde de songer à séparer le procédé d'adoption automatique d'un texte de la faculté pour l'Assemblée nationale de déposer une motion de censure. L'objection est parfaitement fondée, mais au regard de l'ensemble des incongruités juridiques déjà évoquées lorsque sont appliqués des régimes d'exception, ce ne serait certainement pas la plus grande⁷⁵⁶.

⁷⁵⁶ Signalons enfin une autre étrangeté juridique, remarquée par Georges Berlia : « Par ailleurs les conséquences auxquelles est susceptible d'aboutir le dispositif de la décision du président de l'assemblée nationale sont apparues clairement et c'est de justesse, en quelques sortes, que l'abandon par le président de la république de l'article 16 a évité que se réalise une situation pour le moins curieuse. En effet la décision en cause aboutissait à admettre, au moins implicitement, qu'une session normale du parlement pouvait s'insérer à l'intérieur de la session de plein droit, la motion de censure étant possible dans la première et interdite dans la seconde. Ainsi le parlement aurait-il pu siéger jusqu'au début d'octobre 1961 parce que les institutions de la république, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire, pour reprendre les termes de l'article 16, aurait été menacés; du mardi 3 octobre 1961 jusqu'au vendredi 15 décembre 1961 serait intervenue la première session ordinaire qui, par hypothèse, suppose un fonctionnement paisible des pouvoirs publics, aurait fait suite immédiatement, dès le samedi 16 décembre, une reprise de la session de plein droit correspondant à la situation troublée, que définit l'article 16. Confiance admirable dans la docilité des événements et la maîtrise que l'on s'accorde de leur évolution pourtant particulièrement circonstanciée ! » ; « L'application de l'article 16 de la constitution et les rapports entre le parlement et le gouvernement », *RDP*, 1961, pp. 1029-1036.

La révision constitutionnelle de 2008 a ajouté un alinéa à l'article 16, mais il n'apparaît pas que les changements apportés aient modifié sensiblement l'équilibre général du dispositif⁷⁵⁷.

La guerre d'Algérie entrait maintenant dans sa phase finale. Pour la France, elle allait être perdue. Mais la paix, elle, devait encore être gagnée. A nouveau pour Charles De Gaulle, les régimes d'exception serviront à faire entrer le pays dans la voie qu'il lui a tracée.

⁷⁵⁷ Le dernier alinéa dispose désormais : « *Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée* ». L'avis étant purement consultatif, il n'aura que la valeur politique que le Chef de l'Etat voudra bien lui donner. V. François Saint-Bonnet, « Les écueils d'une réforme astucieuse » (l'article 5 du projet de loi constitutionnelle d'avril 2008 révisant l'article 16 de la constitution), *LPA, NS, Du nouveau dans la Constitution ?*, 14 mai 2008, n° 97, pp. 20-22. V. encore François Saint-Bonnet, « Le bien, le mieux et l'ennemi du bien » (Considérations sur le nouvel article 16 de la Constitution), *LPA, NS, Une nouvelle Constitution ?*, 19 décembre 2008, n° 254, pp. 24-27.

Chapitre 2 : L'évolution des régimes de crise

La guerre d'Algérie entrant dans sa dernière phase, il fallait s'apprêter à gérer les conséquences politiques immédiates nées des répercussions de la fin du conflit. C'est qu'en effet, la promesse du règlement de la question algérienne avait été tout à la fois la source et le socle du nouveau régime. Mais plus important et plus grave, ce point avait aussi servi à justifier les distorsions apportées dans le fonctionnement du régime, entre ce que prévoyait la lettre de la Constitution et la pratique institutionnelle réelle qui prévalut. Car il faut rappeler ici ce qu'aurait dû être la V^e République : un régime parlementaire moniste, primo-ministériel et hyper-rationalisé, chapeauté par un Président qui n'était pas destiné à avoir d'autres pouvoirs que ceux d'en appeler à un autre pouvoir⁷⁵⁸. Ce fut bien un régime semblable qui sortit du moule des intentions des constituants. Mais alors qu'il n'avait pas encore été soumis à la trempe de l'histoire, il fut reforge à chaud par l'entrepreneur Charles De Gaulle qui se servit du brasier algérien pour donner au régime une ductilité qu'il ne possédait pas nécessairement nativement -mais dont la plasticité certes ne l'interdisait pas. Comme put le relever Pierre Avril, « *le texte de la Constitution a été "l'appareil" qui a permis au Général De Gaulle de poursuivre la réalisation du dessein de Bayeux ; ce dessein ne s'identifiait pas au texte dont les approximations et les ambiguïtés étaient telles qu'avec un autre lecteur l'interprétation n'eut pas manqué d'être différente, mais ce texte offrait au dessein un instrument qui lui convenait à peu près* »⁷⁵⁹.

De Gaulle façonna le régime à sa convenance à la faveur de circonstances que, s'il ne participa à les créer, sut à tout le moins savamment exploiter ; pour autant, une fois les circonstances disparues, il y avait tout lieu de s'interroger sur le maintien de la forme qu'il avait donné au nouveau régime. Les régimes de crise furent le ciment du nouveau régime, ils restèrent la pierre de touche de la pratique gaullienne du pouvoir. Une fois les événements qui les ont vus naître parvenus à leur terme, ce dernier devait logiquement annoncer celui des régimes de crises. Il n'en sera rien et pour quelques temps encore, la France devra composer avec la postérité de la guerre d'Algérie en matière d'exception (Section 1). C'est qu'en effet, quoi que la guerre fut terminée contre le FLN, certains de ceux qui avaient dû la conduire au

⁷⁵⁸ Sur la naissance et les modalités d'élaboration de la V^e République, v. Didier Maus, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française, 2002. V. aussi *Les archives constitutionnelles de la V^e République*, La Documentation française, 2010. V. encore Didier Maus et Louis Favoreu, *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, 1992. Sur la naissance des régimes politiques et les liens logiques et ontologiques qu'ils peuvent conserver les uns avec les autres, v. François Burdeau, « Comment naissent les Républiques ? » *RDP*, 2002, pp. 127-138.

⁷⁵⁹ Pierre Avril, « Le piano mécanique », *Mélanges Léo Hamon*, Economica, 1982, pp. 13-18.

nom de la France et sous l'uniforme, allait estimer être de leur devoir de la poursuivre toujours au nom de la France, mais cette fois contre le général et dans la clandestinité. La promesse faite devant eux par le Général, de conserver l'Algérie à la France avait suscité leur loyauté à sa personne. Son parjure les tourna irrémédiablement contre lui. Une fois la trop longue période ouverte par la guerre d'Algérie définitivement refermée, les régimes d'exception ne furent pas supprimés, mais simplement rangés au rang des curiosités juridiques. Cela fut sage, car les évolutions du monde conduisirent à la redécouverte de ces régimes, donnant lieu à de nouvelles applications de l'état d'urgence (Section 2).

Section 1 : La postérité des régimes d'exception

La guerre d'Algérie terminée, chacun était en droit de penser que les régimes d'exception créés pour l'affronter, allaient disparaître. Il n'en sera rien. La guerre, entendue dans sa dimension exclusive d'exercice dirigé de la violence dans le but d'imposer sa volonté à un adversaire, n'est que l'asymptote et non l'aboutissement, d'un processus politique de long terme. Ce faisant, une fois terminée, elle n'en cesse pas pour autant de produire des effets dans l'histoire. Celle des débuts de la V^e République vibrera encore quelques temps aux échos d'une Algérie que certains souhaitaient encore française. Pourtant, une fois le conflit éteint, si son souvenir pouvait encore servir de prétexte au maintien d'un régime d'exception, il ne pouvait plus lui servir directement d'assise. De Gaulle, dont la venue au pouvoir tenait à son serment de conserver l'Algérie à la France et dont l'habileté à s'y maintenir découlait de son parjure, ne pouvait plus s'appuyer sur sa seule autorité pour conserver l'application de certains régimes d'exception : il allait recourir à toutes les ressources offertes à lui, qu'elles résident dans la loi référendaire (§1) ou la loi ordinaire (§2).

§1) L'exception sous l'empire de la loi référendaire

La question algérienne avait conféré à Charles de Gaulle la légitimité politique lui manquant pour accéder au pouvoir. Cette question réglée, il lui fallait lui trouver un substitut pour s'y maintenir. Or, si la question algérienne avait été réglée, ce n'était pas dans le sens attendu par ceux qui l'avaient appelé aux plus hautes responsabilités. Cette guerre d'Algérie, pour laquelle tant de sacrifices avaient été consentis, militairement gagnée, allait être politiquement perdue. Qui plus est, ce fut De Gaulle lui-même, l'homme ayant juré de conserver l'Algérie à la France, qui conspira le mieux à la séparer de la métropole. Ceux-là même qui le soutenaient se sont retournés contre lui. Il lui faudra donc trouver un nouveau

support à son action et il le trouvera dans le peuple lui-même, par la voie du referendum. S'inscrivant dans la continuité des répercussions de la guerre d'Algérie, l'origine des pouvoirs référendaires (A) doit être rappelée, cela pour mieux comprendre la place particulière occupée par les juridictions d'exception sous leur empire (B).

A) Referendum et pouvoirs d'exception

Héritière de dispositifs d'exception antérieurs à son adoption (1), la loi référendaire allait permettre de garantir leur continuité (2).

1) Une loi référendaire héritière des dispositifs d'exception

Les dispositions de l'article 16 restèrent en application jusqu'au 30 septembre 1961, date à laquelle il y fut mis fin par une décision datée de la veille⁷⁶⁰. Pourtant et bien que cela paraisse aller à l'encontre de l'esprit du dispositif, certains de ses effets perdurèrent bien au-delà de cette date. Dans une autre décision du même jour, prise sur le fondement de l'article 16 mais antérieure à celle mettant fin à son application⁷⁶¹, il était décidé que seraient prorogés, sous réserve de ce qui serait décidé par la loi, jusqu'au 15 juillet 1962 :

- l'état d'urgence⁷⁶².
- la décision du 24 avril 1961 étendant les dispositions de l'ordonnance 58-916, permettant l'internement administratif des personnes considérées comme « *dangereuses pour la sécurité publique* »⁷⁶³.
- la décision du 24 avril 1961 relative à la garde à vue et portant sa durée à 15 jours⁷⁶⁴.
- la décision du 27 avril 1961, visant à prévenir la diffusion d'écrits subversifs⁷⁶⁵.
- la décision du 4 mai 1961 concernant la procédure pénale⁷⁶⁶.

Il était également procédé à une prorogation des fonctions du Tribunal Militaire ainsi que du Haut Tribunal militaire, deux juridictions d'exceptions créées spécialement pour répondre au putsch des généraux.

⁷⁶⁰ Décision du 29 septembre 1961 mettant fin à l'application de l'article 16 de la Constitution (JO du 30, p. 8963).

⁷⁶¹ Décision du 29 septembre 1961 relative à certaines mesures prises en vertu de l'article 16 (JO du 30, p. 8963).

⁷⁶² Lequel avait d'ailleurs déjà été prorogé « *jusqu'à nouvelle décision* » par une décision de l'article 16 : décision du 24 avril 1961 relative à la durée de l'état d'urgence (JO du 24, p. 3876).

⁷⁶³ Ordonnance n° 58-916 du 7 octobre 1958 relative aux mesures à prendre à l'égard des personnes dangereuses pour la sécurité publique en raison de l'aide qu'elles apportent aux rebelles des départements algériens (JO du 8, p. 9214). Il s'agissait alors de cibler les membres de l'OAS, en plus de ceux du FLN.

⁷⁶⁴ Décision du 24 avril 1961 relative à la garde à vue (JO du 24, p. 3876) ; sous certaines conditions.

⁷⁶⁵ Décision du 27 avril 1961 visant à prévenir la diffusion d'écrits subversifs (JO du 28, p. 3947).

⁷⁶⁶ Décision du 4 mai 1961 (JO du 5, p. 4147) ; celle-ci prévoyait une procédure d'instruction largement dérogatoire du droit commun pour les crimes et délits commis lors des événements d'Algérie.

Ces mesures se voyaient prorogées jusqu'au 15 juillet 1962 « *sous réserve de ce qui pourrait être décidé par la loi* ». Si une lecture rapide pouvait laisser penser que par ces mots, se trouvait être remis entre les mains du Parlement le choix de la date effective à laquelle allaient cesser de s'appliquer les dispositions adoptées sous l'empire du régime de l'article 16, l'avenir prouvera le contraire. Le pouvoir exécutif réussissant une nouvelle fois à confisquer cette prérogative au Parlement, à la faveur, encore, de la guerre d'Algérie.

A la suite du référendum du 8 janvier 1961 à l'occasion duquel les Français ont autorisé le processus d'autodétermination de l'Algérie, le Gouvernement entama des négociations officielles avec le FLN. Du 7 au 18 mars 1962 eurent lieu les pourparlers conclus par les Accords d'Evian. Ceux-ci comportaient deux volets. Le premier était un simple accord de cessez-le-feu devant entrer en vigueur le 19 mars à midi. Le deuxième, appelé « *déclarations gouvernementales* », prévoyait en sus de la reconnaissance du FLN comme formation politique légale, l'organisation d'une consultation d'autodétermination des Algériens, dans un délai compris entre trois et six mois après la conclusion des-dits accords⁷⁶⁷. Le délai minimum de trois mois prévu par les accords avait été instauré pour donner le temps au Président de faire approuver aux Français, par voie de référendum, le contenu des accords d'Evian. Si, sur un plan juridique, obtenir une telle approbation n'était pas nécessaire, cela apparaissait politiquement indispensable ; De Gaulle s'adressa par voie de message aux Chambres, réunies en session extraordinaire, afin de s'expliquer de son choix⁷⁶⁸.

⁷⁶⁷ JO, 20 mars 1962, p. 3020.

⁷⁶⁸ Message du 20 mars 1962 : « *Mesdames, messieurs les députés, la politique poursuivie par la République depuis tantôt quatre années au sujet de l'Algérie a été, à mesure de son développement, approuvée par le Parlement, soit explicitement, soit du fait de la confiance qu'il n'a cessé d'accorder au gouvernement responsable. Le référendum du 8 janvier 1961 a démontré, quant à la direction ainsi tracée, l'accord massif et solennel du pays. Mais, voici que la proclamation du cessez-le-feu, les mesures fixées pour l'autodétermination des populations, les conditions adoptées quant à la coopération de l'Algérie et de la France -y compris les garanties assurées à la population de souche française- dans le cas où l'autodétermination instituerait un Etat algérien indépendant, marquent une étape décisive de cette politique. L'ensemble des dispositions arrêtées en conclusion des négociations d'Evian avec les représentants du F.L.N. et des consultations menées auprès d'autres éléments représentatifs algériens se trouve maintenant formulé dans les déclarations gouvernementales du 19 mars 1962. Nul ne peut se méprendre sur la vaste portée de cet aboutissement en ce qui concerne, tant la vie nationale de la France, que son œuvre africaine et son action internationale. Nul ne peut, non plus, méconnaître les difficultés d'application qui en résultent aujourd'hui et risquent d'en résulter demain, non seulement quant à la situation d'un grand nombre de personnes et de beaucoup de choses, mais aussi dans le domaine de l'ordre public et de la sûreté de l'Etat. Il m'apparaît donc comme nécessaire que la nation elle-même sanctionne une aussi vaste et profonde transformation et confère au chef de l'Etat et au Gouvernement les moyens de résoudre, dans les moindres délais, les problèmes qui seront posés à mesure de l'application. C'est pourquoi, en vertu de l'article 11 de la Constitution, j'ai décidé, sur la proposition du Gouvernement, de soumettre au référendum un projet de loi comportant l'approbation des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 ; autorisant le Président de la République à conclure les actes qui seront à établir au sujet de la coopération de la France et de l'Algérie si l'autodétermination institue un Etat algérien indépendant ; enfin et jusqu'à ce que soient, dans cette éventualité, créés en Algérie des pouvoirs publics algériens, attribuant au Président de la République le pouvoir d'arrêter par ordonnances ou par décrets pris en conseil des ministres, toutes mesures relatives à l'application de ces mêmes déclarations* ».

Le référendum fut organisé le 8 avril 1962 et le résultat sans appel⁷⁶⁹, puisque près de 91% des électeurs approuvèrent le projet de loi qui leur était soumis⁷⁷⁰. Le projet de loi était composé de deux articles⁷⁷¹. Le premier article autorisait le chef de l'Etat à conclure tous accords destinés à l'application effective des engagements pris dans les déclarations gouvernementales du 19 mars 1962, si les Algériens décidaient de s'engager sur la voie de l'indépendance et de la coopération avec la France. Le choix qui allait être le leur ne pouvait plus être désormais l'objet du moindre doute. Le deuxième article quant à lui et la formulation est là d'une grande importance, autorisait le Président « à arrêter par voie d'ordonnance ou, selon le cas, de décrets pris en conseil des ministres, toutes mesures législatives ou réglementaires, relatives à l'application des déclarations du 19 mars 1962 » ; cela pendant la phase transitoire de mise en place d'une nouvelle organisation politique, postérieurement à la déclaration d'indépendance. Observons ici une nouvelle fois que l'autorité détentrice de ces prérogatives n'est pas le Gouvernement, mais le Président de la République lui-même, qui concentre à nouveau entre ses mains l'intégralité de l'exercice du pouvoir, sous le prétexte, relativement vague, d'assurer l'application des « déclarations gouvernementales ».

Le 1^{er} juillet 1962 interviendra le referendum d'autodétermination de l'Algérie⁷⁷² et les Algériens feront, massivement, le choix de l'indépendance⁷⁷³. Le 3 juillet 1962, la France reconnaissait officiellement l'indépendance de l'Etat Algérien, récapitulant pour l'occasion les étapes par lequel le processus était passé : « par le référendum du 8 janvier 1961, le peuple français a reconnu aux populations algériennes le droit de choisir leur destin politique par rapport à la République française. Par le référendum du 8 avril 1962, le peuple français a approuvé les déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 qui prévoient le cas où les populations algériennes consultées en vertu de la loi du 14 janvier 1961 choisiraient de constituer l'Algérie en État indépendant coopérant avec la France. Par le scrutin d'autodétermination du 1^{er} juillet 1962, le peuple algérien s'est prononcé pour l'indépendance de l'Algérie coopérant avec la France. En conséquence, les rapports entre la France et

⁷⁶⁹ Décret n° 62-310 du 20 mars 1962 décidant de soumettre un projet de loi au référendum ; projet publié en annexe concernant les accords à établir et les mesures à prendre au sujet de l'Algérie sur la base des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 (JO du 21, p. 3075).

⁷⁷⁰ C. Const., décision n° 62-7 REF du 13 avril 1962 (JO du 14, p. 3880). Ce chiffre, écrasant, est toutefois à nuancer puisque doit être relevé qu'étaient seuls appelés à voter les Français de métropole, les quelques cinq millions d'électeurs Français d'Algérie ayant été exclus de toute participation au scrutin.

⁷⁷¹ Loi n° 62-421 du 13 avril 1962 concernant les accords à établir et les mesures à prendre au sujet de l'Algérie sur la base des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 (JO du 14, p. 3843).

⁷⁷² Décret n° 62-305 du 19 mars 1962 portant règlement du référendum d'autodétermination dans les départements d'Alger, Batna, Bône, Constantine, Médéa, Mostaganem, Oasis, Oran, Orléans-ville, Saïda, Saoura, Sétif, Tiaret, Tizi-Ouzou, Tlemcen (JO du 20, p. 3034).

⁷⁷³ Journal officiel de l'Etat algérien du 6 juillet 1962, p. 3 ; à plus de 99 %.

l'Algérie étant désormais fondés sur les conditions définies par les déclarations gouvernementales du 19 mars 1962, le président de la République française déclare que la France reconnaît solennellement l'indépendance de l'Algérie »⁷⁷⁴.

Le même jour, sur le fondement des dispositions de la loi référendaire du 13 avril 1962, le Président de la République décidait par ordonnance de mettre fin aux mandats des députés et sénateurs élus dans ces anciens départements d'Algérie⁷⁷⁵. Un choix contraire à toute la tradition républicaine : il faut en effet rappeler qu'en 1871, les députés d'Alsace-Moselle purent continuer à siéger, quoique leurs circonscriptions d'élection ne fussent plus rattachées à la France. Ce ne sera que la première d'une série de décisions contestables, toutes prises sous couvert de l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962.

2) Une loi référendaire garante de la continuité des dispositifs d'exception

C'est par ce procédé que le Président de la République, le 13 juillet 1962⁷⁷⁶, prorogait jusqu'au 31 mai 1963 où jusqu'à une date à définir en Conseil des ministres, l'ensemble des décisions prises sur le fondement de l'article 16 de la Constitution⁷⁷⁷ ; décisions dont l'application avait déjà été prolongée par la décision de l'article 16 déjà évoquée du 29 septembre 1961, prise sur le fondement de l'article 16, le jour même où il avait été décidé que serait mis fin à ce régime d'exception⁷⁷⁸. Seule n'était pas prorogée la décision du 4 mai 1961 modifiant profondément la procédure d'instruction⁷⁷⁹. Cette même ordonnance prolongeait encore l'application d'une ordonnance de 1958 autorisant les forces de police à user de leurs armes à feu dans des cas beaucoup plus larges que ceux admis en droit commun⁷⁸⁰. De Gaulle ne faisait pas mystère de ses intentions, le but affiché étant de prévenir toute action de l'OAS : le Gouvernement considère « *qu'il doit continuer à disposer des moyens juridiques suffisants pour assurer le maintien de l'ordre et pour s'opposer à l'action d'éléments subversifs que la reconnaissance de l'indépendance algérienne n'a certainement pas désarmé* »⁷⁸¹.

⁷⁷⁴ JO du 4 juillet 1962, p. 6483.

⁷⁷⁵ Ordonnance n° 62-737 du 3 juillet 1962 relative au mandat des députés et sénateurs élus dans les départements algériens et sahariens (JO du 4, p. 6483) ; suppression à compter du 4 juillet 1962 en conséquence du scrutin d'autodétermination de l'Algérie.

⁷⁷⁶ Ordonnance n°62-797 du 13 juillet 1962, (JO du 17, p. 7003).

⁷⁷⁷ Application de l'état d'urgence, internement administratif des personnes considérées comme « *dangereuses pour la sécurité publique* », décision du 24 avril 1961 portant la durée de la garde à vue à 15 jours, décision du 27 avril 1961, visant à prévenir la diffusion d'écrits subversifs.

⁷⁷⁸ Décision du 29 septembre 1961 relative à certaines mesures prises en vertu de l'article 16, (JO du 30, p. 8963).

⁷⁷⁹ Décision du 4 mai 1961 (JO du 5, p. 4147).

⁷⁸⁰ Ordonnance n°58-1309 du 23 décembre 1958 relative à l'usage des armes et à l'établissement de barrages de circulation par le personnel de la police (JO du 25, p. 11810).

⁷⁸¹ Ordonnance n° 62-797 du 13 juillet 1962 (JO du 17, p. 7003).

Ce ne fut d'ailleurs pas le seul acte pris ou inspiré par lui qui fut motivé par la volonté d'éradiquer l'OAS. Ainsi, alors que le pays était encore sous l'empire du régime prévu par l'article 16 de la Constitution, De Gaulle, par une décision du 27 avril 1961, instituait un Haut tribunal militaire devant lequel devait être déférés « *les auteurs et complices des crimes contre la sûreté de l'Etat et contre la discipline des armées* »⁷⁸².

B) Referendum et juridictions d'exception

Contestées dès leur création, ces juridictions d'exception allaient changer de dénomination au fil des années, sans qu'elles ne changent toutefois véritablement de nature⁷⁸³. Ainsi, au Haut Tribunal militaire allait rapidement succéder la Cour militaire de Justice (1), laquelle cèdera la place à la Cour de sûreté de l'Etat (2).

1) Du Haut Tribunal militaire à la Cour militaire de Justice

La procédure suivie devant le Haut Tribunal militaire obéissait à des règles particulières, très différentes de celles du droit commun. Tous ses membres étaient nommés par décret et surtout, aucun recours n'était possible contre les décisions adoptées. Jugés et condamnés par le Haut Tribunal militaire, quelques treize participants au « putsch des généraux », dont dix officiers du 1^{er} Régiment Etranger Parachutiste, fer de lance des événements, saisirent le Conseil d'Etat⁷⁸⁴. Les requérants demandaient l'annulation pour excès de pouvoir de la décision de création du Haut Tribunal militaire au motif entre autres, que les règles de procédure suivies devant la juridiction auraient manqué au respect des principes généraux du droit pénal. Sur ce point, le doute n'était guère permis, la procédure d'instruction se trouvant remise toute entière entre les mains du ministère public et non d'un organe indépendant du pouvoir exécutif. De plus, la décision attaquée portait atteinte également au principe de non rétroactivité de la loi pénale, puisqu'elle avait évidemment vocation à s'appliquer à des actes commis avant son entrée en vigueur. Le Conseil d'Etat choisit de ne répondre à aucune des questions posées. Conférant à la décision de recours à l'article 16 le caractère d'acte de gouvernement, il se déclarait incompétent, s'interdisant par la même d'en examiner la légalité⁷⁸⁵. En revanche, il refusa d'attribuer cette qualité à la

⁷⁸² Décision du 27 avril 1961 instituant un Haut Tribunal militaire (JO du 28, p. 3947).

⁷⁸³ Pour une approche tout à la fois juridique et historique des juridictions d'exception pendant la guerre d'Algérie, v. la thèse d'Olivier Arnoux de Maison Rouge, *L'Algérie Française en procès – Justice et politique devant les juridictions d'exception, 1960-1963*, Thèse droit, Clermont 1, 2007.

⁷⁸⁴ CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, req. n° 55049 et 55055.

⁷⁸⁵ « *Considérant que, par décision en date du 23 avril 1961 (...) le Président de la République a mis en application l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; que cette décision présente le caractère d'un acte*

décision de création d'un Haut Tribunal militaire, mais se borna à constater qu'il s'agissait là d'un nouvel ordre de juridiction *sui generis*, dont la création relevait des dispositions de l'article 34 de la Constitution. Le Conseil d'Etat déduisit ainsi le caractère législatif de la décision, laquelle, relevant domaine de la loi, ne pouvait lui être déférée⁷⁸⁶. Les fonctions du Haut Tribunal militaire furent prorogées *sine die* par la décision déjà évoquée prise sur le fondement de l'article 16 du 29 septembre 1961⁷⁸⁷.

Pourtant, le Haut Tribunal militaire était brutalement supprimé le 26 mai 1962⁷⁸⁸. En effet, quelques jours plus tôt, le 21 mai, s'était terminé le procès du Général Salan, qui avait été condamné, mais non pas à la peine capitale comme le souhaitait De Gaulle, mais à la détention à perpétuité. Furieux, le Président ordonna la suppression du Haut Tribunal militaire, remplacé la semaine suivante par une nouvelle juridiction d'exception : la Cour militaire de justice⁷⁸⁹. Cette fois-ci, cette nouvelle instance ne fut pas créée sur le fondement des dispositions de l'article 16, qui avait cessé d'être appliqué depuis le 29 septembre 1961⁷⁹⁰, mais par une des ordonnances prévues par la loi référendaire du 13 avril 1962⁷⁹¹.

de gouvernement dont il n'appartient au Conseil d'Etat ni d'apprécier la légalité, ni de contrôler la durée d'application » ; CE Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, préc.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, « Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, "la loi fixe les règles concernant... la procédure pénale, ... la création de nouveaux ordres de juridiction" ; que la décision attaquée en date du 3 mai 1961, intervenue après consultation du Conseil constitutionnel, tend d'une part à instituer un tribunal militaire à compétence spéciale et à créer ainsi un ordre de juridiction au sens de l'article 34 précité, et, d'autre part, à fixer les règles de procédure pénale à suivre devant ce tribunal ; qu'il s'ensuit que ladite décision, qui porte sur des matières législatives et qui a été prise par le Président de la République pendant la période d'application des pouvoirs exceptionnels, présente le caractère d'un acte législatif dont il n'appartient pas au juge administratif de connaître » ; v. aussi GAJA, 14^e édition, n° 83, CE Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, préc.

⁷⁸⁷ Décision du 29 septembre 1961 relative à certaines mesures prises en vertu de l'article 16 (JO du 30, p. 8963).

⁷⁸⁸ Ordonnance n° 62-598 du 26 mai 1962 portant suppression du Haut Tribunal militaire institué par décision du 27 avril 1961 (JO du 27, p. 5150).

⁷⁸⁹ Ordonnance n° 62-618 du 1 juin 1962 instituant une cour militaire de justice (JO du 2, p. 5316).

⁷⁹⁰ Décision du 29 septembre 1961 mettant fin à l'application de l'article 16 de la Constitution (JO du 30, p. 8963).

⁷⁹¹ Loi n° 62-421 du 13 avril 1962 concernant les accords à établir et les mesures à prendre au sujet de l'Algérie sur la base des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 (JO du 14, p. 3843) et ordonnance n° 62-618 du 1^{er} juin 1962 instituant une Cour militaire de justice (JO du 2, p. 5316).

2) De la Cour militaire de Justice à la Cour de sureté de l'Etat

Détentrices de prérogatives encore plus exorbitantes, la Cour militaire de justice était composée exclusivement de militaires sur la loyauté desquels De Gaulle était assuré de pouvoir compter⁷⁹². Conformément aux attentes du général, le 17 septembre 1962, elle condamna à mort André Canal⁷⁹³, ainsi que le lieutenant Godot et l'adjudant Robin à vingt ans de réclusion criminelle. Mais sa volonté allait cette fois se heurter à celle d'un organe incontournable de l'appareil d'Etat et de l'exercice du pouvoir : le Conseil d'Etat.

Les condamnés, tous membres de l'OAS, saisirent la Haute juridiction d'un recours pour excès de pouvoir contre l'ordonnance présidentielle prise sur le fondement de la loi référendaire du 19 mars 1962, ayant institué la Cour de justice militaire. A ce recours se joignirent cinq sénateurs qui estimaient que le Parlement s'était vu confisquer l'exercice de son pouvoir législatif. Le premier et le principal problème auquel étaient confrontés les requérants portait sur la recevabilité de leur demande, problème sensiblement similaire à celui rencontré lorsqu'un recours fut intenté contre la décision de création du Haut Tribunal militaire sur le fondement de l'article 16. Le Conseil d'Etat s'était alors estimé incompétent pour statuer sur la requête présentée. Il en sera tout autrement dans sa décision *Canal, Robin et Godot* du 19 octobre 1962⁷⁹⁴.

Sur la question de la recevabilité de la demande et du caractère législatif ou réglementaire des ordonnances présidentielles prises sur le fondement de la loi référendaire du 19 mars 1962, le Conseil d'Etat estima que bien que pouvant porter sur des matières législatives, elles n'en participaient pas moins à l'exercice du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat et pouvaient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Le Conseil l'expliquait dans un considérant d'une importance capitale : « *Considérant que l'article 2 de la loi du 13 avril 1962 adoptée par le peuple français par la voie du référendum autorise le Président de la République "à arrêter, par voie d'ordonnance ou selon le cas, de décrets en Conseil des Ministres, toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à l'application des*

⁷⁹² A cette nouvelle juridiction, il fallait un Président. Pour cette tâche, que d'aucuns considéraient comme une basse besogne, il fut fait appel à un fidèle d'entre les fidèles du Général : le Général Edgard de Larminat. Mais le destin se joua une nouvelle fois de Charles De Gaulle et de la plus cruelle des façons : le 1^{er} juillet, Larminat fut convoqué à l'Elysée, très certainement pour y être instruit sur la conduite à adopter dans l'exercice de ses nouvelles fonctions. Le soir même, enfermé dans son bureau, Larminat se donnait la mort, laissant quelques mots, sibyllins, à l'attention du Président, dont il fut un camarade de la première heure : « *Mon Général, je n'ai pu physiquement, ni mentalement, accomplir le devoir qui m'était tracé. Je m'en inflige la peine, mais je tiens à ce qu'il soit su que c'est ma faiblesse et non votre force et votre lucidité qui en sont la cause. Respectueusement, en souvenir des grandes heures de 1940* ». Nous nous contentons de rappeler ce triste épisode pour souligner que les débuts de la Cour militaire de justice étaient, peut-être, annonciateurs du sort qui allait être le sien...

⁷⁹³ Chef de la mission III de l'OAS métropole.

⁷⁹⁴ CE. Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, req. n° 58502.

déclarations gouvernementales du 19 mars 1962" ; qu'il résulte de ses termes mêmes que ce texte a eu pour objet, non d'habiliter le Président de la République à exercer le pouvoir législatif lui-même, mais seulement de l'autoriser à user exceptionnellement, dans le cadre et les limites qui y sont précisées, de son pouvoir réglementaire pour prendre, par ordonnances, des mesures qui normalement relèvent du domaine de la loi ; qu'il suit de là que l'ordonnance attaquée du 1^{er} juin 1962 qui a été prise en application de l'article 2 de la loi du 13 avril 1962 conserve le caractère d'un acte administratif et est susceptible, comme tel, d'être déférée au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir » (nous soulignons).

Bien qu'adoptant en apparence des conclusions contraires à celles prises à l'occasion de son arrêt *Rubin de Servens*⁷⁹⁵, la décision *Canal, Robin et Godot* est en réalité parfaitement conforme à sa jurisprudence antérieure. Depuis 1907 et la jurisprudence *Compagnie de chemin de fer de l'Est*⁷⁹⁶, le juge administratif estime qu'en cas de délégation législative, l'acte pris par l'autorité ayant reçu délégation ne possède plus le même caractère que celui qu'aurait pu prendre l'autorité délégante. Ainsi, un acte portant sur une matière législative, pris par une autorité administrative ayant reçu une délégation législative, possède néanmoins un caractère réglementaire parce qu'étant de forme réglementaire. Cette jurisprudence fut appliquée de manière constante à travers les différents régimes qu'a connus la France, tant aux décrets-lois de la III^e République⁷⁹⁷ qu'aux décrets pris sur habilitation législative de la IV^e République⁷⁹⁸, jusqu'aux ordonnances de l'article 38 de la V^e République antérieurement à leur ratification⁷⁹⁹. En revanche, le Conseil d'Etat a toujours estimé qu'échappaient à son contrôle les actes pris par une autorité directement investie du pouvoir législatif par la Constitution. C'est le cas évidemment des lois votées par le Parlement ou des lois référendaires, mais aussi des décisions de nature législatives prises par le pouvoir exécutif

⁷⁹⁵ V. Georges Berlia, « Le contrôle de l'article 16 et son application », *RDP*, 1962, pp. 289-315.

⁷⁹⁶ CE, 6 février 1907, *Compagnie de chemin de fer de l'Est*, req. n° 4244 : « Considérant qu'aux termes de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 le recours en annulation pour excès de pouvoir est ouvert contre les actes des diverses autorités administratives ; Considérant que, si les actes du chef de l'Etat portant règlement d'administration publique sont accomplis en vertu d'une délégation législative et comportent en conséquence l'exercice dans toute leur plénitude des pouvoirs qui ont été conférés par le législateur au Gouvernement dans ce cas particulier, ils n'échappent pas néanmoins, et en raison de ce qu'ils émanent d'une autorité administrative, au recours prévu par l'article 9 précité ; que, dès lors, il appartient au Conseil d'Etat statuant au contentieux d'examiner si les dispositions édictées par le règlement d'administration publique rentrent dans la limite de ces pouvoirs ». V. également GAJA, 14^e éd, n° 19.

⁷⁹⁷ CE. Ass., 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels*, Rec. p. 619.

⁷⁹⁸ CE. Ass., 15 juillet 1954, *S^{té} des établissements Mulsant*, Rec. p. 481 et CE. Ass., 16 mars 1956, *Garrigou*, Rec. p. 121.

⁷⁹⁹ CE. Ass., 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, Rec. p. 658.

comme les ordonnances adoptées sur le fondement de l'article 92 de la Constitution⁸⁰⁰ ou encore les décisions de l'article 16 de la Constitution portant sur des matières législatives.

Or, dans l'affaire *Canal*, le cas d'espèce présenté au juge est sensiblement différent de ceux dont il a eu précédemment à connaître. En effet, dans cette dernière affaire, le Président de la République se trouvait habilité à créer un nouvel ordre de juridiction, non pas par une loi ordinaire, mais par une loi référendaire. L'habilitation législative allait donc puiser à la même source de légitimité que la Constitution elle-même.

Par conséquent, le Conseil d'Etat n'aurait-il pas dû aligner sa décision *Canal*, non sur sa jurisprudence de 1907, *Compagnie de chemin de fer de l'Est*, relative à la nature juridique des actes pris en matière législative par des autorités administrative sur habilitation législative, mais sur sa jurisprudence relative aux actes pris en matière législative par des autorités administratives, directement investies du pouvoir législatif par la Constitution, comme dans l'arrêt *Rubin de Servens* ? Une telle position pouvait tout à fait se justifier, d'autant plus si l'on rappelle que quelques mois plus tard, le Conseil constitutionnel lui-même refusera d'examiner la conformité d'une loi référendaire à la Constitution, au motif qu'un tel contrôle serait contraire à « *l'esprit de la Constitution* », cette loi constituant « *l'expression directe de la souveraineté nationale* »⁸⁰¹. Il ne peut être reproché au Conseil d'Etat de n'avoir pas eu la préscience de mettre par avance sa jurisprudence en conformité avec une décision du Conseil constitutionnel qui n'avait pas encore été rendue. Mais il sera simplement relevé que sur le plan de la logique élémentaire, si une loi référendaire constitue l'expression directe de la souveraineté nationale et échappe par là même aux facultés d'examen du Conseil constitutionnel, alors une décision administrative réglementaire prise en application de cette même loi devrait également échapper à la faculté d'examen du Conseil d'Etat.

Mais sans doute serait-il malvenu de faire grief aujourd'hui au Conseil d'Etat de ses choix d'hier, au motif que sur le plan de la stricte orthodoxie juridique, ils pourraient être discutés, tout en feignant d'ignorer les circonstances particulièrement graves qui l'avaient poussé à se réunir. Sans doute serait-il tout aussi malvenu pour les mêmes raisons de vouloir

⁸⁰⁰ CE, 12 février 1960, *S^{té} Eky*, req. n° 46922.

⁸⁰¹ C. Const., décision n° 62-20 DC, 6 novembre 1962, *Loi référendaire*, « *considérant que, si l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie, il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale* ».

forger *a posteriori* à l'appui de sa décision des justifications de pur droit qui manquaient quand elle a été rendue. Ce serait en effet oublier que l'arrêt du Conseil aurait pu se confondre avec un arrêt du destin et que pour André Canal, la différence entre une décision de recevabilité et d'irrecevabilité était tout aussi essentielle que celle pouvant exister entre la vie et la mort. Cet aspect-là de l'affaire a sans doute pesé dans la décision du Conseil, qui ne pouvait être simplement ramenée à une question de hiérarchie des normes ou de compétence juridictionnelle. Le Conseil d'Etat s'est d'ailleurs montré avare de détails dans son argumentaire sur les points ayant emporté sa conviction, se contentant d'affirmer « *qu'il résulte [des termes mêmes de la loi, qu'elle a eu] pour objet, non d'habiliter le Président de la République à exercer le pouvoir législatif lui-même, mais seulement de l'autoriser à user exceptionnellement, dans le cadre et les limites qui y sont précisées, de son pouvoir réglementaire pour prendre, par ordonnances, des mesures qui normalement relèvent du domaine de la loi* ».

Une fois surmonté l'obstacle que constituait la question de l'admissibilité de la requête, se posait celle de son bien-fondé qui fut reconnu sans réticence par le Conseil d'Etat. La procédure suivie devant la Cour de justice militaire était par trop attentatoire « *aux droits et garanties essentielles de la défense* », même « *compte tenu des circonstances de l'époque* » pour que la légalité de sa création puisse être admise⁸⁰². Par conséquent, le Conseil d'Etat annula l'ordonnance qui lui était déférée, ce qui annula par la même occasion toutes les décisions rendues par la Cour militaire. Le Conseil d'Etat rendit sa décision le 19 octobre 1962 ; sauvant André Canal qui aurait dû être exécuté le lendemain⁸⁰³. De nouveaux moyens devaient être trouvés par les gouvernants.

⁸⁰² CE. Ass., 19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot, req. n° 58502 : « *Sur les conclusions de la requête tendant à l'annulation de l'ordonnance du 1^{er} juin 1962 instituant une cour militaire de justice : Sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête ; Considérant que, si l'article 2 de la loi du 13 avril 1962 précitée a donné au Président de la République de très larges pouvoirs en vue de prendre toutes mesures législatives en rapport avec les déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 relatives à l'Algérie et si de telles mesures pouvaient comporter, notamment, l'institution d'une juridiction spéciale chargée de juger les auteurs des délits et des infractions connexes commis en relation avec les événements d'Algérie, il ressort des termes mêmes aussi bien que de l'objet de la disposition législative précitée que l'organisation et le fonctionnement d'une telle juridiction ne pouvaient légalement porter atteinte aux droits et garanties essentielles de la défense que dans la mesure où, compte tenu des circonstances de l'époque, il était indispensable de le faire pour assurer l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 ; Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que, eu égard à l'importance et à la gravité des atteintes que l'ordonnance attaquée apporte aux principes généraux du droit pénal, en ce qui concerne, notamment, la procédure qui y est prévue et l'exclusion de toute voie de recours, la création d'une telle juridiction d'exception fût nécessaire par l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 ; que les requérants sont, dès lors, fondés à soutenir que ladite ordonnance, qui excède les limites de la délégation consentie par l'article 2 de la loi du 13 avril 1962, est entachée d'illégalité ; qu'il y a lieu, par suite, d'en prononcer l'annulation* ».

⁸⁰³ Ou réputé sauvant la vie d'André Canal, v. *infra* note n° 46.

§2) La loi ordinaire au secours de l'exception

Les décisions créant les juridictions d'exception n'ayant pas trouvé grâce aux yeux du Conseil d'Etat, il convenait de rechercher leur absolution auprès du Parlement par le biais de la loi ordinaire (A). Pour le pouvoir en place, il n'était en effet possible d'aller contre la légitimité de la décision du Conseil d'Etat qu'en allant puiser à la source d'une légitimité plus haute pour la tourner contre lui. Ayant déjà épuisé celle offerte par l'onction populaire et par la voie référendaire, il lui fallait demander aux représentants de la Nation de remplir l'office que la Nation elle-même avait rendu plus tôt. Etonnamment, le choix d'en passer par le Parlement et par la validation législative pour pérenniser les juridictions d'exception allait avoir des répercussions tout à fait inattendues (B), sur un régime d'exception en particulier et plus spécifiquement, sur sa durée d'application : l'état d'urgence.

A) L'absolution législative des juridictions d'exception

Perçu par le pouvoir en place comme nécessaire, le recours aux juridictions d'exception (1) passait par celui, préalable, au Parlement (2).

1) Le nécessaire recours aux juridictions d'exception

La décision du Conseil d'Etat fut cause d'une très virulente réaction de la part de Charles De Gaulle. Jean Foyer, à l'époque Garde des Sceaux, rapporte que lors de l'audience qu'il lui accorda le lendemain, le Président lui déclara qu'il tenait la décision du Conseil d'Etat pour « *inexistante* » et qu'il convenait de réformer le Conseil⁸⁰⁴. Si cette réforme fut habilement reportée *sine die* par les manœuvres savantes d'une Haute administration œuvrant

⁸⁰⁴ Jean Foyer, « Doctrine et information générale - Après l'arrêt Canal : le Général De Gaulle et la non-réforme du Conseil d'Etat », *Revue administrative*, 2006, n° 349, pp. 6-12. V. aussi Jean Foyer, « l'affaire Canal », *Revue administrative*, 2004, n° 337, pp. 6-9. Dans ce dernier article, Jean Foyer rapportait ces quelques souvenirs : « Dans la soirée, je vois entrer dans mon bureau à la Chancellerie mon éminent collègue et ami, le professeur André Gros, alors juriste du ministère des Affaires étrangères et conseiller d'Etat en service extraordinaire. Au Conseil d'Etat, tout membre du corps peut assister aux délibérés des formations contentieuses. Il avait assisté à celui de l'Assemblée du contentieux. Atterré, il m'apprit que l'ordonnance était annulée. Elle l'était à la suite et par l'effet d'un mensonge. L'avocat dans une plaidoirie larmoyante, avait expliqué que l'exécution par fusillade était fixée au lendemain matin, que le poteau était déjà planté dans la forêt de Saint-Germain. La seule chance de survie du condamné était dans l'annulation de l'ordonnance. Ces affirmations étaient entièrement fausses. L'instruction du recours en grâce n'était pas achevée; le Conseil supérieur de la magistrature n'en avait pas délibéré, il n'était même pas encore convoqué. J'en ai voulu, je le reconnais, au Président Parodi, pour qui j'avais beaucoup d'amitié. Le vice-président du Conseil d'Etat est relié au réseau téléphonique interministériel. Pourquoi, à la faveur d'une suspension d'audience, le président ne m'avait-il pas interrogé sur les propos de l'avocat ? Je l'eusse immédiatement détrompé ». A propos de la réforme du Conseil d'Etat, il mentionnait que : « Quatre ans plus tard, un soir d'automne, comme mon audience de tabella prenait fin, le général me dit out à trac : "pourquoi n'avez vous pas mis à profit ma présence à la tête de l'Etat pour réformer le Conseil d'Etat ?" Je lui répondis "mon général, il fallait m'en confier le soin. vous avez désigné une commission maison qui ne voulait rien changer d'essentiel" ».

contre les volontés du Général sous couvert de le servir⁸⁰⁵, ce dernier tint néanmoins parole : la décision du Conseil d'Etat fut, *de facto*, rendue pour partie « *inexistante* ».

La décision du Conseil d'Etat avait en effet été rendue dans climat politiquement électrique. Le 22 août 1962, De Gaulle avait échappé de justesse à un attentat de l'OAS et tirant profit de l'émotion populaire soulevée par l'attentat du Petit-Clamart, il décidait d'organiser un referendum qui allait changer le visage de la V^e République ; celui-ci portait sur l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. La décision du Conseil d'Etat fut donc rendue neuf jours avant le scrutin prévu le 28 octobre ; scrutin dont la constitutionnalité était vivement contestée par différents opposants à De Gaulle. Perçue comme une décision politique et exploitée comme telle tout au long de la campagne électorale qui précéda le rendez-vous aux urnes, Charles de Gaulle ne pouvait -ni ne voulait- laisser au Conseil d'Etat le dernier mot.

Le 15 janvier 1963, fut ainsi approuvée la création d'une nouvelle juridiction d'exception, en remplacement de la Cour militaire de justice. Dénommée Cour de sureté de l'Etat, elle possédait comme les tribunaux d'exception l'ayant précédée des prérogatives étendues et dérogoires au droit commun. Mais cette fois-ci, elle fut créée non par une législation d'exception comme ce fut le cas précédemment, mais par deux lois ordinaires, votées par le Parlement⁸⁰⁶. Or, le Gouvernement est parvenu à introduire au cours du processus législatif une disposition de validation selon laquelle « *les ordonnances prises en vertu de l'article 2 de la loi 62-421 du 13 avril 1962 ont et conservent force de loi à compter de leur publication* ».

⁸⁰⁵ Les propos de Jean Foyer, sont explicites : « *Saint Simon écrit que la France de Louis XIV était gouvernée par trente maîtres des requêtes. En un certain sens, la formule pouvait être dite de la France du Général de Gaulle. Les maîtres des requêtes étaient partout et surtout à la tête de l'Etat. Le Premier ministre avait été maître des requêtes. Des maîtres des requêtes dirigeaient ou du moins peuplaient le cabinet présidentiel et son secrétariat général, les cabinets ministériels, le secrétariat général du Conseil constitutionnel. Et j'en passe. Tous firent la chaîne comme des paysans qui se passent des seaux d'eau pour éteindre l'incendie. Ils s'y employaient assez adroitement. Le premier danger à écarter était celui d'une décision ab iratio. Le moyen de l'éviter était de charger une commission d'étudier une réforme. Clémenceau a dit qu'il fallait nommer une commission lorsque l'on ne savait pas quoi faire. Le trait est aussi vrai lorsqu'on ne veut rien faire. Elle était la pensée de ceux qui s'efforçaient de convaincre le général d'adopter cette procédure. Ils y réussirent* », *ibid.*

⁸⁰⁶ Loi n° 63-22 du 15 janvier 1963, modifiant et complétant le Code de procédure pénale en vue de la répression des crimes et délits contre la sureté de l'Etat (JO du 16, p. 507) et loi n° 63-23 du 15 janvier 1963, fixant la composition, les règles de fonctionnement et la procédure de la cour de sureté de l'état instituée par l'art. 698 du code de procédure pénale (JO du 16, p. 508).

2) Le nécessaire recours au Parlement

L'objectif affiché n'était rien de moins que de réduire à rien la portée de la décision, objectif sur lequel le Gouvernement ne faisait pas le moindre mystère. Il s'exprimait d'ailleurs le 4 janvier 1963 à l'Assemblée nationale, par la bouche du rapporteur de la commission des lois, René Capitant : « Chacun sait que l'article 49⁸⁰⁷ a pour but de surmonter les difficultés juridiques qui ont suivi l'annulation par le Conseil d'Etat de l'ordonnance du 1^{er} juin 1962. L'amendement de la commission a pour but de nous permettre de surmonter ces difficultés sans manquer à nos principes. Mais, derrière les questions juridiques, quand c'est le législateur qui en connaît, il y a toujours une question politique. C'est cette question politique que je veux rappeler ici. Qu'est-ce, en effet, que l'ordonnance du 1^{er} juin 1962, dont nous devons aujourd'hui racheter l'annulation ? C'est une ordonnance prise par le Président de la République, en vertu de la loi du 13 avril 1962. Cette loi, je le rappelle, a été votée par le peuple français, saisi par voie de référendum, selon la procédure de l'article 11 de la Constitution. Par l'article de cette loi, le peuple français a autorisé l'autodétermination en Algérie et, par l'article 2, il a donné au Président de la République le pouvoir de prendre par ordonnance toutes les mesures nécessaires pour mettre en œuvre la politique qui devait aboutir aux accords d'Evian. (...) Le problème est donc de savoir si, aujourd'hui, nous allons ratifier cette politique ou si, au contraire, avec plus ou moins de franchise, nous allons tenter de la condamner et de la renier après coup. (...) En annulant l'ordonnance du 1^{er} juin, on a voulu enlever sa base légale à la cour militaire de justice. On a voulu priver de juges les hommes qui ont assassiné, qui ont fait la politique de la terre brûlée, qui ont opposé leur violence à la politique voulue par la majorité de la nation française. Aujourd'hui, nous, législateurs de cette nouvelle législature, nous avons à dire si nous entendons annuler à notre tour ou confirmer les actes par lesquels s'est manifestée la politique des accords d'Evian. Or, je vous le dis, il faut valider l'ordonnance du 1^{er} juin. Il faut lui rendre sa force. C'est là, il est vrai, que nous nous heurtons à une difficulté juridique. Mais, cette difficulté juridique, nous avons le devoir, en tant que législateurs, de la replacer dans son contexte politique. Il faut que nous rétablissions la continuité de cette politique dans la continuité du droit qu'elle a engendré. Il importe, d'autre part, que nous le fassions sans manquer aux grands principes juridiques qui sont ceux de la République. Il faut notamment que nous évitions de porter

⁸⁰⁷ L'article 49 était celui du projet de loi initialement soumis aux députés et était formulé comme suit : « L'ordonnance n° 62-618 du 1^{er} juin 1962 instituant une cour militaire de justice ainsi que les actes, formalités et décisions intervenus en application de cette ordonnance sont et demeurent valables ». Il devint l'article 50 de la loi définitivement adoptée : « Les ordonnances prises en vertu de l'article 2 de la loi n° 62-421 du 13 avril 1962 ont et conservent force de loi à compter de leur publication ».

atteinte à l'autorité de la chose jugée, de nous immiscer dans la fonction juridictionnelle. Nous devons rester dans les limites de notre pouvoir législatif et de telle façon que personne ne puisse prétendre que nous les ayons outrepassées. (...) Mais, quelle que soit l'interprétation qu'on puisse porter sur l'arrêt du Conseil d'Etat, cet arrêt, je le dis clairement, s'impose à l'administration. En revanche, il ne s'impose pas au législateur, car c'est un principe incontestable que le Conseil d'Etat est juge de la légalité administrative, qu'il a pour mission d'imposer le respect de la loi à l'administration, mais qu'il n'a pas le pouvoir d'imposer l'interprétation de la loi au législateur. Le législateur est maître souverain du pouvoir législatif, soit pour faire une loi nouvelle, soit pour interpréter une loi ancienne, soit pour donner force de loi à un règlement, en ratifiant celui-ci. (...) En agissant ainsi, nous ne réformons par l'arrêt du Conseil d'Etat, mais nous incorporons à l'ordre législatif une série de textes dans lesquels le Conseil d'Etat croyait ne voir que des règlements administratifs, mais en qui tout juge, et le Conseil d'Etat lui-même, sera obligé de reconnaître désormais des règles équivalentes à des lois, tant votre formule aura été claire. (...) Nous aurons réaffirmé la véritable signification et rendu leur légitimité à des ordonnances inséparables des accords d'Evian, ratifiés par plus de 90 p. 100 des citoyens français »⁸⁰⁸ (nous soulignons).

Les péripéties juridiques et judiciaires entourant la Cour militaire de justice ne cessèrent pas pour autant. Après les manœuvres de Chambre, pour refaire par la loi ce que la Conseil d'Etat avait défait par sa jurisprudence, c'était au tour des manœuvres de Cour de s'enclencher. C'est qu'en effet, en adoptant les lois du 15 janvier 1963, donnant force de loi aux ordonnances du 13 avril 1962 et créant la Cour de sûreté militaire en remplacement de la Cour militaire de justice, les parlementaires étaient loin de se douter que leur vote allait être habilement exploité par les conseils des auteurs de l'attentat du Petit-Clamart. Bien que la loi ait résolu le problème posé au Gouvernement par la décision du Conseil d'Etat, elle allait également en poser un nouveau, dont les termes étaient rappelés par Jean Foyer, Ministre de la Justice, à la tribune de l'Assemblée nationale, le 13 février 1963 : « *Mesdames, messieurs, il y a quelques semaines le Gouvernement soumettait à vos délibérations deux projets de loi qui ont refondu très profondément les dispositions concernant la répression des crimes et délits contre la sûreté de l'Etat. Ces deux lois qui portent la date du 15 janvier 1963 prévoyaient, en particulier, l'institution d'une juridiction nouvelle unique et permanente, la Cour de sûreté de l'Etat. [...] la loi avait laissé au Gouvernement un délai de quarante jours pour la mise en place de la nouvelle juridiction. Dans le même temps, la seconde de ces lois,*

⁸⁰⁸ JO n° 30, 5 janvier 1963, p. 292.

[...], décidait en son article 50 que les ordonnances prises en vertu de l'article 2 de la loi référendaire du 13 avril 1962, avaient et conservaient force de loi à compter de leur publication. Je n'ai pas besoin de rappeler que parmi les ordonnances englobées dans cette formule générale était comprise celle du 1^{er} juin 1962 instituant une cour militaire de justice et que, par conséquent, le Gouvernement pouvait, aux termes de cette ordonnance, renvoyer des accusés devant ladite cour. C'est au vu de ces deux dispositions législatives qu'au lendemain de la promulgation de la loi du 15 janvier 1963 s'est posée pour le Gouvernement la question de savoir à quelle juridiction seraient déférés les auteurs de l'attentat dirigé contre la personne du Président de la République, [...]. Le Gouvernement a opté pour l'une des deux solutions qui s'offraient à lui, à savoir le renvoi des accusés devant la cour militaire de justice [...] Il était permis de penser que la cour militaire de justice, devant laquelle les accusés étaient cités à comparaître avant la fin du mois de janvier, aurait terminé les débats de cette affaire avant le 25 février, si larges que ceux-ci eussent pu être. Or les accusés, sans dissimuler le moins du monde leur jeu, mais, au contraire, en l'exposant aussi clairement et aussi cyniquement qu'il était possible, se sont employés par les moyens dilatoires les plus condamnables et par les manœuvres les plus scandaleuses à paralyser le cours des débats à seule fin d'attendre le 25 février et de faire alors poursuivre le jugement par une autre juridiction, ce qui était impensable »⁸⁰⁹.

Impensable et pourtant les prévenus et leurs conseils y pensèrent, eux qui peu soucieux de la bonne administration de la justice et des vœux du ministre, choisirent de ne pas attendre sereinement la mort qui leur était promise. Certains du sort qui allait être le leur, ils optaient comme stratégie de prétoire pour la défense de rupture, parvenant à transformer le tribunal en tribune, au grand dam du Gouvernement. C'est précisément la raison pour laquelle ce dernier se trouvait dans l'obligation de modifier la loi du 15 janvier 1963, pourtant votée à peine un mois plus tôt. Ainsi, désireux d'en terminer au plus vite et usant des possibilités offertes par l'article 45 de la Constitution et la déclaration de l'urgence du projet, Jean Foyer demandait à ce que soit ajouté aux dispositions de l'article 51 de la loi n° 63-23 du 15 janvier 1963, un « simple alinéa » -l'expression est de lui : « le tribunal militaire et la cour militaire de justice seront provisoirement maintenus en fonctions pour le jugement de toute affaire faisant l'objet de débats ou de délibéré encourus à l'expiration du délai prévu à l'article 49 »⁸¹⁰.

Ce « simple alinéa » dressera contre lui et le Gouvernement une proportion considérable de députés et pour commencer, étonnamment, le rapporteur du projet de loi,

⁸⁰⁹ JO n° 30, 14 février 1963, p. 2118.

⁸¹⁰ JO n° 30, 14 février 1963, p. 2129.

François Mitterrand. Après s'être livré à un réquisitoire méthodique contre le projet qu'en bonne logique il aurait dû défendre, alors que la procédure législative en était à peine à ses débuts, il démissionnait de manière fracassante de ses fonctions de rapporteur⁸¹¹. Coste-Floret se fera le continuateur de l'œuvre de démolition initiée par François Mitterrand. Ainsi qu'il avait été rappelé à l'Assemblée lors du rapport du projet très singulier présenté par François Mitterrand, il y a entre la Cour militaire de Justice et la Cour de sûreté de l'Etat une différence fondamentale, ayant trait aux voies de recours. Devant la Cour de sûreté de l'Etat, le pourvoi en Cassation est possible, devant la Cour militaire de justice, il est inexistant. Coste-Floret proposa donc par amendement que les possibilités de recours de la Cour militaire de justice soient alignées sur celle de la Cour de sûreté de l'Etat. Mais l'amendement fut repoussé par le Gouvernement et la loi adoptée par l'Assemblée nationale à la confortable majorité de 271 voix contre 170⁸¹².

Le Sénat, quant à lui, fut loin de se montrer aussi docile⁸¹³. Le texte fut impitoyablement repoussé par 181 voix contre et seulement 40 voix pour⁸¹⁴. La procédure législative reprit son cours ordinaire en semblables circonstances : la commission mixte paritaire réunie pour l'occasion ne parvint pas à accorder les volontés des chambres et après un second vote⁸¹⁵, le dernier mot fut donné à l'Assemblée qui l'approuva⁸¹⁶. Désormais, la Cour militaire de Justice avait les coudées franches pour mener sa mission jusqu'au bout⁸¹⁷. Bastien-Thiry, chef des conjurés du Petit-Clamart, sera fusillé le 11 mars 1963.

⁸¹¹ « Ne pouvant personnellement m'associer au vote d'un projet qui contredit, à mes yeux, les principes de base d'un Etat républicain, sans régler pour autant une situation judiciaire regrettable, j'ai l'honneur d'informer l'Assemblée nationale que je me démet de mes fonctions de rapporteur », JO du 14 février 1963, p. 2121.

⁸¹² JOAN n° 30, 14 février 1963, p. 2136.

⁸¹³ Edouard Le Bellegou résumant fort bien dans une de ses interventions le sentiment général qui régnait au sein de la Haute Chambre : « c'est une violence aussi celle qui consiste, au gré du moment, dans un domaine aussi délicat que celui de la justice, à errer comme vous l'avez fait d'ordonnance en ordonnance, de juridiction en juridiction, pour en arriver à cette chose absolument invraisemblable à l'heure où nous-sommes qu'un procès étant engagé on demande au législateur de voter une loi. Comme l'affaire est en cours et que les accusés poursuivis sont connus, c'est presque une loi qui vise des personnes dénommées. Vous avez accepté, il est vrai, que cette loi pourrait s'étendre à leurs complices aujourd'hui contumax. Une loi d'exception pour une juridiction d'exception : c'est une surexception dans l'exception », JO Sénat n°21, 15 février 1963, p. 828.

⁸¹⁴ JO Sénat n°21, 15 février 1963, p. 835.

⁸¹⁵ Le texte est adopté par 271 voix contre 171 à l'Assemblée nationale (JOAN, 19 février 1963, p. 2218) et rejeté par 35 voix pour et 155 contre au Sénat (JO Sénat, 19 février 1963, p. 887).

⁸¹⁶ JOAN, 19 février 1963, p. 2218 ; 274 voix pour et 172 contre.

⁸¹⁷ Loi n° 63-138 du 20 février 1963 (JO du 21, p. 1723).

B) Les répercussions de l'absolution législative sur l'exception

Très mesurées, les répercussions politiques du recours à la loi ordinaire (1) allaient pourtant rapidement susciter une grave controverse juridique (2).

1) Les répercussions politiques

La portée de la jurisprudence *Canal* se trouvait neutralisée pour l'avenir, puisqu'en conférant valeur législative aux ordonnances prises en application d'une loi référendaire, elles devenaient insusceptibles de recours devant les juridictions administratives. Par ce procédé, se trouvaient sanctuarisées l'intégralité des dispositions prises sur le fondement de la loi référendaire de 1962 ; lesquelles, pour la plupart, ne faisaient déjà que prolonger l'application de dispositions prises sur le fondement de l'article 16 de la Constitution. Parmi ces différents textes se trouvaient l'ordonnance prorogeant la durée d'application de l'état d'urgence « *jusqu'au 31 mai 1963 où jusqu'à une date à définir en conseil des ministres* »⁸¹⁸ ; état d'urgence déclaré le 22 avril 1961⁸¹⁹ et déjà prorogé par deux fois, d'abord le 24 avril 1961, « *jusqu'à nouvelle décision* »⁸²⁰, ensuite jusqu'au 15 juillet 1962 « *sous réserve de ce qui pourrait être décidé par la loi* »⁸²¹.

Mais le 5 octobre 1962, furieux que De Gaulle ait projeté de procéder à la révision de la Constitution relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct en ayant recours à l'article 11 plutôt qu'à l'article 89, l'Assemblée nationale, pour encore aujourd'hui la seule fois de l'histoire de la V^e République, adoptait une motion de censure le 4 octobre 1962⁸²². Le 9 octobre 1962, le président de la République prononçait la dissolution de l'Assemblée nationale. Par conséquent et en vertu de l'article 4 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, disposant que « *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* »⁸²³, l'état d'urgence a dû prendre fin quinze jours francs après la dissolution de l'Assemblée nationale, soit le 26 octobre 1962.

A tout le moins est-ce cette date qui désormais, de droit, fait autorité. En octobre 1962, la chose n'a pourtant rien d'une évidence : en effet, pour tout un chacun, l'état d'urgence

⁸¹⁸ Ordonnance n° 62-797 du 13 juillet 1962 (JO du 17, p. 7003).

⁸¹⁹ Décret n° 61-395 du 22 avril 1961 (JO du 23, p. 3843)

⁸²⁰ Décision du 24 avril 1961 relative à la durée de l'état d'urgence (JO du 24, p. 3876).

⁸²¹ Décision du 29 septembre 1961 relative à certaines mesures prises en vertu de l'article 16 (JO du 30, p. 8963).

⁸²² Par 280 voix contre 241 ; JOAN, 5 octobre 1962, p. 3256.

⁸²³ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie (JO du 7, p. 3479).

prendra fin le 31 mai 1963, date prévue par une ordonnance du 13 juillet 1962⁸²⁴. Comment en est-on arrivé à pouvoir entretenir le moindre doute sur un point aussi simple et essentiel que la date à laquelle il devait prendre fin, alors qu'il est question d'un sujet aussi grave que la mise en œuvre d'un régime d'exception et de la défense des libertés publiques ?

De doutes, à vrai dire, le Gouvernement comme De Gaulle n'en avaient pas le moindre : l'état d'urgence devait prendre fin le 31 mai 1963 et de fait, pour eux comme pour le grand public, il prendra fin à cette date. C'est ainsi que *Le Monde*, après s'être interrogé quant à une éventuelle prorogation de l'état d'urgence dans son édition du 10 mai 1963, rassurait ses lecteurs dans celle du lendemain : « *une note officieuse diffusée par l'agence France-Presse déclare "de source sûre" que le régime de l'état d'urgence qui doit prendre fin le 31 mai prochain (ainsi que nous l'avons signalé dans nos précédentes éditions) ne sera pas prolongé* »⁸²⁵. Le 1^{er} juin, le quotidien du soir annonçait l'expiration de l'état d'urgence⁸²⁶.

2) La controverse juridique

La controverse était née au Palais-Bourbon, de la bouche de Paul Coste-Floret. Lors de la séance du 21 janvier 1963, qui devait porter sur l'adoption de la loi de finance, il interpellait Jean Foyer, alors Garde des sceaux, sur la question alors totalement annexée de l'état d'urgence et l'informait que selon lui, celui-ci avait déjà pris fin. Son argumentaire et ses échanges avec Jean Foyer méritent d'être rapportés dans leur intégralité :

« *Mon propos portera sur l'état d'urgence. Je présenterai mes observations sous le bénéfice de ce que déclarait à cette tribune M. le rapporteur spécial et je m'associe à ces termes : "La politique sort du prétoire lorsque la justice y entre". Mes remarques resteront donc sous l'angle strict de la discussion juridique. Lors du récent débat sur la Cour de sûreté de l'Etat, vous avez affirmé, monsieur le garde des sceaux, ainsi que plusieurs de nos collègues, en vous appuyant sur des textes en vigueur, que l'état d'urgence cesserait le 31 mai prochain*⁸²⁷. *J'ai fait mienne cette thèse, qui est discutable, mais dont je crois en définitive*

⁸²⁴ Ordonnance n° 62-797 préc.

⁸²⁵ V. « En vigueur depuis le 22 avril 1961 L'état d'urgence, qui prend fin le 31 mai va-t-il être de nouveau prorogé ? », *Le Monde*, 10 mai 1963 et « Le régime de l'état d'urgence ne sera pas prorogé », *Le Monde*, 11 mai 1963. Plus tôt, *Le Monde* en dressait un bilan : « Deux ans sous l'état d'urgence », *Le Monde*, 7 janvier 1963.

⁸²⁶ « L'état d'urgence expire à minuit », *Le Monde*, 1^{er} juin 1963.

⁸²⁷ JOAN, 5 janvier 1963 p. 268 : « *Ces amendements font une distinction entre les périodes normales et les périodes d'état d'urgence. A ce propos, je me permets de signaler à M. Baudis qu'il a commis une erreur en indiquant que le Gouvernement avait la possibilité de proroger au-delà du 31 mai 1963 le régime de l'état d'urgence par voie d'ordonnance. Ce pouvoir ne lui appartient pas, aucune disposition législative ne l'habilitant jusqu'à présent à prendre des ordonnances. M. Pierre Baudis. Nous sommes actuellement en état d'urgence. M. le garde des sceaux. Jusqu'au 31 mai 1963 !* ». Coste Floret s'était même fendu d'un article dans les colonnes du *Monde* : « Feu l'état d'urgence », *Le Monde*, 30 janvier 1963.

qu'elle pouvait être soutenue au moment où vous le faisiez. Je ne la crois plus défendable aujourd'hui. C'est ce que je voudrais essayer de vous démontrer. Le texte de base sur l'état d'urgence est la loi du 3 avril 1955, qui spécifie en son article 2 : "L'état d'urgence est déclaré par décret en conseil des ministres. La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi". Et l'article 4 du même texte législatif indique notamment : "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 dissolution de l'Assemblée nationale". La chronologie des textes sur l'état d'urgence est en fait assez compliquée et il est utile de la rappeler à cette tribune. Le texte originare est le décret du 22 avril 1961, pris à la suite des événements graves dont nous avons tous gardé le souvenir et qui portait déclaration de l'état d'urgence, en application de l'article 2 de la loi du 3 avril 1955 que je viens de citer. Douze jours après eût dû intervenir la loi de prorogation mais, entre-temps M. le Président de la République a mis en vigueur l'article 16 de la Constitution, et une décision du 24 avril 1961- prise dans le délai légal de douze jours, donc le plus régulièrement du monde- a prévu que la durée de l'état d'urgence déclaré et mis en application par le décret du 22 avril 1961 serait prolongé jusqu'à nouvelle décision. Le 29 septembre 1961, une décision relative à certaines mesures prises en vertu de l'article 16 de la Constitution édictait, que, sous réserve des modalités législatives qui pourraient intervenir, l'état d'urgence déclaré par le décret du 22 avril 1961 demeurerait en vigueur jusqu'au 15 juillet 1962. C'était une première prorogation. Enfin, et c'est la dernière en la matière, l'ordonnance du 13 juillet 1962 -texte sur lequel vous vous êtes fondé, monsieur le garde des sceaux, ainsi que mes collègues et moi-même- prise en application de la loi référendaire du 13 avril 1962, a décidé que demeurerait en vigueur jusqu'à une date fixée par décret en conseil des ministres et au plus tard jusqu'au 31 mai 1963, l'état d'urgence institué par les décrets précédents. J'ai dit que la thèse était discutable. Il s'agit en effet de savoir si ces ordonnances tombent ou non sous le coup de l'article 4 de la loi du 3 avril 1955. On peut parfaitement considérer qu'elles avaient valeur réglementaire - c'est d'ailleurs dans ce sens que s'est prononcé le Conseil d'Etat dans un arrêt célèbre- et en déduire logiquement, comme nous l'avons fait tous les deux, monsieur le garde des sceaux, que l'état d'urgence restait en vigueur. Mais, depuis, a été promulguée la loi sur la Cour de sûreté de l'Etat, dont l'article 50 s'exprime en ces termes après la modification apportée par un amendement de mon ami M. Capitant : "Les ordonnances prises en vertu de l'article 2 de la loi du 13 avril 1962 ont et conservent force de loi à dater de leur promulgation". C'est le cas de l'ordonnance du 13 juillet 1962 sur l'état d'urgence dont nous discutons. Je n'étais pas partisan de ce texte contre lequel j'ai voté et j'ai expliqué en son temps à l'Assemblée qu'il

valait mieux ne pas se montrer plus royaliste que le roi et voter la mesure raisonnable que vous proposiez, qui avait simplement trait à la validation législative de l'ordonnance annulée par le Conseil d'Etat. Quoi qu'il en soit, l'Assemblée a suivi le président de la commission des lois constitutionnelles et a voté ce texte qui constitue notre droit positif. M. Mitterrand vous a indiqué avec raison que, ce faisant, vous priviez les intéressés de nombreux recours déjà introduits devant les juridictions compétentes, et c'est vrai ; mais vous leur en accordiez d'autres, car un texte ne peut pas rétroagir uniquement dans ses dispositions défavorables aux citoyens et laisser de côté celles qui leur sont favorables. Or, à partir du moment où l'ordonnance sur l'état d'urgence reçoit valeur législative, nous retombons sous le coup de l'article 4 de la loi du 3 avril 1955 et cette ordonnance devient caduque quinze jours après la dissolution de l'Assemblée nationale. La dissolution de l'Assemblée nationale a été prononcée le 9 octobre 1962 par un décret qui a paru au Journal officiel le 10 octobre. Après quinze jours francs, c'est-à-dire à partir du 26 octobre 1962, nous n'étions plus en état d'urgence et toutes les décisions prises depuis cette date en vertu de l'état d'urgence pourront être attaquées devant les juridictions compétentes parla voie du recours pour excès de pouvoir. Il en sera de même de toutes celles que vous prendrez d'aujourd'hui au 31 mai prochain. Par exemple, la garde à vue, que la loi sur la Cour de sûreté de l'Etat a fixée à 15 jours quand l'état d'urgence est déclaré et à 10 jours en période normale, ne peut plus désormais durer que 10 jours. Si elle était prolongée à quinze jours, tous les détenus qui en seraient victimes pourraient, eux aussi, protester et introduire un recours devant les juridictions compétentes. Pour être sûr de moi -je me méfiais de ma propre science- j'ai soumis ce raisonnement à des hauts magistrats, à certains de nos collègues des facultés de droit, à des collègues de la commission des lois qui ont été unanimes à me répondre que mes conclusions étaient exactes. J'espère, monsieur le garde des sceaux, que c'est aussi la conclusion à laquelle vous arriverez tout à l'heure. (...). - M. le Garde des sceaux : Elle est exactement opposée à la vôtre »⁸²⁸.

La conclusion de Jean Foyer avait beau être à l'opposé de celle de Paul Coste-Floret, ce fut pourtant cette dernière qui l'emporta... Six ans plus tard. Le 25 juin 1969, le Conseil d'Etat fut en effet amené à rendre une décision relative à la saisine, le 21 décembre 1962, de tous les exemplaires de l'hebdomadaire *Minute*. A cette occasion, il se ralliait au raisonnement développé par Paul Coste-Floret⁸²⁹.

⁸²⁸ JOAN, 22 janvier 1963, p. 1335.

⁸²⁹ CE, 25 juin 1969, *Minute*, req. n° 73935 : « Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la loi du 3 avril 1955 modifiée par l'ordonnance du 15 avril 1960, "la loi portant prorogation de l'état d'urgence est caduque à l'issue d'un délai de quinze jours francs suivant la date de dissolution de l'assemblée nationale" ; qu'il n'a été dérogé à cette disposition législative ni par les décisions en date des 24 avril et 29 septembre 1961 prises par le président

Pourtant, moins de deux ans auparavant, dans une précédente décision du 20 décembre 1967, c'est à la date du 31 mai 1963, que s'était rallié le Conseil d'Etat. L'affaire portait cette fois sur le refus par l'autorité administrative, de restituer les exemplaires d'un ouvrage saisi sous l'empire de l'état d'urgence⁸³⁰. Mais il s'agissait là d'un recours du ministère de l'Intérieur contre un jugement du Tribunal de Paris, qui avait ordonné au Préfet de police de Paris de restituer à Alfred Fabre-Luce les exemplaires de son ouvrage « *Haute Cour : le procès du Général de Gaulle* ». Le recours du ministère de l'Intérieur a été rejeté : sans doute le Conseil d'Etat trouva-t-il là encore une occasion d'étriller, un peu, le général De Gaulle...

Indépendamment de toute considération de logique élémentaire, sur le plan strict du droit, c'est donc sans la moindre contradiction qu'il est possible d'écrire que l'état d'urgence qui a cessé de s'appliquer le 1^{er} juin 1963 a pris fin le 24 octobre 1962, depuis le 25 juin 1969. Il faudra attendre presque un quart de siècle (23 années exactement) pour que la puissance publique estime nécessaire de recourir à nouveau à l'état d'urgence.

de la république en application de l'article 16 de la constitution ni par l'ordonnance du 13 juillet 1962 dont les dispositions combinées, qui ont eu pour effet d'autoriser le gouvernement à prolonger jusqu'au 31 mai 1963 l'état d'urgence déclaré le 22 avril 1962, étaient compatibles avec l'application de l'article 4 précité ; que si, en vertu de l'article 50 de la loi du 15 janvier 1963, il a été décidé que l'ordonnance sus rappelée avait et conservait force de loi, cette disposition n'a eu ni pour objet ni pour effet de faire porter à ladite ordonnance des effets différents de ceux qu'elle se proposait à l'origine ; que, des lors, par application de l'article 4 de la loi du 3 avril 1955, qui ainsi qu'il a été dit ci-dessus était resté en vigueur, la dissolution de l'assemblée nationale décidée par décret du 9 octobre 1962 a mis fin à l'état d'urgence ; que, par suite, le 21 décembre 1962, la décision de saisir les exemplaires de la publication hebdomadaire éditée par la société des éditions parisiennes associées sous la direction du sieur x... ne pouvait être légalement prise par le préfet de police en application de pouvoirs qui lui étaient conférés seulement pour la durée de l'état d'urgence ; que le ministre n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif a annulé la dite décision » ; termes soulignés par nos soins.

⁸³⁰ CE. 20 décembre 1967, Fabre-Luce, req. n° 71383 ; « *Considérant que, par décision attaquée en date du 15 juillet 1963, le Préfet de police a refusé de restituer au sieur X... les exemplaires de l'ouvrage "Haute Cour" dont il avait ordonné la saisie le 20 décembre 1962, en vertu des pouvoirs qu'il tenait de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, modifié par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 15 avril 1960 et de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 juillet 1962 ; Considérant en premier lieu, qu'aux termes de l'article 14, 1^{er} alinéa, de la loi du 3 avril 1955 précitée : "les mesures prises en application de la présente loi cessent d'avoir effet en même temps que prend fin l'état d'urgence..." ; qu'en vertu de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 juillet 1962, l'état d'urgence n'est demeuré en vigueur que jusqu'au 31 mai 1963 ; qu'il suit de là que la mesure de saisie ordonnée par le Préfet de police le 20 décembre 1962 et qui ne constituait pas une confiscation des exemplaires de l'ouvrage susmentionné, devait prendre fin le 31 mai 1963 » ; termes soulignés par nos soins.*

Section 2 : Le renouveau des régimes d'exception

Après une période ininterrompue de guerres et de troubles de 1939 à 1962, l'Histoire se montrera plus clément pour la France. Ce n'est en effet qu'en 1985 qu'il fallut recourir à nouveau l'état d'urgence, mais cette fois-ci hors du territoire métropolitain (§1), pour un laps de temps très court, en Nouvelle-Calédonie. Après ces événements, le cours des événements conduisit à réinstaurer l'état d'urgence, mais cette fois en métropole même (§2).

§1) L'utilisation des régimes d'exception hors métropole

Toujours d'une importance fondamentale en matière de problématiques liées à l'état d'urgence, la question de sa déclaration (A) allait rapidement prendre un jour particulier lorsque se posa celle de sa prorogation ou plutôt, ainsi que nous le verrons, de son « rétablissement » (B).

A) La déclaration de l'état d'urgence

L'état d'urgence fut déclaré dans un climat politique explosif (1) ; celui-ci était tel qu'il nécessita de recourir aux dispositions dites d'état d'urgence renforcé (2).

1) Un climat politique explosif

Si les événements survenus en Nouvelle-Calédonie n'ont jamais gagné l'ampleur tragique de ceux d'Algérie, ils présentent néanmoins avec ces derniers une homothétie frappante pouvant expliquer qu'à plus de vingt années d'écart, les mêmes causes aient produit des effets sensiblement similaires. Agitée par les aspirations d'une partie de la population à l'indépendance, la Nouvelle-Calédonie est à la fin de l'année 1984 en proie à de graves troubles intérieurs. Depuis l'arrivée des premiers colons sur l'île, la Nouvelle-Calédonie et les terres avoisinantes sont en proie à des phases de confrontation cyclique entre les mélanésiens, habitants originels de l'île et les nouveaux habitants, Caldoches de métropole, immigrés de terres asiatiques et d'autres îles voisines. La décennie de 1980 allait être singulièrement marquée par l'une d'elle. Malgré les conséquences très positives d'une indispensable réforme foncière initiée en 1978, motivée par le souci d'assurer une plus équitable répartition des terres en faveur des mélanésiens -aujourd'hui appelés Kanaks- et qui commençait à porter ses fruits, le début des années 80 allait correspondre à celui des premiers effets de la récession économique mondiale, dont les conséquences furent particulièrement vivaces sur le plan local.

Nouméa, capitale et poumon économique de l'île allait commencer à refouler l'excédent de travailleurs sans qualification professionnelle et par là même de nombreux Kanaks⁸³¹.

En 1981, à la suite de l'élection de François Mitterrand à la présidence de la République, les indépendantistes commencèrent à manifester violemment leurs aspirations à la sécession. Le Gouvernement de l'époque ne voyait rien contre l'idée de la leur accorder, mais du fait des vagues d'immigration massives venues d'Asie et du Pacifique, qui ont frappé l'île pendant les décennies précédentes, les Kanaks étaient devenue minoritaires sur leurs propres terres. Leur accorder l'indépendance dans ces conditions n'aurait eu pour d'autre conséquence que de consacrer le pouvoir de Caldoches attachés à la métropole. Désireux d'organiser un divorce graduel à l'amiable entre l'île et la métropole, le gouvernement, par l'entremise du secrétaire d'Etat en charge de l'Outre-mer, cherchait à donner un nouveau statut pour la Nouvelle-Calédonie, évolutif et transitoire, qui satisfasse aux intérêts de toutes les parties en présence. Mais rejeté avant même son adoption, tant par les indépendantistes qui le percevaient comme un moyen pour la métropole de maintenir son emprise et de saper l'esprit de révolte qui grondait parmi eux, que par les loyalistes pour lesquels il s'agissait d'un premier pas dans la direction de l'indépendance, l'année 1984 allait être émaillée de nombreux heurts. Ceux-ci firent *a minima* une vingtaine de morts⁸³².

Le 6 septembre 1984, le « statut Lemoine » destiné à amorcer le processus d'accession à l'indépendance est adopté⁸³³. Pressentant de graves troubles à venir, dont ceux du début d'année 1984 n'étaient qu'annonceurs, les rédacteurs de la loi prirent soin d'y introduire un article conférant au Haut-Commissaire de la République la faculté de déclencher l'état d'urgence, en lieu et place du conseil des ministres, dans les conditions ordinaires. Le 18 novembre 1984, le Front de libération nationale kanak et socialiste (FLNKS), boycotte ostensiblement les élections territoriales ayant lieu le même jour. Eloi Machoro, l'un des hommes forts du mouvement, pénètre dans la petite mairie de Thio une hache tribale à la main et y fracasse une urne sous l'œil des caméras, opportunément présentes et donnant un grand

⁸³¹ Pour un tour d'horizon de la question identitaire et indépendantiste en Nouvelle-Calédonie, v. Sarah Mohamed-Gaillard, « De la prise de possession à l'accord de Nouméa : 150 ans de liens institutionnels et politiques entre la France et la Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes*, 2003-2, n° 117, pp. 171-186. Christophe Sand, « Les aléas de la construction identitaire multi-ethnique en Nouvelle-Calédonie : quel passé pour un avenir commun ? », *Journal de la Société des Océanistes*, 2003-2, n° 117, pp. 147-169. David Chappell, « The Kanak Awakening of 1969-1976 : Radicalizing Anti-Colonialism in New Caledonia », *Journal de la Société des Océanistes*, 2003-2, n° 117, pp. 187-202. Isabelle Leblic, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes*, 2003-2, n° 117, pp. 299-312.

⁸³² Malgré toutes les diligences dont il a fait preuve pour en obtenir un décompte précis, l'auteur n'a pu que constater l'impossibilité de découvrir des données exactes sur cette grave question.

⁸³³ Loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances (JO du 7, p. 2840).

retentissement médiatique à l'opération. Dans le même temps, les membres du FLNKS dressent des barrages sur les routes, afin d'isoler des portions entières de l'île. Jusqu'en janvier 1985, les heurts feront plus d'une dizaine de morts. Le bilan était amené à encore s'alourdir : le 11 janvier, alors qu'ils enquêtaient sur la mort d'Yves Tual, assassiné la veille à l'âge de 17 ans et dont le décès avait déclenché de graves émeutes à Nouméa, des gendarmes ouvrirent le feu sur Eloi Machoro lors de son arrestation. Il n'y surviva pas. Sur toute l'île, la situation s'envenime. A Nouméa, pendant deux jours, la population essentiellement loyaliste, incendiait les commerces tenus par les personnalités indépendantistes, envahissait leurs domiciles et tentait de prendre d'assaut la résidence du Haut-Commissaire.

2) La nécessité de recourir à l'état d'urgence renforcé

Le 12 janvier 1985, devant la gravité des événements, le Haut-Commissaire de la République proclamait avec application immédiate l'état d'urgence sur tout le territoire de la Nouvelle-Calédonie⁸³⁴. Signe du caractère impérieux de la situation et comme si celle-ci par sa nature marquait du sceau de l'évidence l'urgence à recourir à des mesures d'exception, le Haut-Commissaire ne s'embarrassait pas de détails pour justifier la mise en œuvre du régime prévu par la loi de 1955 : « *considérant que les troubles survenus sur le Territoire de Nouvelle-Calédonie dans la journée du 11 janvier 1985 rendent nécessaire la mise en œuvre de mesures exceptionnelles de police en vue du maintien de l'ordre public et de la préservation de la sécurité des personnes et des biens, arrête* ». Il s'agissait là de l'état d'urgence sous sa forme dite renforcée, puisque l'application de certaines des dispositions de l'article 11 était demandée. Ainsi, en plus d'instaurer un couvre-feu particulièrement drastique⁸³⁵, d'interdire la possession de certaines armes, les manifestations et mêmes les rassemblements de plus de cinq personnes, était également interdite la distribution de tracts. En outre, les perquisitions de nuit étaient autorisées, mais se voyaient toutefois limitées -assez curieusement- aux « *personnes ayant contrevenu aux dispositions du présent arrêté* ». Dans le même temps était également prévue la possibilité d'expulser ou d'interdire de territoire toute personne simplement « *susceptible* » de troubler l'ordre public. Si, dans les faits, la différence de formulation n'a pas dû se traduire par une différence dans la latitude d'application, le lecteur ne peut que s'étonner de constater que les perquisitions n'étaient autorisées que chez

⁸³⁴ Arrêté n° 85-035 du 12 janvier 1985 proclamant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire de Nouvelle-Calédonie et Dépendances, p. 47 et arrêté n° 85-036 du 12 janvier 1985 prévoyant en application de l'état d'urgence les mesures de police nécessaires au maintien de l'ordre, JO de la Nouvelle Calédonie et Dépendances (ci-après JONC) du 15 janvier 1985, p. 47.

⁸³⁵ De 19 heures à 6 heures du matin.

les personnes ayant contrevenu aux dispositions de l'arrêté, tandis qu'il était loisible d'expulser ou d'interdire d'entrée sur le territoire sur un simple soupçon, toute personne pouvant uniquement potentiellement troubler l'ordre public. Conformément aux dispositions de l'article 2 de la loi de 1955 relative à l'état d'urgence⁸³⁶, celui-ci devait être prorogé par la loi au-delà de douze jours. Cette loi sera votée, non sans peine, le 25 janvier 1985, mais les débats autour de son adoption, cristalliseront les passions. Au moment où commençait la séance, 23 personnes avaient déjà trouvé la mort dans des émeutes sur l'île⁸³⁷. Signe des tensions agitant les différents groupes parlementaires, la séance de l'Assemblée nationale du 23 janvier 1985, avant même que l'objet de la loi n'ait été abordé, débuta par divers incidents et éclats de voix, conséquence de la présence dans les tribunes de Jean-Marie Tjibaou, chef de file du mouvement indépendantiste kanak et se présentant comme « *chef du gouvernement de la république de Kanaky* ».

Dès le début des discussions, un autre problème se posait, véritablement fondamental : celui des délais d'adoption de la loi. L'état d'urgence a en effet été déclaré le 12 janvier 1985. La loi de 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction de 1985 disposait qu'il ne pouvait être prorogé au-delà de 12 jours que par la loi. En toute logique, l'arrêté déclarant l'état d'urgence aurait dû arriver à échéance le 23 janvier au soir. La loi ayant été présentée en première lecture devant l'Assemblée nationale le 23 janvier, convoquée en session extraordinaire, cela ne laissait que fort peu de temps au Parlement pour prendre une décision sur un sujet extrêmement grave⁸³⁸. L'inconvénient était écarté d'un revers de la main par Alain Richard, rapporteur du projet de loi, dans un exercice qui tient plus du tour de passe-passe juridique que de l'argumentation fondée : « *ce projet de loi qui nous est soumis a pour objet de proroger cet état d'urgence en Nouvelle-Calédonie. Il s'agit bien là d'une prorogation puisque la procédure législative qui y conduit a été engagée par l'adoption du projet en conseil des ministres par le dépôt de ce projet devant notre assemblée, selon la procédure d'urgence, et par son inscription à l'ordre du jour de ce soir, avant que n'expire la période d'état d'urgence décidée par le haut-commissaire. Donc, si l'examen par les deux chambres du Parlement devait déboucher sur une promulgation et une entrée en vigueur de cette loi postérieures à l'expiration de la première période d'état d'urgence, cela ne lui enlèverait pas le caractère de prorogation prévue par la loi de 1955* »⁸³⁹.

⁸³⁶ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 préc.

⁸³⁷ JO, 24 janvier 1985, p. 6.

⁸³⁸ Ajoutons à cela que la séance n'a été ouverte qu'à 18 heures.

⁸³⁹ JO, 24 janvier 1985, p. 5 ; termes soulignés par nos soins.

B) Le « rétablissement » de l'état d'urgence

Véritable trahison tant de la lettre que de l'esprit de loi de 1955 (1), le « rétablissement » de l'état d'urgence a eu pour effet de créer un dangereux précédent (2), dont il est à craindre comme tout ce qui touche à l'exception, qu'il passe à la coutume.

1) Le dévoiement de la loi

A l'évidence, jamais le législateur n'a eu la moindre intention, ni dans la lettre de la loi, ni même dans son esprit, d'autoriser le législateur à faire correspondre de façon très artificielle, la date de début de prorogation de l'état d'urgence avec celle du début de la procédure législative. Si tel devait être le cas, se poseraient avec raison plusieurs questions d'importance, dont les réponses amèneraient des problèmes plus grands encore que ceux qu'elles étaient supposées résoudre.

Si la date de début de prorogation de l'état d'urgence devait effectivement correspondre à celle du début de la procédure législative, à supposer cette dernière initiée avant la fin du délai du douze jours, l'autorité en charge de la mise en application de l'état d'urgence est-elle en droit d'adopter des mesures sur le fondement de la déclaration initiale d'état d'urgence, douze jours après la déclaration initiale de l'état d'urgence, entre le début de la procédure législative et l'approbation effective de la loi ? Les mesures adoptées sans limite de durée prises avant que douze jours ne se soient écoulés depuis la déclaration initiale d'état d'urgence, continuent-elles à s'appliquer après, si le processus législatif relatif à la loi de prorogation a été initié mais que la loi de prorogation n'a pas encore été adoptée ? Si le Parlement refuse d'adopter la loi de prorogation, les mesures prises douze jours après la déclaration initiale d'état d'urgence, deviennent-elles par là même illégales ? L'autorité administrative en charge de leur mise en œuvre peut-elle être tenue alors pour responsable ? Le Gouvernement est-il seulement dans l'obligation, si la date de début de prorogation de l'état d'urgence devait effectivement correspondre à celle du début de la procédure législative, une fois le processus législatif initié par l'adoption du projet en Conseil des ministres, de le déposer au Bureau de l'Assemblée nationale ? Si une réponse négative à cette dernière question apparaît particulièrement heurtante, il est à souligner qu'elle ne semble pas soulever des problèmes très différents de ceux relatifs à la ratification ou plutôt la non-ratification, des ordonnances de l'article 38... Il ne fut apporté aucune réponse à ces questions. L'examen de la suite du déroulé des événements permettra de comprendre pourquoi.

La séance de l'Assemblée nationale se termina par l'adoption de la loi de prorogation à la large majorité de 288 voix contre 144, jusqu'au 30 juin 1985, sous une forme toutefois

légèrement atténuée par rapport à celle adoptée lors de la déclaration initiale⁸⁴⁰. En effet, de l'article 11 relatif à l'état d'urgence dit renforcé, seul le droit de procéder à des perquisitions de jour comme de nuit fut conféré. Le Gouvernement lui-même s'était en effet refusé, dès le début de la discussion, à accorder la possibilité de placer la presse et les médias sous contrôle, ce qu'il jugeait par trop excessif. Malgré ces précautions et ce succès initial du Gouvernement devant l'Assemblée nationale, les choses n'allèrent pas aussi aisément devant le Sénat. Jacques Larché, rapporteur de la loi, revêtit les habits de procureur et se livra à un véritable réquisitoire, contre elle et le Gouvernement. Loin de partager l'analyse juridique de son homologue de l'Assemblée nationale sur la notion de « prorogation », il s'empressait de dénoncer tant l'irrégularité de la procédure que sa précipitation. Notant que le texte vise à proroger l'état d'urgence, il précise : *« je noterai que le terme "prorogation" est désormais impropre car, bien qu'il y ait quelque ambiguïté sur la computation des délais, on peut penser que l'état d'urgence tel qu'il a été institué a expiré, en heure métropolitaine, aujourd'hui à deux heures du matin. A cet égard, je tiens à dire que si jamais un hiatus est constaté dans la continuité de l'application de ce texte -tel sera vraisemblablement le cas- la responsabilité du Gouvernement sera totale. (...) nous avons appris, en même temps que la France entière, de la bouche du Président de la République, que l'état d'urgence serait prorogé au-delà de douze jours et que, de ce fait, le Parlement serait convoqué en session extraordinaire, comme il est naturel. De fait, le décret de convocation du Parlement a été publié au Journal officiel du 22 janvier : nous avons alors constaté que l'Assemblée nationale et le Sénat étaient convoqués le 23 janvier, à dix-huit heures. L'intention manifestée par le Gouvernement était la suivante : les débats devaient être conduits de manière telle que tout soit terminé dans les délais voulus. Si l'on se livre à une très rapide appréciation du temps dont nous disposons, on s'aperçoit que, pour un texte de cette importance, qui touche aux libertés fondamentales et, par là même, à l'avenir d'un territoire français, le Gouvernement entendait laisser huit heures au Parlement pour appliquer, le cas échéant, pendant presque six mois, un état d'urgence dont nous aurons à discuter dans un instant»*⁸⁴¹.

L'ensemble de la procédure suivie devant le Parlement laisse en effet l'impression d'avoir été marquée, non du sceau de la précipitation, mais de celui de la manœuvre. Pourquoi le Gouvernement aurait-il attendu presque le dernier moment pour demander au Parlement de proroger l'état d'urgence, si ce n'est pour lui forcer la main et écourter les discussions en accélérant artificiellement la procédure et ce en le mettant face à des délais qu'il lui était

⁸⁴⁰ JO, 24 janvier 1985, p. 28.

⁸⁴¹ JO, 25 janvier 1985, p. 18 ; termes soulignés par nos soins.

impossible de tenir ? Le Gouvernement, savait en effet pertinemment que la situation perdurerait bien au-delà de 12 jours et cela dès le début de la crise.

Guère dupes, les sénateurs s'échinèrent à vider de sa substance le projet de loi initial du Gouvernement, pour le renvoyer à l'état de coquille vide, devant l'Assemblée nationale. Dans ce qui n'était plus rien d'autre qu'un contre-projet, adopté à la majorité écrasante de 208 voix contre 93⁸⁴², la durée de prorogation de l'état d'urgence était ramenée à un mois, le droit de procéder à des perquisitions fut supprimé, de même que la possibilité d'expulser de Nouvelle-Calédonie les citoyens français, tandis que l'adoption de mesures d'ordre économique était exigée⁸⁴³. De même, les sénateurs n'hésitaient pas à introduire dans ce contre-projet de loi, des amendements fantasques ou redondants⁸⁴⁴. De même, ils exigèrent que la loi relative à l'état d'urgence soit d'abord publiée au journal officiel de la République, avant qu'elle ne le soit au journal officiel de Nouvelle-Calédonie (ce qui était pourtant déjà prévu). Enfin, le terme de « *prorogation* » de l'état d'urgence était troqué pour celui de « *rétablissement* », en raison du dépassement du délai de 12 jours prévu par la loi de 1955.

La commission mixte paritaire n'étant pas parvenue à élaborer un texte commun, la procédure reprit devant l'Assemblée nationale, qui se contenta simplement de reprendre pour l'essentiel le texte élaboré par elle⁸⁴⁵. Elle accepta néanmoins d'opter pour le terme de « *rétablissement* » de l'état d'urgence plutôt que pour celui de « *prorogation* ». La différence dans l'esprit du législateur, n'était pas uniquement sémantique. Comme le relevait le rapporteur de la loi, il s'agit de : « *remplacer dans le dispositif de la loi, le terme proroger par le terme rétablir. En effet, si la loi dont nous discutons présente bien le caractère d'une prorogation de l'état d'urgence au sens défini par la loi de 1955 puisque sa procédure de discussion a été entamée alors que l'état d'urgence défini par le haut-commissaire était encore en vigueur, son adoption définitive interviendra alors que les effets de cet état d'urgence auront expiré. L'inscription du terme prorogation dans le dispositif de la loi aurait risqué de comporter une équivoque, c'est-à-dire de postuler une volonté du législateur d'assurer la continuité entre les deux états d'urgence. Cela n'aurait pas été conforme à notre droit et le terme rétablir indique bien qu'il y a eu interruption de l'état d'urgence et que c'est une nouvelle période qui s'ouvre par l'effet de la loi que nous allons adopter* ».

⁸⁴² JO, 25 janvier 1985, p. 55.

⁸⁴³ JO, 25 janvier 1985, pp. 41-55.

⁸⁴⁴ Ils ordonnèrent la dissolution du « *gouvernement provisoire de la république de kanaky* » (nom que s'étaient donné les indépendantistes), sans que l'on sache bien quelle place une pareille exigence trouvait dans ce texte.

⁸⁴⁵ JO, 25 janvier 1985, p. 40 ; la loi fut adoptée par 287 voix contre 201.

Sans surprise, le Sénat repoussait le texte en deuxième lecture⁸⁴⁶ et l'Assemblée nationale⁸⁴⁷ l'adoptait définitivement le même jour en troisième et dernière lecture⁸⁴⁸. Attaqué devant le Conseil constitutionnel, celui-ci refusait de le censurer⁸⁴⁹.

2) Un précédent dangereux

En créant une distinction entre « *prorogation* » et « *rétablissement* » ou plutôt en s'autorisant à rétablir l'état d'urgence alors que celui-ci était suspendu, l'Assemblée nationale a créé un dangereux précédent. Le rétablissement, à supposer que le terme puisse juridiquement posséder une signification, n'était pas prévu par la loi de 1955. Elle ne dispose en effet et ce de façon particulièrement claire, sans que la moindre place pour l'interprétation ne soit autorisée que « *la prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi* » et que « *la loi autorisant la prorogation au-delà de douze jours de l'état d'urgence fixe sa durée définitive* »⁸⁵⁰. La lettre de la loi est aussi claire que l'était l'esprit du législateur lorsqu'il l'adopta. L'état d'urgence est un régime d'exception, particulièrement attentatoire aux libertés publiques et qui ne doit être mis en œuvre qu'en dernier recours, avec la plus extrême mesure. C'est bien la raison pour laquelle, au-delà de douze jours, son devenir est remis entre les mains de la représentation nationale.

De cette sévérité bienvenue dont le législateur a choisi de faire preuve lorsqu'il s'agit de défendre les libertés publiques, il est possible de déduire qu'au-delà de douze jours et en l'absence de prorogation expresse de l'état d'urgence, toutes les mesures prises sur son fondement devraient devenir caduques et ne plus produire d'effet. Or, il ne ressort pas de l'examen des événements que tel ait été le cas. L'état d'urgence avait été déclaré et mis en application par le Haut-Commissaire de la République sans limitation expresse de durée, sans doute parce qu'il devait estimer qu'il n'était pas nécessaire de préciser que les mesures prises devenaient caduques au-delà de douze jours⁸⁵¹. Le 27 janvier, l'état d'urgence était à nouveau

⁸⁴⁶ JO, 25 janvier 1985, p. 61. Le texte fut repoussé par 223 voix contre 79.

⁸⁴⁷ JO, 25 janvier 1985, p. 40. Le texte fut repoussé par 268 voix contre 200.

⁸⁴⁸ Loi n° 85-96 du 25 janvier 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et Dépendances (JO du 26, p. 1087).

⁸⁴⁹ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 (JO du 26, p. 1137) ; v. la note de Patrick Wachsmann, *AJDA*, 1985, pp. 362-365.

⁸⁵⁰ Art. 2 et 3 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie (JO du 7, p. 3479).

⁸⁵¹ Arrêté n° 85-035 du 12 janvier 1985 proclamant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire de Nouvelle-Calédonie et Dépendances, p. 47 et arrêté n° 85-036 du 12 janvier 1985 prévoyant en application de l'état d'urgence les mesures de police nécessaires au maintien de l'ordre, *JONC*, 15 janvier 1985, p. 47.

proclamé par le Haut-Commissaire de la République⁸⁵² et mis en application par une série de mesures⁸⁵³. Si l'on en croit les différents numéros du Journal Officiel de Nouvelle-Calédonie de l'époque, aucune mesure n'a été prise entre la date théorique marquant la fin de l'état d'urgence et celle de son « rétablissement ». Néanmoins, il ne ressort pas non plus de l'examen des archives des journaux de l'époque que les mesures prises antérieurement à la date limite de prorogation aient été effectivement suspendues⁸⁵⁴. Mais il ne ressort pas plus de l'examen de l'activité du Conseil d'Etat comme de celle du Tribunal administratif de Nouméa que le maintien desdites mesures ait causé aux citoyens des soucis suffisamment sérieux pour que ce point soit soulevé à l'occasion d'un éventuel recours. Relevons ici que dans les décisions rendues par les juridictions administratives, portant sur des événements connexes à la mise en œuvre de l'état d'urgence, aucune n'a jamais mentionné expressément une éventuelle date ou période pendant laquelle il aurait été suspendu⁸⁵⁵.

Sans doute ne faut-il pas tirer de conclusions trop définitives de cette absence de précision des juridictions administratives sur les dates d'application effective de l'état d'urgence. Mais il faut souligner qu'il y a là une sorte de flou juridique que le Conseil d'Etat lui-même ne s'est pas risqué à débrouiller. Si ce flou juridique n'a concerné qu'une période de deux jours et n'a pas eu aujourd'hui d'autres conséquences que d'ouvrir aux juristes les voies de la spéculation intellectuelle, il ne faudrait pas qu'il ouvre demain la voie à des pratiques rien moins que dangereuses. Par une interprétation extensive de la loi de 1955, il serait tout à fait possible d'estimer légales les mesures prises avant l'échéance du délai de 12 jours et dont l'application serait maintenue après ce délai, sans pour autant que l'état d'urgence ait été prorogé par la loi. Un seul cas de caducité est en effet expressément évoqué par la loi de 1955 : « *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* »⁸⁵⁶. *A contrario*, si ces conditions de caducité ne sont pas réunies, doit-on en déduire que la loi et les mesures prises sur son fondement ne sont pas caduques ? Le Conseil d'Etat n'a pour l'heure pas apporté de réponse à cette question.

⁸⁵² Arrêté n° 69 du 27 janvier 1985 portant application de l'état d'urgence sur le Territoire de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances, JONC, 5 février 1985, p. 124.

⁸⁵³ Arrêté n° 70 du 27 janvier 1985 portant application de l'état d'urgence sur le Territoire de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances, JONC, 5 février 1985, p. 124.

⁸⁵⁴ Archives consultées : *Le Monde* et *Le Figaro*.

⁸⁵⁵ Le Conseil d'Etat ayant simplement relevé : « *considérant que l'état d'urgence proclamé en Nouvelle-Calédonie et dépendances par l'arrêté du 12 janvier 1985 du Haut-commissaire de la République en application de l'article 119 de la loi du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et de la loi du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence, a été rétabli jusqu'au 30 juin 1985 par la loi n° 85-96 du 25 janvier 1985* » ; termes soulignés par nos soins : CE, 25 juillet 1985, req. n° 68151.

⁸⁵⁶ Art. 4 de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 préc.

D'un strict point de vue sémantique, ne peut cependant être « rétabli » que ce qui a été « suspendu » et non ce à quoi il a été mis fin. Par conséquent, si l'état d'urgence devait se trouver suspendu, l'article 14 de la loi de 1955 ne trouverait pas à s'appliquer puisqu'il dispose que « *les mesures prises en application de la présente loi cessent d'avoir effet en même temps que prend fin l'état d'urgence* ». Or, c'est bien la seule « déclaration » qui donne l'autorisation aux différentes autorités administrative de prendre des décisions sortant du droit commun. Puisque l'état d'urgence se trouve suspendu, ces autorités devraient donc perdre le droit de prendre de nouvelles mesures sur le fondement de l'état d'urgence, mais devraient conserver celui de maintenir en vigueur celles prises antérieurement à la suspension.

Il est un autre point sur lequel l'observateur ne peut que regretter que le Conseil d'Etat n'ait eu à se prononcer. Le 27 janvier 1985, l'état d'urgence, était donc rétabli par le Haut-Commissaire sur tout le Territoire de la Nouvelle-Calédonie⁸⁵⁷. L'arrêté listant les mesures prises en application de l'état d'urgence n'était quant à lui qu'une simple copie de celui pris le 12 janvier 1985. Au titre de ces mesures était notamment interdite « *la distribution sur la voie publique et dans les lieux publics de tous tracts appelant à des manifestations, ainsi que l'usage à cette fin de dispositifs d'amplification sonore* »⁸⁵⁸. Or, s'il entraînait effectivement dans les prérogatives du Haut-Commissaire de pouvoir interdire les manifestations quelles qu'elles soient⁸⁵⁹, la possibilité d'empêcher la distribution de publications de toute nature avait été expressément repoussée par le Gouvernement lui-même dans son projet de loi initial⁸⁶⁰. C'est d'ailleurs la seule disposition du projet à ne pas avoir été contestée devant les Chambres...

L'état d'urgence prit fin comme prévu par la loi de rétablissement, le 30 juin 1985. Il faudra attendre vingt années pour que la France ait à nouveau besoin de recourir à ce régime d'exception.

⁸⁵⁷ Notons que le terme de « rétablissement » est propre au législateur et que le Haut-Commissaire dans son arrêté lui préfère celui « d'application ».

⁸⁵⁸ Art. 6 de l'arrêté n° 69 du 27 janvier 1985 portant application de l'état d'urgence sur le Territoire de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances, JONC, 5 février 1985, p. 124.

⁸⁵⁹ Art. 5 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 préc. : « *la déclaration de l'état d'urgence donne pouvoir au préfet dont le département se trouve en tout ou partie compris dans une circonscription prévue à l'article 2 : 1° D'interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté ; 2° D'instituer, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé ; 3° D'interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics* » ; termes soulignés par nos soins.

⁸⁶⁰ Pour qu'une telle mesure puisse s'appliquer, il aurait fallu que l'état d'urgence soit déclaré avec application de l'article 11^o2. Or le législateur avait volontairement choisi de n'appliquer que le 11^o1 : « *Le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peuvent, par une disposition expresse : 1° Conférer aux autorités administratives visées à l'article 8 le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit ; 2° Habilités les mêmes autorités à prendre toutes mesures pour assurer le contrôle de la presse et des publications de toute nature ainsi que celui des émissions radiophoniques, des projections cinématographiques et des représentations théâtrales. Les dispositions du paragraphe 1° du présent article ne sont applicables que dans les zones fixées par le décret prévu à l'article 2 ci-dessus* » ; termes soulignés par nos soins.

§2) L'utilisation des régimes d'exception en métropole

C'est par deux fois et à dix ans d'intervalle que l'état d'urgence dû être appliqué depuis la guerre d'Algérie sur le sol métropolitain. La première fois en 2005 à l'occasion d'émeutes urbaines de grande ampleur (A) et la deuxième fois en 2015 suite à une vague d'attentats sans précédent (B).

A) Les violences urbaines de 2005

Le déclenchement de l'état d'urgence en 2005 a surpris pour deux raisons : la première d'abord tenait aux événements à son origine, dont rien ne laissait supposer qu'ils allaient déclencher les graves émeutes qui ont suivi (1). La deuxième ensuite avait trait à l'ampleur des troubles ; s'ils concernèrent tout le territoire national, ils n'eurent jamais eu ni la gravité ni le caractère dirigé qu'a pu connaître le pays en Algérie ou en Nouvelle-Calédonie. Les événements de 2005 furent l'occasion pour le juge administratif d'apporter un nouvel éclairage juridique sur l'état d'urgence (2).

1) Les causes du recours à l'état d'urgence

Dans la nuit du 27 au 28 octobre 2005, à Clichy-sous-Bois, une voiture de police était appelée à proximité d'un chantier où venait d'être signalée une tentative de cambriolage. Au même endroit, un groupe de jeunes individus, voyant approcher le véhicule et craignant sans doute d'être recherchés par les forces de l'ordre, s'enfuyait à son approche. Deux d'entre eux cherchèrent à trouver refuge sur le site d'un transformateur haute-tension et y décédèrent, peu de temps après y avoir pénétré. Ces événements marquèrent le point de départ d'une vague de violences urbaines aveugles qui allaient embraser la France pendant près de trois mois.

Les émeutes, initialement circonscrites aux communes de Clichy-sous-Bois et Montfermeil, allaient rapidement faire tache d'huile. Le 1^{er} novembre, elles touchaient d'autres communes de Seine-Saint-Denis, tandis que le 2, la contagion gagnait Seine-et-Marne, Yvelines et Val-d'Oise. Le 3 novembre, les violences s'exportaient en dehors de l'Ile-de-France, en Seine-Maritime, dans les Bouches-du-Rhône et la Côte-d'Or. Le 6 novembre il y eut plus de voitures brûlées en province qu'en région parisienne. En plus des incendies de voitures et de poubelles, cibles désormais classiques en ces circonstances, de nombreux bâtiments étaient aussi visés par les émeutiers : bâtiments publics (tels que postes de police, centres sociaux, trésoreries, mais aussi bibliothèques ou écoles) mais également privés

(entrepôts, grands magasins, églises) ; rien de semblait épargné par les menées criminelles des incendiaires⁸⁶¹.

A ce moment-là, rien que pendant la nuit du 6 au 7 novembre, 1408 véhicules avaient été incendiés, 395 personnes avaient été interpellées et surtout, 36 policiers avaient été blessés, notamment à la suite de tirs d'armes à feu⁸⁶². Devant l'ampleur du phénomène et l'impossibilité où les pouvoirs publics se trouvaient de le contenir, le Premier ministre, Dominique de Villepin, annonçait le 7 novembre que le Gouvernement se trouvait dans la nécessité de recourir au régime de l'état d'urgence. Il était officiellement déclaré et mis en application le 9 novembre 2005⁸⁶³.

S'il s'agissait bien là de la proclamation d'un régime d'exception, force est de constater à la lecture des décrets que les rigueurs imposées par l'état d'urgence avaient été savamment calibrées pour coller au plus près de la réalité de la situation sur le terrain et préserver au maximum l'exercice des libertés publiques. Si les dispositions de l'article 5 de la loi de 1955, permettant de restreindre le libre droit à la circulation des personnes⁸⁶⁴, pouvaient être appliquées sur tout le territoire national, l'assignation à résidence, la fermeture des lieux de réunion ainsi que leur interdiction, de même que la remise des armes (cas respectivement prévus par les articles 6,8 et 9 de la loi de 1955), n'étaient possible que dans certaines zones limitativement énumérées. Il en allait de même de l'article 11, qui concerne les mesures dites d'état d'urgence renforcé et dont au demeurant seul le 1°, relatif aux perquisitions à domicile de jour comme de nuit, pouvait être mis en application. La mise en œuvre des mesures ayant trait au contrôle des médias et de la presse, prévues à l'article 11 2°, avait quant à elle été expressément exclue.

Cela n'empêchait pas, le 12 novembre, le centre-ville de Lyon d'être touché, cette fois en pleine journée, par des affrontements. L'instauration de l'état d'urgence permit toutefois d'amorcer une décrue⁸⁶⁵. Conformément aux dispositions de l'article 3 de la loi de 1955, l'état d'urgence devait être prorogé au-delà de douze jours. Il le fut effectivement le 15 novembre

⁸⁶¹ Philippe Houillon, rapport n° 2675 sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, Assemblée nationale, 15 nov. 2005, p. 8.

⁸⁶² Jean-Jacques Hyst, rapport n° 84 sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, Sénat, 16 novembre 2005, p. 14.

⁸⁶³ Décret n° 2005-1386 et 1387 du 8 novembre 2005 portant et relatif à l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 (JO du 9, p. 17593).

⁸⁶⁴ Art. 5 : « La déclaration de l'état d'urgence donne pouvoir au préfet dont le département se trouve en tout ou partie compris dans une circonscription prévue à l'article 2 : 1° D'interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté ; 2° D'instituer, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé ; 3° D'interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics ».

⁸⁶⁵ Jean-Jacques Hyst, rapport n° 84 préc., p. 15.

2005, pour une durée de trois mois, après quelques passes d'armes classiques entre majorité et opposition et une adoption de la loi, aux écrasantes majorités de 346 voix contre 148 devant l'Assemblée nationale⁸⁶⁶ et de 202 voix contre 125 devant le Sénat⁸⁶⁷. Bien qu'un délai de trois mois ait été prévu pour le règlement de la situation, ce qui reste à ce jour le délai le plus court de prorogation jamais demandé à l'occasion de la mise en œuvre de l'état d'urgence, il n'en faudra pas autant. Le 3 janvier 2006, anticipant sur la date butoir, il était en effet mis fin à l'application de ce régime d'exception, la situation s'étant normalisée⁸⁶⁸.

L'état d'urgence de 2005 n'a pas laissé dans la mémoire collective une trace équivalente à celle des régimes instaurés pendant la guerre d'Algérie. Bien que les violences urbaines de 2005 aient eu très certainement une grande influence sur l'issue de l'élection présidentielle de 2007, dont la campagne fut placée sous le thème principal de l'insécurité elles n'eurent pas et c'est heureux, la dimension dramatique de la guerre d'Algérie ou dans une moindre mesure toutefois, celle des événements de Nouvelle-Calédonie.

Sans qu'il soit ici question de discuter des causes des émeutes, rappelons que lors des précédentes circonstances à l'occasion desquelles l'état d'urgence avait dû être déclaré, les pouvoirs publics avaient face à eux rien de moins que des organisations terroristes clandestines et séditeuses, formées, soutenues et encadrées par des puissances étrangères dans le cas du FLN. En 2005, l'Etat n'a trouvé devant lui qu'un nihilisme aveugle et destructeur, brut et inconditionné, d'où étaient absentes toute aspiration politique ou revendication sociale. Faute d'un principe ordonnateur et structurant autour duquel la violence aurait pu trouver à s'articuler, il n'était guère étonnant qu'elle finisse par s'éteindre sans plus de raison qu'elle n'avait commencée.

Si le Gouvernement n'eut pas la moindre difficulté à faire approuver le projet de loi de prorogation par les deux chambres, ne rencontrant que des oppositions des principes, le fait majoritaire et la discipline de parti faisant le reste, l'instauration de l'état d'urgence n'est pas allée sans contestation. En effet, l'état d'urgence peut être déclaré « *soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* »⁸⁶⁹. Or, ainsi qu'il vient d'être rappelé, il existe entre les violences urbaines de 2005 et la guerre d'Algérie ou encore les événements de Nouvelle-Calédonie, non pas seulement une différence de degré, mais bel

⁸⁶⁶ JO, 16 novembre 2005, p. 6793.

⁸⁶⁷ JO, 17 novembre 2005, p. 7262.

⁸⁶⁸ Décret n° 2006-2 du 3 janvier 2006 mettant fin à l'application de la loi n° 2005-1425 du 18 novembre 2005 (JO du 4, p. 122).

⁸⁶⁹ Art. 3 de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie.

et bien une différence de nature. Pour beaucoup, dont nombre de députés de l'opposition, l'existence « *d'atteintes graves à l'ordre public* », manquait tout simplement en fait.

Si personne et surtout pas le Gouvernement ne niait l'ampleur des troubles (au sommet des événements, plus de 300 communes furent touchées), beaucoup contestaient que l'état d'urgence fut nécessaire pour les endiguer. Il n'est jusqu'aux propos du rapporteur de la loi devant le Sénat, Jean-Jacques Hyest, qui ne laissent à penser que la nécessité du recours à l'état d'urgence manquait des fondements nécessaires. Ainsi, au nombre des raisons au titre desquelles il était selon lui nécessaire de proroger l'état d'urgence, il déclarait : « *l'état d'urgence offre des outils supplémentaires aux forces de l'ordre et à la justice. Ainsi, le non-respect du couvre-feu constitue un délit permettant l'interpellation et le placement en garde à vue. Les perquisitions de jour et de nuit, autorisées dans les seules zones fixées en annexe du décret n° 2005-1387 du 8 novembre 2005, peuvent faciliter la récupération d'armes ayant servi à tirer sur des policiers ou des gendarmes. Certes, chaque maire peut prendre un arrêté municipal instituant un couvre-feu dans le cadre de ses pouvoirs de police générale. Mais leur non-respect ne saurait être constitutif d'un délit. D'autre part, l'état d'urgence doit faire prendre conscience de la gravité de la situation et du caractère inacceptable des violences commises. L'instauration du couvre-feu peut ainsi aider certains parents à réaffirmer leur autorité sur leurs enfants. Les interpellations ont prouvé que de nombreux émeutiers étaient de jeunes mineurs »⁸⁷⁰.*

S'il est nécessaire, pour « *aider certains parents à réaffirmer leur autorité sur leurs enfants* », de décider au plus haut sommet de l'Etat, d'instaurer un régime d'exception, particulièrement attentatoire aux libertés publiques, il y a en effet, pour la Nation qui en est arrivée à ce stade de déliquescence intérieure, état d'urgence...

2) L'encadrement juridique du recours à l'état d'urgence

Le Juge des référés et le Conseil d'Etat eurent à apporter des précisions sur le régime de l'Etat d'urgence. Les faiblesses des raisons sur lesquelles était fondé le recours à l'état d'urgence n'ont pas échappé à la vigilance de certains citoyens, qui, soucieux de la préservation des libertés publiques, trouvaient la mesure par trop excessive. Aussitôt déclaré, l'état d'urgence se voyait contesté. L'état d'urgence de 2005 fut, sur le plan de la postérité jurisprudentielle, d'une grande richesse, puisqu'il fut l'occasion pour le Conseil d'Etat d'apporter des éclaircissements attendus. Sur le plan procédural, la situation pour les

⁸⁷⁰ Jean-Jacques Hyest, rapport n° 84 préc., p. 14 ; termes soulignés par nos soins.

requérants était nouvelle par rapport aux périodes antérieures. Ils allaient en effet pour la première fois à l'occasion d'un recours contre des décisions prises sur le fondement de l'état d'urgence, pouvoir bénéficier des procédures de recours en référé créées en 2000⁸⁷¹.

L'état d'urgence fut déclaré et mis en application par deux décrets du 8 novembre 2005, qui furent l'objet de deux requêtes en suspension d'exécution en application de l'article L. 521-1 du code de justice administrative ; ce, dès le 10 novembre 2005. Le juge des référés les rejetait, le 14 novembre. Etonnamment, l'une de ces requêtes était rejetée en raison du défaut d'intérêt à agir de son auteur ; celui-ci résidant habituellement en Polynésie française alors que l'état d'urgence n'avait été décrété que sur le territoire métropolitain : « *considérant que si large que puisse être l'intérêt à déférer au juge de la légalité aussi bien le décret pris en conseil des ministres décidant de faire application à un territoire déterminé du régime de l'état d'urgence que les décisions ultérieures prises pour la mise en œuvre de ce régime sur tout ou partie de ce territoire, une personne qui ne réside pas habituellement à l'intérieur de la zone géographique d'application des mesures dont elle entend contester la légalité ne justifie pas d'un intérêt suffisant pour en demander soit l'annulation, soit la suspension* »⁸⁷².

L'argument a de quoi heurter, au regard de la classique jurisprudence libérale du Conseil d'Etat. Bien qu'une certaine proximité ait parfois été exigée entre le domicile du requérant et le lieu d'exécution de la décision⁸⁷³, le Conseil d'Etat avait pourtant reconnu de longue date l'existence d'un intérêt à agir purement potentiel. Dans le vénérable arrêt *Abisset* de 1958, la Haute Juridiction avait accepté qu'un requérant attaque un arrêté municipal interdisant le camping, au motif qu'il aurait pu simplement avoir l'intention de s'adonner à son activité favorite sur le terrain municipal. Il y a tout lieu de se demander pourquoi le Conseil d'Etat a déclaré recevable la requête du sieur Abisset en 1958 -alors qu'il ne s'agissait que d'une simple interdiction de camper- et qu'il s'est refusé à accepter celle qui lui était présentée en 2005 alors que son objet ne portait sur rien de moins que la préservation des libertés publiques les plus fondamentales. De manière incidente, nous pouvons également relever que dans les deux affaires, à des degrés il est vrai très différents, la liberté de circulation se voyait atteinte. Ainsi que le relevait Philippe Chrestia « *la jurisprudence du Conseil d'Etat sur cette question a essentiellement pour objet d'empêcher des recours exercés*

⁸⁷¹ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives (JO du 1^{er} juillet, p. 9948).

⁸⁷² CE, juge des référés, 14 novembre 2005, req. n° 286837.

⁸⁷³ CE 25 mars 1981, *Lochet*, req. n° 31915.

*pour la défense de la seule légalité comme c'est le cas, par exemple, lorsqu'on invoque la qualité de citoyen »*⁸⁷⁴.

Le Conseil d'Etat acceptait toutefois d'examiner la deuxième requête qui lui était présentée, par le Professeur Frédéric Rolin, enseignant à Evry, ville dont le maire Manuel Valls avait été l'un des trois députés du Parti Socialiste à voter la loi de prorogation de l'état d'urgence. Frédéric Rolin attaquait le décret de déclaration de l'état d'urgence, l'estimant illégal au motif qu'il n'était ni nécessaire, ni proportionné au but recherché. Il n'était pas nécessaire d'abord, parce que seules quelques centaines de communes s'étaient embrasées et que l'état d'urgence avait été déclaré sur tout le territoire métropolitain. Il n'était pas proportionné ensuite parce que les autorités compétentes disposaient déjà des outils juridiques suffisant au contrôle de la situation.

Le juge des référés rejetait les arguments présentés par le requérant. Tant sur la question de la nécessité que de la proportionnalité, le juge rappelait qu'au regard de dispositions de la loi de 1955, il appartient au Président de la République de déclarer l'état d'urgence et que celui-ci « *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* »⁸⁷⁵. Le juge des référés se livrait toutefois à un contrôle de la qualification juridique des faits, laissant entendre qu'il se tenait prêt à censurer une éventuelle erreur manifeste d'appréciation : « *eu égard à l'aggravation continue depuis le 27 octobre 2005 des violences urbaines, à leur propagation sur une partie importante du territoire et à la gravité des atteintes portées à la sécurité publique, ne peuvent être regardés comme étant propres à créer un doute sérieux quant à la légalité du décret* ». Très opposé au régime de l'état d'urgence, Dominique Rousseau qualifiait le contrôle exercé par le juge des référés de « *superficiel ou restreint* », ajoutant « *étant donné l'étendue du pouvoir reconnu au Président de la République, contrôle discutable tant il est manifeste et admis par les autorités publiques elles-mêmes que les violences sont en régression au moment où l'état d'urgence est proclamé, mais contrôle cependant dont la seule existence de principe peut avoir un effet préventif* »⁸⁷⁶. En acceptant de contrôler le décret portant déclaration de l'état d'urgence, le Juge des référés lui avait en effet implicitement refusé la qualité d'acte de gouvernement.

⁸⁷⁴ Philippe Chrestia, « Rejet de la demande de suspension de l'état d'urgence », *AJDA*, 2006 p. 501 ; v. CE, 6 octobre 1965, *Marcy*, Rec. p. 493 ; CE, 23 septembre 1983, *Lepetit*, Rec. p. 372 ; CE, 27 octobre 1989, *Seghers*, Rec. p. 835 ; CE, 15 novembre 1993, *Sabaty*, req. n° 146976 ou encore dernièrement, CE 17 mai 2002, *Epoux Hofmann*, Rec. pp. 619 et 843.

⁸⁷⁵ CE, Juge des référés, 14 novembre 2005, n° 286835.

⁸⁷⁶ V. Dominique Rousseau, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) » *Projet*, février 2006, pp. 19-26.

Frédéric Rolin avançait également que par une pratique constante depuis 1955, l'état d'urgence n'avait été mis en œuvre que pour faire face à des situations de guerre civile ou de tentative de coup d'état et jamais à des violences urbaines. A cela, le juge des référés répondait que la loi de 1955 ne limitait pas les possibilités de recours à l'état d'urgence à ces situations, mais visait les « *cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public* » ainsi que les « *événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* ». Philippe Chrestia observait à ce propos que « *à supposer même que ces deux seules conditions ne permettaient pas de mettre en œuvre l'état d'urgence, la situation de sécession dans laquelle certaines banlieues se trouvent à l'égard de l'ordre républicain est tout à fait comparable à un contexte de guerre civile ou, au moins, de pré-guerre civile* ».

La requête visant le décret d'application, également attaqué pour défaut de proportionnalité des mesures, était quant à elle rejetée au motif que les mesures prévues étaient limitées dans le temps et l'espace et leur mise en œuvre assortie de mesures de contrôle strictes. Le juge des référés rappelait toutefois qu'au titre de ces modalités de contrôle, la loi de 1955 avait institué des garanties particulières. Toute personne ayant fait l'objet d'une interdiction de séjour dans un département ou d'une assignation à résidence devant pouvoir en réclamer le retrait devant une commission consultative départementale⁸⁷⁷.

Le juge des référés indiquait à cet égard « *qu'il incombe aux autorités compétentes de pourvoir à la constitution effective de cette instance aux fins d'assurer que l'application concrète des articles 5 (3°) et 6 [relatifs à l'interdiction de séjour dans un département et à l'assignation à résidence] sera assortie des garanties prescrites par la loi, lesquelles ont vocation à être mises en œuvre sans préjudice des dispositions du même article 7 [relatif à la création d'une commission consultative départementale] imposant en cas de recours contentieux, au juge administratif, de se prononcer à bref délai* ».

Une façon sans doute de rappeler au Gouvernement que les mesures prises en application du décret de mise en œuvre de l'état d'urgence sont des mesures de police administrative pouvant être soumises à l'examen sourcilleux du juge administratif. Le Conseil d'Etat avait en effet déjà en 1955 eu l'occasion de qualifier les arrêtés d'interdiction de séjour pris par le préfet en vertu de l'état d'urgence de mesures préventives de police⁸⁷⁸. En 1985, il précisait qu'il exerçait sur elle un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁸⁷⁹. Bien qu'ayant vu leurs requêtes rejetées par le juge des référés dans tous leurs moyens, les

⁸⁷⁷ Art. 7 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 préc.

⁸⁷⁸ CE, 16 décembre 1955, *Dame Bourokba*, Rec. p. 590.

⁸⁷⁹ CE 25 juillet 1985, *Mme Dagostini*, Rec. p. 226.

requérants ne comptaient pas arrêter là leurs recours devant les juridictions administratives. Le 5 décembre 2005, le juge des référés était en effet saisi d'une nouvelle requête, de référés-liberté cette fois, signée par pas moins de 74 signataires, dont de nombreux universitaires juristes⁸⁸⁰ et parmi eux, Frédéric Rolin agissant comme mandataire des requérants. Ceux-ci demandaient tout à la fois la suspension de l'état d'urgence, mais aussi « *d'enjoindre au Président de la République, dans le même délai que ci-dessus, de procéder à un réexamen des circonstances de fait et de droit qui ont conduit à la mise en œuvre de l'état d'urgence pour déterminer si celui-ci doit être maintenu* ». Seul ce dernier point sera examiné, le prononcé de la suspension de l'état d'urgence ne relevant pas de la compétence du juge des référés.

Sur le plan du droit, comme des faits, la situation avait évolué depuis la première requête en référés. Sur le plan du droit d'abord, une difficulté supplémentaire se posait pour les requérants, puisque l'état d'urgence avait été prorogé le 15 novembre 2005 par le vote d'une loi, conformément aux dispositions de la loi de 1955. Sur le plan des faits ensuite, puisque la situation, s'en pouvoir être qualifiée d'ordinaire, s'était considérablement améliorée. Ce dernier point était d'ailleurs particulièrement mis en avant par les requérants qui excipaient à l'appui de leurs prétentions que « *les troubles à l'ordre public qui avaient justifié l'instauration initiale de l'état d'urgence ont complètement cessé tant et si bien que la condition posée par l'article 1^{er} de la loi du 3 avril 1955, laquelle n'autorise la déclaration de l'état d'urgence qu'en cas de "péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public", a cessé d'être remplie* ». S'appuyant sur la précédente ordonnance rendue par le juge des référés relevant que le Président « *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* », les requérants anticipaient sur un argumentaire similaire et avançaient que « *c'est en vain que pourrait être invoqué le pouvoir d'appréciation dont dispose le Président de la République dans la mesure où la situation de fait montre que ne se trouvent caractérisés aucun péril non plus qu'aucune atteinte à l'ordre public, autres que ceux existant dans les circonstances les plus courantes ; qu'est ainsi en cause, non un pouvoir d'appréciation mais le champ d'application du texte* » (nous soulignons).

Ce raisonnement n'emportait pas totalement l'adhésion du juge des référés. Cependant sans donner raison aux requérants, il rejetait leur requête tout en posant les jalons d'une grille d'analyse des conditions de la légalité de l'état d'urgence, dont le maintien pourrait se voir remis en question si les juridictions administratives se voyaient saisies d'une nouvelle requête.

⁸⁸⁰ CE, Juge des référés, 9 décembre 2005, n° 287777.

Dans sa démonstration, le juge des référés relevait deux points.

Premièrement, l'état d'urgence, déclaré par décret pris sur le fondement de la loi de 1955, avait été prorogé, conformément aux dispositions de cette même loi, par une loi votée par le Parlement. Les requérants, eux, n'attaquaient pas directement ni le décret de déclaration de l'état d'urgence, ni celui d'application, mais demandaient au juge des référés d'écarter l'application de la loi de prorogation. En effet, dans son article 3, la loi disposait que « *Il peut y être mis fin [à l'état d'urgence] par décret en conseil des ministres avant l'expiration [du délai prévu par la loi]* ». Les requérants excipaient à l'appui de leurs prétention que le Président, en s'abstenant de mettre fin à l'état d'urgence, alors même que, selon eux, les conditions de son maintien n'étaient plus réunies, portait atteinte à plusieurs libertés fondamentales garanties par la Constitution. A cela, le juge des référés fit une réponse circonstanciée. Si le législateur avait voté la loi de prorogation, c'est qu'il estimait réunies les conditions exigées par la loi de 1955. De même, compte tenu de la situation, il devait également estimer nécessaire et proportionné le recours éventuel à certaines des mesures étendues de l'état d'urgence, prévues par la loi de 1955 et dont la mise en œuvre avait été rendue possible par le décret de déclaration de 2005.

Mais le juge des référés allait plus loin, affirmant « *qu'il ressort des débats qui ont précédé l'adoption de la loi que le Parlement a entendu ouvrir aux autorités administratives et judiciaires les pouvoirs étendus prévus par la loi du 3 avril 1955, sans pour autant soustraire leur usage effectif au contrôle des juridictions compétentes* ». Ce faisant, il entendait bien rappeler aux pouvoirs publics, dans toutes leurs composantes, qu'état d'urgence n'était pas synonyme d'état de non-droit et qu'il ne valait pas blanc-seing pour tous les excès commis sous son empire. Ce n'est qu'après cette longue démonstration, qui n'était qu'un prétexte pour faire une large place au juge de la légalité dans le contrôle des modalités d'application de l'état d'urgence, que le juge des référés rappelait enfin « *que le parti adopté sur ces différents points par le législateur s'impose au juge administratif, auquel il n'appartient pas d'apprécier la conformité de la loi à la Constitution* ». Il y a derrière l'argumentaire du juge des référés, indubitablement, une main tendue en direction du juge judiciaire, qui se voit incidemment confier la tâche d'apprécier la légalité des perquisitions effectuées sous le régime de l'état d'urgence. Le raisonnement adopté par le juge des référés rejoint en tous points celui qui a déjà été le sien lorsqu'il a rendu sa précédente ordonnance :

« *Considérant que les perquisitions autorisées par le 1° de l'article 11 de la loi devaient à l'origine être effectuées suivant les modalités définies par les dispositions alors en vigueur de l'article 10 du code d'instruction criminelle conférant au préfet des pouvoirs de*

police judiciaire, auquel a succédé l'article 30 du code de procédure pénale ; que l'abrogation de cet article par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 n'a pas eu pour conséquence de soustraire au contrôle de l'autorité judiciaire l'exercice par le ministre de l'Intérieur ou le préfet de missions relevant de la police judiciaire » (nous soulignons).

Deuxièmement, le juge des référés constatait que l'article 3 de la loi de prorogation de l'état d'urgence prévoyait la possibilité pour le Président de la République d'y mettre fin avant la date fixée par la loi. Il estimait alors « *que le silence de la loi sur les conditions de mise en œuvre de la faculté ainsi reconnue au Président de la République ne saurait être interprété, eu égard à la circonstance qu'un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui dans un Etat de droit sont par nature limités dans le temps et dans l'espace, comme faisant échapper ses modalités de mise en œuvre à tout contrôle de la part du juge de la légalité » (nous soulignons). Ce faisant, il acceptait de se prononcer sur la décision, où plutôt la non-décision, du Président, de ne pas mettre fin prématurément à l'état d'urgence. Par là même, il se donnait la possibilité d'apprécier la légalité du maintien du régime de l'état d'urgence, au regard des atteintes éventuelles aux libertés fondamentales auxquelles pourrait donner lieu son application. Pour ce faire, il s'autorisait à vérifier la réunion des conditions nécessaires à la mise en œuvre de l'état d'urgence. Toutefois, le juge des référés déclarait n'être prêt à sanctionner leur absence que sur le fondement d'une erreur manifeste d'appréciation du Chef de l'Etat, ce qui laissait à ce dernier une grande latitude dans l'analyse de la situation.*

« Considérant en l'espèce, qu'en raison notamment des conditions dans lesquelles se sont développées les violences urbaines à partir du 27 octobre 2005, de la soudaineté de leur propagation, de l'éventualité de leur recrudescence à l'occasion des rassemblements sur la voie publique lors des fêtes de fin d'année et de l'impératif de prévention inhérent à tout régime de police administrative, il ne saurait être valablement soutenu qu'en décidant de ne pas mettre fin dès à présent à la déclaration de l'état d'urgence, le chef de l'Etat aurait, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation étendu qui est le sien, pris une décision qui serait entachée d'une illégalité manifeste, alors même que, comme le soulignent les requérants, les circonstances qui ont justifié la déclaration d'urgence, ont sensiblement évolué » (nous soulignons).

Le juge des référés reprenait ici l'essentiel des arguments développés par le ministre de l'Intérieur dans son mémoire en défense, notamment lorsqu'il évoquait le risque inhérent à la proximité des fêtes de fin d'année. Mais dans ce même temps, cet alignement sur le raisonnement du ministre de l'Intérieur avait également valeur d'avertissement : si les fêtes de fin d'année se déroulaient dans le calme, le juge des référés n'hésiterait pas à faire droit à une

nouvelle requête en même sens. Au demeurant, le ministre de l'Intérieur avait lui-même avancé dans son mémoire de défense que « *l'intention du Gouvernement est de procéder à un nouvel examen de la situation dès le mois de janvier 2006, au vu des conditions dans lesquelles se sera déroulée la période des fêtes de fin d'année* ».

Dominique Rousseau notait à cet égard que le Conseil d'Etat : « *juge que le Président n'a pas commis d'illégalité manifeste en s'abstenant de mettre fin à l'état d'urgence en raison "notamment de l'éventualité d'une recrudescence des violences urbaines lors des fêtes de fin d'année". Mais, il relève que "comme le soulignent les requérants, les circonstances qui ont justifié la déclaration d'urgence ont sensiblement évolué". Petite phrase à nouveau très "politique", qui montre un Conseil d'État vigilant et prêt, le cas échéant, à faire un pas de plus vers la thèse des requérants si les circonstances continuaient à évoluer. Et il n'est pas exclu que cette petite phrase ait convaincu le Président de la République de mettre fin à l'état d'urgence le 4 janvier 2006 plutôt que subir une sanction si, à la suite d'un nouveau recours, le Conseil, prenant en considération le retour au calme dans les banlieues, avait fini par faire droit à l'argumentation des requérants* »⁸⁸¹.

Le Conseil d'Etat réuni en Assemblée et statuant au contentieux apporta de nouvelles précisions jurisprudentielles, laissa cependant quelques zones d'ombre sur des points pourtant d'importance⁸⁸². Cette fois-ci, les requérants eurent l'opportunité d'attaquer directement la légalité tant du décret de déclaration de l'état d'urgence que celui de sa mise en application.

Ainsi qu'en avait déjà statué le juge des référés, le Conseil d'Etat estimait recevable la requête visant les deux décrets, de déclaration et d'application de l'état d'urgence, leur déniaient ainsi la qualité d'actes de gouvernement. Si la recevabilité de la requête visant le décret d'application ne semblait pas poser de difficulté majeure, il n'en allait pas de même de celle concernant le décret de déclaration. Sur ce point, Claire Landais et Frédéric Lenica, observaient : « *la loi du 3 avril 1955, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960, n'attribuant qu'un pouvoir, nécessairement second, de prorogation au Parlement, l'intervention du décret est certes un préalable indispensable à l'entrée en jeu du législateur. Mais le vote d'une loi de prorogation n'est qu'une éventualité à la date à laquelle intervient le décret. L'enchaînement entre les étapes n'a rien d'obligatoire. Or, prise isolément et analysée à l'aune de ses seuls effets propres, la décision du président de la République de déclarer l'état d'urgence, si elle donne des pouvoirs accrus aux autorités de police, ne touche, comme le remarquait Marie-Hélène Mitjavile dans ses conclusions, ni aux relations entre les*

⁸⁸¹ Dominique Rousseau, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Projet*, février 2006, pp. 19-26.

⁸⁸² CE, Ass., 24 mars 2006, req. n° 286834.

pouvoirs constitutionnels ni à l'exercice de la fonction législative. Elle se distingue en cela, par sa nature, de la décision de mettre en œuvre l'article 16 de la Constitution, qui a pour effet de concentrer dans les mains du président de la République l'ensemble des pouvoirs constitutionnels, ce qui a justifié que le Conseil d'Etat dénie sa compétence pour en connaître dans la décision d'Assemblée du 2 mars 1962, Rubin de Servens »⁸⁸³ (nous soulignons).

Mais si le Conseil d'Etat déclarait recevables les deux requêtes, il n'acceptait de statuer que sur la légalité du décret d'application, refusant de se prononcer sur le décret de déclaration, optant pour le non-lieu. En effet, la loi de prorogation de l'état d'urgence avait été adoptée par le Parlement et le Conseil d'Etat estimait que *« compte tenu des caractéristiques propres au régime défini par cette loi, une telle intervention du législateur ratifie la décision prise par le décret n° 2005-1386 du 8 novembre 2005 de déclarer l'état d'urgence et de prévoir l'application, pour sa durée, du 1° de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 ; que la légalité des dispositions de ce décret n'est, dès lors, plus susceptible d'être discutée par la voie contentieuse »* (nous soulignons).

Telle n'avait pas été la position du commissaire du Gouvernement Marie-Hélène Mitjavile dans ses conclusions. Claire Landais et Frédéric Lenica de rappeler que celle-ci *« proposait une approche analytique du régime de la loi du 3 avril 1955 : dans son esprit, la déclaration de l'état d'urgence par l'autorité administrative, puis la loi décidant la poursuite de l'application de ce régime constituaient deux décisions successives. La première déclenche l'état d'urgence, la seconde le maintien pour l'avenir, sans autre effet de droit, notamment pas rétroactif. L'Assemblée a retenu une lecture plus globale du régime de la loi du 3 avril 1955, en estimant qu'en prolongeant l'état d'urgence, le législateur entendait nécessairement s'approprier les motifs qui avaient justifié le déclenchement de celui-ci, validant ainsi le décret du président de la République »* (nous soulignons)⁸⁸⁴. En d'autres termes, le décret de déclaration de l'état d'urgence n'est pas un acte de gouvernement et il peut ainsi être soumis au contrôle de légalité, mais lorsque l'intervention du législateur au eu lieu, elle prive d'objet la demande des requérants. Ainsi, *« une éventuelle annulation de la déclaration d'urgence aurait (...) revêtu des effets (...) radicaux en privant rétroactivement de base juridique l'intervention du législateur, toujours seconde par rapport à celle du pouvoir exécutif dans l'esprit de la loi du 3 avril 1955. Une telle solution ayant toutes les chances de ne déboucher*

⁸⁸³ Claire Landais et Frédéric Lenica, « Contentieux de la légalité de l'état d'urgence », *AJDA*, 2006, p. 1033 ; termes soulignés par nos soins.

⁸⁸⁴ C. Landais et F. Lenica, « Contentieux de la légalité de l'état d'urgence », *op. cit.*, p. 1033.

concrètement que sur un insoluble conflit avec le législateur, la solution de non-lieu s'imposait ainsi, nous semble-t-il, avec la force de la raison »⁸⁸⁵.

Restait donc au Conseil d'Etat à se prononcer sur la légalité du décret d'application de l'état d'urgence. Tout comme le Juge des référés, le Conseil d'Etat écartait la possibilité de contrôler la conformité du décret avec des dispositions de nature constitutionnelle, le décret ayant été pris en application de la loi de 1955, cette dernière faisant écran entre le décret et la Constitution. Néanmoins, et c'est là l'apport majeur de l'arrêt, il acceptait de se livrer à un contrôle de proportionnalité des mesures prévues par le décret à la situation, contrôle analogue à celui auquel il avait procédé lorsqu'il rendit son arrêt *Benjamin*⁸⁸⁶ : « *considérant que le décret attaqué a pour fondement une loi dont il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux d'apprécier la constitutionnalité ; qu'eu égard tout à la fois à la situation de violence urbaine qui prévalait en France à la date de ce décret, à la circonstance que les mesures d'assignation à résidence sont limitées aussi bien dans le temps que dans l'espace et font l'objet d'un contrôle s'agissant de leur mise en œuvre, la mise en application, dans les zones déterminées par le décret attaqué, des mesures mentionnées à l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 était légalement justifiée* ».

Ce faisant, le Conseil d'Etat reprenait en Assemblée, la grille de lecture élaborée et appliquée par le juge des référés. Claire Landais et Frédéric Lenica de souligner : « *cette solution nous paraît correspondre à l'exigence du temps, d'autant qu'elle vient heureusement en contrepoint du dispositif de non-lieu adopté sur la déclaration d'urgence. Elle témoigne d'une élévation sensible du niveau d'attention portée par le juge administratif à ces questions. Rappelons en effet que la jurisprudence ne retenait jusqu'alors qu'un contrôle restreint sur les mesures individuelles d'application de l'état d'urgence : d'abord limité au seul point de savoir si les arrêtés préfectoraux avaient été pris "pour des motifs étrangers" au champ d'application de la loi (...) dès lors que cette composante avait dans l'intervalle été intégrée au champ du contrôle restreint par la décision de Section Lagrange (...). Le choix d'un contrôle renforcé sur le décret général portant application de l'état d'urgence nous semble naturellement conduire à hausser le niveau d'exigence que les tribunaux administratifs seraient amenés, dans les mois qui viennent, à exercer sur les nombreuses mesures individuelles d'application d'un régime d'exception qui sera finalement resté en vigueur près de deux mois* »⁸⁸⁷. L'état d'urgence prit fin le 4 janvier 2006, bien avant la date fixée par la loi

⁸⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁸⁶ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, req. n° 17413, 17520.

⁸⁸⁷ C. Landais et F. Lenica, « Contentieux de la légalité de l'état d'urgence », *op. cit.*, p. 1033.

de prorogation et aucun des dispositifs les plus controversés prévus -assignation à résidence et interdiction de séjour- ne furent utilisés⁸⁸⁸. La période d'application de 2005 aura été pour les juridictions administratives l'occasion d'apporter d'utiles précisions sur le régime juridique applicable aux divers textes pris sur le fondement de la loi de 1955. La loi de 1955 fit par la suite l'objet d'un très modeste toilettage en 2011, à l'occasion duquel toutes les références à l'Algérie ont simplement été supprimées⁸⁸⁹.

Cette loi ne semblait pas devoir être réutilisée, un instrument spécifique destiné à appréhender le phénomène terroriste fonctionnant au quotidien, en parallèle des régimes d'exception proprement dits, le plan Vigipirate. De ce dispositif, peu de choses peuvent être dites, car il est défini par les pouvoirs publics « *comme étant "un dispositif permanent de vigilance, de prévention et de protection face à la menace terroriste". Ce dispositif est placé sous l'autorité du Premier ministre. Les textes règlementaires de base qui fondent ce dispositif ont constamment été couverts par le secret de la défense nationale. Aussi, la datation même de la naissance de ce dispositif est-elle extrêmement variable. De la même manière, la consistance la plus fondamentale du dispositif est protégée par le secret de la défense nationale* »⁸⁹⁰. Pour autant, l'essor des violences conduisit à la réactivation de l'état d'urgence en 2015.

B) La vague terroriste de 2015

Il ne fallut pas plus d'une décennie pour que le régime de l'état d'urgence ne trouve à nouveau à s'appliquer et cette fois pour des raisons autrement plus graves que celles qui justifiaient sa précédente utilisation. Dans la nuit du 13 au 14 novembre 2015, la plus meurtrière série d'attentats connus par la France depuis la fin de la guerre d'Algérie ensanglantait le sol national. Huit attaques coordonnées en région parisienne firent environ 130 morts et 350 blessés, conduisant à la déclaration immédiate de l'état d'urgence, le 14 novembre 2015 à minuit⁸⁹¹. Il s'agissait ici de l'état d'urgence dit « renforcé », emportant application du 1° de l'article 11 de la loi de 1955, conférant à certaines autorités administratives le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit. Les autres dispositions de l'article 11 autorisant ces mêmes autorités à « *prendre toutes mesures pour assurer le contrôle de la presse et des publications de toute nature ainsi que celui des émissions radiophoniques, des projections cinématographiques et des représentations*

⁸⁸⁸ Décret n° 2006-2 du 3 janvier 2006 mettant fin à l'application de la loi n° 2005-1425 (JO du 4, p. 122).

⁸⁸⁹ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (JO du 18 p. 8537).

⁸⁹⁰ Pascal M'Bongo dir., *Traité de Droit de la police et de la sécurité*, LGDJ, 2014, p. 638.

⁸⁹¹ Décret n° 2015-1475, 1476 et 1478 modificatif du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 (JO du 14, p. 21297 et du 15, p. 21382).

théâtrales », était expressément écartée ; de même de l'attribution d'une compétence judiciaire aux tribunaux militaires, possibilité offerte par l'article 12 de la loi de 1955⁸⁹².

L'examen minutieux du contenu et des échéances des différents décrets pris suite au recours à l'état d'urgence laisse un témoignage involontaire du trouble qui devait sans doute régner en ces instants. En effet, immédiatement après la déclaration de l'état d'urgence et alors même que certaines mesures ne devaient initialement être appliquées qu'en Ile-de-France, elles étaient pourtant par un décret du même jour étendues à tout le territoire national⁸⁹³. Sans doute faut-il voir dans ces atermoiements règlementaires la marque de la réticence initiale du Gouvernement à mettre en application ce dispositif pour la première fois depuis la fin de la guerre d'Algérie sur l'ensemble du territoire national⁸⁹⁴. Le 16 novembre 2015, moins de trois jours après les attentats, le Président de la République réunissait le Parlement en Congrès et y prononçait un discours à l'occasion duquel il proposait deux mesures phares : d'une part la modification et l'adaptation du cadre juridique de l'état d'urgence aux mutations imposées par l'évolution des technologies et de son environnement

⁸⁹² V. Circulaire INTK1500247J du 14 nov. 2015, p. 6.

⁸⁹³ L'article 1^{er} du décret n° 2015-1476 dispose en effet : « *Outre les mesures prévues à l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 susvisée, qui sont applicables à l'ensemble du territoire métropolitain, les mesures mentionnées aux articles 6, 8, 9 et au 1^o de l'article 11 de la loi peuvent être mises en œuvre sur l'ensemble des communes d'Ile-de-France* ». Cet article 1^{er} était modifié par le décret n° 2015-1478 du même jour (publié au JO du 15), « *Art. 1.- Outre les mesures prévues aux articles 5,9 et 10 de la loi du 3 avril 1955 susvisée, sont applicables à l'ensemble du territoire métropolitain et de la Corse les mesures mentionnées aux articles 6,8 et au 1^o de l'article 11* ». Notons qu'il est fait référence cette fois à l'article 10 de la loi de 1955, ce qui est visiblement une erreur de rédaction, cet article 10 disposant simplement que « *la déclaration de l'état d'urgence s'ajoute aux cas visés à l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation en temps de guerre pour la mise à exécution de tout ou partie des dispositions de ladite loi en vue de pourvoir aux besoins résultant de circonstances prévues à l'article 1^{er}* ». Il n'est donc nullement nécessaire d'en faire mention dans le décret d'application de l'état d'urgence. Il fut pourtant à nouveau fait référence à l'article 10, lorsque le périmètre de l'état d'urgence fut étendu à l'outre-mer : « *Outre les mesures prévues aux articles 5,9 et 10 de la loi du 3 avril 1955 susvisée, les mesures mentionnées aux articles 6,8 et au 1^o de l'article 11 sont applicables en Guadeloupe, en Guyane, à la Martinique, à La Réunion, à Mayotte, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin* » ; décret n° 2015-1494 du 18 novembre 2015 portant application outre-mer de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 (JO du 19, p. 21517). Ainsi que le précisait Jean-Jacques Urvoas, « *sur le fondement de l'article 10, les préfets peuvent procéder à des réquisitions de personnes ou de biens en application de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la Nation en temps de guerre, désormais codifiée au livre II du code de la défense. Ces réquisitions peuvent également être effectuées en application de l'article L. 2215-1 CGCT, qui prévoit la possibilité d'une exécution d'office par l'utilisation de la force publique, une astreinte prononcée par le juge administratif sur demande du préfet, voire une sanction pénale -le refus d'exécuter l'arrêté de réquisition constituant un délit puni de six mois d'emprisonnement et de 10 000 euros d'amende* » ; Jean-Jacques Urvoas, rapport n° 3237 sur le projet de loi prorogeant l'application de l'état d'urgence, Ass. nat., 19 novembre 2015, p. 13.

⁸⁹⁴ Ainsi que le résumait Jean-Charles Jobart, « *depuis sa création en 1955, le régime de l'état d'urgence n'a été mis en œuvre qu'une seule fois sur l'ensemble du territoire national lors de la guerre d'Algérie (...), puis plusieurs fois sur des portions du territoire national : en Nouvelle-Calédonie (...), à Wallis-et-Futuna (...), dans les îles du Vent en Polynésie française (...) et en 2005, à la suite d'émeutes et de violences dans certaines zones urbaines (...). Le décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 déclarant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire métropolitain, Corse comprise, est donc exceptionnel. Le décret n° 2015-1493 du 18 novembre 2015 étend l'état d'urgence à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique, à Mayotte, à La Réunion ainsi qu'à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin à compter du 19 novembre, à zéro heure* » ; in « *L'état d'urgence déclaré et renforcé en France* », AJDA, 2015, pp. 2321-2327.

juridique connexe, mais aussi et surtout la constitutionnalisation de l'Etat d'urgence⁸⁹⁵. D'autre part, il proposait également la déchéance de nationalité pour les terroristes⁸⁹⁶. Si certaines modifications ont été apportées à l'état d'urgence (1), force est de constater l'échec de sa constitutionnalisation (2).

1) Les modifications de l'état d'urgence

Conformément aux dispositions de l'article 2 de la loi de 1955, l'état d'urgence déclaré par décret pour une durée de douze jours, doit ensuite être prorogé par une loi. Il le sera effectivement, mais toute l'originalité de la loi de prorogation tenait au fait qu'elle fut aussi une loi de modification, dont la prétention était de moderniser le dispositif de l'état d'urgence⁸⁹⁷, dispositif qui était demeuré peu ou prou inchangé depuis 1960⁸⁹⁸. Si la légalité de la procédure ne souffre pas de contestation, la moralité du procédé justifie de sévères appréciations. En liant la question de la prorogation de l'état d'urgence à celle de sa modification et en donnant à ces deux points devant l'opinion publique une même unité de temps médiatique, le gouvernement s'assurait de rallier à ses propositions les indécis voir l'essentiel des opposants au projet de loi. Le résultat du vote, auquel il était procédé sous l'empire de la procédure accélérées et de façon bloquée sur l'ensemble du texte, était sans appel : à l'Assemblée nationale, seuls 6 députés se prononcèrent contre le projet⁸⁹⁹ ; au Sénat, les 336 suffrages exprimés l'étaient tous en faveur de la loi⁹⁰⁰.

En plus de proroger l'état d'urgence pour trois mois, la loi lui apportait des modifications significatives⁹⁰¹. Le point le plus remarqué, sans être le plus remarquable, concerne la suppression de la possibilité offerte au gouvernement de s'assurer du contrôle des médias, des cinémas et des théâtres⁹⁰². Au nom de l'adaptation du cadre de l'état d'urgence

⁸⁹⁵ Sur l'ensemble de ces questions, v. Olivier Beaud, Cécile Guérin-Bargues, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus publicum*, n° 15, janv. 2016. (sur : <http://juspoliticum.com/la-revue> ; consulté le 7 avril 2016).

⁸⁹⁶ V. Discours du président de la République devant le Parlement réuni en Congrès, 16 nov. 2015, site internet de l'Élysée.

⁸⁹⁷ 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 (JO du 21, p. 21665).

⁸⁹⁸ 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 (JO du 17, p. 3584).

⁸⁹⁹ 558 votants, 557 suffrages exprimés ; 551 favorables à l'adoption et 6 contre (JO du 20 nov. 2015, p. 9619).

⁹⁰⁰ Séance du 20 novembre 2015 (compte rendu intégral des débats).

⁹⁰¹ 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 (JO du 21, p. 21665).

⁹⁰² V. Emmanuel Derieux, « État d'urgence et liberté de communication », *JCP-G*, déc. 2015, pp. 681-683.

« à l'évolution des technologies et des menaces »⁹⁰³, ces dispositions étaient remplacées par la faculté pour le Ministre de l'intérieur de « *prendre toute mesure pour assurer l'interruption de tout service de communication au public en ligne provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie* »⁹⁰⁴. A l'heure d'internet, des réseaux sociaux, du courrier électronique et de la télévision en ligne, la nouvelle rédaction de l'article 11 de la loi de 1955 nous paraît potentiellement beaucoup plus attentatoire aux libertés publiques que l'ancienne. Il est particulièrement heurtant de constater que ce point n'a absolument pas été abordé par l'étude d'impact de la loi, qui se contente de ne mentionner que la suppression du contrôle de la presse, des émissions radiophoniques, projections cinématographiques et représentations théâtrales⁹⁰⁵. Ainsi qu'il avait été relevé, « *la question évoquée en commission des lois d'une limitation des chaînes d'information en continu, dont les directs pourraient compromettre certaines opérations, demeure* »⁹⁰⁶.

Ce n'étaient pas là les seules dispositions relatives aux « nouvelles technologies ». La loi du 20 novembre 2015 modifiait pour partie le régime des perquisitions administratives en le calquant sur celui des perquisitions judiciaires. Les possibilités de perquisition étaient étendues à « *tout lieu, y compris un domicile, de jour et de nuit, sauf dans un lieu affecté à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes, 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* »⁹⁰⁷. Mais la grande innovation de la loi de 2015 était de permettre, lors de ces perquisitions d'accéder et de copier « *par un système informatique ou un équipement terminal présent sur les lieux où se déroule la perquisition, à des données stockées dans ledit système ou équipement ou dans un autre système informatique ou équipement terminal, dès lors que ces données sont accessibles à partir du système initial ou disponibles pour le système initial* ». C'est-à-dire, à l'heure de l'interconnexion généralisée, à n'importe quelles données, où qu'elles se trouvent. La modification apportée sur ce point aux perquisitions apparaît donc

⁹⁰³ « *J'ai décidé que le Parlement serait saisi dès mercredi d'un projet de loi prolongeant l'état d'urgence pour trois mois et adaptant son contenu à l'évolution des technologies et des menaces* », in « Discours du Président de la République devant le Parlement réuni en Congrès », 16 nov. 2015 (JO du 17, p. 5).

⁹⁰⁴ Art. 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 préc.

⁹⁰⁵ Etude d'impact du projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955. INTX1527699L/Bleue-1

⁹⁰⁶ Jean-Charles Jobart, « L'état d'urgence déclaré et renforcé en France », *AJDA*, 2015, pp. 2321-2327. Relevons qu'alors même que la traque des terroristes était en cours et présentait une extrême dangerosité pour les forces de l'ordre, les chaînes d'information en continue se sont tristement illustrées. Par leur capacité à suivre la conduite des opérations dans leurs détails les plus infimes et avec une précision millimétrique, elles offrent en temps réel à tous leurs spectateurs, y compris de potentiels terroristes, l'évolution de la conduite des opérations.

⁹⁰⁷ Art. 7 de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 (JO du 21, p. 21665).

avoir des conséquences beaucoup plus sérieuses que ce que laissait sous entendre une nouvelle fois l'étude d'impact, laquelle se contentait de présenter cela comme une modernisation du texte et de relever que « *si la notion de perquisition en 1955 comprenait sans nul doute l'accès à toutes les informations disponibles au domicile, quel qu'en soit le support (ouverture du courrier, par exemple), il est préférable de préciser et d'actualiser les prérogatives des services, comme cela a été fait par la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement* »⁹⁰⁸. Mais les dispositions dont il est ici question n'allaient pas passer le barrage du Conseil constitutionnel. En effet, si la loi relative à l'état d'urgence ne fut pas déférée au contrôle du Conseil par les représentants, elle fit rapidement l'objet de QPC. Alors que toutes les autres mesures relatives aux perquisitions administratives étaient estimées conformes à la Constitution, celles ayant spécifiquement trait à la saisie de données informatiques étaient déclarées contraires⁹⁰⁹.

Le régime des assignations à résidence a également été modifié. Sont désormais concernées non plus uniquement les personnes « *dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre public* » mais celles pour lesquelles « *il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public* ». Sur un plan strictement textuel, il est possible d'observer un glissement sémantique. De l'incrimination du fait de la poursuite d'activités dangereuses, la loi cible désormais l'adoption de simples comportements suspects. Toutefois, sur le plan beaucoup plus concret de la traduction future de ces nouvelles dispositions lors de leur mise en application, rien de laisse supposer qu'elle sera sensiblement différente, plus large ou plus extensive que par le passé. L'esprit qui vivifie ces nouvelles dispositions, n'est pas différent de celui qui guidait la plume du législateur sous l'empire de leur l'ancienne rédaction. Il s'agit encore et toujours de prévenir des actes avant qu'ils ne se réalisent et pour cela, en un temps où l'Etat vacille, de donner à ses agents une latitude d'action plus grande en neutralisant les individus qui par leur

⁹⁰⁸ Etude d'impact, *op. cit.*

⁹⁰⁹ C. const., décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*, perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence (JO du 21, texte n° 27) « *Considérant que les dispositions de la seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 permettent à l'autorité administrative de copier toutes les données informatiques auxquelles il aura été possible d'accéder au cours de la perquisition ; que cette mesure est assimilable à une saisie ; que ni cette saisie ni l'exploitation des données ainsi collectées ne sont autorisées par un juge, y compris lorsque l'occupant du lieu perquisitionné ou le propriétaire des données s'y oppose et alors même qu'aucune infraction n'est constatée ; qu'au demeurant peuvent être copiées des données dépourvues de lien avec la personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ayant fréquenté le lieu où a été ordonnée la perquisition ; que, ce faisant, le législateur n'a pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, les dispositions de la seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, qui méconnaissent l'article 2 de la Déclaration de 1789, doivent être déclarées contraires à la Constitution* ».

comportement ont attiré l'attention sur eux. C'est pourquoi, il ne ressort pas particulièrement de l'examen des assignations à résidence prononcées avant les présentes modifications au régime de l'état d'urgence, que les autorités administratives aient fait une grande différence entre « *activités dangereuses* » et « *comportement suspect* ».

Dans le même temps, les modalités d'assignation à résidence des personnes étaient alignées sur les dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Il peut y être conduit par les services de police ou de gendarmerie et désormais, l'assignation peut s'accompagner de l'obligation pour la personne concernée de se présenter à intervalles réguliers devant eux. L'assignation peut également ne concerner qu'une certaine plage horaire de la journée. Enfin, à l'assignation proprement dite peut s'ajouter l'obligation pour celui qui en fait l'objet de ne pas entrer en contact avec certaines personnes nommément désignées, dont à nouveau « *il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public* ». Le contrôle du respect des obligations relatives à l'assignation à résidence par les personnes qui en ont fait l'objet peut, dans certains rares cas, être assuré par des dispositifs électroniques de géo-localisation. Les conditions à réunir pour bénéficier de ce type de dispositifs sont toutefois étonnamment restrictives : « *Lorsque la personne assignée à résidence a été condamnée à une peine privative de liberté pour un crime qualifié d'acte de terrorisme ou pour un délit recevant la même qualification puni de dix ans d'emprisonnement et a fini l'exécution de sa peine depuis moins de huit ans, le ministre de l'intérieur peut également ordonner qu'elle soit placée sous surveillance électronique mobile. Ce placement est prononcé après accord de la personne concernée, recueilli par écrit* ». Le recours à ce type de dispositif est pourtant beaucoup moins contraignant pour celui qui le porte que ne peut l'être l'obligation de se rendre régulièrement dans un commissariat où une gendarmerie pour attester du respect des obligations qui lui ont été imposées. Il est donc difficilement compréhensible que la possibilité de recourir à ces moyens issus de technologies récentes n'ait été réservée qu'aux seuls individus dont le comportement passé a apporté la démonstration éclatante de leur enracinement dans une conduite criminelle et terroriste. Ces nouvelles dispositions sont à ce point incompréhensibles que le texte va jusqu'à préciser que « [La personne concernée] *ne peut être astreinte ni à l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police et de gendarmerie, ni à l'obligation de demeurer dans le lieu d'habitation mentionné au deuxième alinéa* ». Il y a ici tout lieu de se demander si tout n'a pas été fait pour rendre impossible, *de facto*, le recours au

bracelet électronique⁹¹⁰. Mesure moins contestée, les personnes assignées peuvent également être obligées de remettre leurs passeports afin que les pouvoirs publics soient assurés qu'elles demeurent sur le territoire. A ces modifications s'ajoutaient encore divers changements dans les modalités procédurales de contestation des mesures d'assignation à résidence⁹¹¹.

Ce sont sans surprise les mesures d'assignation à résidence qui ont suscité le contentieux le plus nourri⁹¹². Saisi comme juge des référés dans le cadre de référés-liberté, le Conseil d'Etat, par sept décisions du 11 décembre 2015⁹¹³, estimait que le juge des référés devait rechercher si les motifs ayant justifié l'assignation et les modalités de l'assignation ne sont pas manifestement illégales. De même le juge des référés se voyait reconnaître la possibilité d'ordonner toute mesure permettant de mettre fin à une illégalité manifeste, notamment en modifiant les modalités de l'assignation, comme les obligations de pointage⁹¹⁴.

La novation la plus intéressante apportée par la loi de modification du régime de l'état d'urgence reste encore à mentionner ; elle réside dans le contrôle parlementaire des mesures prises. Le nouvel article 4-1 de la loi dispose que « *l'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence. Ils peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures* ». Une commission se réunit donc au moins une fois par mois depuis le 2 décembre et s'assure pour l'essentiel du suivi statistique des mesures relatives à l'Etat d'urgence. Il s'agit sans doute de la mesure qui sera pour l'avenir la plus à même d'impacter la physionomie générale présentée par le régime de l'état d'urgence. Néanmoins, le recule manque pour le moment pour pouvoir tirer toutes les conséquences de cet intéressant apport de 2015.

⁹¹⁰ Jean-Charles Jobart, « L'état d'urgence déclaré et renforcé en France », *AJDA*, 2015, pp. 2321-2327.

⁹¹¹ V. Emmanuel Putman, « Restrictions de libertés imposées par l'état d'urgence : jusqu'à quel point la nécessité fait-elle loi ? », *RJPF*, 2016, n° 1, pp. 14-15. V. aussi Christian Baillon-Passe, « Les nouvelles perquisitions administratives dans la loi du 21 novembre 2015 sur l'état d'urgence », *LPA*, 2015, n° 261, pp. 7-10.

⁹¹² Le Conseil d'Etat rappelait dans un communiqué de presse du 25 février 2016 : « *entre la déclaration de l'état d'urgence, du 14 novembre 2015 au 25 février 2016, date de la fin de la première prorogation de l'état d'urgence, les tribunaux administratifs ont rendu 140 décisions relatives à des mesures prises au titre de l'état d'urgence : 116 ordonnances de référé et 24 décisions au fond. 121 des mesures contestées concernaient des assignations à résidence. Les autres mesures contestées étaient : - 7 restrictions à la liberté de culte - 3 interdictions de manifester - 2 interdictions de vente d'articles pyrotechniques - 3 fermetures de restaurants - 3 perquisitions administratives - 1 interdiction aux supporters de se rassembler et de manifester un jour de match. Le contentieux au Conseil d'Etat à la date du 25 février 2016, le Conseil d'Etat avait été saisi de 43 requêtes : - 37 décisions ont été rendues - 6 affaires sont pendantes* » ; consultable sur le site internet du Conseil d'Etat.

⁹¹³ CE, n° 395009, n° 394990, n° 394992, n° 394993, n° 394989, n° 394991, n° 395002.

⁹¹⁴ Louis Dutheillet de Lamothe, Guillaume Odinet, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, pp. 247-255.

2) L'échec de la constitutionnalisation de l'état d'urgence

L'état d'urgence déclaré pour une durée de douze jours le 14 novembre 2015, avait été prolongé pour une durée de trois mois le 20 novembre 2015. La loi de prorogation de l'état d'urgence ayant été adoptée dans le sillage immédiat des attentats avait bénéficié du soutien massif des parlementaires, proche de l'unanimité. Mais presque trois mois après la décision de prorogation, alors qu'était venu le moment d'une nouvelle prorogation, le sentiment à l'endroit de l'état d'urgence avait considérablement évolué. Alors que les attentats avaient été inspirés par le fondamentalisme islamique, des individus tout à fait étrangers à cette mouvance avaient fait l'objet de mesures d'assignation à résidence. L'opposition, désireuse dans un premier temps de faire front commun avec le gouvernement face à la menace, ne pouvait toutefois lui pardonner son incapacité à anticiper sur ses prochains mouvements. Les attentats de novembre s'inscrivaient en effet dans la continuité d'une série d'actes du même type, qui en étaient annonciateurs. Surtout, il était peu ou prou impossible de tirer des enseignements sur l'impact réel du régime de l'état d'urgence sur des cellules terroristes dormantes dans notre pays. Tout conspirait donc à diminuer l'assise du gouvernement dans sa volonté de proroger une nouvelle fois l'état d'urgence. Au Sénat, sur 344 votants, il n'y en eut plus que 198 à se prononcer en faveur de la prorogation⁹¹⁵, tandis qu'à l'Assemblée nationale, sur les 577 députés que compte l'hémicycle, seuls 212 se prononçaient en faveur du texte et 31 contre. Tous les autres choisissaient... De ne pas choisir⁹¹⁶. Le texte se voyait adopté, conformément aux vœux du gouvernement⁹¹⁷.

Mais ces mauvais résultats, sur une question aussi essentielle qu'une loi touchant au plus près aux libertés publiques, étaient annonciateurs du sort qui allait être celui de la constitutionnalisation du régime de l'état d'urgence, sur laquelle semble peser une étrange malédiction.

La constitutionnalisation proprement dite de l'état d'urgence n'apparait paradoxalement pas avoir soulevé de débats plus avant. Il s'agissait purement et simplement d'aligner le régime de l'état d'urgence sur celui de l'article 16 et de l'état de siège⁹¹⁸. Le gouvernement ne faisait ainsi que reprendre la proposition n° 10 du « Rapport Balladur » de

⁹¹⁵ Séance du 9 février 2016 (compte rendu intégral des débats)

⁹¹⁶ JO, 17 fév. 2016, p. 1341.

⁹¹⁷ Loi n° 2016-162 du 19 février 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence (JO du 20, texte n°5).

⁹¹⁸ Sur la constitutionnalisation des régimes de crise, v. Vincent Souty, *La constitutionnalisation des pouvoirs de crise : essai de droit comparé*, Thèse Droit, Paris III, 2015.

2007⁹¹⁹, qui lui-même, nonobstant une différence de nuance, s'inscrivait dans le fil d'une proposition du Comité Vedel de 1993⁹²⁰. En réalité toute la procédure de constitutionnalisation de l'état d'urgence achoppa, pour la troisième fois, sur une autre question : celle de la déchéance de nationalité des terroristes.

Dès son discours au Congrès, François Hollande avait affirmé la nécessité de déchoir de leur nationalité les terroristes, mais que cette déchéance de nationalité ne devait pas avoir pour effet de les rendre apatrides. Par conséquent, la déchéance de nationalité ne trouvait donc à s'appliquer que pour les binationaux. Si la déchéance de nationalité a pour objet de sanctionner un acte de trahison à la patrie au profit d'une cause étrangère, il apparaîtrait pour le moins curieux que ses rigueurs soient épargnées justement à ceux qui normalement n'ont pour seule patrie que la France, mais qui par leur attitude se sont mis en guerre contre elle. De plus, la constitutionnalisation de la déchéance de nationalité dans de telles conditions aurait contribué à jeter un soupçon permanent sur les binationaux, Français en sursis parce que demi-Français. Toutes ces objections à la déchéance de nationalité sous cette forme auraient donc été parfaitement fondées et recevables... Si leur postulat de départ n'avait été fondamentalement vicié. En effet, tous les débats autour de cette question reposait sur l'idée, définitivement fautive, qu'il est impossible pour la France de créer un apatride ; or, rien n'est plus éloigné de la vérité⁹²¹. La constitutionnalisation de l'état d'urgence a donc échoué non seulement en raison de débats liés à un sujet qui lui est étranger, mais également en fonction d'un mensonge que feignait de croire la quasi-intégralité de la classe politique...

⁹¹⁹ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une V^e République plus démocratique*, Documentation française, 2007, p. 20.

⁹²⁰ V. Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, *Propositions pour une révision de la Constitution*, proposition n° 16 ; le Comité Vedel suggérait que l'état d'urgence ne puisse être prorogé que « par le Parlement » et non « par la loi », ce qui est susceptible de changer beaucoup de choses puisque les lois votées par le Parlement ne sont pas les seuls textes de nature législative qui existent en droit français.

⁹²¹ En application de l'article 23-8 du code civil ; v. Bertrand Pauvert, « Autour de la déchéance et du retrait de la nationalité française », note sous C. const., décision n° 2014-439 QPC, 23 janv. 2015, *M. Ahmed S.*, *AJDA*, 2015, pp. 1000-1005.

Titre 2 :

De la crise de l'Etat à l'Etat de crise

Dans les développements précédents, nous nous sommes attachés, à travers une série d'exemples tirés de la situation française, à mettre en lumière les spécificités des conditions de genèse et de développement des régimes d'exception tels que nous les connaissons actuellement. Ainsi, l'évolution des systèmes juridiques destinés à l'appréhension des phénomènes de crise a été soumise à l'analyse afin d'en extraire les caractères les plus saillants et de révéler les influences réciproques entre situation de crise politique et décision publique.

Toute chose et particulièrement toute idée ou concept, s'organise du général au particulier, de son plan le plus large à ses applications les plus singulières ou si l'on préfère, de son principe et à ses déclinaisons. Dans le cadre de son examen et pour que cette chose soit correctement modélisée, il est d'ordinaire nécessaire de conserver dans le développement de sa pensée un parallélisme de forme avec l'objet étudié et par conséquent de partir de son origine pour aller à ses terminaisons. De cette manière, il est possible par l'exercice de la raison discursive de dessiner les contours de l'objet étudié et de révéler à chaque étape de la réflexion les liens logiques et ontologiques qui unissent ses différents éléments constitutifs. Quoique ce type de cheminement intellectuel apparaisse des plus pertinents, c'est pourtant à une démarche exactement inverse que l'analyse de l'objet de la présente étude nous oblige. La crise en effet, dans sa dimension la plus extérieure et immédiatement saisissable, est par nature la traduction d'une remise en cause radicale des principes supposés les mieux fondés. Remonter à ses principes véritables nécessite donc de partir des effets pour remonter aux causes qui les ont engendrés. C'est à l'étude des effets de la crise et à leur incidence sur le développement de dispositifs normatifs capables de les maîtriser qu'ont été consacrés les deux précédents chapitres. Il nous faut à présent partir de ces points pour dégager les déterminants théoriques de la notion de crise.

Remise en cause des principes, la crise est aussi nécessairement remise en cause des fondements. Or, dans le cadre qui nous intéresse, ce sont des fondements de l'Etat dont il est question. Par conséquent, derrière le dessin d'une théorie de la crise, dont nous nous efforcerons de broser les grands traits, ce sont en filigrane les contours d'une théorie de l'Etat qui se dessineront. Le phénomène de crise ici étudié est celui de la crise sous sa forme la plus absolue : la crise de l'Etat, entendu dans son acceptation la plus large. L'Etat servant

bien malgré lui de support à la réalisation de la crise, puisqu'il traverse une crise en même temps que la crise le traverse, c'est sur la notion d'Etat puis sur la crise prise en tant que processus de délitement de l'Etat que nous nous pencherons notamment. Il est d'ailleurs remarquable d'observer que quels que soient les écrits classiques sur l'Etat auxquels il est possible de se rapporter, la notion d'Etat apparaît toujours avoir été pensée à travers celle de crise, que ce soit pour prévenir sa survenance ou pour réduire l'ampleur de ses conséquences. Ainsi les penseurs grecs, Platon et Aristote parmi eux, n'aspiraient à parvenir au terme de leur quête effrénée du meilleur type de régime politique que pour empêcher une crise qu'ils considéraient comme inéluctable.

Platon, s'appuyant sur le mythe hésiodique des races « métalliques »⁹²² et à la recherche d'un idéal de justice, envisageait une société strictement hiérarchisée et organisée autour de castes de citoyens constituées en fonction du « métal » dominant de leur âme. Emerge alors l'image terrifiante d'une Cité placée toute entière sous la domination du corps des « Gardiens de la Cité » assisté de celui des guerriers, où toute les sphères de l'activité humaine sont collectivisées, y compris la sphère familiale. Les unions entre individus des deux sexes, purement temporaires, y sont organisées à lors de rituels où les partenaires de chacun sont prétendument tirés au sort, mais sont en réalité choisis secrètement par les Gardiens. Ceci justement afin d'empêcher la confusion des races et la dégénérescence programmée de la Cité⁹²³. Aristote quant à lui contrairement à son prédécesseur, privilégiait dans sa pensée la *Diké* sur l'*Hybris*. Il se montrait donc plus prosaïque et moins outrancier dans le développement de sa pensée, et envisageait simplement l'existence de quelques types de régime politiques, chacun d'eux possédant ses vices et ses vertus. Mais il relevait que les premiers finissent toujours par l'emporter sur les secondes à compter du moment où les tenants du pouvoir en place font passer leurs intérêts propres avant ceux de la Cité toute entière. De là vient pour lui la nécessité d'adopter un régime politique qui, dans sa conception, emprunte à toutes les formes de régimes politiques, les vices intrinsèques à certaines d'entre elles étant ainsi compensés par les vertus des autres⁹²⁴. Quoique la solution proposée par Aristote

⁹²² Hésiode, *Les travaux et les jours*, VIIe siècle avant JC. V. Mattéi Jean-François, « Le mythe d'autochtonie chez Hésiode et Platon. », *Topique*, 2011-1, pp. 35-49. V. Hésiode, *Les travaux et les jours*, in. *Théogonie - Les Travaux et les Jours – Bouclier*, (trad. Jean-Louis Backès, première pub. VIIe siècle avant JC), Folio, 2001,

⁹²³ Platon, *La République*, 4^e siècle avant JC. V. Charbit Yves, « La Cité platonicienne : histoire et utopie. », *Population*, 2002-2, pp. 231-260. V. aussi Jean-François Pradeau, *Platon et la cité*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, coll. Philosophies, 2010. V. Platon, *La République*, (trad. Georges Leroux, première pub. 4^e siècle avant JC), Flammarion, 2002.

⁹²⁴ Aristote, *Les politiques*, 4^e siècle avant JC. Aristote distingue trois types de régime qu'il considère comme purs et parfaits. Il s'agit respectivement de la monarchie, où un seul gouverne, de l'aristocratie, où les meilleurs gouvernent et enfin de la démocratie, où le gouvernement est assuré par le plus grand nombre. A ces trois types de régimes politiques purs et parfaits, correspondent autant de régimes déviés et pervers, où les titulaires de

apparaisse autrement plus sensée que celle de Platon, toutes les deux visent à apporter un remède au même mal : le délitement inéluctable de tous les régimes politiques sous les effets des logiques qui les animent, leur effondrement programmé coïncidant avec l'apparition d'un nouveau type de régime dont la nature dépendra du régime précédent. De ces réflexions est née la théorie de l'anacyclose, ou théorie de succession des régimes politiques selon des cycles définis et réguliers, chaque phase du cycle étant séparée de la suivante par une crise. Cette théorie ou plutôt ces théories, car elles existent en plusieurs déclinaisons, développées plus tard par Polybe et intégrées à la pensée de Machiavel, ne doivent pas à notre sens être retenues trop strictement⁹²⁵. Demeure toutefois leur idée centrale, selon laquelle, comme tout principe vital, le principe animateur des Etats est aussi celui de leur corruption et que les régimes politiques sont toujours bâtis en fonction du souvenir et de l'héritage laissé par les précédents. Le régime antérieur peut ainsi être flétri par la plus extrême détestation, il n'en demeure pas moins que par la même, le régime actuel conserve un lien avec lui. La crise entre les deux régimes apparaît alors comme un processus de destruction créatrice d'où, par une alchimie subtile, le nouveau régime se cristallisera à partir des éléments de son prédécesseur.

C'est à nouveau la crainte de la survenance d'une crise consécutive à la dégénérescence d'un régime politique, qui pousse des penseurs modernes, dans une démarche analogue à celle de Platon, à proposer des modèles de société très éloignés de nos conceptions habituelles. L'« Utopie » de Thomas More⁹²⁶, La « Cité du Soleil » de Tommaso Campanella⁹²⁷ ou encore la « Nouvelle Atlantide » de Francis Bacon⁹²⁸ sont autant de propositions de remise à plat complète des sociétés humaines, inspirées par le souci de retrouver une harmonie perdue et de remédier à une situation perçue comme une anomalie ou l'aboutissement d'un processus de dégradation. Pour le plus grand bien du monde, ces tentatives de reconstruction totale - et même totalitaire - des sociétés humaines dans leurs fondements les mieux affermis, ne sont jamais sortis des esprits de leurs auteurs. A leur

l'exercice du pouvoir ne sont plus qu'au service d'eux même et non à celui de la Cité. A la monarchie correspond la tyrannie, à l'aristocratie correspond l'oligarchie (le gouvernement de quelques-uns) et à la démocratie correspond l'ochlocratie (c'est-à-dire le gouvernement par les mouvements erratiques de la foule).

⁹²⁵ Polybe, *Histoires*, 2^e siècle avant JC. V. Guelfucci Marie-Rose, « Anciens et Modernes : Machiavel et la lecture polybienne de l'histoire. », *Dialogues d'histoire ancienne*, 2008-1, pp. 85-104. V. Polybe, *Histoires*, (trad. Denis Roussel, première pub. 2^e siècle avant JC), Gallimard, coll. Quarto, 2003.

⁹²⁶ Thomas More, *Utopia*, 1516. V. Thomas More, *L'Utopie*, (trad. Victor Stouvenel, première pub. 1516), J'ai lu, 2013.

⁹²⁷ Tommaso Campanella, *La cité du soleil*, publié vraisemblablement en 1604. V. Tommaso Campanella, *La cité du soleil*, (trad. Jules Rosset, première pub. vraisemblablement en 1604), éd. Aden, Bruxelles, 2016.

⁹²⁸ Francis Bacon, *La Nouvelle Atlantide*, 1627. V. Francis Bacon, *La Nouvelle Atlantide*, (trad. Michèle Le Doeuff et Margaret Llasera), première pub. 1627), Flammarion, 2000.

examen, la raison accompagne ici le sentiment pour dire que ces « cités idéales », ne sont, chacune à leur image, qu'autant de visions de l'enfer.

Plus proche de nous, c'est encore la volonté de remédier à ce qu'il tient pour une dégradation de la personne humaine que Rousseau propose son concept du « Contrat social »⁹²⁹. De l'autre côté de la Manche, c'est encore la crise, mais une crise tout à fait réelle et dont les conséquences se sont réalisées, celles des temps troublés postrévolutionnaires, qui conduit respectivement Thomas Hobbes et John Locke à adopter les conceptions politiques qui sont les leurs. Ainsi, Thomas Hobbes, qui voit les ravages sur l'Angleterre de la guerre entre les « Têtes rondes » de Cromwell et les « Cavaliers » de Charles I^{er}, se fait l'ardent partisan de l'absolutisme monarchique, qu'il défend jusque dans ses pires déviations⁹³⁰. John Locke quant à lui se montre plus modéré et défend la supériorité de la monarchie constitutionnelle sur tout autre type de régime... mais à la seule fin de légitimer la venue sur le trône d'un usurpateur, Guillaume III d'Angleterre, après que son prédécesseur Jacques II en a été chassé⁹³¹.

Aucune des conceptions de l'Etat qui viennent d'être évoquées n'est dénuée des arrière-pensées politiques de leur auteur, tout au contraire. Mais indépendamment de tout ce qui les sépare, ces conceptions concordent sur un point : l'objet premier de l'Etat est d'instaurer de l'ordre là où l'ordre est absent ou là où l'ordre est injuste. Autrement dit, pour anticiper sur la crise ou pour revenir sur ses conséquences. Par conséquent, toutes ces conceptions postulent également l'idée qu'il existe un lien entre les formes prises par la crise et les formes prises par l'Etat.

L'événement d'ordinaire à l'origine d'une crise de l'Etat est une situation bien connue, trop bien connue du genre humain : la guerre. De guerre pourtant, il ne sera pas ici question, à tout le moins de guerre dans sa forme classique et sinon que de manière très marginale. La guerre en effet, résumée à ses aspects les plus extrêmes, est un acte de force brute, dirigé contre un Etat dans le but d'obtenir sa soumission. Opération de coercition sous une forme chimiquement pure, elle a pour objectif premier et dernier d'induire une situation de crise au cœur de l'Etat pris pour cible. Mais ses conséquences sont la résultante d'un simple rapport de force dont l'examen est hors du champ de la présente étude. Surtout, la guerre dans sa

⁹²⁹ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, 1762. V. Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, (première éd. 1762), Flammarion, 2011.

⁹³⁰ Thomas Hobbes, *Le Léviathan*, 1651. V. Thomas Hobbes, *Le Léviathan*, 1651. V. Thomas Hobbes, *Léviathan*, (trad. Gérard Mairet, première pub. 1651), Gallimard, coll. Essais, Paris, 2000.

⁹³¹ John Locke, *Traité du gouvernement civil*, 1690. V. John Locke, *Traité du gouvernement civil*, (trad. David Mazel, première pub. 1690), Flammarion, 2^e éd corrigée, 1999.

dimension classique est un phénomène qui appartient au passé. Dans sa dimension classique, et dans sa dimension classique uniquement puisque depuis l'Algérie, un nouveau type de conflit est apparu : la guerre moderne, aussi appelée guerre subversive. Alors que dans la guerre classique la crise constitue la fin poursuivie par les belligérants, dans la guerre moderne, elle en est aussi le moyen. La guerre classique se caractérise par l'emploi absolu de la violence, mais une violence dont l'origine est entièrement extérieure à l'Etat. La guerre moderne elle, se singularise par l'emploi d'une violence potentiellement toute aussi absolue, mais d'une violence intérieure cette fois, tournée sur les éléments structurants mêmes de l'Etat dont elle a pour objectif de saper les fondements. De simple processus devant être prévenu, la crise devient ainsi un procédé, un instrument à part entière de la conduite des conflits.

Déjà décrit dans ses grandes lignes, ce procédé doit maintenant être détaillé. C'est que dernier ne se limite pas à être un simple changement dans les modalités techniques de conduite des conflits et dont l'examen appartiendrait avant tout aux professionnels de la guerre. Parce qu'il devient la forme normale de la guerre, ce procédé affecte également en profondeur la nature même des Etats, qui par la force des choses sont obligés de s'y adapter. Comme il sera démontré, il existe une relation intime entre forme de guerre et forme d'Etat, la première présupposant la seconde. La guerre constitue en effet l'événement le plus absolu auquel l'Etat est susceptible d'être confronté. Bien que la guerre ne soit pas la seule tâche que l'Etat ait à mener, particulièrement à l'époque moderne, elle demeure, de toute humanité, le phénomène qui par nature est le plus à même de remettre en cause son existence. Elle est, par conséquent, le phénomène contre lequel l'Etat doit toujours et partout chercher à se prémunir. Mais pour cela, l'Etat ne peut se contenter d'adapter son appareil de combat aux contingences imposées par les évolutions des modes de conduite des conflits. Il doit aussi et surtout adapter son architecture logique de prise de décision, autrement dit sa constitution, aux contingences imposées par l'évolution de son appareil de combat. Tout comme un outil ne vaut que par l'usage qui doit en être fait, un moyen ne vaut que par la fin à laquelle on le destine. Mais dans le domaine du conflit, la fin en question est la victoire sur l'adversaire et les conditions à réunir pour l'atteindre sont imposées par la configuration que présente l'adversaire. Autrement dit, les conditions de victoire sont imposées par des paramètres extérieurs sur lesquels l'Etat n'a aucune latitude d'influence mais face auxquels il a l'obligation d'adapter son appareil de combat. L'appareil de combat d'un Etat étant en même temps un moyen au service de cet Etat et une émanation de cet Etat, il s'ensuit que pour conserver sa capacité d'action contre l'ennemi, l'Etat devra adapter son appareil de combat à l'ennemi et par rétroaction, s'adapter lui-même à son appareil de combat. Comme en toutes choses, si

idéalement les moyens doivent être adaptés à la fin poursuivie, la fin poursuivie elle, doit nécessairement se plier aux seuls moyens disponibles. La fin poursuivie dans le domaine du conflit entre Etats étant la survie de l'Etat lui-même, il est normal que celui-ci soit forcé de s'adapter au conflit, ou de disparaître. Dans le domaine de la guerre irrégulière ou subversive, les conséquences seront extrêmement profondes. Car désormais, s'il n'y a plus de menaces aux frontières, il n'y a plus de frontières aux menaces. Plus d'adversaires non plus : juste des ennemis et surtout, des ennemis intérieurs. Et toujours cette loi d'airain, voulant que si la guerre fait l'armée, l'armée fait l'Etat.

A travers l'examen de la crise vu comme phénomène de dissolution de l'Etat, c'est en réalité la nature de l'Etat elle-même que nous chercherons à révéler (Chapitre 1). Puis nous verrons que la crise n'est pas qu'un simple phénomène : elle peut aussi être entre les mains de ceux qui savent la manier, un instrument de déstabilisation de l'Etat (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La Crise, phénomène de dissolution de l'Etat

Dégager les déterminants d'une crise de nature politique implique de caractériser préalablement l'ensemble des paramètres sous-jacents au milieu dans lequel elle s'exerce. C'est donc de l'Etat, pris en tant que construction politique et juridique dont il sera essentiellement question dans les développements qui vont suivre. Quoique l'approche se veuille essentiellement théorique, l'Etat n'y sera pas réduit à une simple abstraction intellectuelle découplée de tout lien avec le réel. Trop souvent en effet, dès qu'il est question de théorie de l'Etat, les conceptions développées par les différents auteurs ne sont que l'expression et l'habillage plus ou moins sophistiqué des présupposés propres à leur sensibilité sur ce que devrait être selon eux l'idéal des rapports sociaux.

Le présent chapitre ne se donne pas pour objet de brosser le tableau idyllique du monde, ni de décrire l'Etat tel qu'il devrait être. Il ambitionne simplement – et c'est déjà beaucoup – de décrire le phénomène étatique dans sa réalité, de la façon la plus exacte possible, avec toute sa rusticité et ses imperfections. Mais il apparaît illusoire et même impossible de parvenir à s'affranchir en totalité du prisme de sa propre subjectivité dans l'étude d'une notion aussi fondamentale que celle qui engage la marche de destinées humaines et de collectivités entières à travers les âges. La démarche d'analyse politique et juridique se doublera donc d'une approche historique, seule à même de permettre de conserver une attache étroite avec ce qui est corroboré par l'expérience. L'Etat en effet, est un concept qui s'est créé par sédimentation. Le Tout ne se révélant jamais si bien que par l'examen des différentes parties qui le composent, l'analyse du processus par lequel elles ont été réunies permettra de mettre en lumière les facteurs de cohésion de l'Etat.

Ce n'est qu'une fois l'édifice correctement affermi sur ses bases et ses fondamentaux théoriques posés qu'il nous sera possible de le soumettre à l'épreuve pour révéler ses points de faiblesse. La crise en effet est proprement un phénomène de rupture. Dans le cadre de l'Etat, elle sera un phénomène de rupture amené à traverser l'ensemble de ses éléments constitutifs.

Afin de comprendre l'enchaînement causal des événements qui constituent proprement une crise de nature politique et qui peut ainsi être analysé comme un mécanisme de dissolution de l'Etat (Section 2), il est nécessaire d'en passer préalablement par l'examen des facteurs de cohésion de l'Etat (Section 1).

Section 1 : L'Etat comme facteur de cohésion contre la Crise

Le phénomène étatique n'est pas apparu en génération spontanée. Loin d'être la forme première d'organisation politique que se sont donnés les hommes, il en est tout au contraire l'aboutissement le plus moderne. Pur produit de l'histoire, il s'est créé sous l'effet d'une lente maturation imposée par les âges, la sédimentation de ses différents éléments constitutifs s'accompagnant de la mutation de ces derniers, par l'influence mutuelle qu'ils exercent les uns sur les autres. Mais c'est d'un double mouvement dont le phénomène étatique est animé lors de sa construction. L'influence de l'agrégation mutuelle des éléments constitutifs de l'Etat se conjugue à celle exercée par les modalités d'organisation du pouvoir, lesquelles se gagnent graduellement une existence propre.

La perception claire des liens logiques et ontologiques entre les éléments constitutifs de l'Etat (§1) doit permettre d'éclairer sur les modalités d'organisation du pouvoir au sein de l'Etat, qui sont tout autant produits que facteurs de son unification (§2).

§1) Les liens logiques et ontologiques entre les éléments constitutifs de l'Etat

Deux catégories d'éléments sont à distinguer lorsqu'il s'agit d'analyser la genèse et le développement des Etats. La première catégorie réunit les éléments les plus immédiatement apparents et partagent avec les axiomes géométriques la propriété d'être évidents, non démontrables et universels : il s'agit des éléments constitutifs de l'Etat proprement dit, de ses éléments extérieurs, substantiels ou corporifiants, à savoir le territoire, la population et les institutions. La deuxième catégorie, quant à elle, rassemble les éléments plus subtils, qui donnent à l'Etat son armature. Il s'agit là des éléments intérieurs, essentiels ou structurants de l'Etat.

Un retour sur les fondamentaux relatifs aux éléments constitutifs de l'Etat (A) est donc une étape indispensable à la découverte puis l'examen des éléments structurants de l'Etat qui lui donne son ordonnancement logique (B).

A) Les éléments constitutifs de l'Etat

Un territoire, une population, des institutions : les éléments constitutifs de l'Etat sont connus. Tout comme sont connues, les grandes étapes de la genèse d'un Etat-Nation qui doivent ici être retracées. Seront donc envisagés le développement et la transformation d'une population originelle en Nation (1), puis le développement conjugué de cette dernière et d'un appareil d'Etat moderne (2).

1) De la population à la Nation

Selon la définition classique de Carré de Malberg, l'Etat s'entend comme « *unecommunauté d'hommes, fixée sur un territoire propre et possédant une organisation d'où résulte pour le groupe envisagé dans ses rapports avec ses membres une puissance suprême d'action, de commandement et de coercition* »⁹³².

Des trois éléments énoncés, le territoire est le plus fondamental, parce que n'évoluant qu'à l'échelle des temps géologiques, il est le plus invariant et donc celui amené à laisser l'empreinte la plus durable sur les caractères des hommes qui y vivent et sur la forme des organisations politiques qu'ils se donneront tout au long des siècles. Pas d'Empire mongol sans les vastes plaines où leur peuple a vu le jour. Pas d'Empire romain sans un foyer originel privilégié au cœur de la Méditerranée. Pas non plus de Turquie telle que nous la connaissons sans la place et le rôle de porte entre Orient et Occident que lui ont donné les hasards de la géographie. Les exemples en ce domaine pourraient être multipliés à l'infini⁹³³.

Agissant de façon véritablement tellurique et souterraine, un territoire influe sur la population qui s'y trouve à la manière des astres sur les planètes, affectant leur course sans pour autant que ceux qui parcourent leur surface en sentent le mouvement. Lointaine et donc presque insensible, l'action exercée par le territoire n'en est que plus puissante sur la destinée des peuples parce qu'elle est d'autant plus profonde qu'elle s'exerce à une échelle de temps égale à celle de l'Histoire, la rendant insensible pour ceux qui la vivent. Participant en arrière-plan à la destinée des peuples, il façonne ainsi les différents tempéraments nationaux, fruits de la lente maturation imposée par les siècles et la cohabitation dans un même espace. Car originellement, il n'est pas d'Etat sans nation⁹³⁴, ni de nation sans la sédentarisation préalable d'une population sur un territoire aux frontières plus ou moins fixées.

⁹³² Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, Paris, 1920, p. 7.

⁹³³ Pour un panorama tout à la fois exhaustif mais synthétique de l'impact de la géographie dans les grands équilibres mondiaux, v. de Christian Greiling, « Le nouveau Grand Jeu », *Conflits*, août 2014, <http://www.revueconflits.com/le-nouveau-grand-jeu-bonus/> ; consulté le 20 août 2015. Sur la question plus particulière des rapports entre les Etats-Unis et le reste du monde, v. Zbigniew Brzezinski, *Le grand échiquier*, Fayard, 2011. V. encore Zbigniew Brzezinski, *Le Vrai choix : Les Etats-Unis et le reste du monde*, (trad. Michel Bessières, première pub. 2004), Odile Jacob, 2004, Zbigniew Brzezinski fut notamment conseiller à la défense du président Jimmy Carter.

⁹³⁴ A cette remarque, il sera sans doute objecté qu'il existe pourtant des Etats totalement dépourvus de base nationale. Cela est parfaitement exact. Mais il s'agit soit d'Etats d'un type plus complexe que celui de l'Etat-nation, véritable « prototype » d'Etat, c'est-à-dire « type premier », dont il est question ici, comme les fédérations. Soit alors d'Etats créés artificiellement par les vicissitudes de l'histoire, comme nombre d'Etats d'Afrique subsaharienne dont les frontières ont été tracées sans le moindre souci de se superposer avec la répartition véritable des différentes ethnies en présence. Ces dernières se voient donc éclatées entre plusieurs Etats en même temps qu'obligées de cohabiter avec d'autres ethnies. Nous sommes alors là face à des déviations ou des travestissements de ce que sont de véritables Etats-Nations. Ainsi que le relevait Hauriou, « *cela signifie simplement qu'il y a des Etats normaux et d'autres qui ne le sont pas. Etant entendu, d'ailleurs, que par l'écoulement du temps et les changements de mentalité, un Etat peut devenir normal, qui d'abord ne l'était*

A propos de la nécessité de la sédentarisation comme préalable à l'apparition de l'Etat, Hauriou observait : L'Etat « *doit certainement une part de sa supériorité [sur les autres types d'organisations politiques] à sa base territoriale, précieuse pour tout ce qui est organisation de polices et de services publics, parce que la liaison des organisations, extrêmement difficile dans une troupe nomade, est facile dans une population sédentaire. Mais pour une autre part, sa supériorité est due à ce qu'il constitue une superstructure politique. Il s'est superposé aux pouvoirs primitifs légués par les temps nomades plutôt qu'il ne leur a succédé ; il a profité de l'expérience politique amassée par eux et il a gouverné de plus haut vers de nouveaux buts avec des moyens éprouvés* »⁹³⁵. Constante de développement des peuples, le territoire est à l'Histoire des hommes ce que la constante de gravitation est à la chute des corps. Mais cet élément, pour essentiel et déterminant qu'il soit, est aussi dans le cadre de la présente étude le plus négligeable parce qu'imposé par la force des circonstances, il est celui sur lequel le levier d'action de l'Homme est le plus dépourvu d'effet.

La population constitue quant à elle l'élément central de l'Etat et ce à un double titre. Central d'abord, parce que dans l'ordre de développement des éléments constitutifs de l'Etat, cet élément est celui qui apparaît en second, occupant une place médiane entre le territoire et les institutions. Central ensuite, parce que c'est pour elle et par elle que sera créé l'Etat ; la genèse et le développement graduel d'une organisation politique et sociale primitive coïncidant avec celui d'une conscience nationale, préalable indispensable à la naissance de l'Etat proprement dit, qui, lui-même, parachèvera la diffusion et l'enracinement du sentiment d'unité nationale. Il est en effet nécessaire que la masse des habitants d'un territoire donné, prise en tant que corps, passe du statut de simple population à celui de peuple puis enfin de nation pour qu'en émerge cette construction toute moderne et singulière qu'est l'Etat. Les raisons en sont expliquées sous la plume éclairante du Maître de Toulouse, qui les rattache aux conditions d'apparition historiques de l'Etat, tout en parvenant dans le même temps à concilier les conceptions de Fichte et de Renan sur la nature de la Nation⁹³⁶ : « *On peut définir*

point. Toujours est-il que nous n'avons à étudier que le type de l'Etat normal qui s'est fondé par une évolution historique normale », Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Librairie Sirey, Paris, 1929, p. 79.

⁹³⁵ *Ibid.*, p. 79.

⁹³⁶ Dans sa fameuse conférence en Sorbonne du 11 mars 1882, par ces mots célèbres, Renan donnait cette définition de la Nation : « *Une nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses qui, à vrai dire, n'en font qu'une, constituent cette âme, ce principe spirituel. L'une est dans le passé, l'autre dans le présent. L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs ; l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis. L'homme, Messieurs, ne s'improvise pas. La nation, comme l'individu, est l'aboutissant d'un long passé d'efforts, de sacrifices et de dévouements. Le culte des ancêtres est de tous le plus légitime ; les ancêtres nous ont faits ce que nous sommes. Un passé héroïque, des grands hommes, de la gloire (j'entends de la véritable), voilà le capital social sur lequel on assied une idée nationale. Avoir des gloires communes dans le passé, une volonté commune dans le présent ;*

une nation comme étant un groupement formations ethniques primaires chez lesquelles la cohabitation prolongée dans un même pays, jointe à de certaines communautés de race, de langue, de religion et de souvenirs historiques, a dégagé une communauté spirituelle, base d'une formation ethnique supérieure. (...) Il y a toujours, à la base d'une nation, une communauté de race dans un certain noyau de la population assez important pour assimiler les immigrants qui surviendront. [La communauté de langue et de religion] est sous la dépendance de la communauté de race, mais dans les nations de race mélangée, il arrive que des différences de langue et de religion survivent à la formation de l'unité nationale. (...) Le fait de la cohabitation prolongée sur le même territoire et le partage des destinés historiques de ce même pays achève la formation de l'unité nationale déjà préparée par les communautés de race, de langue et de religion. La cohabitation, le mélange des races, la nécessité de s'assimiler par le frottement quotidien, les relations de voisinage, les intérêts communs dans le même canton, les coutumes communes qui s'établissent ; que de raisons de communier dans les mêmes pensées. Et par là-dessus, la communauté de souvenirs historiques, celle des joies et des douleurs éprouvées ensemble, surtout celle des jours de gloire et des épopées vécues par les ancêtres. A un moment donné, de tous ces éléments et sous l'action de toutes ces forces, se dégage une communion spirituelle qui constitue la véritable unité nationale, car les nations sont des phénomènes spirituels. (...) La formation de la communauté spirituelle sera le résultat d'un long travail de réflexion, de ce que Michelet appelle magnifiquement "un travail de soi sur soi", accompli par la "grande âme" de la nation en formation. Ce travail sera celui d'une pensée commune, d'une volonté commune, d'un sentiment commun. La pensée qui vient à chacun est que la nation constitue un milieu de vie dans lequel il fait bon vivre. La volonté qui vient à chacun, c'est qu'on veut vivre ensemble dans ce milieu. Le sentiment qui vient à chacun, c'est l'amour de ce milieu national qui prend le nom de patrie »⁹³⁷.

Ce n'est qu'une fois partagée au sein de tout le peuple devenu nation cette conscience et ce désir d'avoir à assumer en commun son destin dans l'histoire, que se diffuse concomitamment l'esprit de sacrifice nécessaire pour y répondre. Avec lui vient le consentement à verser sa sueur, son argent et même parfois son sang, pour satisfaire aux exigences de ce ressenti intime, bientôt devenu nécessité, de participer à quelque chose de

avoir fait de grandes choses ensemble, vouloir en faire encore, voilà les conditions essentielles pour être un peuple. On aime en proportion des sacrifices qu'on a consentis, des maux qu'on a soufferts. On aime la maison qu'on a bâtie et qu'on transmet. Le chant spartiate : "Nous sommes ce que vous fûtes ; nous serons ce que vous êtes" est dans sa simplicité l'hymne abrégé de toute patrie ».

⁹³⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Librairie Sirey, Paris, 1929, p. 83.

plus grand que soi. Sous l'action de l'alliance de la raison et du sentiment, la communauté d'affect est devenue communauté d'intérêts ; « *c'est de cette communauté nationale que jaillira un jour l'idée de l'organisation d'un gouvernement étatique qui exprimera la force de l'union et réalisera les destinées de la nation dont il sera le Verbe* »⁹³⁸.

2) De la Nation vers l'Etat

Mais l'Etat ne naîtra pas de la nation *ex nihilo* : en biologie comme en politique, la génération spontanée n'existe pas et toute chose procédant d'une autre, il faut s'attacher lors de l'étude d'un objet pour bien comprendre sa nature, à suivre ses racines et à remonter jusqu'à ce qui en constitue le substrat. Il n'en va pas autrement en matière d'organisations politiques, dont l'Etat ne constitue jamais que la forme la plus aboutie. Antérieurement à l'apparition de celui-ci, la Nation n'est en effet pas dépourvue d'organisation de la vie publique, loin s'en faut. Mais sa caractéristique principale est l'absence d'unité du pouvoir normatif et politique, qui se voit éclaté et morcelé entre différents centres d'impulsion souvent concurrents, lesquels en revendiquent l'exercice, qui pour partie, qui en totalité, tout en se superposant parfois sur une même aire géographique : tribus, clans, chefferie, seigneurie, guilde, corporation, ville franche... Cet éclatement de la capacité à ordonner se traduit par l'existence d'un cadre fragile de la vie publique toujours susceptible d'être contesté et dont la toute relative stabilité repose sur l'équilibre imposé par les circonstances. La force de l'habitude dans les relations sociales, la solidité des liens de clientèle et surtout, la nécessité où chacun se trouve de devoir composer au mieux avec son voisin tiendra lieu de liant à une société encore dépourvue de véritables institutions.

Retraçant les étapes de l'apparition de la France de l'Ancien Régime, Taine, cherchant à pénétrer l'esprit de ceux qui les avaient vécues, observait : « *L'habitude, la nécessité, l'accommodation volontaire ou forcée font leur effet ; à la fin, seigneurs, vilains, serfs et bourgeois, adaptés à leur condition, reliés par un intérêt commun, font ensemble une société, un véritable corps. (...) Ainsi renaît, après mille ans, le plus puissant et le plus vivace des sentiments qui soutiennent la société humaine. Celui-ci est d'autant plus précieux qu'il peut s'élargir : pour que la petite patrie féodale devienne la grande patrie nationale, il suffit maintenant que toutes les seigneuries se réunissent entre les mains d'un seul seigneur, et que le roi, chef des nobles, pose sur l'œuvre des nobles la troisième assise de la France* ».

⁹³⁸ *Ibid.*

Si le territoire constitue l'élément le plus proprement « tellurique » ou « solide » de l'Etat, la population en est, elle, l'élément « fluide » ou « aqueux », dans le sens qu'elle contient en germe toutes les potentialités d'organisation politiques futures qu'elle pourra se donner. De même, une fois celle-ci définitivement fixée sous une forme pérenne et dotée d'une existence distincte de celle de la nation qui leur a donné le jour, elle contribuera à son tour à la façonner, donnant ainsi au contenu la forme du contenant. Car ainsi que l'observait Hauriou, un Etat est moins un mode d'organisation politique d'une Nation que « *la forme politique d'une Nation* »⁹³⁹. Entre la Nation et l'Etat, entre la socio-structure réelle et la technostucture légale qui en naîtra, il doit exister, au moins dans les premiers temps de son apparition, une relative homothétie entre les aspirations de la Nation et la façon dont elles se traduiront dans le mode de fonctionnement quotidien de l'Etat. Libre dans le choix de ses aspirations mais prisonnières de ses contradictions, une Nation en devenir, sur le plan du choix de la forme politique qu'elle va se donner, a un avenir riche de nombreuses virtualités.

Mais, si les aspirations peuvent légitimement être multiples et même antagonistes, leur expression sera nécessairement unique. Une Nation peut bien contenir à l'état latent une infinité de potentialités d'expression formelle du devenir politique qu'elle veut se choisir sous la forme d'un Etat et ainsi d'un régime, une et une seule de ces potentialités pourra se manifester et ainsi passer de la puissance à l'acte. Mais ces potentialités de manifestations formelles que constitue le champ des possibles entre différents modes de gouvernement, ne sont jamais que la traduction de ce que sont les éléments informels de la Nation. Impalpables, invisibles pour qui ne sait pas les deviner et pourtant tellement réels, ils seront les éléments principaux, ordonnateurs et structurants à partir desquels sera émanée la Constitution de l'Etat.

Reflets des aspirations de la Nation à un moment donné de son histoire, de ses préoccupations, de ses habitus de pensée, de son univers mental, de ses schémas de représentation, de son échelle de valeurs morales, et d'une façon plus générale, de tout ce qui pourrait contribuer à conditionner sa perception du monde et sa conscience d'elle-même, les éléments informels de la Nation décrits ici ne sont pas très différents de la *Grundnorm* élaborée par Hans Kelsen. Une idée relativement similaire sert d'assise à la notion de « *Constitution sociale* » élaborée par Maurice Hauriou, qui affirme que « *A bien des points de*

⁹³⁹ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^e éd. Librairie Sirey, Paris, 1930, p. 5. De la même manière Adhémar Esmein faisait ainsi commencer ses *Eléments de droit constitutionnel* par le propos suivant : « *L'Etat est la personnification juridique d'une nation : c'est le sujet et le support de l'autorité publique* » ; 3^e éd., Larose et Forcel, Paris, 1903, p. 1.

vue, la constitution sociale d'un pays est plus importante que sa constitution politique »⁹⁴⁰. Selon lui, ce sont les droits individuels nés de la coutume qui dessinent la trame du tissu relationnel à la base de la constitution sociale du pays. La constitution politique n'en est que dérivée par adaptation en vue de la garantie de ces droits. De cette idée simple découle également toute sa théorie de l'institution⁹⁴¹.

B) Les éléments structurants de l'Etat

La simple addition des éléments constitutifs d'un Etat ne suffit pas à faire un Etat. Celui-ci est en effet le produit d'une alchimie subtile qui lui confère ses singularités, qui permettent de le distinguer d'un autre Etat, pourtant passé par le même processus d'apparition historique. L'Etat, en effet, est aussi un système de normes hiérarchiquement ordonnées, produit des contingences qui l'ont vu naître.

Mais à l'Etat vu comme un système de normes (1), il a fallu un principe ordonnateur à partir duquel se développer et s'articuler (2).

1) L'Etat comme système de normes

Hans Kelsen postulait l'idée selon laquelle l'Etat est un système de normes au sein duquel toute norme d'un niveau inférieur possède avec celles qui lui sont supérieures un lien logique et ontologique et par conséquent hiérarchique, d'où il découle que chaque norme d'un niveau inférieur doit être conforme à celles qui lui sont supérieures⁹⁴². Dans l'ordre de production des normes, chaque norme tenant sa légalité et sa légitimité de celle qui lui est antécédente et étant elle-même source de légalité et de légitimité pour celle qui lui est succédente, l'ensemble du système normatif, auquel rappelons-le est réduit l'Etat, prend l'apparence d'un ensemble hiérarchiquement ordonné : c'est la hiérarchie des normes⁹⁴³. Au sommet de cette hiérarchie des normes se trouve la Constitution, qui en est le fondement

⁹⁴⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Librairie Sirey, Paris, 1929, p. 611.

⁹⁴¹ Éric Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, juin 1995, pp. 381-412.

⁹⁴² « La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme. En termes figurés, on qualifie la norme qui constitue le fondement de validité d'une autre norme, de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle ». Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Coll. Philosophie du droit, Paris, 1962, p. 256.

⁹⁴³ Paul Amserek, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *Revue de la recherche juridique*, 2007, pp. 557-581. V. aussi : Denys de Béchillon, Michel Troper, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation », *RRJ*, 1994, pp. 245-274. V. encore Jean-François Niort, « Formes et limites du positivisme juridique », *RRJ*, 1993, pp. 157-192.

originel. L'Etat, étrange pyramide qui repose sur son sommet, « *en même temps qu'il est synonyme d'ordre juridique, est aussi l'expression de cette unité* »⁹⁴⁴ de l'ordre juridique⁹⁴⁵.

Si Hans Kelsen, en plaçant la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes, répond à la question de savoir ce qui en constitue le fondement, il n'en élude pas pour autant celle consistant à lui trouver une origine principielle qui donnerait également à la Constitution une légitimité et dont elle serait la première production. A cette origine principielle, Hans Kelsen donne le nom de *Grundnorm*, que l'on peut traduire par « norme fondamentale » ; Carré de Malberg définit et synthétisa celle-ci comme « *l'ensemble des croyances, des besoins, des traditions historiques ou des événements actuels, qui au moment ou elle s'opère, déterminaient l'état d'esprit et les concepts politiques du milieu national dans lequel elle s'est produite* »⁹⁴⁶. Relevons cependant qu'il ne suffit pas à ce substrat national d'exister pour germer en une Constitution et lui donner ses caractères. En tant que fondement principiel de la Constitution, il ne saurait avoir dans son apparition qu'un rôle essentiellement passif. Mais ce substrat national, de par sa seule existence, trace les limites d'un champ des possibles qui par nature bornera le type des régimes qui pourront en sortir. Dans une certaine mesure et sous un certain ordre, la plante dépend toujours du terrain.

L'essentiel est de reconnaître ici que ce substrat national constitue un réservoir de potentialités qui toutes ne trouveront pas à s'exprimer. Inerte à l'état brut, il lui faudra l'action extérieure d'un événement ou une succession d'événements pour provoquer en son sein une rupture d'équilibre et discriminer entre l'ensemble des potentialités d'organisation politique qu'il contient. Certaines trouveront à s'exprimer sous la forme d'une Constitution, tandis que d'autres resteront à l'état de pure virtualité. Mais ces potentialités d'organisation politique n'auront la possibilité de se « précipiter », au sens chimique du terme, en une Constitution, que s'il se trouve un axe directeur autour duquel elles pourront s'agréger pour se substantifier. Unies à lui, elles constitueront à proprement parler la *Grundnorm*. Cet axe, dont la direction est donnée par le poids de l'histoire passée, les circonstances présentes et qui oriente la destinée de la Nation pour l'avenir, fait de la *Grundnorm* le produit de la nécessité et de la contingence. Mais la *Grundnorm*, bien que produit de l'environnement l'ayant vu naître, sera

⁹⁴⁴ Raymond Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, Librairie Sirey, 1933, p. 5.

⁹⁴⁵ Pour une analyse complète de la théorie de l'état de Carré de Malberg, mais remise dans le contexte de sa genèse et de l'origine de la pensée de son auteur, v. Éric Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, coll. Léviathan, 2003. V. not. Deuxième partie, Ch. I, Section 2 : « L'aporie du fondement de la personnalité de l'Etat », pp. 172-197.

⁹⁴⁶ *Ibid.*

amenée à prendre sa complète indépendance par rapport à celui-ci, jusqu'à en devenir productrice à son tour, imprimant sur lui sa marque sans plus qu'il lui en laisse l'empreinte.

En effet, ainsi que Hans Kelsen le relevait « *la norme qui constitue le fondement de validité d'une autre norme est par rapport à celle-ci une norme supérieure. Mais il est impossible que la quête du fondement de validité d'une norme se poursuive à l'infini, comme la quête de la cause d'un effet. Elle doit nécessairement prendre fin avec une norme que l'on supposera dernière et suprême. En tant que norme suprême, il est impossible qu'elle soit posée. Elle ne pourrait être posée que par une autorité, qui devrait tirer sa compétence d'une norme encore supérieure, elle cesserait donc d'apparaître comme suprême. La norme suprême ne peut donc être que supposée. Sa validité ne peut plus être déduite d'une norme supérieure ; le fondement de sa validité ne peut plus faire l'objet d'une question (souligné par nos soins) »⁹⁴⁷.*

La *Grundnorm* est ainsi créatrice d'un système de normes complet, normes entre lesquelles il existe un lien logique et ontologique. Ces mêmes normes sont organisées des plus générales aux plus particulières, en partant de la *Grundnorm*, jusqu'aux confins du système normatif produit. Par conséquent, l'existence d'une relation causale entre la *Grundnorm* et le système normatif qui en émane interdit par nature que ce lien soit inversé. « *Supposée* », selon le mot de Kelsen et indépendante du système normatif qu'elle a engendré, la *Grundnorm* apparaît comme intangible⁹⁴⁸. Il ne faudrait toutefois pas en déduire trop hâtivement, par un jeu de simple homothétie intellectuelle, que le système normatif qui en est issu l'est également⁹⁴⁹.

La *Grundnorm* constitue en effet selon Kelsen un « *principe dynamique* », le système de normes qui en est émané étant par conséquent lui aussi un « *système dynamique* »⁹⁵⁰. Pour parvenir à cette conclusion, dont les termes doivent encore être précisés, Kelsen adopte le raisonnement suivant : partant du postulat qu'il existe deux types de système de normes, les

⁹⁴⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Coll. Philosophie du droit, Paris, 1962, p. 257. Souligné par nos soins.

⁹⁴⁸ A propos de la *Grundnorm* et du système normatif qui en est émané, Éric Maulin écrivait : « *L'ordre constitutionnel apparent repose sur un corps de principes qui le justifient et fondent le pouvoir. Le statut de ces principes est toutefois indéfini. Principes juridiques, ils ne sont pas posés mais paraissent exister en soi, comme un substrat juridique incréé qui est à l'origine de toute création. Il est manifeste que pour l'auteur, ces principes juridiques, comme la souveraineté nationale, la définition de la loi comme expression de la volonté générale, ont une valeur de vérité indépendante de la positivité des actes qu'ils justifient. Ni la souveraineté nationale ni l'identification de la loi à la volonté générale ne procèdent d'un acte constitutionnel, posé par l'État, mais ils sont bien plutôt la condition de possibilité de la formulation de tout acte positif. Ce n'est pas parce que ces principes sont posés qu'ils sont juridiques mais c'est parce qu'ils sont vrais qu'ils acquièrent une valeur juridique* », in « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, 2002, n° 328, pp. 5-25.

⁹⁴⁹ Alexandre Guigüe, « Autour des méthodes positivistes », *RRJ*, 2006, pp. 1175-1192.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 258.

systèmes statiques et dynamiques, il définit le premier comme celui dans lequel il est possible de définir le contenu d'une norme inférieure, immédiatement et directement, par un simple exercice de logique, du contenu de la norme supérieure. Ainsi, de la règle « *tu aimeras ton prochain* », il est possible selon Kelsen de déduire immédiatement qu'elle emporte les obligations de ne pas le tuer, le blesser ou lui infliger un mal en aucune manière. Dans un semblable système, la norme fondamentale est alors tout à la fois « *le fondement de validité aussi bien que le contenu de validité des normes que l'on peut déduire au moyen d'une opération logique. Un système de normes dont tant le fondement de validité que le contenu de validité sont ainsi déduits d'une norme fondamentale, est un système de normes statique. Le principe qui sert à fonder la validité des normes est un principe statique* »⁹⁵¹. Or, ainsi que le constate Kelsen, si déduire le contenu d'une norme de celui d'une autre est un acte de connaissance, créer cette même norme est un acte de volonté. L'évidence que l'on prête à l'existence de cette norme née de cet acte créateur est donc toute relative, puisqu'elle découle de celle qu'on l'on confère également à la norme fondamentale. Il s'ensuit que la norme posée tient sa légalité de la norme fondamentale, qui est présumée, cette dernière ne fournissant toutefois que le fondement de validité des normes reposant sur elle et non leur contenu de validité⁹⁵². Par conséquent, le système de normes conceptualisé de manière erronée comme un système de norme statique est en réalité un système dynamique, de même que le principe qui permet d'en fonder la validité.

« *Ce qui permet de caractériser ce type dynamique, c'est le fait que la norme fondamentale présumée ne contient rien d'autre que l'institution d'un fait créateur de normes, l'habilitation d'une autorité créatrice de normes, ou –cela revient au même– une règle qui détermine comment doivent être créées les normes générales et les normes individuelles de l'ordre qui repose sur cette norme fondamentale* »⁹⁵³. Autrement dit, comme le « moteur immobile » d'Aristote ou le moyeu d'une roue, la *Grundnorm* imprime le mouvement et donne sa direction au système normatif qui en sera émané, mais sans toutefois jamais y participer. Mais surtout et bien que ce point ne soit mis en avant ni par Kelsen, ni par Carré de Malberg, la *Grundnorm*, « *supposée* », « *implicite* », « *relevant de l'évidence* », apparaît, une fois réduite à sa plus simple expression, comme un élément purement psychologique. Il n'en est pas moins réel dans l'ordre qui est le sien et qui est le champ des consciences. Indépendamment de la nature qui est la sienne, la *Grundnorm* demeure le

⁹⁵¹ *Ibid.*

⁹⁵² *Ibid.*, p. 259.

⁹⁵³ *Ibid.*

principe ordonnateur et structurant du système normatif de l'Etat et en premier lieu de sa Constitution.

Georges Burdeau quant à lui, partant de postulats théoriques distincts de ceux de Kelsen et empruntant pour cette raison un cheminement intellectuel différent, trouvait à l'Etat un autre fondement conceptuel, qu'il appelle l'Idée de droit. Burdeau n'est pas un héritier de Kant aussi ne cherche-t-il pas à bâtir une théorie pure, hors sol serait-on tenté de dire, qui tendrait à faire du droit un objet qui n'existerait que par lui-même. D'emblée, Burdeau pose l'idée de droit comme une réalité établie : « *L'Idée de droit est un phénomène social, tel est le fait* »⁹⁵⁴. De ce fait, il donne la définition suivante : « *Il y a à un moment donné, dans une société donnée, un certain nombre de représentations de ce que peut être l'ordre social désirable. Et ce sont ces représentations qui agissent sur l'évolution juridique de la société concernée* »⁹⁵⁵.

Sur un plan très différent de celui sur lequel se place Kelsen, Burdeau est toutefois confronté pour l'Idée de droit à un problème similaire à celui qui se posait pour la Grundnorm : celui de son origine. Mais c'est à nouveau une certaine forme de pragmatisme qui permet d'y répondre. Burdeau en effet estime que l'Idée de droit trouve tout simplement sa source dans le milieu qui la suscite et qu'il appelle l'univers politique : « *Il existe, distinct de la réalité sociale directement observable, un univers de croyances, de valeurs et de symboles dont la raison d'être paraît être d'expliquer et de justifier les relations de commandement à obéissance* »⁹⁵⁶.

C'est de cet univers que naît l'Idée de droit, qui elle-même donne naissance au Pouvoir, avec un « P » majuscule : « *Le Pouvoir n'est jamais simple domination matérielle, mais énergie d'une idée de l'ordre social qui tend à faire prévaloir et dans laquelle il trouve à la fois sa fin et sa justification* »⁹⁵⁷. Le Pouvoir n'est donc que l'expression de ce que l'ordre social contenant déjà à l'état latent et ce que Burdeau nomme le statut du Pouvoir n'en sera que la fixation plus ou moins formelle⁹⁵⁸.

⁹⁵⁴ Georges Burdeau, *Traité de sciences politiques*, LGDJ, 3^e éd., 1980, t. 1, v. 1, p. 12.

⁹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 12-13.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 12.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, p. 11.

⁹⁵⁸ Georges Burdeau déclarait à ce propos : « *La Constitution est la règle par laquelle le souverain légitime le Pouvoir en adhérant à l'idée de droit qu'il représente et détermine en conséquence les conditions de son exercice* », *Traité*, t.4, p. 49. Georges Burdeau, *Traité de sciences politiques*, LGDJ, 3^e éd., 1980, t. 4, v. 1, p. 49.

2) La nécessité d'un principe ordonnateur de l'Etat

Ainsi que le relevait Carré de Malberg : « *Cet état de chose [la Grundnorm], qui a précédé la Constitution et qui en a déterminé le mode de confection et même, plus ou moins fortement, le contenu, ne saurait être qualifié, d'une façon absolue, de règle de droit, attendu qu'il ne provient pas lui-même d'une règle antérieure : on peut bien dire qu'il n'est en soi ou quant à ses causes, que du fait ; mais il faut ajouter que c'est un fait qui exerce une influence régulatrice sur tout le cours à venir de la formation du droit de la communauté, et qui par là même, engendre pour celle-ci, l'équivalent d'une règle de droit, laquelle assurément n'est point une règle positivement édictée par une autorité qualifiée, mais seulement une règle implicite, et qui est pourtant une règle initiale dont la reconnaissance théorique est capitale, car ce n'est qu'en sous entendant cette norme première comme à la base de tout le système de l'ordre juridique ultérieur qu'on peut parvenir à concevoir et à expliquer la valeur et l'efficacité juridique positive de toutes les règles successives dont ce système finit par être composé. Cette Urnorm (norme originaire), bien qu'elle ne repose que sur du fait et ne soit érigée en règle de droit que par l'effet d'un concept de logique, mérite le nom de Grundnorm (norme fondamentale), parce qu'elle sert de fondement au droit tout entier, et déjà à la Constitution elle-même* »⁹⁵⁹.

Autrement dit, il importe peu pour l'efficacité de la notion de Grundnorm que celle-ci soit marquée de certains défauts conceptuels. Telle qu'entendue par Hans Kelsen, elle apparaît avant tout comme un contenant sans contenu ou plutôt comme un contenant dont le contenu est défini *a posteriori* en fonction des exigences imposées par la nécessité ou les circonstances du temps. Par conséquent, il faut déduire de cela que la Grundnorm tire toute sa force structurante de ses défauts conceptuels qui par là même, cessent d'en être⁹⁶⁰.

Bien que la pensée de Burdeau se détache très nettement de celle de Kelsen, l'Idée de droit peut remplir toutefois une fonction semblable à celle de la Grundnorm, en ce sens qu'elle donne une armature au système politique et normatif qui en est émané : « *Tout se passe comme si l'ordre politique, en fait nécessaire, avait besoin de cette infrastructure spirituelle qui rend tolérable les disciplines qu'il impose. De cet univers, le Pouvoir constitue le centre en même temps qu'il joue le rôle d'intermédiaire entre les rêves et les espoirs dont se nourrit la conscience collective et le monde des réalités concrètes ; Par le Pouvoir, le*

⁹⁵⁹ Raymond Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, Librairie Sirey, 1933, p. 6.

⁹⁶⁰ András Jakab, « Problèmes de la Stufenbaulehre. L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la théorie pure du droit », *Droit et société*, 2007-2, pp. 411-447.

groupe révèle la conscience qu'il prend de lui-même ; par le Pouvoir il tend à la rendre agissante pour maîtriser, par elle, son avenir »⁹⁶¹.

Comme l'observait Jean Leca : « Le terme [d'Idée de droit] resta un peu mystérieux pour qui ne réalisait pas que Burdeau y critiquait le dualisme opposant d'une part les deux notions de « droit naturel » et de « droit objectif », la dernière venue de Duguit qu'il n'apprécia jamais[2], à d'autre part le droit positif, et que s'y manifestait une de ses préoccupations constantes: comment articuler l'ordre du droit qui prétend figer les relations sociales (les « cristalliser » selon l'expression de Pierre Bourdieu) et l'ordre de la politique, ou plutôt, comme il aimait à le dire et comme le note Jean-Marie Denquin dans sa Préface, l'ordre de « la politisation » qui marque l'irrésistible omniprésence du temps au cours duquel dans un mouvement où ce qui est « se faisant » et « se défaisant » se heurte à la présence de la « chose faite » tout peut devenir potentiellement politique y compris ce qui dans une phase antérieure avait été à jamais exclu de la politique officielle »⁹⁶².

Ainsi qu'il le reconnaissait lui-même, l'Idée de droit était avant tout pour Burdeau un moyen d'éviter d'avoir recours « aux ressources évanescentes du droit naturel »⁹⁶³ tout en lui donnant à la fois une légitimité en rattachant le droit positif à un principe d'ordre supérieur ainsi qu'un ancrage, en faisant de ce droit positif l'expression de la réalité sociale. Contrairement à la *Grundnorm* qui n'existe que par elle-même, l'Idée de droit n'apparaît pas comme un absolu, admet même le pluriel et est un véritable principe animateur de la vie politique : « Enfin, par le conflit, la rivalité ou la concurrence des idées de droit, nous avons à la fois une explication du moteur même de la vie politique et un principe de classification des régimes politiques. En effet, le régime sera qualifié par la manière dont les mécanismes constitutionnels sont pénétrés par l'Idée ou les idées de droit »⁹⁶⁴.

⁹⁶¹ Georges Burdeau, *Traité de sciences politiques*, LGDJ, 3^e éd., 1980, t. 1, v. 1, p. 12.

⁹⁶² Jean Leca « Faut-il revisiter Georges Burdeau ? Retour sur une conception (□ dépassée □ ?) de la science politique d'un □ constitutionnaliste □ déçu et nostalgique », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.

⁹⁶³ Georges Burdeau, *Traité de sciences politiques*, LGDJ, 3^e éd., 1980, t. 1, v. 1, p. 10.

⁹⁶⁴ *Ibid.* p. 13.

§2) Les modalités d'organisation du pouvoir comme facteur d'unification de l'Etat

L'Etat ainsi qu'il a déjà été expliqué, ne se limite pas à être la simple addition de ses éléments constitutifs. Il faut encore que s'y ajoute un schéma directeur régissant les rapports de pouvoir entre ces différents éléments et en leur sein. A l'Etat donc, il ne faut pas uniquement un organisme, mais une Constitution.

La Constitution est l'expression directe d'un mode d'organisation du pouvoir (A). Mais c'est sur la nature du pouvoir elle-même qu'il faut se pencher (B) pour dégager les facteurs d'unifications de l'Etat.

A) La Constitution comme expression de l'organisation du pouvoir

La Constitution, expression des aspirations d'une Nation à un moment donné de son histoire (1), en est aussi nécessairement et par définition, une expression conjoncturelle amenée à passer (2).

1) La Constitution, expression actuelle des aspirations de la Nation

C'est avec la Constitution qu'apparaît enfin le troisième élément constitutif de l'Etat et que Carré de Malberg entend comme « *une organisation d'où résulte pour le groupe envisagé dans ses rapports avec ses membres une puissance suprême d'action, de commandement et de coercition* »⁹⁶⁵, autrement appelée plus simplement « institutions » et qui correspondent véritablement à l'appareil d'Etat. Dernière arrivée dans l'ordre d'apparition des différentes composantes de l'Etat, elle est toutefois première dans l'ordre d'importance qu'elles occupent entre elles, la notion d'importance étant entendue ici comme synonyme de faculté d'influence. En effet l'apparition des institutions, produit des aspirations et des contradictions de la population désormais devenue Nation, va coïncider avec ce qui s'apparente pour ces dernières à un véritable changement d'état et même une inversion d'état : de bâtisseur des institutions, la population va en devenir le simple matériau, tandis que les institutions gagneront graduellement en autonomie sur la population jusqu'à posséder une vie propre. Mais ce mouvement aura ceci de paradoxal qu'à mesure que les institutions deviendront indépendantes de la population, les liens de subordination de la population aux institutions iront, eux, en se renforçant. Le tissu classique des relations horizontales au sein de la population s'effacera graduellement, au profit d'une organisation verticale plus ou moins prononcée du pouvoir. L'apparition des institutions, ne peut donc être réduite à être une simple adjonction aux deux autres éléments que sont le territoire et la population. Constituant

⁹⁶⁵ Raymond Carré de Malberg, *Contributions à la théorie générale de l'Etat*, éd. CNRS, 1962, t1, p. 7.

le sommet de la pyramide étatique, les institutions, en même temps qu'elles la parachèvent, contribuent aussi à lui donner sa forme. Mais une forme qui ne pourra être créée *ex-nihilo* et qui devra être tirée du réservoir de potentialités de la Grundnorm, avant d'être traduite de manière effective en une Constitution.

Des constitutions, Pierre Bastid disait : « *Néanmoins toutes les constitutions possèdent un trait commun. Elles fixent dans l'État le statut du pouvoir, les conditions d'exercice de l'autorité publique ; et par là, même si elles sont vagues ou laconiques, elles expriment la philosophie politique de chaque pays à une certaine période de son histoire. Elles résument par les mécanismes qu'elles créent les principes qui dominent la vie publique, sans avoir besoin de les formuler explicitement. Toute constitution, qu'elle soit coutumière ou écrite, qu'elle soit sommaire ou détaillée, est empreinte par la force des choses d'une certaine idéologie, d'une certaine conception du droit régissant les rapports de la communauté et de ses membres ; et c'est là ce qu'elle présente de véritablement fondamental. Peu importe à cet égard qu'elle se borne à enregistrer une réalité déjà acquise ou qu'elle tend à transformer ce qui existe, qu'elle soit descriptive ou réformatrice. De toute manière, elle est en relation intime avec la situation ou avec les besoins d'un milieu donné. Si elle s'en détachait, elle serait vite emportée par les événements* »⁹⁶⁶.

Car l'Etat moderne, une fois tiré de la glaise de l'Histoire et sa première Constitution déterminée, comme toute chose humaine, est amené à passer. A supposer que ce premier régime incarne bien les aspirations d'un peuple à un moment donné de son existence, il apparaît douteux qu'il puisse les incarner toutes ou que ce moment soit amené à durer. Ce caractère contingent et limité de la Constitution est d'ailleurs bien rappelé par les dispositions de l'article 28 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793, lesquelles rappelaient qu'« *un peuplea toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures* ». Dès lors, qu'une différence trop prononcée de degré -ou même de nature- apparaisse entre les vues d'une part significative de la population et celles de l'Etat, sans que ce dernier puisse les enregistrer et il se verra alors travaillé par des forces intérieures qui, à terme, menaceront de l'emporter. De l'emporter ou plutôt de le transformer, car c'est bien de changement de forme, et donc de régime, dont il s'agit.

En effet, ce n'est pas parce que certaines aspirations ne parviennent pas à être traduites dans une Constitution donnée à un moment donné que pour autant elles cessent d'exister. La

⁹⁶⁶ Pierre Bastid, *L'idée de Constitution*, Economica, 1985, p. 184.

Constitution, « *juridiquement et politiquement (...) est créatrice d'ordre et d'unité. Juridiquement, elle introduit dans la multiplicité des règles le principe d'une hiérarchie en se présentant comme la norme initiale dont toutes les autres découlent. Elle est ainsi la condition d'existence d'un "système". Juridique s'il est vrai qu'il n'y a pas de système que dans le développement d'un principe. Politiquement, expression d'une idée de droit, elle légitime le Pouvoir appelé à en être l'instrument et unifie les sources d'inspiration politique en instituant les organes de l'autorité. Sans doute la raison d'être essentielle de la Constitution est-elle de limiter le Pouvoir, mais, dans la mesure où elle le limite, elle le consacre : c'est à lui, et à nul autre qu'elle accorde la mise en œuvre de la puissance d'État* »⁹⁶⁷. Ce faisant, la Constitution, parce qu'elle consacre en même temps qu'elle limite le Pouvoir, est le produit d'une discrimination dans l'ensemble des potentialités d'organisation politique du moment et par conséquent entre les aspirations de la Nation. Les unes trouveront à se transcrire à travers la Constitution, tandis que les autres seront rejetées au-delà de sa périphérie. Par nature, une Constitution porte donc en elle tout à la fois son principe vital animateur et les germes de sa propre corruption, lesquels la feront évoluer ou sombrer. Ainsi, en cas de changement de Constitution, ce sera cette fois à la source de ces aspirations insatisfaites que le nouveau régime ira puiser.

Examinant la France dans l'état qui était le sien au lendemain de la Révolution, Taine observait : « *Qu'est-ce que la France contemporaine ? Pour répondre à cette question, il faut savoir comment cette France s'est faite, ou, ce qui vaut mieux encore, assister en spectateur à sa formation. À la fin du siècle dernier, pareille à un insecte qui mue, elle subit une métamorphose. Son ancienne organisation se dissout ; elle en déchire elle-même les plus précieux tissus et tombe en des convulsions qui semblent mortelles. Puis, après des tiraillements multipliés et une léthargie pénible, elle se redresse. Mais son organisation n'est plus la même : par un sourd travail intérieur, un nouvel être s'est substitué à l'ancien. En 1808, tous ses grands traits sont arrêtés et définitifs : départements, arrondissements, cantons et communes, rien n'a changé depuis dans ses divisions et sutures extérieures : Concordat, Code, Tribunaux, Université, Institut, Préfets, Conseil d'État, impôts, percepteurs, Cour des Comptes, administration uniforme et centralisée, ses principaux organes sont encore les mêmes; noblesse, bourgeoisie, ouvriers, paysans, chaque classe a dès lors la situation, les intérêts, les sentiments, les traditions que nous lui voyons aujourd'hui. Ainsi la créature nouvelle est à la fois stable et complète ; partant, sa structure, ses instincts*

⁹⁶⁷ George Burdeau, « Une survivance, la notion de Constitution », in *Mélanges Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 54.

et ses facultés marquent d'avance le cercle dans lequel s'agitiera sa pensée ou son action. (...) Dans l'organisation que la France s'est faite au commencement du siècle, toutes les lignes générales de son histoire contemporaine étaient tracées, révolutions politiques, utopies sociales, divisions des classes, rôle de l'Église, conduite de la noblesse, de la bourgeoisie et du peuple, développement, direction ou déviation de la philosophie, des lettres et des arts »⁹⁶⁸.

2) La Constitution, expression conjoncturelle des aspirations de la Nation

Il faut ici rappeler que l'ensemble des potentialités de devenir politique de la Nation, dont la somme des aspirations de la population constitue le réservoir, ne sauraient être ramené à de simples abstractions intellectuelles. De même, une idée, fut-elle considérée comme estimable et largement partagée, ne saurait sortir spontanément du champ des consciences pour se transcrire d'elle-même en un modèle d'organisation politique et en une seule opération. Un projet politique n'existe qu'à travers les hommes capables de le porter et d'agréger autour de lui les volontés de leurs semblables pour le faire triompher. Il importe peu qu'il s'agisse d'un projet précis dont tous les points ont été minutieusement et définitivement arrêtés ou d'une idée-force réduite à un simple slogan qui ne sera que ce que les vainqueurs voudront bien en faire⁹⁶⁹ ; il suffit au projet d'être une bannière et qu'il se trouve quelqu'un pour la brandir, si possible plus haut que les bannières des projets concurrents.

Une constitution n'est donc pas le reflet fidèle des aspirations politiques de la nation, ni même la synthèse : elle en est le syncrétisme. Mais un syncrétisme dont les conditions dépendent étroitement du terreau sur lequel les différents éléments qu'il agrège sont amenés à se réunir. Une constitution, en effet, est toujours le produit d'un certain rapport de force entre aspirations politiques concurrentes. Mais ce rapport de force n'est pas la seule résultante du poids numérique occupé par les différentes aspirations politiques dans la population. La défense de certaines aspirations politiques peut en effet être organisée autour de groupes structurés, mieux à même de peser lorsqu'il s'agira d'opter pour un nouveau régime politique. En pareil domaine ainsi qu'il va maintenant être démontré, la minorité tenace, résolue, mais surtout organisée, triomphera toujours de la masse amorphe et atomisée, quand bien même elle serait unie par le même sentiment et les mêmes aspirations.

⁹⁶⁸ Hippolyte Taine, *Les origines de la France contemporaine - L'Ancien Régime*, Hachette, 1875, p. 12.

⁹⁶⁹ Il n'est nullement nécessaire qu'un projet politique quelconque soit définitivement arrêté ou même simplement réalisable pour qu'il possède une faculté d'attraction sur les consciences. Tout au contraire : quelques principes élémentaires tenant lieu de prêt à penser, quelques idées brutes y suffisent, justement, parce que tout un chacun peut les dégrossir en pensée et les sculpter selon son idéal. V. Hippolyte Taine, *Les origines de la France contemporaine - La Révolution : la conquête jacobine*, Hachette, 1878, p. 29.

B) La soumission à l'autorité comme invariant du pouvoir

L'exercice du pouvoir par l'appareil d'Etat pose tout à la fois la question des raisons de la soumission à l'autorité de ceux qui lui sont assujettis (1), de même que celle de la légitimité de l'organe amené à en impulser et diriger l'action, et par conséquent, de la légitimité de cette soumission à l'autorité (2).

1) Les raisons de la soumission à l'autorité

Toute l'essence du Pouvoir est là : ramené à sa dimension la plus élémentaire, il repose sur la capacité de celui qui en revendique l'exercice à capter, agréger et canaliser les volontés autour de la sienne⁹⁷⁰. Pour comprendre quels en sont les déterminants, l'examen des situations de crise politique revêt un intérêt tout particulier. En matière de crise politique, ainsi qu'il avait déjà été rappelé, il y a crise lorsque l'Etat, pris en tant que système organisateur par excellence de la société -c'est-à-dire en tant que force politique supérieure à toutes les autres-, se trouve dans l'incapacité d'élaborer une réponse adaptée à un événement menaçant son existence. La crise, parce qu'elle suppose justement l'incapacité pour l'autorité légalement investie de l'exercice du pouvoir d'organiser les volontés autour d'elle pour s'en faire obéir, suppose également l'absence des déterminants du pouvoir. En négatif de la notion de crise apparaît donc celle des déterminants du pouvoir ; rechercher ce qui fait défaut à l'Etat en situation de crise doit permettre de les révéler.

En 1576, Etienne de la Boétie constatait déjà qu'un tyran, fut-il le plus épouvantable, n'a jamais que le seul pouvoir que ceux qui le servent veulent bien lui laisser. Par conséquent, il en concluait que l'obéissance de ceux-là même que le tyran opprimait devait être librement consentie⁹⁷¹. L'observation est tout aussi vraie pour n'importe quel type de régime politique et plus encore pour ceux respectueux des individus qui comptent sur leur assentiment volontaire à servir plutôt que sur la peur que la coercition peut susciter. Sans doute pour partie simpliste, l'affirmation d'Etienne de la Boétie n'en est pas moins empreinte d'une certaine vérité :

⁹⁷⁰V. Blaise Pascal, *Trois discours sur la condition des Grands*, Mille et une nuits, 2009, pp. 29-30.

⁹⁷¹ « Je voudrais seulement comprendre comment il se peut que tant d'hommes, tant de bourgs, tant de villes, tant de nations supportent quelque fois un tyran seul qui n'a de puissance que celle qu'ils lui donnent, qui n'a pouvoir de leur nuire qu'autant qu'ils veulent bien l'endurer, et qui ne pourrait leur faire aucun mal s'ils n'aimaient mieux tout souffrir de lui que de le contredire. Chose vraiment étonnante, et pourtant si commune qu'il faut plutôt en gémir que s'en ébahir, de voir un million d'hommes misérablement asservis, la tête sous le joug, non qu'ils y soient contraints par une force majeure, mais parce qu'ils sont fascinés et pour ainsi dire ensorcelés par le seul nom d'un, qu'ils ne devraient pas redouter, puisqu'il est seul, ni aimer, puisqu'il est envers eux tous inhumain et cruel. (...) Or ce tyran seul, il n'est pas besoin de le combattre, ni de l'abattre. Il est défait de lui-même, pourvu que le pays ne consente point à sa servitude. Il ne s'agit pas de lui donner quelque chose, mais de ne rien lui donner ». Etienne de la Boétie, *Discours de la servitude volontaire*, Mille et une nuits, 1995, p. 8.

l'exercice du pouvoir suppose la soumission à l'autorité et celle-ci, une fois ramenée à ce qui en constitue le plus petit dénominateur, ne repose plus que sur un élément d'ordre psychologique. Le gouverné a la conscience intime qu'il doit obéissance au gouvernant et il importe peu ici que cette croyance lui ait été insufflée par sa déférence envers le souverain, la crainte qu'il lui inspire, ou même l'intérêt tout égoïste qu'il peut trouver à cette situation. Son attitude lui est toujours dictée par la conviction en conscience que le souverain peut lui apporter un bien plus grand ou être le garant d'un moindre mal. Il n'en va pas autrement lorsque ce moindre mal n'est que le seul bienfait consenti par le souverain au gouverné ; souverain auquel le gouverné n'est lié que par une pure relation de domination et qui aurait vu s'abattre sur lui un mal plus grand en sanction de son insoumission. L'exercice du pouvoir implique en effet uniquement l'obéissance effective du gouverné envers le gouvernant et en aucun cas que celle-ci soit librement consentie⁹⁷². Un seul impératif est à prendre en compte dans les réactions du gouverné : la nécessité où il se trouve, de par sa simple condition d'être vivant, de pourvoir à sa propre conservation. Que le souverain se montre incapable auprès des gouvernés de maintenir la croyance en sa capacité à préserver leur existence et il verrait leur loyauté se relâcher. Que se répande l'idée auprès des gouvernés que le souverain menace directement leur existence et ils se dresseront alors contre lui.

La peur de la mort est, paradoxalement, une réalité vivante qu'il n'est pas besoin de démontrer. C'est sur elle que repose en premier et dernier lieu, la soumission à l'autorité. Ce n'est qu'une fois que l'homme aura acquis la conviction que sa survie est mieux assurée au sein de l'Etat qu'en dehors qu'il acceptera de consentir des sacrifices envers ce dernier. Tous les autres bienfaits dont l'Etat pourrait être le dispensateur ne sont que secondaires à la satisfaction par lui de cet objectif premier, qui est la protection de ceux qui se placent sous sa garde. C'est à ce prix, mais tout de même à ce prix, que s'achète l'obéissance du gouverné.

De cette vérité première, il découle que la soumission du gouverné à l'endroit du gouvernant sera toujours conditionnée d'abord par les nécessités d'ordre proprement vital

⁹⁷² « Les lois n'ont aucun pouvoir de protéger les humains, s'il n'y a pas un glaive entre les mains d'un homme, ou de plusieurs, pour les faire exécuter. La liberté des sujets réside donc uniquement en ces choses que, dans le règlement de leurs actions, le souverain s'est abstenu de prendre en compte. Par exemple, il s'agit de la liberté d'acheter et de vendre, ou de passer d'autres contrats les uns avec les autres, de choisir leur domicile, leur alimentation, leur métier, l'instruction de leurs enfants comme ils le jugent bon, et ainsi de suite. Toutefois, on ne doit pas comprendre que la souveraine puissance de vie et de mort est soit abolie, soit limitée par une telle liberté. Car on a déjà vu qu'il n'est rien que le représentant souverain, e puisse faire à un sujet, quel qu'en soit le prétexte, qui puisse au sens propre être appelé injuste ou préjudice, puisque chaque sujet est l'auteur de chacun des actes accomplis par le souverain, en sorte que celui-ci n'est jamais privé d'aucun droit à quoi que ce soit, si ce n'est qu'étant lui-même le sujet de Dieu, il est par cela même, tenu d'observer les lois de nature. Il peut donc se faire, et il arrive souvent en effet, que dans les Etats un sujet soit mis à mort sur ordre de la puissance souveraine, sans que, pour autant, aucun des deux n'ait fait de tort à l'autre », écrit Thomas Hobbes, *Leviathan*, Gallimard, coll. Essais, 2000, p. 340.

qu'il doit affronter et ensuite seulement par les intérêts contingents qu'il pourrait trouver à sa situation. Le corollaire direct en est que la survie de l'Etat dépend directement de son aptitude à assurer celle des gouvernés, en éliminant les menaces auxquelles ils se trouvent confrontés.

Mais, cette capacité repose quant à elle uniquement sur l'habileté de l'appareil d'Etat à se conserver la loyauté d'un noyau suffisant d'individus, organisés en vue d'assurer la sécurité de tous. Or, l'accomplissement effectif de cette mission est lui-même dépendant de la faculté de l'appareil d'Etat à neutraliser, c'est-à-dire à éliminer du champ politique, ceux qui par leur comportement nuiraient à sa cohésion intérieure et par là même, à l'unité de son action. En effet, ainsi qu'il a déjà été rappelé, l'obéissance n'a pas besoin pour être effective d'être librement consentie : il suffit qu'elle soit extorquée.

Sur un plan strictement technique, l'efficacité de l'appareil d'Etat peut être entendue comme sa capacité à se faire obéir des gouvernés, c'est-à-dire à faire passer l'expression d'une volonté politique du champ de la prise de décision proprement dite à celui de sa mise en application. Réduite à cette stricte définition, l'efficacité de l'appareil d'Etat devrait alors être mesurée à l'aune de son aptitude à éliminer du champ politique non seulement les individus qui constitueraient un obstacle ou un frein à l'accomplissement de ses projets, mais également ceux dont la simple existence se traduirait par une rupture d'homogénéité dans l'unité de son action. C'est en dernier recours, indépendamment de toute autre considération, sur cette capacité et sur cette capacité seulement que repose l'aptitude de l'appareil d'Etat à maintenir avec les gouvernés une relation de sujétion, en entretenant dans les consciences la croyance en sa capacité à pourvoir à leur conservation. C'est donc en dernier recours, indépendamment de toute autre considération, sur cette capacité et sur cette capacité seulement, que repose la légitimité de l'appareil d'Etat.

En conséquence, il est possible de conclure que dans l'ordonnement causal des éléments constitutifs de l'Etat de droit -entendu comme système de normes- la Force, comprise comme le recours conscient, volontaire et potentiellement illimité à des actes de violence dirigés vers les gouvernés dans un but de coercition, non seulement préexiste à l'Etat de droit, mais en plus soutient son existence une fois celle-ci établie et lui survit quand il est suspendu⁹⁷³. C'est en effet d'elle que procède tout le système de normes qui pourra être élaboré et qui n'est jamais autre chose qu'une limitation volontairement consentie à la plénitude de son exercice. Le Droit lui-même n'est plus que l'architecture logique

⁹⁷³ « Il est juste que ce qui est juste soit suivi, il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante : la force sans la justice est tyrannique », observait Pascal, *Trois discours sur la condition des Grands*, Mille et une nuits, 2009, p. 31.

conditionnant le recours à la violence programmée et la gradation dans son application. Partant de cela, les régimes d'exception à l'Etat de droit n'apparaissent alors comme rien d'autre qu'un déconditionnement plus ou moins total des modalités de recours à la violence programmée.

Il importe peu, pour le bienfondé du raisonnement, que sur le plan des conséquences, certaines perspectives ouvertes par le recours à la violence comme moyen de coercition et dont l'aboutissement logique ultime est la mise à mort de l'individu, soient rejetées avec force par l'Etat de droit et le système de normes qui est le sien. Il faut et il suffit que ces perspectives, fussent-elles particulièrement odieuses, existent à titre de simples potentialités, pour qu'elles constituent le point axial autour duquel le système de normes règle son mouvement. Que certaines de ces perspectives soient tenues pour ignobles, inhumaines, immorales, contraires aux lois d'En-Haut -ou même à celles d'En-Bas- n'y change rien. Ainsi, le refus par un Etat de recourir à la peine de mort pour châtier les contrevenants à ses lois, traduit le respect absolu qu'il a pour la vie. Par conséquent, du fait même que la possibilité d'infliger la mort comme sanction constitue un interdit, elle constitue aussi un principe d'organisation de son système normatif, autour duquel ce système sera élaboré. L'exercice inconditionné de la violence demeure donc la substance première du droit, dont les systèmes normatifs ne sont que des déterminations particulières.

2) La légitimité de la soumission à l'autorité

La légitimité de l'Etat et par conséquent de son système de normes, est consubstantielle à son aptitude à protéger l'existence de ceux qui le servent. Cette aptitude est elle-même subordonnée à sa capacité à se conserver leur obéissance dans la poursuite de cet objectif. Cette capacité est quant à elle tributaire de sa faculté de coercition, laquelle est dépendante de son système de normes. L'Etat ne tire donc sa réalité que d'une pétition de principe en sa faveur, objectivée uniquement sous l'effet de la dynamique de croyance qui l'entretient et qui est remise en question par l'épreuve des faits et la perception que les gouvernés en ont.

Une telle réalité n'a pas été sans incidence au stade de la formation historique des Etats : *« Jusqu'ici, contre la force des francisques et des glaives, on n'a trouvé de secours que dans la persuasion et dans la patience. Les États qui, d'après l'exemple de l'ancien Empire, ont tenté de s'élever en édifices compacts et d'opposer une digue à l'invasion incessante, n'ont pas tenu sur le sol mouvant; après Charlemagne, tout s'effondre. Il n'y a plus d'hommes de guerre à partir de la bataille de Fontanet ; pendant un demi-siècle des bandes*

de quatre ou cinq cents brigands viennent impunément tuer, brûler, dévaster dans tout le pays. Mais, par contre-coup, à ce moment même, la dissolution de l'État suscite une génération militaire. Chaque petit chef a planté solidement ses pieds dans le domaine qu'il occupe ou qu'il détient; il ne l'a plus en prêt ou en usage, mais en propriété et en héritage. C'est sa manse, sa bourgade, sa comté, ce n'est plus celle du roi ; il va combattre pour la défendre. À cet instant, le bienfaiteur, le sauveur est l'homme qui sait se battre et défendre les autres, et tel est effectivement le caractère de la nouvelle classe qui s'établit. Dans la langue du temps, le noble est l'homme de guerre, le soldat (miles), et c'est lui qui pose la seconde assise de la société moderne. Au dixième siècle, peu importe son extraction. Souvent c'est un comte carolingien, un bénéficiaire du roi, le hardi propriétaire d'une des dernières terres franches. Ici c'est un évêque guerrier, un vaillant abbé, ailleurs un païen converti, un bandit devenu sédentaire, un aventurier qui a prospéré, un rude chasseur qui s'est nourri longtemps de sa chasse et de fruits sauvages. Les ancêtres de Robert le Fort sont inconnus et l'on contera plus tard que les Capétiens descendent d'un boucher de Paris. En tout cas, le noble alors c'est le brave, l'homme fort et expert aux armes, qui, à la tête d'une troupe, au lieu de s'enfuir et de payer rançon, présente sa poitrine, tient ferme et protège par l'épée un coin du sol. Pour faire cet office, il n'a pas besoin d'ancêtres, ne lui faut que du cœur, il est lui-même un ancêtre ; on est trop heureux du salut présent qu'il apporte pour le chicaner sur son titre. Enfin, après tant de siècles, voici dans chaque canton des bras armés, une troupe sédentaire, capable de résister à l'invasion nomade ; on ne sera plus en proie à l'étranger ; au bout d'un siècle, cette Europe que saccageaient des flottilles de barques à deux voiles, va jeter deux cent mille hommes armés sur l'Asie, et désormais, au Nord, au Midi, en face des Musulmans, en face des païens, au lieu d'être conquise, elle conquiert. Pour la seconde fois, une figure idéale se dégage après celle du saint, celle du héros, et le nouveau sentiment, aussi efficace que l'ancien, groupe aussi les hommes en une société stable »⁹⁷⁴.

Ce n'est qu'une fois la sécurité des individus assurée au sein d'une société apaisée que leur paraîtra l'intérêt de poursuivre plus étroitement leur relation. Et ce n'est qu'ensuite, sous l'action puissante de la force de l'habitude, que la subordination envers les institutions naissantes se gravera dans les consciences et leur deviendra naturelle. De la capacité de l'appareil d'Etat à la maintenir dépendra sa survie.

⁹⁷⁴ Hippolyte Taine, *Les origines de la France contemporaine - L'Ancien Régime*, Hachette, 1875, pp. 25-27.

Section 2 : La Crise comme mécanisme de dissolution de l'Etat

Maintenant que ce qu'il convient d'appeler le modèle de l'Etat a été posé et exposé dans toutes ses dimensions, il nous faut à présent le soumettre à l'épreuve de la crise pour étudier son comportement, afin justement de mieux en prévenir la survenance. C'est à la description du processus de désagrégation de l'Etat et à la rupture des liens entre ses éléments constitutifs que nous consacrerons les développements qui vont suivre. Dans le même temps, nous nous attacherons à en expliquer les causes afin d'anticiper sur elles. Une nécessité d'autant plus impérieuse que de nos jours, la crise n'est plus uniquement la conséquence des inconséquences d'un Etat incapable d'y faire face, mais dans tous les cas sous-produit involontaire de sa passivité. Conséquence de l'apparition d'une nouvelle forme de guerre née lors du conflit Algérien, elle est aussi devenue, entre les mains de ceux qui savent la manier, un instrument à part entière de déstabilisation des Etats.

Ainsi qu'il sera démontré, la crise est, et a toujours été, une véritable rupture entre les éléments constitutifs de l'Etat, dont naturellement, ce dernier cherche à se prévenir (§1). Mais fait nouveau, la crise est également devenue pour des raisons qui seront développées, un outil de déstabilisation des Etats, dont les effets sont recherchés pour eux-mêmes (§2).

§1) La Crise comme rupture des éléments constitutifs de l'Etat

Etudier le déroulé d'une crise dans ses aspects théoriques invite à s'interroger sur la nature des fondements mêmes de l'Etat, fondements dont la crise est la traduction la plus immédiate de leur remise en cause. Les réflexions sur les mécanismes de désagrégation de l'Etat à l'œuvre lors de la survenance d'une crise (A) permettront donc de révéler les fondements théoriques de l'Etat (B).

A) La Crise et les mécanismes de désagrégation de l'Etat

La crise peut frapper l'Etat dans ses éléments constitutifs premiers, qui lui donnent sa substance (1) et sa dimension la plus immédiatement perceptible. Mais elle peut aussi l'atteindre dans ses caractères les plus essentiels qui en constituent l'armature invisible (2) autour de laquelle s'articule l'Etat.

1) La Crise comme rupture entre les éléments constitutifs de l'Etat

Toute la puissance de l'Etat provient donc de la force de cohésion qu'il est capable de générer auprès des individus et de mettre au service de leurs intérêts en vue d'en tirer une force de cohésion plus grande. De ce constat, il est possible d'élaborer une analyse plus poussée de la notion de Crise déjà développée. Telle qu'entendue précédemment, il y a crise lorsque, pour un système donné, le niveau de désorganisation induit par la réalisation d'un événement dépasse les capacités de réorganisation du système, mettant ainsi en péril son existence. En matière d'Etat, il y a crise lorsque celui-ci pris en tant que système organisateur par excellence de la société, se trouve dans l'incapacité face à un événement menaçant son existence, d'élaborer une réponse adaptée. Désormais, il nous est possible de préciser qu'il y a crise lorsqu'il y a rupture parmi les éléments constitutifs de l'Etat. Mais la rupture dont il est ici question peut être de deux ordres : soit entre les éléments constitutifs de l'Etat, soit dans les éléments structurants de l'Etat.

Il peut s'agir tout d'abord d'une rupture qui peut frapper l'un des éléments constitutifs de l'Etat. Ainsi, il est tout à fait loisible d'imaginer un appareil d'Etat suffisamment mis à mal, au point de ne plus pouvoir exercer une influence effective sur la population⁹⁷⁵. De même, il est possible de se figurer, sous la puissance du choc et la force des circonstances, une population entière, réduite à une masse d'individus atomisés et qui ne présenterait plus le facteur d'unité nécessaire pour être le support des actions de l'appareil d'Etat⁹⁷⁶. Enfin, la crise peut être la conséquence de l'incapacité de l'Etat à exercer son autorité sur une partie de

⁹⁷⁵ Frappées d'une sorte de pourrissement intérieur, la France de 1789 ou la Russie de 1917 offrent à cet égard des exemples frappants. V. Charles-Maurice de Talleyrand, *Mémoires et correspondances du prince de Talleyrand*, Bouquin, 2007 ; Dominique Venner, *Les blancs et les rouges : Histoire de la guerre civile russe*, éd. du Rocher, 2010.

⁹⁷⁶ La France lors de l'exode de 1940 en est l'illustration parfaite, mais la description la plus saisissante d'une population en proie aux désordres moraux imposés par la guerre et la maladie dans une ville à l'atmosphère de fin du monde est donnée par Thucydide lorsqu'il narre les malheurs d'Athènes assiégée pendant la guerre du Péloponnèse : « Avec l'épidémie, on vit encore d'autres formes de désordre se répandre pour la première fois dans la ville. Impressionnée par le spectacle de ces brusques changements de fortune qui faisaient soudain périr les heureux de ce monde et livraient leurs biens à ceux qui n'avaient jamais rien possédé, on se livra plus librement à des plaisirs que l'on cachait naguère. Comme la vie et la richesse paraissaient également précaires, on s'empressait de dépenser ce qu'on avait et de jouir de l'existence. Quant à persévérer dans une entreprise qui avait pu jadis paraître méritoire, on ne se sentait plus pour cela la moindre ardeur. Savait-on en effet si l'on ne mourrait pas avant que le but ne fut atteint ? On en vint à considérer comme à la fois estimables et utiles les jouissances immédiates et toute chose, d'où qu'elle vint, qui permettait de se les procurer. On n'était plus retenu ni par la crainte des dieux, ni par les lois humaines. Voyant autour de soi la mort abattre indistinctement les uns et les autres, on ne faisait plus aucune différence entre la piété et l'impiété. Et quant aux délits que l'on pouvait commettre, nul ne s'attendait à vivre assez longtemps pour subir le châtement. Chacun redoutait bien davantage l'arrêt déjà prononcé contre lui et suspendu sur sa tête et l'on trouvait tout naturel de tirer quelque plaisir de la vie avant d'en être frappé », Thucydide, *La Guerre du Péloponnèse*, Gallimard, 2000, coll. Classique, p. 165.

son territoire dont il aurait été coupé⁹⁷⁷. Mais toutes les crises qui viennent d'être ici décrites, sauf à imaginer qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'événements d'une ampleur véritablement apocalyptique⁹⁷⁸ ne sont normalement amenées à durer qu'un temps avant une normalisation de la situation et de la « constitution », au sens premier et presque médical du mot, de l'Etat.

Ainsi, un appareil d'Etat, même considérablement amputé des organes les plus indispensables à son bon fonctionnement, même conduit à la frontière de l'anéantissement, trouvera à se régénérer en puisant dans les talents qu'une population soudée saura lui offrir. De même une population, une fois revenue de l'état de sidération mentale dans lequel la violence des événements l'aura plongée, saura se plier à la discipline nécessaire pour répondre aux injonctions de l'appareil d'Etat.

2) La Crise comme remise en cause des éléments structurants de l'Etat

Plus grave parce que plus profonde, la rupture peut se produire entre les éléments constitutifs de l'Etat eux-mêmes, c'est-à-dire entre la population et l'appareil d'Etat⁹⁷⁹. Il ne s'agit plus alors d'une simple altération de la capacité de l'Etat à conserver son unité, mais d'une remise en cause radicale de sa raison d'être, puisque portant sur l'élément qui constitue le moyen et la fin de son existence. Une telle fracture entre l'appareil d'Etat et la population, ne peut naître que d'une perte de confiance absolue dans la capacité de l'Etat à satisfaire à ses obligations premières. Raymond Aron, autrefois, synthétisa ces dernières dans la formule « *respectée à l'extérieur, en paix à l'intérieur* » et elles ne sont, au fond, rien d'autre que la préservation des intérêts vitaux des individus, dont il a déjà été question plus haut. Le *continuum* entre appareil d'Etat et population ne naît que de la soumission à l'autorité de la seconde au premier, qui ne la consent que selon les termes d'un contrat social tacite et dont l'objet est le choix d'une Constitution.

Or, les termes relatifs à la détermination d'un système de gouvernement parmi l'indéfini des systèmes dont la population pourrait se doter, ne sont jamais que des clauses de détail au regard de ce qui est la disposition première de toute organisation politique, indifféremment de sa forme : la préservation de la population. Car « *Ce qu'on appelle un*

⁹⁷⁷ Une telle situation est généralement la conséquence d'une occupation militaire. Relevons toutefois le développement toujours plus large sur l'ensemble de la planète de vastes « zones grises », nominalement sous la dépendance d'un Etat, mais en réalité totalement hors de leur sphère d'action et sous la domination complète d'organisations criminelles ou terroristes.

⁹⁷⁸ Et le spectre d'une catastrophe nucléaire est non seulement tout à fait réel mais s'est en plus déjà réalisé. La catastrophe nucléaire de Fukushima, qui a déjà eu des conséquences d'une ampleur dramatique sur le plan humain et environnemental, en aura encore dans les années à venir en matière géopolitique, du fait même des problèmes d'indépendance énergétique que le Japon aura à affronter.

⁹⁷⁹ La question du territoire est ici sans objet : élément passif par nature, aucune rupture ne peut à proprement parler être envisagée avec ce dernier.

gouvernement, c'est un concert de pouvoirs, qui, chacun dans un office distinct, travaille ensemble à une œuvre finale et totale. Que le gouvernement fasse cette œuvre, voilà tout son mérite; une machine ne vaut que par son effet. Ce qui importe, ce n'est pas qu'elle soit bien dessinée sur le papier, mais c'est qu'elle fonctionne bien sur le terrain. En vain les constructeurs allégueraient la beauté de leur plan et l'enchaînement de leurs théorèmes; on ne leur a demandé ni plans ni théorèmes, mais un outil. Pour que cet outil soit maniable et efficace, deux conditions sont requises. En premier lieu, il faut que les pouvoirs publics s'accordent: sans quoi ils s'annulent. En second lieu, il faut que les pouvoirs publics soient obéis: sans quoi ils sont nuls »⁹⁸⁰.

Qu'un régime politique manque à offrir les garanties attendues de lui, et la population se pressera de renégocier, parfois unilatéralement, les termes du contrat social que l'on prétendait lui imposer pour se choisir une nouvelle Constitution. Or une Constitution, ainsi qu'il a déjà été dit, n'est que le reflet et la traduction en termes d'organisation politique d'un principe d'ordre supérieur, agrégat de tous les éléments qui pourraient composer les schémas de représentation et le système de valeurs de la population.

B) La Crise comme révélation des fondements théoriques de l'Etat

Fondement théorique de l'Etat, la décision (1) exprime autant qu'elle révèle le système de normes qui lui donne corps (2).

1) la décision comme fondement de l'Etat

Toute la pensée de Carl Schmitt, repose sur l'idée que « *le concept d'Etat présuppose le concept de politique* »⁹⁸¹. Le premier dépendant pour sa définition exclusivement de celle du second, Carl Schmitt se gardera bien de caractériser trop strictement le concept d'Etat et se concentrera sur celui du politique. Or, selon lui, toutes les définitions de l'Etat « *comportent trop d'apriorismes sous forme d'interprétations, de significations surajoutées, de symboles et de constructions systématiques, pour fournir un point de départ adéquat à un exposé simple et élémentaire* »⁹⁸². Tout au plus, au sens le plus étroit du terme, peut-il être entendu comme « *un mode d'existence (un état) spécifique d'un peuple, celui qui fait loi aux moments décisifs, constituant ainsi, en regard des multiples statuts imaginables, tant individuels que collectifs,*

⁹⁸⁰ Hippolyte Taine, *Les origines de la France contemporaine - La Révolution : la conquête jacobine*, Hachette, 1878, p. 276

⁹⁸¹ Carl Schmitt, *La notion de politique - Théorie du partisan*, Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009, p. 58.

⁹⁸² *Ibid.*

le Statut par excellence »⁹⁸³. Mais, observait-il « *les éléments caractéristiques de cette représentation d'un peuple et de son statut se définissent à leur tour à partir du caractère politique qui leur est inhérent et ils échappent à l'entendement s'il y a erreur sur l'essence du politique* »⁹⁸⁴.

Carl Schmitt va donc se mettre en quête d'un critère irréductible et incontestable d'identification du politique. Or, la notion de politique n'est, le plus souvent, envisagée dans la littérature que de manière apophatique, par opposition avec d'autres concepts que les différents auteurs souhaitent, justement, maintenir en dehors du champ du politique : la politique et l'économie, la politique et le droit, la politique et la morale... Mais, d'une part la politique étant envisagée comme un concept essentiellement négatif qui ne peut être délimité que par rapport à d'autres, cela oblige à trouver une définition à ces derniers, pour, par exclusion, découvrir celle de la politique. D'autre part, les distinctions faites entre la notion de politique et d'autres notions ne sont rien de moins qu'artificielles puisque reflétant essentiellement les convictions particulières de ceux qui les ont posées, sans pour autant permettre l'identification d'un déterminant indiscutable et universel du politique.

Carl Schmitt le découvrira dans la capacité à distinguer, et donc désigner, l'ami de l'ennemi : « *la distinction spécifique du politique, à laquelle peuvent se ramener les actes et les mobiles politiques, c'est la discrimination de l'ami et de l'ennemi. Elle fournit un principe d'identification qui a valeur de critère, et non une définition exhaustive ou compréhensive. Dans la mesure où elle ne se déduit pas de quelque autre critère, elle correspond, dans l'ordre du politique, aux critères relativement autonomes de diverses autres oppositions : le bien et le mal en morale, le beau et le laid en esthétique, etc. Elle est autonome en tout cas, non pas au sens où elle correspondrait à un champ d'activité original qui lui serait propre, mais en cela qu'on ne saurait ni la fonder sur une ou plusieurs de ces autres oppositions, ni l'y réduire. Si déjà l'opposition entre le bien et le mal n'est pas purement et simplement identique à celle du beau et du laid ou à celle de l'utile et du nuisible et n'y est pas directement réductible, à plus forte raison faut-il éviter de confondre ou d'amalgamer l'opposition ami-ennemi avec l'une des oppositions précédentes. Le sens de cette distinction de l'ami et de l'ennemi est d'exprimer le degré extrême d'union ou de désunion, d'association ou de dissociation ; elle peut exister en théorie et en pratique sans pour autant exiger l'application de toutes ces distinctions morales, esthétiques, économiques ou autres. L'ennemi politique ne sera pas nécessairement mauvais dans l'ordre de la moralité ou laid dans l'ordre*

⁹⁸³ *Ibid.*

⁹⁸⁴ *Ibid.*

esthétique, il ne jouera pas forcément le rôle d'un concurrent au niveau de l'économie, il pourra même à l'occasion, paraître avantageux de faire des affaires avec lui. Il se trouve simplement qu'il est l'autre, l'étranger, et il suffit, pour définir sa nature, qu'il soit, dans son existence même et en un sens particulièrement, cet être autre, étranger et tel qu'à la limite des conflits avec lui soient possibles qui ne sauraient être résolus ni par un ensemble de normes générales établies à l'avance, ni par la sentence d'un tiers, réputé non concerné et impartial »⁹⁸⁵.

De la faculté à pouvoir distinguer l'ami de l'ennemi découlent deux choses. D'abord, il est possible d'en déduire l'existence d'une communauté se reconnaissant comme telle puisque se concédant le droit de se définir dans l'altérité. De cette première observation, il faut ensuite s'obliger à constater que cette capacité de se définir dans l'altérité porte en elle la possibilité que l'autre soit envisagé comme un adversaire absolu, un ennemi dont la seule existence menace celle de la communauté qui le considère ainsi⁹⁸⁶. Il n'est pas nécessaire que, sur l'échelle de gradation dans l'hostilité manifestée, le curseur de l'attitude de la communauté atteigne son extrémité pour que le raisonnement conserve sa validité : il est simplement nécessaire que cette possibilité existe à titre de simple potentialité susceptible d'être actualisée⁹⁸⁷.

Ainsi que le rappelait Carl Schmitt « *les concepts d'amis et d'ennemis doivent être entendus dans leur acceptation concrète et existentielle et non point comme des métaphores ou des symboles (...). Ces concepts opposés ne sont ni normatifs ni purs intelligibles (...). Ce ne sont pas les fictions et les abstractions normatives qui font l'objet de cette étude, mais la réalité existentielle et la possibilité effective de la discrimination en question* »⁹⁸⁸. Le sens de soi ne vient que de la perception de l'autre et de cette définition de soi dans l'altérité naît la notion d'ennemi, qui elle-même induit celle de lutte. Et « *ce n'est pas une simple concurrence que ce mot désigne, ni la lutte purement intellectuelle de la discussion, ni cette lutte symbolique dans laquelle finalement chaque homme est de quelque manière engagé à tout instant puisque les choses sont ainsi faites et que la vie humaine toute entière est un combat et tout homme un combattant. Les concepts d'ami, d'ennemi, de combat, tirent leur signification objective de leur relation permanente à ce fait réel, la possibilité de provoquer la mort*

⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 64 ; souligné par nos soins.

⁹⁸⁶ Sur ces questions, v. Julien Freund, *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2004 (1965). V. également sa préface dans Carl Schmitt, *La notion de politique - Théorie du partisan*, Paris, coll. Champs classiques, 2009. V. aussi du même auteur, *Qu'est-ce que la politique ?*, Seuil, 1978. V. encore, *L'ennemi et le tiers dans l'Etat*, Sirey, 1976.

⁹⁸⁷ V. Jean-Philippe Feldman, « Principe ami-ennemi et catallaxie. Carl Schmitt, le libéralisme et la guerre », *Droits*, 2007, n° 46, pp. 67-95.

⁹⁸⁸ Carl Schmitt, *La notion de politique - Théorie du partisan*, Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009, p. 66.

physique d'un homme. La guerre naît de l'hostilité, celle-ci étant la négation existentielle d'un autre être. La guerre n'est que l'actualisation ultime de l'hostilité »⁹⁸⁹.

Le *criterium* de distinction importe peu : il deviendra politique parce qu'il constituera un *criterium* de distinction et donc de polarisation autour des notions d'amis et d'ennemis. Il importe donc peu également vers qui l'hostilité est tournée et par conséquent, autour de qui se regroupera la communauté. « *Tout antagonisme religieux, moral, économique, ethnique ou autre se transforme en antagonisme politique dès lors qu'il est assez fort pour provoquer un regroupement effectif des hommes en amis et ennemis* ». L'Etat quant à lui synthétisera dans sa forme, l'ensemble des antagonismes qui pourraient diviser sa population, à la condition toutefois qu'aucun d'entre eux ne possèdent une puissance d'accrétion telle qu'elle conduise mécaniquement à un regroupement entre amis et ennemis. Un Etat peut en effet bien tolérer en son sein l'existence de lignes de césures, il ne pourra jamais s'accommoder de lignes de fractures. L'unité politique qu'il réalise cessera immédiatement d'exister dès qu'il se trouvera un groupe concurrent autour duquel s'articulera le rapport de force entre amis et ennemis. Ainsi, il peut bien se trouver au sein de la population d'un Etat des croyants de confessions différentes, des partisans de doctrines économiques radicalement incompatibles, des rapports contrariés entre classes sociales, tous ces antagonismes ne deviennent politiques que s'ils possèdent par eux-mêmes une force d'attraction suffisante pour que des groupements se constituent dans la perspective d'une épreuve de force. Qu'une lutte entre groupements concurrents éclate et l'Etat ne demeurera la forme première de l'unité politique que s'il est en mesure d'imposer sa volonté sur l'issue de la situation. « *Si les forces d'opposition, économiques, culturelles ou religieuses, sont assez puissantes pour emporter de leur propre chef la décision relatives à l'épreuve décisive, c'est que ces forces constituent la substance nouvelle de l'unité politique en question* »⁹⁹⁰. L'Etat cessera alors d'être souverain et par conséquent, d'exister en tant qu'Etat et ne sera plus, au mieux, qu'une forme d'organisation politique parmi d'autres, avec lesquelles ils se trouvera en concurrence : « *quelle que soit la situation, il résulte de cette confrontation avec l'éventualité de l'épreuve décisive, celle du combat effectif contre un ennemi effectif, que toute unité politique est nécessairement ou bien*

⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 71.

⁹⁹⁰ Carl Schmitt précisait d'ailleurs : « *quoi qu'il en soit, est politique tout regroupement qui se fait dans la perspective de l'épreuve de force. C'est pourquoi, il est, en toute occasion, le regroupement décisif et par conséquent, pour autant qu'elle existe, l'unité politique est le facteur décisif, l'autorité souveraine en ce sens qu'il lui revient nécessairement et par définition de trancher la décision décisive, tout exceptionnelle qu'elle soit* » ; *ibid.*, p. 78.

le centre de décision qui commande le regroupement ami-ennemi, et alors elle est souveraine dans ce sens, ou bien elle est tout simplement inexistante »⁹⁹¹.

2) Irréductibilité et continuité entre décision et système de normes

Nous ne reviendrons pas sur les divergences conceptuelles fondamentales qui existent entre Grundnorm, l’Idée de droit et la décision schmittienne (entre autres empirisme méthodologique contre réalisme empirique, science pure contre sociologie des concepts, récusation de l’histoire contre place de l’histoire dans la science du droit). Nous nous bornerons simplement ici à remarquer que malgré ces indéniables contradictions théoriques, toutes ces conceptions du droit reposent sur l’idée que le droit positif n’est que l’expression formelle d’un principe informel, ordonnateur et structurant du droit positif et dont le droit positif n’est que le révélateur.

Par delà les antagonismes, force est de constater il y a entre la pensée de ces des points de contact parfois étonnant. Nous en voulons pour preuve notamment ces quelques lignes qui sont de Burdeau mais que l’on prêterait volontiers à Schmitt⁹⁹² : « *L’opposition ami-ennemi divise le groupe lui-même, à l’intérieur duquel l’ennemi, c’est le déviant. En face de lui la cohésion sociale se défend par le droit pénal. Réaction que Durkheim tenait à juste titre pour évidente. □ Tout le monde sait, écrivait-il, qu’il y a une cohésion sociale dont la cause est dans une certaine conformité de toutes les consciences particulières à un type commun qui n’est autre que le type psychique de la société... C’est cette solidarité qu’exprime le droit répressif □⁹⁹³. Le déviant ou le marginal apparaît ainsi comme un révélateur du consensus. Si bien que rien ne fait mieux apparaître sa détérioration que l’acceptation par la société de ceux qui récusent les normes de la communauté. C’est là, assurément, une observation pénible, mais ce sont les faits qui y conduisent : pas d’unité sans exclus »⁹⁹⁴.*

De même, la Grundnorm, du fait qu’elle est le paradigme politique suprême de l’Etat et donc le schéma de représentation politique dominant de l’environnement politique, en définit les limites tout comme elle en conditionne la perception. Par conséquent, en même temps qu’elle constitue proprement le « point de vue », elle trace la perspective, donnant ainsi l’angle et la profondeur à l’analyse. Ainsi, nécessairement, la Grundnorm détermine et

⁹⁹¹ *Ibid.*, p. 79.

⁹⁹² Ce qui est d’autant plus étonnant que Burdeau semble avoir ignoré Schmitt : « *Il faut aussi noter la quasi-ignorance apparente de Carl Schmitt (qui n’était pas étranger à son collègue René Capitant) de la part de quelqu’un qui connaissait Ihering, Laband et Kelsen* », relève Jean Leca « Faut-il revisiter Georges Burdeau ? Retour sur une conception (□ dépassée □ ?) de la science politique d’un □ constitutionnaliste □ déçu et nostalgique », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.

⁹⁹³ Emile Durkheim, *De la division du travail social*, éd 1973, p. 73.

⁹⁹⁴ Georges Burdeau, *Traité de sciences politiques*, LGDJ, 3^e éd., 1980, t. 1, v. 1, p. 64.

polarise le champ politique dont les deux extrémités marquent le degré d'union ou de désunion des individus autour d'elle. Principe dynamique d'un système de normes dynamique pour reprendre les termes de Kelsen, la *Grundnorm* est le véhicule d'un système de valeurs qui, par nature, ordonne les choses du louable à l'inacceptable.

La Crise, quant à elle, naît de la contestation de la *Grundnorm* comme point de référence et axe de polarisation, et donc de structuration de la vie politique. Elle ne connaîtra son issue que lorsqu'une nouvelle *Grundnorm* aura émergé, ou plutôt, pour reprendre le mot de Kelsen, aura été « *supposée* »⁹⁹⁵, mais supposée suffisamment fort pour qu'elle puisse polariser autour d'elle la scène politique entre amis et ennemis⁹⁹⁶. De la *Grundnorm*, ainsi qu'il a déjà été dit, est émanée la Constitution, c'est-à-dire le mode d'organisation politique de l'Etat. Mais l'existence de la *Grundnorm* induit naturellement une division de l'ensemble de la scène politique entre amis et ennemis. Par conséquent, puisque la *Grundnorm* contribue à borner le champ des possibles politiques, certains modes d'organisation politique, c'est-à-dire certains types de Constitution ou de régimes, en seront rejetés. Mais chassés du terrain de l'expression concrète du politique, ils ne disparaîtront pas forcément et pourront subsister à l'état latent sous la forme d'aspirations déçues. Que le régime ne parvienne pas à donner satisfaction ou manque à ses obligations élémentaires et ils pourront devenir des points d'accrétion autour desquels s'agrègeront les mécontentements jusqu'à servir de base de contestation. En effet, s'ils permettent concrètement « *d'exprimer le degré extrême d'union ou de désunion, d'association ou de dissociation* » évoqué par Schmitt, ils reviendront dans le champ du politique. Sous cet angle, la Crise apparaît alors comme une rupture d'équilibre au sein de l'unité politique que l'Etat ne parvient plus à réaliser. Simple et inévitable contestation de son autorité quand l'Etat parvient encore à l'exercer, inhérente à l'existence d'une polarisation entre amis et ennemis, elle devient une contestation de son existence quand l'Etat, par faiblesse intérieure, se rend incapable d'y répondre, autrement dit, de désigner l'ennemi.

L'Etat cessera donc à ce moment-là d'être la communauté politique par excellence, et donc simplement d'être véritablement un Etat, bien qu'il puisse toujours en usurper le titre. Conservant la forme extérieure qui fut la sienne, il sera tel un cadavre, un corps mort qu'aucun principe animateur ne viendra vivifier. « *Il n'y a qu'une unité politique, une*

⁹⁹⁵ Carl Schmitt donne d'ailleurs une définition ou plutôt une « non définition » de l'exception sensiblement identique à celle que Kelsen donne de la *Grundnorm* : « *Il est impossible d'établir avec une clarté intégrale les moments où l'on se trouve dans un cas de nécessité [Notfall] ni de prédire, dans son contenu, ce à quoi il faut s'attendre dans ce cas, si véritablement il s'agit du cas de nécessité extrême et de son élimination. La présupposition comme le contenu de la compétence sont ici nécessairement illimités* ». Carl Schmitt, *Théologie politique I*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard, 1988 (1922), p. 23.

⁹⁹⁶ Emmanuel Tuchscherer, « Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre », *Mots. Les langages du politique*, 2004-1, pp.25-42.

communauté politique. La possibilité effective d'un regroupement en amis et ennemis suffit à créer, par-delà ce qui ne serait que société ou association, une unité dont la volonté est déterminante, qui est une réalité spécifiquement autre et un centre de décision vis-à-vis des autres associations. Si cette unité n'existe pas, fût-ce virtuellement, le politique lui-même cesse d'exister. Faire figurer, à la manière pluraliste, une association politique à côté d'une association religieuse, culturelle, économique ou autre, et la faire entrer en concurrence avec elles, cela n'est possible que pour autant que la nature du politique n'est pas perçue ou n'est pas prise en considération. Il est certain que le concept du politique se prête à des déductions dans le sens du pluralisme, nous le montrerons plus loin, mais celles-ci ne signifient pas qu'à l'intérieur d'une même unité politique la configuration ami-ennemi déterminante pourrait être remplacée par un pluralisme sans que soit détruit, avec cette unité, le politique lui-même »⁹⁹⁷.

Le rapport causal entre l'existence d'une communauté politique et la capacité de désignation de l'ennemi ne doit pas ici être inversé : ce n'est pas de la désignation de l'ennemi que naît la communauté politique. C'est l'existence préalable d'une communauté politique qui autorise la désignation de l'ennemi. La désignation effective de l'ennemi et sa réception par la communauté politique, ne sera que le révélateur de l'existence de cette dernière et par là même de son unité intérieure. De même, la polarisation de la scène politique entre amis et ennemis peut être toute relative, puisque la désignation effective d'un ennemi, même par une communauté politique ayant réalisé pleinement son unité intérieure, n'est pas forcément perçue ainsi par l'ennemi en question⁹⁹⁸. Ce faisant, ce dernier ne peut réaliser sa propre unité intérieure pour se constituer en communauté politique et ainsi présenter une résistance aux entreprises qui viseront à l'anéantir.

Dès lors, toute la force de l'Etat et par extension de toute communauté politique, quelle qu'elle soit, provient de sa capacité à maintenir sa cohésion intérieure pour demeurer la communauté politique par excellence. Dans un Etat, le premier élément de cohésion est sa *Grundnorm*, ou pour sortir du vocable kelsenien, le système de valeurs dont il se réclame et duquel tout le système normatif est émané, du cadre fonctionnel de l'appareil d'Etat jusqu'au plus insignifiant règlement d'application. Pour les raisons du temps, l'altération du fonctionnement de l'appareil d'Etat ou la sidération de la population peuvent interdire d'impulser ou de relayer la décision politique. Mais que subsiste dans les

⁹⁹⁷ Carl Schmitt, *La notion de politique - Théorie du partisan*, Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009, p.84.

⁹⁹⁸ Tel est le cas de « l'ennemi de classe » des marxistes, dont l'histoire a démontré qu'il s'agissait d'une notion floue et extensible à la fantaisie de ceux pour lesquels elle n'est plus qu'un slogan et un instrument de domination.

consciencés un système de valeur partagé par un noyau suffisamment large et il sera pour l'Etat, même réduit à presque rien, comme un point d'ancrage au milieu des tempêtes dans lequel il trouvera la force de son salut⁹⁹⁹. Qu'en revanche ce système de valeurs vienne à manquer et c'est tout le système normatif qui en est émané qui sera frappé d'un inexorable pourrissement. Une fois qu'aura été rompu l'indispensable lien entre la légalité et la légitimité dont elle est émanée, l'obéissance ne sera plus fondée, pendant un temps encore, que sur la seule force de l'habitude. A la manière des corps récemment privés de vie, l'Etat continuera d'être agité de soubresauts et d'effectuer machinalement les gestes qui furent ceux de son vivant. Puis, privé d'un principe directeur autour duquel ordonner son action, comme une coupole sans clef de voute, il s'effondrera sur lui-même. Parce que manque le lien entre légalité et légitimité, manque aussi le moyen de réaliser ou de maintenir l'unité politique. Car quand la nécessité l'exigera, manquera l'axe de référence permettant de distinguer l'ami de l'ennemi. La *Grundnorm*, ou système de valeurs, n'est pas comme un échafaudage qu'il serait possible d'enlever une fois l'édifice construit. Si la Constitution en est l'élément porteur qu'il faut entretenir, le système de valeurs qu'il incarne est la raison pour laquelle on l'entretient. A ce titre, il lui donne une raison d'être et lui est aussi indispensable que l'autel à l'Eglise, qui pourtant ne participe pas directement à la soutenir.

L'Empire romain dut sans doute sa grandeur autant que sa ruine à son système politique et ses errements, fruit du système de valeurs qui l'imprégnait, et qui faisait de la chose publique la fille de l'entreprise militaire. A ceux qui aspiraient à quelque grandeur, il fallait la gloire sous l'armure du soldat, avant de pouvoir revêtir la toge du sénateur. Quand l'Empire parvint au faîte de sa puissance, et que les défaites succédèrent aux victoires, le poignard offrit ce que le glaive ne pouvait plus arracher. L'intrigue de cour devint système de gouvernement et l'Empire dévora ses empereurs comme Saturne ses enfants. Mais soutenu jusqu'au bout par la croyance inébranlable en son système de valeurs, il fallut, malgré les tourments intérieurs de la guerre civile et des révoltes militaires, les assauts conjugués des deux rives de la Méditerranée et du cœur de l'Asie, pendant près d'un demi-millénaire, pour en arracher jusqu'au dernier lambeau et qu'enfin, tombe la Cité-Mère. De l'Empire, il ne resta que des ruines. Ce sont pourtant de ces ruines que furent jaloux les souverains du Moyen-Age, qui s'en disputèrent l'héritage et l'honneur exclusif de les restaurer. Du fond de son sépulcre, Rome rendait des accords auxquels ses continuateurs se pressaient de répondre. Le souvenir

⁹⁹⁹ Citons le Japon d'après 1945 dont le parcours est la démonstration parfaite ce que qu'offrent devant l'histoire les capacités de résilience de tout un peuple uni autour d'un même système de valeurs. V. Edwin Reischauer (Auteur), Richard Dubreuil (Traduction), *Histoire du Japon et des Japonais : Tome 2, De 1945 à nos jours*, Points, 2014.

de leurs accents était encore présent. La corde, pourtant, avait depuis longtemps cessé de vibrer.

Telle fut le poids dans l'Histoire du système de valeurs des Romains qui marqua de son empreinte si profondément leur cœur qu'il survécut encore quelques temps aux institutions dans lesquelles il s'était incarné. La III^e République emprunta le chemin exactement inverse. Fruit des visées contraires entre forces résolument antagonistes de son époque, elle ne dut son existence, bien plus qu'à la nécessité impérieuse de donner une Constitution à la France, aux calculs et aux ambitions des factions en présence¹⁰⁰⁰. Le Régime étant dépourvu de véritable système de valeurs, ce furent ces courants contraires qui en tinrent lieu de succédané, et effectivement, toute son histoire s'accorda à cet étrange diapason. La longue agonie dura plus de 70 ans. Pourtant, elle ne s'effondra pas d'elle-même. Elle survécut même à cette gigantesque entreprise de suicide européen que fut la Première guerre mondiale, et il fallut sa réplique de 1939 pour que sans regret, elle soit enfin emportée par le cours des événements. Les régimes politiques, véritables organismes politiques surajoutés à cet organisme social que sont les groupements humains, semblent comme les organismes biologiques, être régis par les lois de l'évolution : il ne suffit pas pour qu'ils disparaissent qu'ils soient simplement inadaptés. Il faut encore que, de manière plus radicale, il se trouve un prédateur pour les éliminer. Autrement dit, un ennemi.

Ce n'est donc pas la disparition du système de valeurs, qui est l'élément déclencheur de la Crise : elle n'en est que l'élément annonciateur, puisqu'elle rend le régime incapable d'organiser une réponse aux pressions qui pourraient s'exercer sur lui. La Crise quant à elle ne commencera véritablement que lorsqu'émergera un système de valeurs capable de concurrencer celui en place et que ce dernier ne pourra lui opposer de résistance. La fin de la IV^e République offre à ce titre une illustration frappante de ce qui vient d'être énoncé. Née des cendres d'une III^e République dont il n'était à l'esprit de personne d'invoquer les mânes, la IV^e République ne fut pourtant qu'une copie dont les traits avaient été si exagérés qu'elle finit par en être la caricature. Comme la III^e République, elle fut le fruit d'un mauvais compromis et son histoire se résume à une suite ininterrompue de crises ministérielles, la Haute administration tentant tant bien que mal de suppléer les carences d'un pouvoir en vacance permanente. Mal adoptée, mal aimée¹⁰⁰¹ et donc dépourvue de système de valeurs

¹⁰⁰⁰ Les circonstances absolument invraisemblables si elles n'étaient tellement vraies qui présidèrent à la naissance de la III^e République sont détaillés notamment sous la plume de Jacques Bainville, *Histoire de France*, Tallandier, coll. Texto, 2007, p. 503 et s.

¹⁰⁰¹ V. Bertrand Pauvert, *Droit constitutionnel – Théorie générale et V^e République*, Studyrama, coll. Panorama du droit, p. 170 et s.

propre, il ne se trouva personne pour la défendre lorsque par les hasards plus que par la force des circonstances, il se trouva une alliance conjoncturelle pour se décider à la jeter à bas. Le plus étonnant est qu'ils réussirent et cela en dépit du fait que les événements du 13 mai 1958 ne concernèrent qu'un nombre extrêmement réduit d'acteurs, unis par des péripéties qui les dépassaient et dont ils feignirent d'être les organisateurs. L'existence d'une conjuration peut bien être supposée et même avoir été tout à fait réelle, il demeure qu'un régime mieux affermi ne lui aurait jamais laissé profiter du succès de l'entreprise.

Correctement fédéré par ses principes fondateurs, le Régime n'aurait même pas contribué à créer une situation à partir de laquelle se serait développé parmi les hommes chargés au premier chef de le défendre, un sentiment de révolte et de dissension. La classe politique de l'époque offrit si volontiers la nuque du régime à la lame du bourreau que la crise du 13 mai 1958 ne fit pas la moindre victime. Mais même dans ce cas, l'atonie du régime n'a pas suffi à provoquer sa perte : il lui fallait aussi un ennemi. Relevons ici que la différence de degrés existant entre les systèmes de valeurs en confrontation n'a pas besoin d'être très prononcée pour qu'elle se traduise par une polarisation de la scène politique entre amis et ennemis : le Français de 1946 ne devait sans doute pas être très différent de celui de 1958.

§2) La Crise, outil de déstabilisation des Etats

L'emploi de la crise comme instrument de conduite des conflits a pour but de provoquer une polarisation de la population autour du centre de gravité que l'adversaire tente d'imposer à l'Etat cible. Nouvel instrument dans la conduite des conflits (A), le recours à la crise comme arme est consécutif à l'apparition d'une nouvelle forme de confrontation : la guerre subversive (B).

A) La Crise, nouvel instrument dans la conduite des conflits

Toute forme de conflit, parce qu'elle oblige au maintien de l'unité intérieure de l'Etat, oblige à la désignation d'un ennemi intérieur (1). Mais paradoxalement dans le même temps, cette désignation remet en cause cette même unité intérieure qu'elle avait justement pour objet de préserver (2).

1) Conflit et ennemi intérieur

En matière d'Etat, la forme primaire d'ennemi auquel il peut être confronté est celle d'un autre Etat et la forme primaire ou normale de confrontation entre eux est la guerre. Mais la guerre est un processus ouvert et même déclaré. Les opérations militaires sont conduites sous les couleurs des belligérants et seul le rapport de force existant entre-eux décide de l'issue du conflit. La déclaration de guerre constitue donc proprement la désignation d'un ennemi extérieur. Mais ainsi que le rappelle Carl Schmitt, même si le droit de déclarer la guerre, le *jus belli*, est une capacité qui appartient en propre à l'Etat, « *la tâche d'un Etat normal est avant tout de réaliser une pacification complète à l'intérieur des limites de l'Etat et de son territoire, à faire régner, "la tranquillité, la salubrité et l'ordre" et à créer de cette façon la situation normale, qui est la condition nécessaire pour que les normes du droit soient reconnues, étant donné que toute norme présuppose une situation normale et qu'il n'est pas de norme qui puisse faire autorité dans une situation totalement anormale par rapport à elle. Cette tâche nécessaire de pacification intra-étatique peut également amener l'Etat, lorsque la situation est critique, et tant qu'il subsiste comme unité politique, à définir de son propre chef l'ennemi du dedans, l'ennemi public* »¹⁰⁰². En d'autres termes, l'ennemi intérieur.

Avec la double obligation d'être « *respectée à l'extérieur, en paix à l'intérieur* »¹⁰⁰³, vient la nécessité de pouvoir mener le combat sur ces deux fronts. Mais si la désignation d'un ennemi extérieur participe au renforcement de l'unité politique intérieure, de par le nécessaire regroupement auquel la situation oblige, il en va tout autrement de la désignation d'un ennemi intérieur. Celle-ci entraîne mécaniquement le fractionnement intérieur de l'Etat ; « *cette désignation est, selon le comportement de celui qui a été déclaré ennemi de l'Etat, le signal de la guerre civile, c'est-à-dire de la désintégration de l'Etat en tant qu'unité politique organisée, pacifiée à l'intérieur, territorialement une et imprenable à l'étranger* ». De la victoire contre l'ennemi ainsi désigné dépend la survie de l'Etat, à tout le moins sous la forme qu'il possède au moment du déclenchement des hostilités. La désignation de l'ennemi intérieur, comme la déclaration de guerre, est là, encore, un processus ouvert et déclaré : elle est le plus souvent le terrain d'élection des procédures d'exception. Mais dans un cas comme dans l'autre, la désignation de l'ennemi est à la libre appréciation de l'Etat, seul à même d'estimer si l'existence de l'autre ainsi désigné constitue une menace au maintien de sa propre unité politique et donc de sa survie. La chose est de la plus extrême gravité, car non seulement

¹⁰⁰² Carl Schmitt, *La notion de politique – Théorie du partisan*, Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009, p. 86.

¹⁰⁰³ Attribuée usuellement à Raymond Aron, cette citation est peut être apocryphe.

les vies des ennemis se trouvent par là-même exposées, mais aussi -et surtout- celles de ceux qui se sont placés sous la protection de l'Etat. Carl Schmitt ne s'y trompe pas.

Quittant un instant le terrain du droit, de la raison pure et de la démonstration froide, Carl Schmitt écrit : *« mais il n'est pas de programme, pas d'idéal, de normes ou de finalité qui puisse conférer le droit de disposer de la vie physique d'autrui. Exiger des hommes, en toute sincérité, qu'ils tuent d'autres hommes et qu'ils soient prêts à mourir pour que le commerce et l'industrie des survivants soient florissants et pour que le pouvoir d'achat de leurs arrières neveux soit solide, c'est une atrocité, c'est de la démence. Maudire la guerre homicide et demander aux hommes de faire la guerre, de tuer et de se faire tuer pour qu'il n'y ait "plus jamais ça", c'est une imposture manifeste. La guerre, les hommes qui se battent, prêts à mourir, le fait de donner la mort à d'autres hommes qui sont eux dans le camp ennemi, rien de cela n'a de valeur normative, il s'agit au contraire, de valeurs purement existentielles, insérées dans la réalité d'une situation de lutte effective contre un ennemi réel, et qui n'ont rien à voir avec de quelques idéaux, programmes ou abstractions normatives. Il n'est pas de finalité rationnelle, pas de norme, si juste soit elle, pas de programme, si exemplaire soit il, pas d'idéal social, si beau soit il, pas de légitimité ni de légalité qui puissent justifier le fait que des êtres humains se tuent les uns les autres en leur nom. Car, si à l'origine de cet anéantissement physique de vies humaines, il n'y a pas la nécessité vitale de maintenir sa propre forme d'existence face à une négation tout aussi vitale de cette forme, rien d'autre ne saurait le justifier. S'il existe réellement des ennemis au sens existentiel du terme tel qu'on l'entend ici, il est logique, mais d'une logique exclusivement politique, de se défendre contre eux, si nécessaire par l'emploi de la force physique et de lutter contre eux »*¹⁰⁰⁴.

2) Ennemi intérieur et unité de l'Etat

Du fait même qu'elle emporte un risque de mort, la désignation de l'ennemi, extérieur ou intérieur, n'est pas sans incidence sur la stabilité de l'Etat¹⁰⁰⁵. En effet, indépendamment du système de valeur incarné par l'appareil d'Etat, la légitimité de ce dernier repose en dernier lieu sur sa faculté à maintenir la croyance auprès de la population en sa capacité à la protéger.

Or, en désignant ainsi un ennemi, l'Etat diffuse au sein de sa propre population un sentiment de peur dans le but d'y exalter les énergies de cohésion en vue de l'affrontement,

¹⁰⁰⁴ Carl Schmitt, *La notion de politique - Théorie du partisan*, Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009, p. 89.

¹⁰⁰⁵ Sur la notion d'ennemi intérieur, v. Bertrand Pauvert, « L'ennemi intérieur », communication au colloque Droit de la sécurité et de la défense 2015, organisé par l'Association française de droit de la sécurité et de la défense et l'Université de Bretagne occidentale (24-25 septembre 2015).

dont l'issue dépendra pour beaucoup de l'unité qu'elle sera capable de maintenir dans la lutte. Mais, dans le même temps, l'Etat se déclare lui-même l'ennemi de celui ainsi désigné et participe ainsi à provoquer un regroupement semblable chez l'adversaire, qui redoute tout autant son propre anéantissement. Mais avec la perspective de l'inéluctabilité de la confrontation vient légitimement planer le doute sur son issue, ce qui altère la croyance en la capacité de l'Etat à protéger la population. Ce faisant, à moins de supposer la population unie au destin de l'appareil d'Etat par un sentiment de loyauté fanatique et habitée par un souverain mépris de la mort, il se créera, au moins dans les consciences, une inclination d'esprit contraire aux buts poursuivis. L'appareil d'Etat devra alors consacrer une partie de ses forces à lutter contre elle pour empêcher une rupture de confiance à son endroit, la fin de l'unité politique qu'il réalise et donc tout simplement la fin de l'Etat. La désignation de l'ennemi est donc une arme à double tranchant. Elle permet bien de forger, dans la peur de la certitude de la lutte à venir et de son issue, un sentiment d'appartenance à un Tout plus grand à travers la nécessité d'avoir à en partager les honneurs et les servitudes. Mais comme pour les métaux soumis à la trempe, en même temps qu'elle participe à rendre l'unité de la population plus dure face aux rigueurs des événements, elle contribue également à la rendre plus cassante.

Parce que la lutte est désormais inévitable et qu'elle rapproche tout un chacun de l'Inéluctable, les lignes de partage qui traversent la population sur la conduite à tenir peuvent rapidement se muer en lignes de fracture. La désignation d'un ennemi se traduit donc mécaniquement par l'apparition d'un rapport de force au sein de l'Etat ; rapport de force susceptible d'aller à contre-courant de la volonté affichée de l'appareil d'Etat et duquel ce dernier n'est pas certain de sortir victorieux. Le type d'ennemi désigné et les circonstances dans lesquelles il est désigné ne sont pas sans incidence non plus sur la stabilité de l'Etat, puisqu'elles vont déterminer le périmètre de la lutte. Ainsi, lorsque l'ennemi est extérieur à l'Etat et qu'il s'agit d'un autre Etat, auquel la guerre est ouvertement déclarée, le périmètre de la lutte et par conséquent la latitude de moyens que l'Etat va se consentir, est déterminé par l'effet final recherché. Il ordonnera ses efforts en vue de la satisfaction des buts de guerre qu'il s'est assigné et le mouvement de réaction à la guerre qui naîtra, s'agrègera autour de l'opposition à ces derniers. L'intérêt de l'ennemi sera d'exploiter cette faiblesse dans la ligne adverse, en alimentant ce mouvement jusqu'à pouvoir s'engouffrer dans la brèche créée et ainsi idéalement la transformer en un conflit intérieur qui soit la réplique exacte du conflit extérieur. La déclaration de guerre emporte donc nécessairement, au moins à titre de potentialité, l'apparition d'un véritable front intérieur à partir duquel l'ennemi pourra mener

des opérations de guerre d'un genre singulier mais qui n'en appartient pas moins au registre des opérations de guerre : la subversion.

B) La guerre subversive, nouvelle forme de conflit

Si la guerre subversive, malgré son apparente novation, a laissé inchangée la nature profonde de la guerre (1), elle possède néanmoins des spécificités propres sur lesquels il faudra s'étendre (2).

1) Sur la nature de la guerre

Selon la formule bien connue de Clausewitz, la guerre, qui « *n'est que le prolongement de la politique par d'autres moyens* », est « *un acte de violence dont l'objectif est de contraindre l'adversaire à exécuter notre volonté* ». La subversion n'est pas autre chose, à ceci près que la violence s'exerce essentiellement, même si pas exclusivement, sur un plan différent de celui du métier des armes. L'objectif visé n'est pas celui d'une simple déstabilisation, même si celle-ci constitue une étape indispensable du processus, mais de parvenir à un renversement complet de loyauté d'une fraction essentielle de la population de l'Etat ciblé. Celle-ci doit se traduire par une conversion complète aux buts de guerre de celui qui était l'adversaire, d'abord par un retournement en sa faveur et un rassemblement autour de ses volontés, pour enfin, obtenir le remplacement de l'appareil d'Etat. La forme que peut prendre ce remplacement importe peu. Il peut aussi bien s'agir d'un nouveau régime que d'un nouveau gouvernement, l'essentiel est que sous sa nouvelle forme issue de l'entreprise subversive, il accorde ses volontés à celles de l'Etat autrefois ennemi. Il n'est ici même pas nécessaire qu'elles coïncident : il suffit qu'elles concordent. La façon dont est obtenue cette convergence de vue sera développée ultérieurement.

Du fait même que la désignation d'un ennemi extérieur est constitutive de l'apparition d'un rapport de force au sein de l'Etat, que l'ennemi extérieur ne manquera pas d'exploiter, l'Etat ne peut rester sans répliquer et doit désigner un ennemi intérieur. Lorsqu'une semblable désignation se fait dans le cadre plus général d'une guerre entre Etats, la désignation de l'ennemi intérieur est pour ainsi dire naturelle : il s'agira peu ou prou de toute personne qui par son attitude contribuera à prêter son concours aux visées de l'ennemi¹⁰⁰⁶. Le temps de guerre emporte usuellement, indifféremment des Etats, l'application d'un cadre juridique spécifique appréhendant par avance les conduites à tenir, aussi ne se pose-t-il pas plus de

¹⁰⁰⁶ Tout le Livre IV du Code pénal se rapporte à cette question, puisqu'il est consacré aux « crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique ».

problèmes que ceux déjà évoqués. La situation en revanche est toute différente lorsque la guerre n'est pas ouvertement déclarée. Une situation juridiquement qualifiée de paix entre deux Etats ne signifie en effet nullement l'absence d'intentions hostiles. La guerre en effet, est très loin de se limiter à une dimension uniquement militaire, contrairement à ce que l'énoncé du terme évoque immédiatement. Selon Clausewitz, qui pour l'avoir trop connue se gardait de la réduire à sa définition strictement juridique¹⁰⁰⁷, la guerre n'est qu'un moyen au service d'une fin. Le recours à la violence physique est le moyen. La fin recherchée est d'imposer sa volonté à l'ennemi. Pour parvenir à cette fin, il faut rendre l'ennemi incapable de se défendre¹⁰⁰⁸. Et pour ainsi le réduire à l'impuissance, il faut nécessairement en passer par l'action militaire.

Point sur lequel il sera revenu ultérieurement car il est d'une importance singulière, Clausewitz condamnait avec force et même avec mépris, les « *esprits philanthropiques qui pourraient concevoir l'existence de quelque méthode artificielle pour désarmer ou terrasser un adversaire sans lui infliger trop de blessures, et voir dans cette idée la vraie tendance de la guerre. Quelque spécieuse qu'en soit l'apparence, il importe de détruire cette erreur ; car, dans une chose aussi dangereuse que l'est la guerre, ce sont précisément les erreurs résultant de la bonté d'âme qui sont les plus pernicieuses. L'emploi de la violence physique dans toute son étendue n'exclut aucunement la coopération de l'intelligence. Il résulte que celui qui emploie cette violence avec brutalité, sans épargner le sang, acquiert la prépondérance sur un adversaire qui n'en agit pas de même, et lui dicte la loi. Les deux principes d'action opposés doivent donc croître jusqu'à l'absolu et n'être limités dans leurs effets que par les contrepoids qui leur sont inhérents. C'est ainsi que la chose doit être considérée et c'est s'agiter en vain et même à contresens que de méconnaître la nature de l'élément à cause de la répulsion qu'inspire sa rudesse* »¹⁰⁰⁹.

De cette analyse, Clausewitz tire un enseignement précieux : « *nous répéterons donc notre proposition : la guerre est un acte de violence à l'emploi de laquelle il n'existe pas de limite; les belligérants s'imposent mutuellement la loi; il en résulte une action réciproque qui, selon son concept, doit conduire aux extrêmes* »¹⁰¹⁰. Élément fondamental de sa doctrine de la guerre, la montée aux extrêmes, à laquelle oblige l'existence d'une symétrie dans les paramètres de comportement des belligérants, a d'autres implications. Puisque pour imposer

¹⁰⁰⁷ Clausewitz, *De la guerre*, Flammarion, Paris, 2014, p. 9 ; « nous n'essaierons pas de donner de la guerre une définition de publiciste ».

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.* ; nous soulignons.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 15.

sa volonté à l'ennemi, il faut le rendre incapable de se défendre, il faut qu'il soit placé dans une situation pire que celle qui résulterait de sa simple soumission. Surtout, il faut que la poursuite des hostilités dans cette situation ne puisse que l'empirer. Mais comme les buts de l'adversaire sont exactement similaires, il en découle que « *Tant que nous n'avons pas terrassé l'adversaire, nous devons craindre d'être terrassés nous-mêmes* ». Or, l'action pour terrasser l'ennemi devra être proportionnée à sa résistance, laquelle est fonction de « *la grandeur des moyens disponibles et la force de la volonté* » qu'une nouvelle fois, les belligérants chercheront chacun de leur côté à maximiser.

Mais la guerre, n'est pas une abstraction intellectuelle, réductible à un ensemble de paramètres simples, analogues à ceux qui régiraient une grandeur géométrique. Surtout, elle n'apparaît pas en génération spontanée : elle n'est pas un acte isolé, mais un processus obéissant à des lois et s'inscrivant lui-même dans une dynamique plus globale, impulsée par la volonté des belligérants. La volonté en effet « *n'est pas une donnée complètement indéterminée: parce qu'elle manifeste aujourd'hui, elle fait conjecturer ce qu'elle sera demain* »¹⁰¹¹. C'est donc par la perception qu'ont les belligérants de la volonté de leur adversaire, perception forcément affectée par le prisme de leur propre subjectivité, que chacun adapte son attitude en fonction de celle qu'il prête à son ennemi. Obligeant à des réajustements successifs face aux modifications des paramètres du conflit, modifications qui sont elles-mêmes la conséquence des mouvements de l'adversaire, la guerre ne se résume pas à une décision unique. Tout au contraire, elle présente l'apparence d'une succession de décisions adoptées par agrégation, chaque décision déterminant un nouvel état de l'environnement et servant de support à la suivante. Clausewitz observait à ce propos que « *d'après le caractère, les dispositions, la situation, les rapports de l'adversaire, chacune des deux parties peut conjecturer, suivant les lois de la probabilité, ce que fera l'autre, et régler en conséquence ses propres opérations* »¹⁰¹².

Ici ressurgit la nature profondément politique de la guerre, celle-ci n'étant jamais qu'un moyen au service d'une fin, ou autrement résumé, la somme des sacrifices qu'un Etat est exposé à consentir en vue de la satisfaction des objectifs poursuivis. La fin politique de la guerre devient donc pour l'Etat le canon et la mesure de son comportement. La fin politique en effet « *ne peut recevoir cette signification que lorsque nous la considérons dans ses influences sur les masses qu'elle doit faire mouvoir, d'où résulte que la nature de ces masses n'est pas indifférente. Il est évident par là que le résultat peut différer totalement suivant que*

¹⁰¹¹ *Ibid.* p. 29

¹⁰¹² *Ibid.*, p. 25.

*les masses renferment des principes qui en renforcent ou en affaiblissent l'action. Il peut exister entre deux nations ou Etats des tensions si énergiques, une telle somme d'éléments hostiles, qu'un motif politique très peu important par lui-même devient capable de provoquer des effets hors de proportion avec sa nature : une véritable explosion »*¹⁰¹³.

Tout à la fois acte de violence et acte de politique, les formes que la guerre est susceptible de prendre sont polarisées par sa double nature, entre le déchainement de violence inconditionnée et la simple perspective du recours à la violence programmée. Mais à l'ère moderne, si les types de formes de la guerre sont restés relativement inchangés, ses modalités ont, quant à elles, singulièrement évolué. Le développement technologique et le coût induit pour le maîtriser a ainsi réservé la possibilité de conduire des opérations militaires, à tout le moins des opérations militaires ayant quelque chance de succès, à un nombre extrêmement réduit d'Etats. Et seul un nombre plus réduit encore a pu entrer dans le club très fermé des détenteurs de l'arme atomique, sous la protection desquels tous les autres sont nécessairement conduits à se placer. Le différentiel technologique, mais surtout l'entrée de l'humanité dans l'âge de l'atome ont en effet fondamentalement modifié le visage de la guerre. Pour les Etats qui n'ont pu s'élever au niveau exigé, tout recours à la violence sous sa forme régulière comme exercice du *jus belli* contre une grande puissance est devenu *de facto* interdite, de par la certitude d'une défaite à l'issue de l'entreprise¹⁰¹⁴. Quant aux grandes puissances, la sanctuarisation de leurs territoires par le feu nucléaire ne les a rendues que plus conscientes qu'il pourrait bien être le dernier qu'elles allumeraient si elles devaient y avoir recours.

Ainsi, les seuls conflits qui furent menés dans l'Après-guerre sous la forme régulière d'une guerre ouverte entre Etats, le furent toujours entre une grande puissance détentrice de moyens immenses (la « *grandeur des moyens disponibles* » décrite par Clausewitz) et un pays qui n'avait pu se placer sous le patronage d'une autre ou était sorti de sa sphère d'influence¹⁰¹⁵. Pourtant, si la guerre en son sens juridique, du *jus belli*, semble avoir été quasiment disparue, la guerre au sens clausewitzien du terme, elle, est toujours là.

¹⁰¹³ *Ibid.*, p.26. Le terme d'explosion n'aurait pu être mieux choisi. Il est en effet un élément qui pour la bonne compréhension de la question étudiée doit ici être mentionné mais qui sera développé qu'ultérieurement : à l'ère atomique, c'est justement d'une semblable explosion que doivent garder les choix politiques des Etats.

¹⁰¹⁴ Les rares exceptions qu'il serait possible de découvrir ne font que confirmer cet état de fait. Ainsi, l'absurde et couteuse agression de la Géorgie contre la Russie en 2008 a abouti à la défaite prévisible de la Géorgie.

¹⁰¹⁵ Citons entre autres la guerre du Kosovo ou les deux guerres d'Irak.

2) Sur les spécificités de la guerre subversive

La possibilité du recours à la violence n'a en effet pas été abandonnée : c'est tout au contraire la perspective de son exaltation, traduite par l'emploi du feu nucléaire, véritable « *montée aux extrêmes* » sous une forme chimiquement pure et avec elle l'assurance d'une « *destruction mutuelle assurée* »¹⁰¹⁶ qui en a interdit l'emploi du fait de ses conséquences forcément négatives pour celui qui s'y abandonne. La guerre, il faut le rappeler, n'est qu'un moyen au service d'une fin et d'une fin politique : « *la guerre d'une communauté, de nations entières, et spécialement de nations civilisées, naît toujours d'une situation politique, et n'est déterminée que par un motif politique : elle constitue donc un acte politique* ». L'existence de semblables fins politiques est inhérente à l'existence même des Etats et nourrit leurs « *intentions hostiles* ». Les autres invariants du conflit sont quant à eux toujours présents : la fin dernière d'une guerre est toujours d'imposer sa volonté à l'ennemi et pour cela le moyen est encore de le réduire à l'impuissance en le rendant incapable de se défendre. La guerre n'est que le processus permettant d'atteindre cet objectif. En tant que processus, la guerre doit être distinguée de l'opération militaire, qui elle, ne se distingue pas de la guerre, et qui n'en est que l'asymptote. Ce faisant, elle n'en est pas la seule modalité. Le recours à la violence physique proprement dite, qui constitue le moyen usuel de mener la guerre, étant devenu presque impossible à mettre en œuvre de par l'équilibre général des forces en présence, les belligérants ont dû lui trouver une alternative. La guerre se poursuit donc, mais passe par d'autres vecteurs de violence que les opérations militaires.

Les conséquences sont très loin d'être positives pour les Etats ou l'Humanité : la perspective de la vitrification sous le feu nucléaire n'est pas éloignée du fait de la situation, puisque c'est de l'existence même de cette perspective que la situation découle¹⁰¹⁷. Quant à l'abandon obligé du droit de faire la guerre, le *jus ad bellum*, il va de pair avec celui du droit dans la guerre, le *jus in bello* et de tous les avantages que celui-ci comporte, notamment en

¹⁰¹⁶ La Destruction Mutuelle Assurée, autrement connue sous le nom d'équilibre de la terreur, est une doctrine militaire élaborée pendant la guerre froide, qui interdisait le recours effectif aux armes atomiques autrement que comme armes de dissuasion. La puissance de feu à disposition des deux blocs était en effet telle que son emploi n'aurait pu résulter qu'en leur anéantissement réciproque et avec lui, celui de l'humanité. En anglais, cette doctrine se dit « *Mutual Assured Destruction* » et son acronyme donne MAD, soit « dingue » ou « fou ». Elle n'est pas la seule doctrine d'emploi de l'arme nucléaire. Pour un panorama complet sur ces questions, v. Gastellier Laura, « Armes nucléaires et asymétrie. », *Revue internationale et stratégique*, 2003-3, n°51, pp. 97-101

¹⁰¹⁷ Sans mentionner spécifiquement le recours à l'arme atomique, Car Schmitt observait à ce propos : « *le caractère exceptionnel de cette situation, loin d'en annuler l'importance déterminante, fonde précisément celle-ci. Si, de nos jours, les guerres ne sont plus aussi nombreuses et aussi communes que jadis, en revanche, l'emprise totale et l'énormité de leur puissance de choc s'est accrue dans la proportion ou elles se sont faites moins fréquentes et moins banales et peut être plus encore* » ; *La notion de politique - Théorie du partisan*, Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009, p. 73.

matière de protection des populations et des prisonniers¹⁰¹⁸. En diminuant la concentration et l'intensité de la violence qu'impliquent les opérations militaires, du fait de l'impossibilité de les conduire, la poursuite des hostilités oblige, mécaniquement, à l'élargissement de l'assiette et l'intensification sur la durée d'autres formes de violence. Tout le droit de la guerre s'est construit autour de l'idée, qu'autant que faire se peut, seuls ceux qui la mènent doivent en subir les conséquences. De même que pour vaincre, l'emploi de tous les moyens n'est pas acceptable. Mais pour que les lois de la guerre trouvent à s'appliquer, la guerre doit être déclarée. Or, pour les raisons qui viennent d'être exposées, la confrontation militaire, forme classique de la guerre entre Etats, a été repoussée aux plus extrêmes frontières du champ des possibles. La guerre irrégulière est donc devenue la forme non pas normale, mais ordinaire de la guerre. Moins ouverte, son action, pour demeurer aussi efficace, doit être plus large et plus profonde.

Les professionnels de la guerre ne s'y sont pas trompés : « *depuis la fin de la dernière guerre mondiale, une nouvelle forme de guerre est née. Appelée parfois guerre subversive ou guerre révolutionnaire, elle diffère essentiellement des guerres du passé en ce sens que la victoire n'est pas attendue uniquement du choc de deux armées sur un champ de bataille. Ce choc, qui visait autrefois à anéantir une armée ennemie en une ou plusieurs batailles, ne se produit plus. La guerre est maintenant un ensemble d'actions de toutes natures (politiques, sociales, économiques, psychologiques, armées, etc.) qui vise le renversement du pouvoir établi dans un pays et son remplacement par un autre régime. Pour y parvenir, l'assaillant s'efforce d'exploiter les tensions internes du pays attaqué, les oppositions politiques, idéologiques, sociales, religieuses, économiques, susceptibles d'avoir une influence profonde sur les populations à conquérir* »¹⁰¹⁹.

La guerre moderne ou subversion, en réduisant l'espace du champ de bataille, entendu comme étant celui réservé uniquement aux opérations militaires, a élargi d'autant le champ du conflit. Ce faisant, elle a contribué à rendre floue la distinction entre combattants et non-combattants, qui, même s'ils pouvaient être distingués, se trouvent également exposés. Elle n'est nullement assimilable à une application « *de quelque méthode artificielle pour désarmer ou terrasser un adversaire sans lui infliger trop de blessures* », élaborée par des « *esprits philanthropiques* », pour reprendre les termes dédaigneux de Clausewitz. La guerre dite moderne n'en reste pas moins une guerre, dont les modalités sont simplement imposées par

¹⁰¹⁸ V. Denis Trierweiler, « Remarques sur la discrimination ami / ennemi et sur le " *jus publicum* " européen », *Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, nov. 2004, pp. 195-206.

¹⁰¹⁹ Roger Trinquier, *La guerre moderne*, Economica, coll. Stratégie et Doctrines, 2008, p. 5.

les nécessités du temps. Mais les paramètres généraux qui lui sont sous-jacents s'inscrivent dans la droite continuité de la pensée de Clausewitz, ce qui ne fait que confirmer *a posteriori* la validité de la permanence de ses intuitions : elle est plus que jamais « *un acte de violence dont l'objectif est de contraindre l'adversaire à exécuter notre volonté* », « *le prolongement de la politique par d'autres moyens* ».

« *Si nous considérons maintenant que la guerre procède d'une fin politique, il est naturel que ce motif premier, qui lui a donné l'existence, continue à conserver la haute main sur sa direction. Mais la fin politique n'est pas pour cela un législateur despotique, elle doit se plier à la nature du moyen : d'où il résulte que souvent elle se modifie profondément. Cela n'empêche pas qu'elle ne doive toujours être considérée en premier lieu. Ainsi la politique se prolongera à travers tout l'acte militaire, en exerçant sur lui une influence continue, autant que le permet la nature des forces qui s'y détendent* »¹⁰²⁰.

Ce sont sur les modalités de conduite concrète de cette nouvelle forme de guerre qu'il faut à présent nous pencher.

¹⁰²⁰ Clausewitz, *De la guerre*, Flammarion, Paris, 2014, p. 41.

Chapitre 2 : La Crise, instrument de déstabilisation de l'Etat

« *Quand les nations elles-mêmes prendront part à la guerre, tout changera de face ; les habitants d'un pays devenant soldats, on les traitera comme ennemis, la crainte de les avoir contre soi, l'inquiétude de les laisser derrière soi, les fera détruire. Ah ! C'était une heureuse invention que ce bel art, ce beau système de guerre moderne qui ne mettait en action qu'une certaine quantité de forces consacrées à vider la querelle des nations, et qui laissait en paix tout le reste, qui suppléait le nombre par la discipline, balançait les succès par la science et plaçait sans cesse des idées d'ordre et de conservation au milieu de cruelles nécessités que la guerre entraînait* »¹⁰²¹. Quand le Comte de Guibert couchait ces quelques mots sur le papier en 1790, dans son nouveau et sulfureux *Traité de tactique*¹⁰²², il était, sans doute, loin de supposer que ses intuitions, exactes et fondées, allaient de très loin être dépassées.

De tous les phénomènes susceptibles d'affecter les communautés humaines, la guerre est le plus absolu¹⁰²³. Peu importe ici les bornes dans lesquelles les définitions des juristes, des historiens ou des moralistes ont entendu l'enfermer. Parce qu'il pose à ceux qui s'y livrent ou qui y sont exposés une question d'ordre proprement vital, il s'impose dans toute son entièreté. Toutes les tentatives d'en limiter les dimensions apparaissent alors comme autant de points de vue particularisés et réducteurs de la réalité qu'ils recouvrent. Certes, ces points de vue sont dignes d'intérêts s'ils n'ont pas pour prétention d'être autre chose que l'analyse de problématiques multiples posées par un objet unique. Ils seront en revanche à impitoyablement rejetés comme infondés s'ils ont l'orgueil de vouloir réduire la guerre aux seuls aspects que leurs auteurs auront bien voulu lui laisser, pour se conformer à l'une ou l'autre de leurs conceptions étriquées. La guerre en effet est et à toujours été « *un acte de violence à l'emploi de laquelle il n'existe pas de limites ; les belligérants s'imposent mutuellement la loi ; il en résulte une action réciproque qui, selon son concept, doit conduire aux extrêmes* »¹⁰²⁴. Mais elle est aussi « *acte de violence ayant pour but de contraindre l'adversaire à accomplir notre volonté* »¹⁰²⁵, de le « *terrasser et de le rendre par là incapable de continuer la résistance* »¹⁰²⁶. Ce faisant, la guerre naît d'un acte de pure volonté dont le but

¹⁰²¹ Jacques-Antoine-Hippolyte de Guibert Londres, 1772 ; voir sur le site Gallica *De la force publique considérée dans tous ses rapports*, Didot, Paris, 1790, p. 118.

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ Vincent Desportes, *Comprendre la guerre*, Economica, coll. Stratégies et Doctrines, 2000, 2^e édition 2001.

¹⁰²⁴ Clausewitz, *De la guerre*, Flammarion, Paris, 2014, p. 15 ; termes soulignés par nos soins.

¹⁰²⁵ *Op. cit.*, p. 10.

¹⁰²⁶ *Ibid.*

est d'asservir à la sienne celle de l'adversaire. L'emploi absolu de la violence physique dans toute son étendue, qui « *n'exclut aucunement la coopération de l'intelligence* »¹⁰²⁷, n'est donc qu'un moyen au service d'une fin et plus précisément d'une « *fin politique, motif primitif de la guerre* »¹⁰²⁸. Fille de la politique, la guerre n'en est que la « *la continuation (...) avec d'autres moyens* »¹⁰²⁹.

Mais le genre humain n'a pas attendu Clausewitz et sa limpidité de plume pour conceptualiser avec la plus extrême exactitude une notion dont le principe et les manifestations sont immédiatement perceptibles par l'instinct le plus élémentaire et même, le plus primal. Expression parfois conditionnée d'une brutalité inconditionnée, la guerre est le terrain d'élection du darwinisme le plus brutal. Pour qui se trouve pris en situation de guerre, elle est la traduction la plus immédiate d'une remise en cause radicale des formes normales de l'existence, voire de l'existence elle-même. Par symétrie et puisqu'elle est l'expression la plus chimiquement pure d'une violence organisée, elle impose à ceux qui y sont exposés d'organiser la violence à leur tour, pour mieux y faire face. Impliquant la volonté consciente, volontaire et réfléchie de s'infliger mutuellement la mort, elle assujettit toutes les sphères des sociétés humaines à ses servitudes. Signe révélateur de son caractère total et absolu, la guerre est sans doute l'un des seuls phénomènes qui ne permet d'échapper aux rigueurs de ses lois... Qu'en acceptant de s'y soumettre. Toutes les objections que l'on pourra présenter, ne sauraient altérer cette réalité ; « *C'est ainsi que la chose doit être considérée et c'est s'agiter en vain et même à contresens que de méconnaître la nature de l'élément à cause de la répulsion qu'inspire sa rudesse* »¹⁰³⁰.

Mais parce que la guerre est tout cela, le genre humain a voulu qu'elle soit moins que cela. Phénomène de la plus extrême gravité, la guerre a très tôt et partout été perçue comme un phénomène qu'il convenait de limiter. Sun Tzu le premier, reconnaissait que « *la guerre est d'une importance vitale pour l'Etat. C'est le domaine de la vie et de mort* »¹⁰³¹, tout en estimant que tout n'était pas admissible dans la conduite des opérations militaires. Ni admissible, ni surtout souhaitable, car on ne doit jamais faire la guerre sans penser à la paix qu'il faudra instaurer plus tard. Ce n'est donc que poussé par la nécessité que le général avisé doit s'abandonner aux dernières extrémités : « *conservez les possessions des ennemis est ce*

¹⁰²⁷ *Op. cit.* p. 12.

¹⁰²⁸ *Op. cit.*, 11.

¹⁰²⁹ *Op. cit.*, p. 42.

¹⁰³⁰ *Op. cit.* p. 12.

¹⁰³¹ Sun Tzu, *L'art de la guerre*, traduit par le Père Amiot, éd. Mille et une nuits, sept. 2000. art. 1, p. 7. V. aussi sur Sun Tzu Jean-François Phelizon, *Relire l'Art de la guerre de Sun Tzu*, Economica, coll. Stratégies et Doctrines, 2000. Cela pour autant que l'historicité du personnage soit certaine.

que vous devez faire en premier lieu, comme ce qu'il y a de plus parfait ; les détruire doit être l'effet de la nécessité. Si un général agit ainsi, sa conduite ne différera pas de celle des plus vertueux personnages ; elle s'accordera avec le Ciel et la Terre, dont les opérations tendent à la production et à la conservation des choses plutôt qu'à leur destruction »¹⁰³². « Traitez bien les prisonniers, nourrissez-les comme vos propres soldats ; faites en sorte, sil se peut, qu'ils se trouvent mieux chez vous qu'ils ne le seraient dans leur propre patrie »¹⁰³³. Sensiblement à la même époque, de l'autre côté du monde, le récit de *La Guerre du Péloponnèse*¹⁰³⁴ révèle qu'existent en Grèce des préoccupations sensiblement identiques et des limites à ne pas franchir : les morts doivent être rendus à la terre, les cités épargnées de la fureur des hommes et les temples laissés aux Dieux. Et pour être certain de ne point offenser ces derniers, il conviendra de faire quartier aux captifs. Mais il faut une sérieuse dose d'ignorance ou de naïveté pour croire qu'en Asie ou en Grèce, ces règles aient été partout et tout le temps, scrupuleusement observées. Il convient simplement de relever qu'aussi loin que l'histoire le rapporte, des ensembles géo-civilisationnels très différents ont accepté l'introduction d'un principe modérateur dans les modalités de poursuite des buts de guerre. Mais toutes ces préventions reposaient sur l'idée implicitement admise d'une division naturelle entre combattants et non combattants, les premiers ayant seuls vocation à subir l'essentiel des conséquences de la conduite des opérations militaires. Corrélativement, cette idée s'accompagnait de celle d'une vision de la guerre comme un conflit entre unités politiques de base, capables de tirer de leur sein les combattants qu'elles lanceront dans la bataille.

Or, depuis Sun Tzu et Thucydide, il y eut l'introduction de la guerre de masse. Mais non point uniquement celle des guerres napoléoniennes et de la Nation en armes telles que devait se l'imaginer le Comte de Guibert, mais celles également de 1914 puis de 1939¹⁰³⁵. La taille des unités politiques de base est allée en s'accroissant et avec elle, celle des masses mobilisables. Désormais, la distinction entre combattants et non combattants se floute. Dans les tranchées de la Grande guerre, le soldat est souvent un civil en uniforme et l'ouvrier de l'arrière, qui le fournit en armes et munitions, un soldat en civil. Et les participants au conflit peuvent bien voir derrière l'homme sous l'uniforme un frère en humanité : il n'en demeure pas moins soldat par son uniforme et avec lui viennent les servitudes de sa fonction et surtout,

¹⁰³² Sun Tzu, *L'art de la guerre*, traduit par le Père Amiot, éd. Mille et une nuits, sept. 2000. Art 3, p. 16.

¹⁰³³ *Ibid.*, p. 15.

¹⁰³⁴ Thucydide, *La guerre du Péloponnèse*, traduction par Denis Roussel, Gallimard, coll. Folio classique, 1964.

¹⁰³⁵ Quoique la guerre de masse et la conscription soit associées à la Révolution française, il faut rappeler que c'est la Prusse qui a la paternité de la systématisation du recours à ce procédé. V. Thomas Hippler, *Soldats et citoyens*, Paris, Presses Universitaires de France, « Pratiques théoriques », 2006. V. notamment Chapitre VII. « Les réformes prussiennes et la conscription », pp. 255-297.

la première d'entre elle, le devoir de vaincre. De vaincre et donc d'anéantir ses semblables de l'armée adverse. Du temps de Machiavel, premier penseur de l'Etat moderne et promoteur des armées à base nationale¹⁰³⁶, l'anéantissement pouvait encore être limité : les guerres n'étaient menées qu'entre Principautés et pour y mettre fin, il suffisait le plus souvent « *d'éteindre la race des Princes qui y régnaient* »¹⁰³⁷. Plus rarement, il recommandait de ravager la Principauté soumise et de n'en rien laisser¹⁰³⁸. Mais à l'heure des Etats-Nations tout entiers tournés vers la guerre, où toutes les forces de l'industrie, des sciences et des arts sont mises au service de la victoire, où l'anéantissement doit-il s'arrêter ? Gageons que Machiavel ne devait pas songer que les Etats ne présentent jamais la configuration qu'ils possèdent désormais. Surtout, il ne pouvait supposer qu'avec les développements scientifiques récents, les hommes détiendraient un jour une puissance de destruction que les textes anciens ne donnaient qu'aux Dieux.

Car depuis qu'elle maîtrise le feu nucléaire, c'est bien à un feu prométhéen auquel le destin de l'humanité est désormais suspendu. Avec son apparition, c'est même la simple possibilité de faire la guerre sous sa forme classique qui est définitivement obérée. Obérée, mais non supprimée, car une guerre ne produit pas d'effets politiques mesurables uniquement lors de son déclenchement ou de son déroulé : c'est bien sa simple potentialité qui participe à agencer et construire l'équilibre général des forces et l'attitude d'un Etat à un moment donné. Or, le conflit nucléaire, par son ampleur et sa nature interdit toute spéculation objectivement fondée sur le devenir d'une nation ou même de l'humanité. Si conflit il doit y avoir, celui-ci doit être poursuivi sous une autre forme. C'est précisément à cette fin que répond l'apparition de la guerre dite « moderne », révolutionnaire ou subversive.

Le recours à la subversion dans la conduite des affaires humaines en général et de la guerre en particulier n'est pas chose nouvelle. Philippe II de Macédoine selon le mot qui lui est prêté, avait déjà remarqué qu'un âne chargé d'or peut passer des portes qui arrêtent des armées... Sun Tzu, avant lui, fait même l'apologie de ce type de confrontation permettant de gagner sans combattre et Thucydide rapporte de nombreux épisodes de la Guerre du Péloponnèse, au cours desquels renversements d'alliance et de gouvernement ont été menés par des hétaires soutenues par des puissances étrangères. Les exemples pourraient être multipliés à l'envi, en tout temps et en tous lieux ; il n'y a là rien que de très normal. Dans une

¹⁰³⁶ Machiavel, *Le Prince*, Librio, Paris, 2003, (Version originale en italien publiée en 1532, version française 1553), « Chapitre 13 : Des troupes auxiliaires, mixtes et nationaux », pp. 65-69.

¹⁰³⁷ Machiavel, *Le Prince*, Librio, Paris, 2003, (Version originale en italien publiée en 1532, version française 1553), p. 13.

¹⁰³⁸ *Ibid.*, p. 26.

affaire aussi sérieuse que la guerre, qui est une entreprise consistant à s'infliger mutuellement la mort, il est naturel que des groupements humains cherchent à obtenir les gains sans s'exposer aux risques. Ce qui est totalement nouveau en revanche est le caractère ordinaire et habituel pris par ce type de conflit, pourtant toujours perçu comme anormal et irrégulier.

L'accroissement tout au long des siècles de la puissance de feu à disposition des belligérants s'est accompagné de celui de la tension psychique exercée sur leurs esprits¹⁰³⁹. L'impossibilité ou plutôt l'absence d'intérêt devant laquelle se trouvent les Etats à déclencher un conflit classique pour trancher leurs différends les a conduits à opter pour un autre type de confrontation. Selon le vieux principe de concentration des efforts et dans le cadre de la guerre subversive, ce sont désormais les éléments psychiques de l'être -et eux quasi exclusivement- qui sont pris pour cible. L'homme est en effet, selon la brillante formule d'Ardant du Picq, « *l'instrument premier du combat* »¹⁰⁴⁰ et les forces morales qui l'animent ont toujours participé à soutenir l'effort de guerre. Par conséquent, elles ont toujours été l'objet de l'attention des amis comme des ennemis, qui cherchaient à les aviver, les saper ou les orienter, par des actions de propagande et contre-propagande. Mais alors que dans une guerre classique les actions de propagande sont le support des actions militaires, dans la guerre subversive, ce sont les actions militaires qui sont le support de la propagande. Désormais, le *theatrum belli* s'est étendu au théâtre de l'esprit et le brouillard de guerre a pénétré toutes les sphères de l'activité humaine. La guerre ne s'est jamais faite en dentelle et personne n'a jamais laissé l'ennemi tirer le premier, fut-il anglais... Mais désormais, le coup de poignard dans le dos est devenu la règle. Surtout la limite entre combattants et non combattants, est définitivement rompue et les procédés d'action psychologique sur les masses que les belligérants peuvent mettre en œuvre ne connaissent que les limites qu'ils veulent bien leur donner. Il n'y a plus de limite entre période de guerre et période de paix. Et en dernière analyse, la guerre subversive est simplement une guerre qui n'a simplement plus de limite. Une guerre ramenée à sa définition théorique clausewitzienne, totale, qui n'ignore rien et que rien n'ignore : « *en ceci, que non seulement elle marque une étape de plus mais une immense étape en direction de cette guerre totale vers laquelle semble inéluctablement, hélas, s'acheminer le Monde. Totale parce que non seulement elle mobilise vers cet effort de guerre toutes les puissances industrielles, commerciales, agricoles d'un pays, mais aussi parce*

¹⁰³⁹ Sur l'impact psychologique de la guerre sur ceux qui la mènent, v. Michel Goya, *Sous le feu. La mort comme hypothèse de travail*, Tallandier, coll. Texto, 2015 ; v. encore André Bach, « L'homme à l'épreuve du feu (1914-1918) », *Revue historique des armées* [En ligne], 267 | 2012, mis en ligne le 09 mai 2012, consulté le 14 avril 2016. URL : <http://rha.revues.org/7461>

¹⁰⁴⁰ Charles Ardant du Picq, *Etudes sur le combat*, Hachette, 1880.

qu'elle prend et pousse dans l'effort de guerre tous les enfants, toutes les femmes, tous les vieillards, tout ce qui pense, tout ce qui vit, tout ce qui respire avec toutes leurs forces d'amour, toutes leurs forces d'enthousiasme et toutes leurs forces de haine et qu'elle les jette dans la guerre. C'est là le facteur nouveau. Guerre totale parce qu'elle est une guerre qui prend les âmes comme les corps et les plie à l'obéissance et à l'effort de guerre [...] Voilà, Messieurs, le premier principe de base de guerre révolutionnaire qui est une guerre avec la masse et où la masse est à prendre »¹⁰⁴¹.

Le but premier de la guerre subversive est de parvenir à induire une situation de rupture et donc de crise, au sein de l'Etat pris pour cible. La crise n'est plus une situation que l'on cherche à prévenir : elle est devenue un phénomène que l'on cherche à provoquer. Les raisons du recours à la crise comme instrument de conduite des conflits (Section 1) devront d'abord être exposées, pour ensuite comprendre les spécificités induites par l'emploi de cette nouvelle arme de guerre (Section 2).

Section 1 : Les causes du recours à la crise comme instrument de conduite des conflits

Au même titre qu'il y a pu y avoir dans l'histoire des guerres de position ou des guerres de mouvement, il y a désormais des guerres de crises. L'apparition de la bombe atomique et avec elle de perspectives d'anéantissement inconnues jusqu'alors, a éloigné les possibilités de recours à la lutte armée comme mode normal de résolution des conflits. Pour autant, la fin des formes classiques et ordinaires de conflits entre les Etats (§1) ne signifie pas pour autant fin de la guerre elle-même. Celle-ci se poursuit simplement sous une forme nouvelle dite irrégulière (§2), parce que sortant de nos conceptions habituelles. Quand autrefois, porter la guerre chez l'ennemi, c'était porter des troupes en deçà de ses frontières, désormais, c'est d'abord y porter la crise.

§1) L'abandon des formes classiques des conflits entre Etats

La révélation des liens existants entre mutations de la guerre et mutations de l'Etat (A) doit permettre de comprendre les raisons du déclin du modèle westphalien de la guerre (B).

¹⁰⁴¹ Sur les premières expériences de la guerre révolutionnaire par le Colonel Lacheroy et une synthèse de sa pensée, v. Marie-Catherine et Paul Villatoux, « Aux origines de la "guerre révolutionnaire" : le colonel Lacheroy parle », *Revue historique des armées* [En ligne], 2012, n° 268, mis en ligne le 2 août 2012, consulté le 14 avril 2016. URL : <http://rha.revues.org/7512>

A) Mutations de la guerre et mutations de l'Etat

Fruit de la lente maturation imposée par les siècles, produit de la permanence de notre nature et des contingences de l'Histoire, phénomène humain né au confluent du hasard et de la nécessité, l'Etat sous sa forme moderne apparaît comme l'aboutissement d'un processus initié à l'aube des peuples. Forgé par le temps et modelé par les événements qu'il a dû traverser, produit de lentes sédimentations successives, l'Etat, comme le diamant ou tout ce qui est précieux, vient des profondeurs du passé. Son existence, il la doit aux circonstances qu'il a surmontées. Il possède sa raison d'être, sinon il ne serait pas. Il a ses vertus, sinon il ne serait plus. Bâti pour la survie, ses spécificités font sa force ; elles sont aussi ses faiblesses, qui rendent ce modèle classique vulnérable aux nouvelles formes de guerre (1). L'Etat en effet, fut construit par une impitoyable sélection par essai-erreur pour gagner des guerres qu'il n'a plus à mener. Or, une étroite relation existe entre forme d'Etat et forme de guerre (2).

1) Le modèle classique de l'Etat face aux nouvelles formes de guerre

Pour l'Etat, être en situation de crise signifie se trouver dans l'incapacité de répondre à une situation donnée. Alors, l'Etat, pris en tant que système organisateur par excellence de la société, se trouve dans l'incapacité, face à un événement menaçant son existence, d'élaborer une réponse adaptée. Plus précisément, il y a crise lorsqu'il y a rupture, soit au sein même des éléments constitutifs de l'Etat, soit entre ces éléments eux-mêmes et plus particulièrement entre la population et l'appareil d'Etat. Cette dernière hypothèse, plus grave, car signe de maux plus profonds et plus durables, se produit lorsque l'Etat ne parvient plus à réaliser sa cohésion intérieure et que, les forces centrifuges qui l'agitent gagnant sur les forces centripètes, il se trouve frappé par le délitement. De tous les éléments constitutifs de l'Etat, à savoir le territoire, la population et les institutions, il a été relevé que la population est le plus important. Elément médian et donc intermédiaire entre le territoire et les institutions, la population s'est constituée par sédimentation et a réalisé son unité politique sous les effets de la lente maturation imposée par les siècles ; processus faisant d'elle le produit de son environnement. Ses structures mentales portent l'empreinte des événements qu'elle a dû traverser et d'où elle tire son identité ; identité dont le mode d'organisation politique n'est jamais que la projection. Mais la population, initialement bâtisseur du système politique dans lequel s'incarne sa destinée, va peu à peu en devenir le matériau. L'Histoire voit s'accroître la population et son degré d'union ; mouvement s'accompagnant d'une sophistication graduelle insensible du système politique. De ce mouvement résulte le fait que les aspirations de la population vont être subordonnées à celle d'une strate nouvellement apparue, se surajoutant à

celle de la population : les institutions. Pour la conduire à travers les âges, la population a en effet besoin de se doter d'organes pérennes ou possédant à tout le moins une durée de vie supérieure à celle des hommes qui les animent. Il en résulte que les institutions gagnent progressivement une existence de plus en plus distincte de celle de la population, tandis qu'inversement, le devenir de la population se voit plus étroitement lié au sens et à la direction que lui donnent les institutions.

Naturellement, le développement ainsi décrit ne doit pas être envisagé trop strictement et l'idée exposée ne peut en aucun cas se voir assimilée à celle d'une marche inéluctable de l'Histoire. La communion entre une population et ses institutions est toujours contingente et évolutive, selon l'époque et la situation dans laquelle elle s'inscrit, ainsi qu'en fonction des caractères du peuple auquel elle s'applique. Mais le processus dont il est question peut cependant être conceptualisé comme un mouvement général, une direction donnée par le cours habituel des choses sur laquelle les communautés humaines se trouvent naturellement engagées jusqu'à ce que les vicissitudes de leur destin les en détournent. Surtout, il est important de retenir qu'indépendamment de la forme du régime politique de l'Etat ou du degré d'unité régnant en son sein, la population et les institutions en constituent toujours les deux pôles, entre lesquels existe une double relation qui objective la décision politique. De la population vers les institutions d'abord, puisque la population a contribué initialement à les façonner et qu'elle cherche par la suite à leur relayer ses aspirations ; des institutions vers la population ensuite, qui doivent s'en faire obéir.

Mais, si la vie politique de l'Etat ne se matérialise que sous l'effet des rapports (ou de l'absence de rapport) entre les institutions et la population, c'est néanmoins bien cette dernière qui constitue l'élément principal de la relation : qu'elle l'impulse ou qu'elle la subisse, elle en demeure en effet toujours le support. Que le support vienne à manquer et s'ouvrira alors pour l'Etat une période de crise à l'issue de laquelle il ne sera sans doute pas amené à survivre sous la forme qu'il possédait lors de son déclenchement. Le processus théorique ainsi que les étapes successives suivies par la crise ont été décrits¹⁰⁴², mais justement, en tant que processus uniquement et même comme un processus essentiellement accidentel dont il faut se prémunir. La possibilité que la crise soit utilisée comme un procédé, de façon consciente, volontaire et réfléchi pour infléchir la conduite des affaires de l'Etat voire sa forme, si elle a bien été évoquée doit maintenant être précisée dans ses détails.

¹⁰⁴² V. *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1 : La Crise, phénomène de dissolution de l'Etat, pp. 377-422.

2) Les relations entre formes de l'Etat et formes de guerres

Cette possibilité de l'utilisation de la crise comme procédé s'est vue actualisée sous les effets de la mutation d'un phénomène si ancien qu'on aurait pu le croire immuable : celui de la guerre et plus précisément de son modèle westphalien et de ses avatars. Celui-ci reposait sur l'idée que la forme ordinaire de la guerre était celle d'un conflit entre Etats, par armées interposées et composées de soldats portant l'uniforme ; soldats ainsi distinguables de la masse des populations non-belligérantes. De ce modèle était extrapolé un système de normes visant à limiter le panel d'actions que pouvaient entreprendre les belligérants et par là même, l'impact de la guerre. Ainsi que le relevait Carl Schmitt, « *de nos jours encore, ce droit est dit le droit classique de la guerre, et c'est une appellation méritée. Car il comporte des distinctions nettes, principalement entre guerre et paix, entre combattants et non-combattants, entre un ennemi et un criminel. La guerre y est conduite d'Etats à Etats en tant que guerre des armées étatiques régulières entre sujets souverain d'un jus belli, qui se respectent jusque dans la guerre en tant qu'ennemis sans se discriminer mutuellement comme des criminels, de sorte que la conclusion d'une paix est possible et même demeure l'issue normale et toute naturelle de la guerre* »¹⁰⁴³.

Car c'est là le principal mérite du droit classique de la guerre : en même temps qu'il la consacre, il la limite en lui imposant des bornes nettes et immédiatement perceptibles. Tout conflit ou action armée ne répondant pas aux critères stricts posés par le modèle westphalien de la guerre régulière, entre dans le champ de l'irrégularité. Pour autant, ce modèle, a désormais vécu. S'il n'a pas *stricto sensu* disparu, il s'est vu par la force des choses et alors même qu'il définit ce qu'est une guerre régulière, rejeté dans le champ de l'exception, tandis que les formes de guerres irrégulières sont, elles, devenues la forme ordinaire des conflits.

L'apparition du *jus publicumeuropaeum* fut en effet le produit de la rencontre de deux phénomènes qui observés isolément laissent pourtant le sentiment d'être portés par des courants contraires. Le premier de ces phénomènes est né de la logique de la tripartition fonctionnelle originelle propre aux civilisations indo-européennes¹⁰⁴⁴ et de la nécessaire spécialisation à laquelle oblige le métier des armes. Ce phénomène réserve donc la pratique de la guerre à une caste d'individus ou à tout le moins à une fraction plus ou moins réduite de la population. Le deuxième phénomène quant à lui, paradoxal au regard du premier, est celui de la massification croissante de la guerre.

¹⁰⁴³ Carl Schmitt, *La notion de politique - Théorie du partisan*, Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009, p. 212.

¹⁰⁴⁴ V. not. Georges Dumézil, *Mythe et épopée (I, II, III)*, Gallimard, Coll. Quarto, 2014. L'œuvre de Dumézil mériterait d'être citée dans son intégralité.

Dès l'aube de la civilisation et d'aussi loin que l'Histoire le rapporte, la tâche de faire la guerre, parce qu'elle engage la vie de ceux qui s'y livrent et que le panel de qualités à réunir pour s'y adonner est extrêmement large, a toujours été confiée à un groupe d'hommes plus ou moins étroit. Même Rome et la Grèce antique, avec leurs armées de citoyens-soldats, ne firent pas exception à cette règle, la qualité de citoyen étant loin d'être répandue dans l'ensemble de la population et des conditions de fortune se surajoutant encore pour la capacité à rejoindre certains corps¹⁰⁴⁵. Dans le même temps et parce que la guerre est le terrain d'élection du darwinisme le plus brutal, les nécessités que s'imposent mutuellement les belligérants les obligent à s'y adapter ou à disparaître. Cette adaptation ne va pas sans le développement d'une certaine forme d'organisation et par la force des choses, d'une certaine forme de centralisation, mouvement entraînant l'apparition ou l'évolution d'une techn-structure capable de la diriger et l'accompagner. Les modalités concrètes d'exercice de la guerre ne peuvent donc être réduites à un simple problème de nature technique dont il n'appartiendrait qu'aux spécialistes de la question militaire de discuter : il s'agit bien d'un vecteur d'unification politique d'une population impactant directement la forme d'organisation politique qu'elle se donnera. L'examen du fonctionnement de l'organisation, de sa nature, de son niveau de sophistication et en dernier lieu, d'adéquation à la menace à laquelle il faut répondre est d'une importance non seulement fondamentale, mais aussi et surtout, proprement vitale. Hors l'observateur soucieux de ces questions, il n'appartient qu'à la marche de l'histoire de juger par le fait la viabilité des choix qui ont été faits. De tous les éléments ordonnateurs et structurants de la vie politique d'une population, son aptitude à faire la guerre est le plus irréductible, car de lui et de lui seul peut dépendre la survie de la population elle-même.

« Les entités ne parvenant pas à s'adapter au nouveau type de guerre sont condamnées à disparaître. C'est pourquoi il est nécessaire de bien comprendre les implications de l'émergence historique d'un nouveau système d'arme : non la simple substitution d'un armement par un autre, mais la définition d'une nouvelle structure pour faire la guerre. Car, au même titre que la guerre est antérieure à l'État, l'outil militaire prime sur la structure politique : c'est cette dernière qui doit s'adapter d'après les besoins définis pour faire la guerre. On peut s'en faire une meilleure idée en se reportant au renouveau de la cavalerie lourde à la charnière de l'Antiquité et du Moyen Age. Les

¹⁰⁴⁵ En plus de conditions de naissance qui devait permettre de s'assurer de l'ancienneté de la souche des combattants et donc de leur loyauté, les soldats devaient être en mesure de payer leur équipement. Seuls les plus riches pouvaient donc rejoindre les rangs de la cavalerie ou de l'infanterie lourde.

différentes invasions barbares entre le V^e et le VIII^e siècle imposent cette évolution de l'art de la guerre : Huns, Avars, et autres Vandales sont avant tout de remarquables cavaliers, dont la mobilité et la rapidité surclassent systématiquement celle de leurs adversaires. Les empires perse et byzantin trouvent la parade dans le cavalier cuirassé, connu sous le nom de cataphracte. Mais ceci entraîne des coûts exorbitants pour l'époque (élevage de chevaux, formation et entretien des cavaliers) et les deux empires doivent se centraliser pour faire face à de telles dépenses. En Europe occidentale à la même époque, la situation est la même : les cavaliers barbares déferlent sur les populations locales et la réponse militaire ne peut donc être qu'identique à celle apportée par les deux empires susmentionnés.

Cependant, les services étatiques sont inexistantes en Occident à ce moment-là ; la situation institutionnelle est plutôt celle de l'anarchie et du chaos. Toute centralisation est impensable, pourtant il faut trouver le moyen de se doter de cette arme. Partant, en lieu et place de l'organisation impériale perse et byzantine, on a recours à la décentralisation : les cavaliers (chevaliers) reçoivent chacun une terre en échange du service militaire, à charge pour eux de pourvoir à leur propre entretien et au recrutement de quelques compagnons d'armes. [...] Autrement dit, la structure socio-politique se forme en fonction de l'outil militaire, le facteur décisif résidant dans l'arme (au sens large) utilisée pour faire la guerre »¹⁰⁴⁶.

C'est donc le système d'arme dominant à une époque donnée, à savoir l'alliance entre une arme et un vecteur d'action, qui fait le système de gouvernement. Vraie pour le cataphracte byzantin et le chevalier européen, la démonstration le demeure pour tous les systèmes d'arme dominant à une époque donnée. Elle le demeure pour les régiments de mousquetaires qui mirent fin à la suprématie sur les champs de bataille de l'aristocratie d'armes qu'était la noblesse. La possibilité d'aligner de vastes contingents de soldats sachant manier le mousquet à l'unisson, tenir sous le feu ennemi ou marcher et manœuvrer en formation, nécessita en effet la création d'une armée permanente. La constitution d'une semblable armée quant à elle, fut autorisée seulement par l'émergence de l'absolutisme monarchique, qui lui-même fut facilité par la mise en retrait obligée de la noblesse, notamment due au développement de nouvelles techniques de combat.

Le lien étroit entre système d'arme dominant et forme de l'Etat est encore révélé tout au long de l'Histoire, par l'observation de chaque système d'arme dominant à une époque donnée. Citons entre autres le vaisseau de 74 canons, le cuirassé, le sous-marin, le porte-

¹⁰⁴⁶ V. Bernard Witch, « Une révolution militaire en sous-sol, le retour du modèle templier », *Stratégique*, n° 93-94-95-96, 2009, p. 724.

avions ou les missiles nucléaires. Tous ont nécessité, pour leur développement, l'essor de régimes puissamment centralisateurs, capables de mobiliser des secteurs sans cesse plus nombreux de la société pour satisfaire aux besoins de la guerre.

C'est là l'un des effets assez contre-intuitifs de la professionnalisation croissante de l'activité militaire. La multiplication des champs de spécialités qu'il est nécessaire de maîtriser pour vaincre, loin de réduire la proportion concernée de la population à une portion toujours plus congrue, a mécaniquement profondément élargi l'assiette des énergies et talents à rassembler pour soutenir l'effort de guerre. Effort de guerre auquel il faut d'ailleurs que la population accepte de consentir, même en temps de paix. D'abord parce que la crainte que peut susciter chez un éventuel adversaire un appareil de combat en bon état de remplir son office est encore la garantie la plus sûre de repousser la perspective d'une confrontation. Ensuite, parce que la guerre devenant affaire de spécialistes, elle devient aussi occupation à plein temps et que, par conséquent, il convient de donner au guerrier une solde pour qu'il devienne pleinement soldat. Et dans un domaine aussi essentiel, touchant au plus près à la survie de la population, il est hors de question pour les pouvoirs publics de regarder de trop près à la dépense. C'est particulièrement vrai dans les premiers temps de l'Histoire où le différentiel technologique entre les belligérants est toujours mince et où le nombre d'hommes pouvant être engagés demeure le principal vecteur de victoire. La militarisation de la société n'en est par conséquent que plus sensible et l'examen des effets de la réforme marianique de l'armée romaine en offre une illustration frappante¹⁰⁴⁷.

B) La crise du modèle westphalien de la guerre

Tout au long du Moyen-Age, a prévalu le concept du conflit comme duel entre membres d'une même caste, prédestinée à cette tâche. Le modèle westphalien de la guerre a transposé ce concept aux Etats modernes nouvellement apparus, consacrant l'idée de la guerre comme affrontement symétrique et étatique. Toujours irriguée par la pensée du Moyen-Age et celle de l'Eglise, cette idée s'accompagnait du souci autant que du souhait de ne voir pâtir du jugement des armes que ceux qui participaient à le rendre. Mais, cette recherche de la protection de la population (1) se conciliait mal, à l'heure de la massification croissante de la

¹⁰⁴⁷ Les pertes colossales enregistrées par l'armée romaine obligèrent Marius à ouvrir les rangs des légions à ceux qui pour des raisons de fortune en avaient été jusque là exclus. Ces nouveaux arrivés dans l'armée furent le socle sur lequel Marius s'appuya pour arriver au sommet du pouvoir. Loin de se limiter à n'être qu'une simple réforme militaire, elle marqua profondément la destinée de l'Empire. Le peuple, au sens le plus large, et plus particulièrement le peuple sous les drapeaux devint une variable de l'exercice du pouvoir sur laquelle celui qui voulait l'exercer allait apprendre à devoir compter. V. Thierry Camous, *Orients/Occidents, vingt-cinq siècles de guerres*, Paris, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 2007, pp. 57-70. V. encore Jean-Michel David, *La République romaine*, Coll. Point, Seuil, Paris, 2000.

guerre, avec l'élargissement de l'assiette de ce qui pouvait être tenu pour des objectifs militaires valables et parmi eux, la population elle-même (2).

1) La recherche de la protection de la population

En même temps que la guerre évolue, sa massification oblige à l'adoption de règles plus étroites dans les moyens de la conduire. Très tôt en effet, dans une affaire aussi sérieuse que celle impliquant l'intention de s'infliger mutuellement la mort, apparaît l'idée que le belligérant d'en face est un adversaire avec lequel il sera peut être nécessaire un jour de s'entendre, plutôt qu'un ennemi irréductible à impitoyablement exterminer. Ce faisant, tous les moyens ne sont pas admissibles pour le vaincre. Il importe peu qu'il s'agisse de règles tacites tenues pour marquées du sceau de l'évidence ou qu'elles aient fait l'objet d'une formalisation quelconque. Il n'importe pas plus de déterminer si des considérations humanistes ont conduit à leur reconnaissance ou si, plus prosaïquement, seul l'esprit de calcul a prévalu, les camps en présence se gardant de se montrer trop ignominieux dans leur conduite, de crainte de n'avoir à subir à leur tour des excès de leur adversaire si la victoire leur échappait. Seul compte, dans la conduite du conflit, le fait que ces règles soient considérées comme telles et qu'elles soient plus ou moins observées. Ainsi « *dans la conscience des Grecs, il y a une certaine conscience de ce qui se fait et de ce qui ne se fait pas durant les conflits. On peut en faire la liste des interdits comme suit : ne pas utiliser des armes interdites ; ne pas empoisonner les eaux ; ne pas priver d'eau une Cité ; ne pas utiliser la tromperie ; ne pas chercher à détruire l'adversaire sur le champ de bataille et encore moins sa Cité ; empêcher l'adversaire de reprendre ses morts pour les laisser sans sépulture ; ne pas tuer les prisonniers* »¹⁰⁴⁸.

Le modèle westphalien de la guerre apparaît avec les traités du même nom qui viendront refermer la longue période de la guerre de Trente Ans¹⁰⁴⁹. Événement charnière dans le domaine de la politique, elle fut initiée comme l'une des dernières guerres de religion et se poursuivit comme un conflit entre grandes féodalités. Elle se clôtura sur un accord entre ce qu'il convenait dorénavant d'appeler les grandes puissances européennes et qui vit la naissance des Etats modernes ; Etats dont le destin allait bientôt s'éloigner de celui des grandes maisons princières qui les avaient enfantés. Événement charnière également dans la

¹⁰⁴⁸ V. Jean-Nicolas Corvisier, « La guerre irrégulière dans le monde grec antique », *Stratégique*, n° 93-94-95-96, 2009, p. 81.

¹⁰⁴⁹ Sur la guerre de Trente ans, v. Henry Bogdan, *La guerre de Trente ans*, Perrin, coll. Tempus, 2006. V. également Victor-Lucien Tapié, *La Guerre de Trente ans*, Centre de documentation universitaire, coll. Les cours de Sorbonne, 1967.

manière de conduire les conflits, puisque devant la nécessité de recourir à des soldats professionnels mais en l'absence de véritables armées nationales, il fallut employer de vastes contingents de mercenaires. Mal encadrés, mal disciplinés, mus par un esprit de lucre et conduits par des chefs qui n'avaient aucun intérêt à tempérer leurs excès, cette soldatesque peu sûre mais rendue puissante par des effectifs inconnus jusqu'alors, prit rapidement l'habitude de se servir sur l'habitant et de laisser libre cours à tous ses dérèglements. Au final, ces « *compagnies* », à moitié débandées et rendues à l'état de soudards, saignèrent démographiquement le Saint-Empire, plus profondément et plus durablement que les batailles elles-mêmes. Ainsi, pour la première fois de l'histoire européenne depuis l'Empire romain, les populations civiles payèrent un tribut effroyable à la guerre et dans certaines régions, les pertes se montèrent à plus des deux tiers de la population¹⁰⁵⁰. Mais le souvenir des atrocités de la guerre de Trente Ans s'accompagna du désir de ne pas les voir renouvelés et de l'idée que la guerre devrait être enfermée dans les bornes imposées par la nécessité. Cette pensée, articulée autour d'une conception de la guerre comme un affrontement symétrique et étatique dont seuls les princes et leurs agents devraient idéalement avoir à subir les conséquences, sera à l'origine du *jus publicumeuropaeum* et alimentera son développement jusqu'à nos jours¹⁰⁵¹.

Pourtant, en 1674 déjà, moins d'un quart de siècle après la signature du Traité de Westphalie, se produisit l'épisode du premier ravage du Palatinat, qui dans toutes les cours d'Europe, souleva un cri d'horreur. En 1689 encore, l'épisode se répète, toujours au Palatinat et à nouveau, dans le concert des nations, c'est celui des plaintes qui domine. Pourtant, les raisons qui, pendant la guerre de Trente Ans, ont conduit à ce type d'actes apparaissent ici absentes. Pendant la guerre de Trente Ans en effet, les malheurs du temps, dus pour l'essentiel au recours massif au mercenariat et bien que découlant directement des opérations militaires, ont toujours été étrangers aux buts de guerre des belligérants. Pire, ils ont même participé à les en éloigner en figeant la situation politique : l'effondrement intérieur du Saint-Empire empêchait le prélèvement régulier de l'impôt, ce qui interdisait de fait le versement de leur solde aux mercenaires, qui trouvaient donc confortable de se payer sur la population¹⁰⁵²... Les

¹⁰⁵⁰ Victor-Lucien Tapié, *La Guerre de Trente ans*, Centre de documentation universitaire, coll. Les cours de Sorbonne, 1967.

¹⁰⁵¹ V. Carl Schmitt, *Le nomos de la terre*, PUF, Quadrige, 2001, pp. 141 à 210.

¹⁰⁵² Le recours à des troupes mercenaires a fait l'objet de vives condamnations de la part de Machiavel, qui eut tout le loisir d'en observer les nuisances pendant les guerres d'Italie : « *Les [troupes] auxiliaires et les mercenaires sont inutiles et dangereuses. Tout Etat qui ne s'appuiera que sur des armées de cette nature ne sera jamais en sûreté, parce qu'elles sont toujours en division entre elles, sans discipline, ne cherchant que leur intérêt, infidèles, brutales envers les amis, lâches envers les ennemis, sans crainte de Dieu, sans foi vis-à-vis des hommes : de sorte que la ruine d'un Etat qui se fonde sur elles n'est différée qu'autant de temps qu'il n'est point attaqué. Dans la paix vous êtes pillé par ces gens-là, et dans la guerre ils vous laissent piller par les ennemis* ». Machiavel, *Le Prince*, Librio, 2001, p. 59.

Princes allemands quant à eux, animés d'intérêts souvent antagonistes et engagés dans des alliances de circonstance parfois toute temporaires, n'ont jamais été assez puissants pour remporter des victoires décisives. Compte-tenu de la situation, il était logique que la guerre ne prenne fin qu'avec l'intervention des souverains étrangers et l'épuisement des belligérants. A l'inverse, la guerre de Hollande, puis la guerre de la Ligue d'Augsbourg, qui virent par deux fois le Palatinat se couvrir de cendres, furent des conflits entre Etats et menés par des armées de métier à base nationale. Les causes des calamités de la guerre de Trente Ans ayant disparu, que s'est-il donc passé pour que leurs effets leur survivent ? La réponse tient aux motifs qui ont fait poser la question : il s'agissait, justement, de guerres entre Etats et menées par des armées de métier à base nationale.

2) La population comme objectif militaire

Avec la nécessité en laquelle se trouvaient les souverains européens de se doter d'armées permanentes, venait celle de les former, de les équiper, de les payer et donc de lever l'impôt avec rigueur sur la population ainsi mobilisée¹⁰⁵³. Par conséquent, et sans que la chose soit ouvertement admissible, l'anéantissement de la population ennemie était ainsi devenu stratégiquement souhaitable¹⁰⁵⁴.

La conduite de la guerre se trouvait durement marquée : la population, en devenant un vecteur de puissance militaire d'un Etat, devenait également une cible valable pour l'ennemi. Et rien à l'avenir ne contribuera à infléchir durablement cette inclination donnée à la manière de mener les conflits. Puisque la guerre se « civilisait », en ce sens qu'elle devenait aussi et même surtout une affaire de civils, s'ouvrait dans le même temps un front intérieur qu'il

¹⁰⁵³ Hervé Drévilion date cette évolution du règne de Louis XIV : « *c'est un tournant à la fois dans l'organisation des armées et dans l'art de faire la guerre. C'est d'abord un moment clé de la professionnalisation, qui vient d'un besoin quasi permanent de soldats et d'encadrement. Plus d'une année sur deux de ce long règne sont passées à faire la guerre, et avec les deux dernières guerres (la Ligue d'Augsbourg et la guerre de Succession d'Espagne), c'est-à-dire entre 1688 et 1713, on est quasiment en situation de guerre permanente. La conséquence en est le maintien d'une force armée permanente et nombreuse qu'il faut encadrer de façon rigoureuse. Avec une armée de 450.000 hommes (c'est le maximum atteint en 1690), il n'est plus possible de ne composer qu'avec des "entrepreneurs de guerre" (des chefs de guerre recrutés avec leurs troupes) comme auparavant. Sur le plan institutionnel, cela se traduit par la naissance d'un service du roi en continu qu'il faut organiser* » ; in « La révolution des armes à feu », *Histoire*, 2013, n° 386, p. 48.

¹⁰⁵⁴ Sans aller jusqu'à ces extrémités, le théoricien prussien Dietrich von Bülow (1759-1808 ; auteur du *Nouveau système de la guerre*, en 1799), considérait que, déjà en son siècle, l'évolution des moyens technologiques à disposition des belligérants allait naturellement conduire à l'établissement d'une paix mondiale par la fixation des Etats au sein de frontières immuables. En effet, selon lui, les armées modernes étaient devenues tellement dépendantes du ravitaillement et de la logistique, qu'il suffisait de porter la désorganisation ou la destruction au sein de l'appareil de production ennemi pour qu'il soit possible de remporter la victoire ; et cela sans avoir à livrer bataille. Tout le contraire des guerres de l'Antiquité, dans lesquelles l'issue de la confrontation dépendait exclusivement du choc entre deux armées. Nous savons désormais le sort que l'avenir réserva à cette analyse... Clausewitz, *De la guerre*, Flammarion, Paris, 2014, note 2, p. 11.

n'était dans l'intérêt d'aucun belligérant de laisser dégarni. Si la guerre a bien évidemment toujours impacté la vie des civils, l'emploi des civils allait bientôt devenir doctrine d'emploi et autoriserait les levées en masse de 1793. Désormais, toutes les sphères de la société pourraient être mobilisées au service de la victoire. Les termes du décret du 23 août 1793 sont à cet égard particulièrement éclairants : *« dès ce moment jusqu'à celui où les ennemis auront été chassés du territoire de la République, tous les Français sont en réquisition permanente pour le service des armées. Les jeunes gens iront au combat ; les hommes mariés forgeront les armes et transporteront les subsistances ; les femmes feront des tentes et serviront dans les hôpitaux ; les enfants mettront le vieux linge en charpie ; les vieillards se feront porter sur les places publiques pour exciter le courage des guerriers, prêcher la haine des rois et l'unité de la République »*. Les mobilisations générales de 1914 et 1939 n'en seront que le prolongement logique et l'entrée des nations dans l'ère de la grande industrie accélèrera encore le mouvement. A propos du premier conflit mondial, Bainville observait : *« tout ce qui était contenu à grand peine depuis 1871 fit explosion. (...) La guerre démocratique, de peuple à peuple, fut seulement "plus terrible", comme Mirabeau jadis l'avait prédit, et personne ne fut capable d'y mettre un terme par les moyens qui limitaient les guerres d'autrefois »*¹⁰⁵⁵.

Le conscrit de 1914, tiré de son état de civil, connaîtra les servitudes du soldat, lesquelles dépendront également du sort de ce nouveau champ de bataille qu'est devenu « l'arrière »¹⁰⁵⁶. Les Allemands, cherchant à porter la guerre derrière les lignes russes, nourriront la Révolution d'octobre 1917 ; l'entreprise réussit si bien qu'elle eut des répercussions jusqu'en Allemagne, ce qui accéléra la défaite des empires centraux¹⁰⁵⁷... A partir de 1939, le développement de l'aviation aidant, les belligérants ne s'embarassèrent plus de ce genre de stratégies indirectes et l'ouvrier devint, au même titre que le soldat, une

¹⁰⁵⁵ Jacques Bainville, *Histoire de France*, Tallandier, coll. Texto, 2007, p. 544

¹⁰⁵⁶ C'est à cette époque d'ailleurs, le 9 janvier 1915 plus exactement, que paraît dans le journal *L'opinion*, un dessin fameux de Jean-Louis Forain montrant deux poilus échangeant ces propos : *« Pourvu qu'ils tiennent. - Qui ça ? - Les civils ! »*.

¹⁰⁵⁷ *« Aux yeux de Lénine et des chefs bolchéviques, la Russie n'était qu'une étape sur le chemin de la révolution mondiale. A la veille de Brest-Litovsk, puis lors de la défaite des Empires centraux dans les derniers jours de 1918, et enfin quand se développa l'offensive de 1920 en direction de Varsovie, Lénine et ses proches eurent l'espoir de propager la guerre civile dans toute l'Europe. Ils pensèrent un moment y parvenir à Vienne et surtout à Berlin quand éclatèrent les insurrections spartakiste en décembre 1918 et mars 1919. Mais c'est à Munich et à Budapest que le rêve commença de se matérialiser par l'instauration pendant plusieurs mois de véritables dictatures rouges dirigées par Eugène Léviné en Bavière et Béla Kun en Hongrie. Après cinq mois d'existence, la « république des conseils » de Bavière s'effondra cependant le 1^{er} mai 1919 sous l'assaut des corps francs du général von Epp. La guerre civile avait tournée en faveur de la "réaction". Avant d'être terrassés, les hommes de Léviné avaient eu quand même le temps d'exécuter des otages choisis au sein de l'aristocratie et des associations nationalistes. Trois mois plus tard, le pouvoir de Béla Kun s'écroulait à son tour devant l'intervention énergique de l'armée roumaine et l'établissement d'un gouvernement national dirigé par l'amiral Horthy »*, Dominique Venner, *Les blancs et les rouges - Histoire de la guerre civile russe - 1917-1921*, Editions du Rocher, Coll. Document, 2010, p. 452.

cible que l'on chercha à anéantir sous les bombardements de masse¹⁰⁵⁸. Le recours potentiel à la bombe atomique répond à cette même logique d'extermination du plus grand nombre de civils, qui dans un pays en guerre, tout entier tourné vers la victoire, ne sont finalement plus que des soldats sans uniforme.

Pourtant, ainsi qu'il a déjà été évoqué, l'apparition du feu nucléaire ne correspondit pas seulement à l'aboutissement d'une logique. Elle était également l'événement annonciateur d'une de ces ruptures de paradigme trop brutales pour que tous leurs effets puissent être immédiatement perçus. Jusqu'à présent en effet, ce qu'il convient d'appeler le théâtre des opérations de l'arrière, celui qui rassemble les éléments improprement appelés « non combattants », a vu son importance aller en s'accroissant. Par là même, et du fait de l'augmentation de la dépendance du front vis-à-vis de l'arrière, cet accroissement s'est accompagné d'une augmentation du niveau de violence auquel l'arrière se trouvait exposé. Mais dans la conduite des opérations militaires, le rôle de l'arrière n'a jamais été envisagé autrement que comme support de l'avant. Sur le plan des principes et des buts poursuivis, il n'y a pas de différence entre le ravage du Palatinat et les bombardements stratégiques de la seconde guerre mondiale : les opérations militaires engagées à l'arrière avaient pour objectif d'accélérer la victoire à l'avant. L'arrivée de la bombe atomique est venue introduire une nouvelle variable dans les paramètres du combat : celui de la certitude de la destruction mutuelle assurée des belligérants qui y auraient recours. La guerre, ainsi qu'il a souvent été rappelé, est « *un acte de violence à l'emploi de laquelle il n'existe pas de limites ; les belligérants s'imposent mutuellement la loi ; il en résulte une action réciproque qui, selon son concept, doit conduire aux extrêmes* »¹⁰⁵⁹. Mais en matière de guerre nucléaire, il ne saurait jamais être question de mise en balance des inconvénients et des avantages à initier la confrontation ou de conjecturer sur son issue comme dans le cadre d'un conflit conventionnel. L'éventualité d'une rupture dans l'équilibre de la terreur vient en effet obérer toute application rationnelle de la théorie des jeux¹⁰⁶⁰, l'anéantissement étant la seule issue possible pour les belligérants.

¹⁰⁵⁸ La directive générale n° 5 (S.46368/111. D.C.A.S) du 14 février 1942 du Bomber Command de la RAF précisait d'ailleurs expressément « *De concentrer les attaques contre le moral de la population civile ennemie et en particulier les ouvriers de l'industrie* ». V. sur ces questions David Cumin, « Le problème du bombardement aérien stratégique en *jus in bello* », *Stratégie*, 2014-2, n° 106, pp. 187-202.

¹⁰⁵⁹ Clausewitz, *De la guerre*, Flammarion, Paris, 2014, p. 15 ; termes soulignés par nos soins.

¹⁰⁶⁰ Notons également qu'à propos de la guerre, Clausewitz observait : « *de toutes les branches de l'activité humaine, c'est la guerre qui ressemble le plus à un jeu de cartes* », *De la guerre, op. cit.*, p. 38.

§2) L'émergence d'une forme moderne de conflits

Fin de la guerre puis fin de l'Histoire dans un village-monde pacifié par les lois du libre jeu du marché et des échanges de capitaux, l'antienne a vécu. La guerre régulière n'était que le prolongement de la politique par d'autres moyens et la guerre irrégulière n'est que le prolongement de la guerre sous des modalités différentes. Nouvelle forme ordinaire des conflits (A), la nature première de la guerre irrégulière est d'être un conflit asymétrique (B).

A) La guerre irrégulière, forme ordinaire des conflits

La rupture qu'introduit la guerre irrégulière dans la manière de conduire les conflits, pour être véritable n'est toutefois pas totale. Cette nouvelle forme de guerre s'inscrit en effet, dans une certaine mesure, dans la continuité de la guerre régulière (1). Il est donc nécessaire d'identifier les constantes et les variables propres à tous les types de conflits pour révéler les caractères généraux particuliers à la guerre irrégulière (2).

1) Rupture et continuité entre guerre régulière et irrégulière

Comme dans un conflit conventionnel : *« la considération de la dépense d'énergie déjà faite et de celle qui reste à faire exerce une influence encore plus générale sur les délibérations concernant la paix. Comme la guerre n'est pas un acte de passion aveugle et qu'au contraire la fin politique y est prédominante, c'est la valeur de ce but qui doit servir de mesure à la grandeur des sacrifices à faire pour l'atteindre. Cela s'applique tant à l'étendue qu'à la durée de ces sacrifices. Par conséquent, dès que la dépense de force devient si grande que la valeur de la fin politique ne peut plus lui servir de compensation, cette fin doit être abandonnée, et la paix s'en suivra »*¹⁰⁶¹. Partant de cette analyse, la possibilité du recours à la bombe atomique, véritable asymptote du concept de guerre pris comme absolu, a donc pour effet curieux de repousser la perspective effective d'un conflit armé. Mais nous disons ici « un conflit armé » et non simplement « la guerre », la guerre n'étant en rien réductible au simple exercice du métier des armes, qui n'en est que le moyen le plus immédiat. La guerre est et demeure « *la continuation de la politique avec d'autres moyens* »¹⁰⁶² et ces moyens sont multiples résidant en un « *acte de violence ayant pour but de contraindre l'adversaire à accomplir notre volonté* »¹⁰⁶³. La « *fin politique, motif primitif de la guerre* »¹⁰⁶⁴, demeure,

¹⁰⁶¹ Clausewitz, *De la guerre*, Flammarion, Paris, 2014, pp. 51-52.

¹⁰⁶² *Ibid.*, p. 42.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, p. 10.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, p. 11.

seules changent les formes prises par l'exercice de la violence et par là même, par la guerre, formes sur lesquelles il convient d'apporter quelques précisions.

D'abord, la dimension militaire de la guerre n'a pas disparu, tout au contraire. Dans son volet strictement préparatoire, le coût financier, matériel et humain pour atteindre le niveau critique nécessaire à la constitution d'un appareil de défense valable est même devenu si élevé que seule une poignée d'Etats a été en mesure de l'atteindre¹⁰⁶⁵. Les autres, par la force des choses, ont été soit obligés de se placer sous leur protection, soit de courir le risque permanent d'être défaits lors d'une confrontation armée. Mais, dans les deux cas, ces autres Etats auront été mis dans la position de se voir imposer une volonté extérieure dans la conduite de leur politique, ce qui est l'objectif même de la guerre. Les grandes puissances quant à elles, ainsi qu'il a déjà été dit, ne peuvent plus non plus se confronter l'une à l'autre en raison de la certitude de l'annihilation à laquelle elles s'exposent. N'ayant plus la possibilité de se soumettre raisonnablement au jugement des armes et le volet exécutoire de la dimension militaire de la guerre se trouvant ainsi mis entre parenthèses, il était naturel que les Etats cherchent à la poursuivre par d'autres moyens. La dimension politique de la guerre allait leur offrir ce que la dimension militaire leur refusait.

Clausewitz en son temps avait perçu cette possibilité : *« deux choses se substituent dans la réalité comme motifs de paix, à l'impossibilité de continuer la résistance [aux entreprises de l'ennemi] : la première est l'in vraisemblance du succès ; la seconde, les exorbitantes dépenses qu'elle occasionne. Nous arrivons maintenant à un nouveau moyen d'agir sur la probabilité du succès, sans détruire la force militaire de l'ennemi ; ce sont les entreprises qui ont une relation immédiate avec la politique. S'il existe des combinaisons particulièrement appropriées à rompre ou à paralyser les alliances de notre adversaire, à nous en former de nouvelles, à susciter chez lui des factions politiques en notre faveur, on conçoit aisément qu'elles puissent accroître de beaucoup la probabilité du succès et faire atteindre le but par un chemin bien plus court que la destruction des forces de l'ennemi »*¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁵ La course à l'armement que s'imposaient mutuellement l'Est et l'Ouest pendant la guerre froide avait d'ailleurs pour objectif direct, bien plus que la constitution d'un stock d'armes, d'asphyxier financièrement leur adversaire. A ce titre, le déploiement de systèmes prétendument défensifs, tels des missiles anti-missiles et autres dispositifs d'interception des armes atomiques, parce qu'il provoque une rupture dans l'équilibre de la terreur, peut être interprété comme un acte d'agression. L'adversaire devra en effet engager des sommes considérables pour rattraper son retard technologique. Le projet de militarisation de l'espace dit « Initiative de Défense Stratégique » (IDS), mais mieux connu sous le nom de « Guerre des étoiles » (et resté à l'état de projet), n'avait semble-t-il pas pour autre but de gêner le développement du programme nucléaire soviétique. En brandissant la menace d'une épée de Damoclès qui aurait pu rendre inutile l'emploi de certaines armes, l'IDS a certainement contribué à perturber leur déploiement. L'IDS pourtant n'a jamais été beaucoup plus que de la propagande de guerre. V. François Géré, « La longue marche de la Défense antimissiles », *Études*, 2001-4, pp. 441-454.

¹⁰⁶⁶ Clausewitz, *De la guerre*, Flammarion, Paris, 2014, p. 54.

Mais si Clausewitz a su se montrer pénétrant, il était loin de penser que cette façon de mener la guerre allait en devenir la modalité quasi-exclusive et il n'a pas supputé plus avant sur les formes concrètes qu'elle allait pouvoir prendre. L'Histoire a en effet définitivement invalidé l'idée selon laquelle l'absence de conflit armé est synonyme de paix et cette révolution¹⁰⁶⁷ dans l'approche de la guerre, est riche de nombreuses incidences théoriques.

Avec l'éloignement ou la mise entre parenthèse du modèle westphalien de la guerre et donc du modèle de la guerre régulière et de ses caractères propres, c'est en négatif que se dessinent ceux de la guerre irrégulière.

2) Les caractères généraux de la guerre irrégulière

La guerre régulière était un conflit ouvert entre Etats souverains mené par des armées de soldats en uniforme, rendant ainsi immédiatement apparente la distinction entre combattants et non combattants¹⁰⁶⁸. La situation reconnue de guerre emportait pour ceux qui y étaient exposés l'application de différents statuts juridiques, selon qu'ils la menaient, la subissaient ou transgressaient les limites imposées par leur catégorie d'appartenance. Ces statuts mutuellement acceptés par les parties au conflit traçaient un cadre à leur action, ceux qui s'y maintenaient demeurant des adversaires possédant des droits et des obligations réciproques, ceux qui en sortaient devenant des criminels. Cependant, même le criminel se voyait conférer son statut par rapport à son extériorité au regard des autres statuts juridiques et ce faisant, au regard d'une norme au conflit mutuellement acceptée. Et bien que criminel, il n'en était pas dénué de droits pour autant puisque au sein de sa catégorie, la gravité de son inconduite pouvait admettre des degrés, tout comme celle du châtement à lui infliger.

Il serait tentant de prendre pour définition de la guerre irrégulière l'image inversée de celle de la guerre régulière. La guerre irrégulière serait un conflit secret, entre factions non étatiques, mené par des combattants clandestins impossibles à distinguer des non-combattants¹⁰⁶⁹. Or, si tel est bien l'un des aspects que peut présenter la guerre irrégulière, il

¹⁰⁶⁷ Dans son sens premier de retournement ou renversement de perspective.

¹⁰⁶⁸ « *Le caractère régulier se manifeste par l'uniforme du soldat qui est plus qu'une tenue professionnelle, parce qu'il est démonstration d'une certaine domination de la vie publique et qu'avec l'uniforme l'arme est, elle aussi, portée ouvertement et de façon ostensible* », Carl Schmitt, *La notion de politique - Théorie du partisan*, Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009, p. 217.

¹⁰⁶⁹ Sur la notion de guerre irrégulière, Hervé Coutau-Bégarie observait : « *depuis l'Antiquité, on se trouve confronté à un problème récurrent : le même procédé sera qualifié de stratagème, valide au regard du droit et de la stratégie, s'il est mis en œuvre par son propre camp, et de vilénie, de tricherie, de lâcheté, condamnable à tous égards, s'il est mis en œuvre par l'adversaire. La conclusion est simple : la diversité des situations historiques est trop grande pour qu'il soit possible de définir un critère universel qui permettrait de caractériser l'irrégularité à la guerre. La seule solution est de recourir à une démarche que les politistes contemporains qualifient d'historico-descriptive, c'est-à-dire la constitution d'un corpus rassemblant toutes les manifestations*

est toutefois loin d'être le seul. Si c'est bien au regard de la seule régularité qu'il est possible de définir l'irrégularité, il faut rappeler que la guerre irrégulière n'est pas le reflet de la guerre régulière, elle en est le négatif. Par conséquent, puisque les critères de reconnaissance de la guerre régulière sont stricts et cumulatifs, ceux de la guerre irrégulière sont nécessairement souples et alternatifs. Une guerre irrégulière est donc un conflit ouvert ou secret, impliquant des Etats ou des factions non étatiques -ou non officiellement liées à un Etat et mené par des combattants clandestins impossible à distinguer des non-combattants ou par des combattants portant des signes de reconnaissance spécifiques.

La guerre (irrégulière) d'Algérie fut ainsi un conflit qui opposa un Etat, la France, à une organisation non étatique, le Front de Libération Nationale (FLN). Le conflit était ouvert puisque parfaitement connu, tant sur la scène nationale qu'internationale et qu'aucune des parties ne cherchaient à dissimuler son implication dans celui-ci. La France y avait engagé son armée régulière, composée de soldats se battant en uniforme. Le FLN, quant à lui, livrait ses combats, soit avec des combattants portant des signes distinctifs quand le conflit prit les aspects d'une guerre de guérillas, soit avec des combattants clandestins dissimulés au milieu de la population lorsque la nature de la confrontation s'orienta vers le terrorisme urbain. La guerre irrégulière n'étant justement pas une guerre *stricto sensu*, les belligérants ne sont pas tenus d'obéir aux lois classiques de la guerre. Cela ne signifie pas pour autant que la guerre irrégulière soit une guerre sans règle : elle n'est en effet une guerre sans règle que pour les factions non-étatiques, lesquelles ne sont soumises qu'aux lois qu'elles veulent bien se donner. Pour les forces régulières en revanche, deux situations peuvent se présenter. Soit elles sont obligées de composer avec le cadre légal ordinaire posé par le droit commun, totalement inadapté à la situation ; soit l'anormalité de la situation est reconnue et un cadre légal spécifique est créé pour gouverner leur action. Mais dans ces deux cas de figure, il ne s'agira pas que d'un cadre normatif reconnu par le seul acteur régulier au conflit. La question du cadre juridique à l'intérieur duquel les forces de l'Etat sont amenées à opérer est toutefois loin d'être secondaire. En effet, en bornant leur latitude de manœuvre face aux forces irrégulières, le cadre normatif est l'un des deux éléments contribuant à donner au conflit sa forme

*que l'on peut ranger intuitivement dans la catégorie des guerres irrégulières, en vue d'identifier quelques caractères communs qui permettront de pousser un peu plus loin l'analyse. Cette démarche inductive ne peut être effectuée qu'à partir d'indices essentiellement négatifs : la guerre sera irrégulière, dans tous les cas lorsqu'elle sera menée par des combattants sans statut n'appartenant pas à l'armée régulière, c'est-à-dire mise sur pied et entretenue par un pouvoir souverain. Un tel critère est suffisamment souple pour être d'application très large sinon universelle, au-delà de la constitution finalement très tardive des armées permanentes », in « Guerres irrégulières : de quoi parle-t-on ? », *Stratégie*, n° 93-94-95-96, 2009, pp. 14-15.*

concrète. L'autre élément est constitué par la nature des opérations menées par les forces irrégulières contre l'Etat, opérations qui ne sont que rarement militaires.

Mais le cadre normatif d'exception éventuellement élaboré par l'Etat pour répondre à la situation ainsi créée l'étant par nature en réplique aux opérations des forces irrégulières, ce sont ces dernières donnent au conflit ses caractères propres. Tous dérivent de la caractéristique essentielle de ce nouveau type de conflit : celle d'être asymétrique dans toutes ses composantes.

B) La guerre irrégulière, conflit asymétrique

Pour les Américains, est asymétrique ce qui entrave le rendement maximal de l'appareil militaire classique, tandis que les Britanniques, est asymétrique ce qui procure un effet stratégique par des moyens non conventionnels. En revanche pour la France est asymétrique ce que l'on ne comprend pas¹⁰⁷⁰. L'évocation de la notion de conflit asymétrique pour qualifier la guerre irrégulière nécessite donc de lui apporter quelque précisions. Asymétrique, la guerre irrégulière l'est, tant dans les buts de guerre des belligérants (1), que dans les moyens mis en œuvre pour les atteindre (2).

1) Un conflit asymétrique dans les buts de guerre

Certaines guerres régulières sont parfois dites asymétriques, du fait du différentiel de moyens existant entre les belligérants. La campagne menée par la France napoléonienne contre la Russie épousa dans sa phase initiale tous les contours du modèle westphalien de la guerre. Mais le conflit prit une tournure asymétrique lorsque, une fois l'armée française devant Moscou, le Tsar décida de susciter et d'encadrer par des officiers de métier des mouvements de Moujiks à l'arrière des lignes de l'envahisseur. L'histoire se souvient du sort atroce de la Grande Armée pendant la retraite de Russie. Mais la dimension asymétrique prise par le conflit n'était là que contingente et accidentelle au regard de sa nature résolument classique et westphalienne ; le caractère asymétrique ne résultait alors que d'une simple adaptation d'un des belligérants à sa situation concrète. L'asymétrie du conflit découlait donc de la différence dans les procédés mis en œuvre pour vaincre et uniquement de celle-là et non d'une différence entre les buts de guerre des belligérants ou de la nature même de la guerre. Il s'agissait alors toujours d'une guerre entre les armées de deux Etats souverains, cherchant à s'affronter mutuellement jusqu'à conclusion d'une paix. L'un d'entre eux avait simplement

¹⁰⁷⁰ Cahiers de la recherche doctrinale, *Les forces terrestres en opérations : quels modes d'actions adopter face à des adversaires asymétriques ?*, Centre de doctrine d'emploi des forces, pp. 17-19.

choisi de refuser le combat de ligne et préféré axer l'essentiel de sa stratégie autour de l'emploi d'unités légères levées à la hâte au sein de la population, mais dont le sort n'était guère différent de celui du conscrit servant dans l'infanterie de ligne¹⁰⁷¹. Cette façon de faire la guerre n'était en rien perçue comme anormale, mais simplement secondaire au regard de la forme principale prise par les guerres en ce temps (la guerre de mouvement et le combat de ligne). Elle avait d'ailleurs été théorisée sous le nom de « *Kleinkrieg* », soit « *Petite guerre* » par les militaires prussiens, même si ultérieurement l'on retiendra plus volontiers le terme à la signification identique mais d'origine espagnole cette fois, de *guérilla*¹⁰⁷².

Une guerre irrégulière présente usuellement une telle asymétrie dans les moyens de conduire la guerre, mais elle est loin d'en être le seul paramètre asymétrique du conflit, ainsi que le relevait le théoricien de la contre-insurrection, David Galula, « *il existe une asymétrie entre les belligérants d'une guerre révolutionnaire*¹⁰⁷³. *Ce phénomène résulte de ce qui est l'essence même de ce type de guerre, c'est-à-dire du différentiel de puissance existant entre les belligérants au début de la confrontation, et de la différence de nature entre leurs avantages et inconvénients respectifs. Puisque les insurgés seuls ont le pouvoir d'entamer le conflit (ce qui ne signifie pas pour autant qu'ils soient les premiers à faire usage de la force), l'initiative stratégique leur appartient en propre. Les insurgés sont libres de choisir leur heure et d'attendre en toute sécurité que se présente une occasion favorable, à moins bien sûr que des facteurs extérieurs les forcent à accélérer leur mouvement.*»¹⁰⁷⁴.

2) Un conflit asymétrique dans la conduite de la guerre

La fin poursuivie par les belligérants devant nécessairement s'adapter aux moyens à leur disposition et les forces irrégulières ne pouvant raisonnablement espérer vaincre celles de l'Etat lors d'une confrontation armée, c'est sur un autre terrain et surtout selon d'autres règles que celles de la guerre régulière qu'elles devront se placer pour sortir victorieuses de la confrontation. Pour une bonne compréhension du problème, il doit être rappelé que l'objectif

¹⁰⁷¹ Dans le cadre précis de la campagne de Russie, la question de la régularité de ce type de troupe au regard de celle du port d'un uniforme peut légitimement se poser, mais il est à souligner que d'une part, ces unités étaient encadrées par des officiers russes et que d'autre part l'armée russe était en ce temps loin d'avoir le niveau de professionnalisation des autres armées européennes. Elle employait notamment de vastes contingents de cavaliers tirés des peuples guerriers nomades et semi-nomades qui s'étaient installés dans l'arc caucasien, dont la loyauté à l'égard du Tsar était indéfectible, qui combattaient en unités organisées, mais qui ne se sont que rarement embarrassées du port d'un uniforme. A ce titre, le terme bien connu de cosaque sert d'ailleurs d'abord à désigner des peuples avant de désigner des corps de cavalerie.

¹⁰⁷² V. Carl Schmitt, *La notion de politique - Théorie du partisan*, Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009.

¹⁰⁷³ David Galula appelle « guerre révolutionnaire » ce que nous avons appelé « guerre irrégulière ». Il s'agit d'une différence purement terminologique et non d'une différence conceptuelle.

¹⁰⁷⁴ David Galula, *Counterinsurgencywarfare - theory and practice*, Frederick A. Praeger, Inc. USA, 1964, pp. 5-6. Traduction par nos soins.

premier d'une guerre irrégulière n'est pas différent de celui d'une guerre régulière : il s'agit toujours d'imposer sa volonté à l'ennemi en le rendant incapable de se défendre. Seul va changer le but de guerre des forces irrégulières et donc l'emploi des moyens sous-jacents pour l'atteindre, puisque ces forces irrégulières ne peuvent simplement en passer par la recherche de l'anéantissement des forces militaires de l'Etat qu'elles combattent. Ce nouveau but de guerre sera la conquête des cœurs et des esprits de la population. Le moyen pour y parvenir sera l'action politique sur la population, sous toutes ses formes, y compris éventuellement le recours à la violence. En effet et comme le relève encore David Galula, « *si les insurgés s'attellent à dissocier la population des contre-insurgés, à la contrôler physiquement, à obtenir son soutien actif, ils gagneront la guerre, parce qu'en dernière analyse, l'exercice du pouvoir politique dépend de l'agrément tacite ou explicite de la population ou, au pire, de sa soumission. C'est pourquoi la bataille pour la population est la caractéristique majeure de la guerre révolutionnaire* »¹⁰⁷⁵.

L'asymétrie de la guerre irrégulière par rapport à la guerre régulière apparaît ainsi jusque dans le renversement des principes directeurs dans la façon de conduire le conflit. En effet, dans une guerre régulière les belligérants cherchent à se réduire mutuellement à l'impuissance en s'efforçant primitivement de parvenir à la destruction des forces militaires de leur adversaire, éventuellement en s'en prenant à la population, qui soutient l'action des forces militaires. Dans une guerre irrégulière en revanche, l'Irrégulier élude volontairement l'affrontement avec les forces militaires de l'Etat et cherche à assoir sa domination par l'action directe sur la population. La politique n'est donc plus seulement le mobile de la guerre : elle en devient aussi l'instrument.

« *Toutes les guerres sont théoriquement conduites dans le but de mener à bien un dessein politique, bien que dans certains cas le résultat final diffère grandement des objectifs initiaux. Dans une guerre conventionnelle, l'action militaire, secondée par la diplomatie, la propagande et les pressions économiques, est généralement le moyen principal de parvenir aux buts que l'on s'est assigné. (...) Par conséquent, il est relativement aisé d'allouer les tâches et les responsabilités entre le gouvernement, qui dirige les opérations, la population, qui fournit les outils, et les soldats, qui les utilisent.*

Le tableau que présente la guerre révolutionnaire est différent. L'objectif est la population elle-même, et les opérations pour la rallier à sa cause (pour les insurgés) ou pour la garder au moins soumise (pour les contre-insurgés) sont essentiellement de nature

¹⁰⁷⁵ Ibid., p. 6.

politique. Par conséquent, l'action politique demeure prédominante tout au long de la guerre. Il n'est pas suffisant pour le gouvernement de définir les objectifs politiques, de déterminer l'ampleur des moyens militaires à leur assigner, de conclure des alliances ou de les rompre : la politique doit devenir un instrument actif des opérations. Et les actions politiques et les actions militaires sont tellement entremêlées qu'en toute rigueur, elles ne peuvent pas être séparées. De même, chaque action militaire doit être pesée en fonction de son impact politique et chaque action de nature politique doit être évaluée en fonction de son impact sur la conduite des opérations militaires. Les insurgés, dont l'élite dirigeante est un parti politique et dont les forces armées sont les forces du parti, tirent un avantage évident sur leur adversaire, dont l'élite dirigeante est le gouvernement du pays, qui peut être ou non soutenu par un parti ou une coalition de partis, avec leur inclination à être le jouet de forces centrifuges, et dont l'armée est l'armée de la nation, reflétant le consensus ou l'absence de consensus de la nation »¹⁰⁷⁶.

La guerre irrégulière est donc un conflit à l'asymétrie pure et parfaite dans tous ses paramètres directeurs. Entre les belligérants d'abord, puisqu'elle oppose un Etat souverain à une force irrégulière. Dans les moyens à leur disposition ensuite, puisque l'Etat souverain peut s'appuyer sur tous ceux dont bénéficie usuellement un gouvernement légalement constitué, tandis que l'Irrégulier n'a que ceux qu'il peut rassembler. Dans les stratégies mises en œuvre enfin, puisque l'Etat cherchera à se conserver la loyauté de la population en assurant le respect de la légalité, tandis que l'Irrégulier s'efforcera de la tirer à lui en se construisant une légitimité qui lui est propre et qu'il pourra opposer l'Etat. Asymétrique, le conflit le sera également dans son déroulement, entre les belligérants eux-mêmes, mais également au regard du déroulement classique d'une guerre régulière. Dans une guerre régulière en effet, les adversaires s'efforcent de rassembler et bander toutes les forces disponibles dans l'optique de leur déchaînement brutal lors de la confrontation à venir, qu'ils souhaitent unique. L'intensité du conflit peut bien baisser et même celui-ci être totalement figé, cela ne sera dû qu'à l'incapacité mutuelle des belligérants de parvenir à emporter sur l'autre une victoire décisive. Mais la guerre régulière reste une guerre de choc, où par une série de coups de boutoirs successifs, les protagonistes espèrent briser la volonté de leur ennemi. La guerre irrégulière tout au contraire, de par le différentiel abyssal tant de degré que de nature des moyens mis en œuvre par les belligérants, est, par essence, une guerre d'usure.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, p. 7.

En effet, la guerre régulière -comme l'irrégulière- vise à placer l'Etat dans une situation de crise. Un Etat peut être dit en crise lorsque, pris en tant que système organisateur par excellence de la société, il se trouve dans l'incapacité, face à un événement menaçant son existence, d'élaborer une réponse adaptée. C'est bien à une semblable fin que tendent tous les efforts des belligérants dans une guerre régulière, objectif qu'ils s'efforcent d'atteindre dans un trait de temps réduit. Des trois éléments constitutifs de l'Etat, à savoir le territoire, la population et l'appareil d'Etat, c'est ce dernier qui est pris préférentiellement pour cible à travers son extension la plus immédiate constituée par les forces armées régulières. La guerre irrégulière, quant à elle, vise également à induire une situation de crise, mais cette fois en prenant pour cible ce qui constitue l'élément médian de l'Etat, à savoir la population, que l'Irrégulier s'efforcera non d'anéantir, mais de rallier à sa cause. Contrairement à l'anéantissement des forces armées qui est un but qui peut être atteint dans un laps de temps relativement court, le ralliement d'une part significative de la population est nécessairement une entreprise de longue haleine.

Section 2 : Les spécificités du recours à la crise comme instrument de conduite des conflits

L'émergence puis le développement d'un nouveau type de guerre signifie l'apparition de nouveaux procédés de conduite des conflits ainsi que d'une doctrine d'emploi qui leur est associée. Corrélativement, cela signifie également l'introduction sur le champ de bataille d'un nouveau type de guerrier, capable de mener à bien ces nouveaux buts de guerre.

La guerre irrégulière, que l'on pourrait tout aussi bien qualifier de guerre de crise, car l'objectif premier est de la porter chez l'ennemi, se singularise par les recours à l'action directe sur la population dans le but de s'en assurer le contrôle (§1). C'est sur ce nouveau champ de bataille que se déploie le système d'arme dominant qui lui est propre, un nouveau type de soldat hautement politisé : le partisan (§2).

§1) Le contrôle de la population comme nouveau but de guerre

Contrôler la population implique tout à la fois de recourir à l'action politique subversive (A) mais également au terrorisme (B), deux techniques inséparables l'une de l'autre.

A) Le contrôle de la population par l'action politique subversive

Prendre le contrôle de la population au détriment d'un Etat auquel elle est d'ordinaire dévouée et qui constitue le socle de sa puissance, implique pour celui qui poursuit ce but, de mener contre l'Etat une lutte du faible au fort. Pour vaincre, il doit exploiter les forces de son adversaire et chercher à polariser la population contre l'Etat (1), manœuvre que de dernier devra bien affronter (2).

1) La recherche de la polarisation de la population

De tous les éléments qui singularisent la guerre irrégulière en comparaison de la guerre régulière, la recherche consciente, volontaire et réfléchie de la polarisation de la population est le plus caractéristique, car le plus révélateur de la nature profondément politique de ce type de conflit. La recherche de la polarisation de la population apparaît en effet comme la méthode normale de conduire la guerre irrégulière, tout comme la destruction de l'appareil militaire ennemi constitue la méthode normale de conduire la guerre régulière. Le champ de bataille par défaut est le champ des consciences et l'Irrégulier, en cherchant à séparer la population par le tracé en son sein d'un front intérieur, ne fait qu'exploiter la *summadivisioschmittienne* entre amis et ennemis. Ce qui constitue l'essence même du politique est devenu désormais, entre les mains de l'Irrégulier, une arme de guerre.

Ainsi que le rappelait Carl Schmitt : *« l'antagonisme politique est le plus fort de tous, il est l'antagonisme suprême, et tout conflit concret est d'autant plus politique qu'il se rapproche davantage de son point extrême, de la configuration opposant l'ami et l'ennemi. (...) Quand au sein d'un Etat, les conflits entre partis finissent par occuper tout le champ des antagonismes politiques, on a atteint le degré extrême de la série de politique intérieure, c'est-à-dire qu'au lieu de la configuration de politique extérieure, c'est le regroupement en amis et ennemis à l'intérieur de l'Etat qui détermine le conflit armé. Dans cette situation où c'est la politique intérieure qui l'emporte, l'éventualité effective d'un combat, obligatoirement présente si l'on prétend parler de politique, ne porte plus, logiquement, sur une guerre entre peuples organisés en unités politiques (Etats ou empires), elle porte sur la guerre civile. (...) La guerre naît de l'hostilité, celle-ci n'étant que la négation existentielle d'un autre être. La guerre n'est que l'actualisation ultime de l'hostilité. Ceci n'implique pas qu'elle soit chose courante, chose normale, ni d'ailleurs que l'on y voit une solution idéale ou*

désirable ; elle reste néanmoins présente nécessairement sous forme d'une possibilité du réel, tant que la notion d'ennemi garde son sens »¹⁰⁷⁷.

La guerre irrégulière n'est donc pas politique uniquement dans sa fin, comme la guerre régulière, mais également dans ses moyens. La crise, devenue un instrument du conflit, n'est plus un simple processus. Elle est aussi un procédé, puisque l'Irrégulier cherche justement à parvenir à « *l'actualisation ultime de l'hostilité* »¹⁰⁷⁸. Dans le cadre de la guerre régulière, « *la violence physique constitue (...) le moyen* » permettant « *d'imposer notre volonté à l'ennemi* », moyen qui, selon son concept, « *remplace la fin et l'écarte comme n'appartenant pas à la guerre proprement dite* »¹⁰⁷⁹. Au même titre, dans le cadre de la guerre irrégulière, la recherche de « *l'actualisation ultime de l'hostilité* », c'est-à-dire la recherche de la création d'un rapport de force favorable par la polarisation de la population entre amis et ennemis constitue le moyen permettant « *d'imposer notre volonté à l'ennemi* ». Un moyen donc ou un procédé, mais un procédé qui possède ses propres lois et qui pour être employé nécessite d'avoir connaissance des constantes et variables sous-jacentes à son fonctionnement. Ce moyen, pour sa bonne compréhension, nécessite d'être exposé dans ses aspects théoriques.

Le but poursuivi par l'Irrégulier est, sur un territoire donné, de parvenir à renverser le pouvoir légalement établi pour y substituer le sien. Dans l'incapacité où il se trouve de s'en prendre directement à l'appareil d'Etat, il doit s'atteler à saper son autorité, en isolant la population des institutions. Comme une force privée de support sur lequel exercer son action, le pouvoir, qui ne tire sa réalité que de son objectivisation, sera réduit à n'être plus qu'un simple principe théorique, impuissant à passer de la puissance à l'acte. L'appareil d'Etat pourra bien revendiquer en être le seul détenteur légal et exclusif, il ne sera plus que le propriétaire d'un contenant sans contenu. Pour parvenir à mener à bien cette entreprise de rupture de cohésion des éléments constitutifs de l'Etat, l'Irrégulier devra s'attacher à exploiter tous les antagonismes existant au sein de la population et à les ramener à un seul. De cette manière, il pourra en faire tout à la fois une bannière et un vecteur d'action politique à la puissance d'attraction suffisante pour attirer à lui la part la plus large de la population ; et spécialement de la population mécontente.

Ainsi, l'Irrégulier, en même temps qu'il s'applique à rompre l'indispensable lien qui ne devrait jamais cesser d'exister entre légalité et légitimité du pouvoir, tire à lui la légitimité en espérant, à terme, se gagner la légalité. S'illustre bien là le véritable sens de « *subversion* »

¹⁰⁷⁷ Carl Schmitt, *La notion de politique - Théorie du partisan*, Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009, pp. 68-71.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*

¹⁰⁷⁹ Clausewitz, *De la guerre*, Flammarion, Paris, 2014, p. 11.

ou de « *révolution* », puisqu'aussi bien étymologiquement que politiquement, il y dans ce processus, captation, renversement, retournement et enfin, substitution de pouvoir.

Pour autant, détourner la population de l'appareil d'Etat ne suffit pas à la soustraire à son influence et pour l'amener dans son camp, l'Irrégulier devra encore couper définitivement les liens qui rattachent le pays réel au pays légal. Il y parviendra, par le recours à la violence programmée, tant à l'égard des opposants au sein de la population, qu'à l'égard des représentants de l'Etat qui se trouvent en contact direct avec elle, ce qui achèvera de séparer définitivement celle-ci des titulaires légaux de l'autorité. Une fois les lignes de césure qui traversent la population définitivement transformées en lignes de fracture, le temps travaillera au profit de l'Irrégulier. « *Quelques attentats isolés révéleront d'abord l'existence d'un mouvement partiellement organisé. Ils alerteront l'opinion et l'inciteront à la prudence. Ensuite le terrorisme sélectif éliminera les petits notables, les petits fonctionnaires, nos agents divers qui n'auront pas compris ce premier avertissement ou qui tarderont à se rallier. Les cadres administratifs seront supprimés ou neutralisés ; le silence, puis la complicité des habitants sans protection contre les terroristes seront acquis. Le champ sera libre pour que les agents de l'ennemi organisent la population et la manipulent à leur gré* »¹⁰⁸⁰.

Un regard sur les événements de l'histoire passée permet de révéler que le processus subversif ainsi décrit a toujours été mené en deux phases. Ces deux phases, plutôt que d'être deux périodes clairement bornées, constituent plutôt les deux pôles extrêmes entre lesquels sont susceptibles d'évoluer toutes les guerres irrégulières, le passage de l'un à l'autre pouvant être plus ou moins soudain et brutal¹⁰⁸¹. Parce que pour qu'il y ait une guerre, il faut des belligérants, la guerre irrégulière, dans sa phase initiale et alors même que dans ses aspects les plus extérieurs elle ne peut être qualifiée de guerre, ni même de conflit, passe par la constitution par l'Irrégulier d'une organisation capable de la mener. Ce n'est qu'une fois celle-ci suffisamment affermie sur ses bases que l'Irrégulier pourra, éventuellement, lors d'une deuxième phase, la consacrer à l'action violente. Nous disons « éventuellement », puisqu'il est dans son intérêt de retarder et même d'éviter au maximum d'avoir à en passer

¹⁰⁸⁰ Roger Trinquier, *La guerre moderne*, Economica, coll. Stratégie et Doctrines, 2006 p. 16.

¹⁰⁸¹ Pour illustrer ces deux tendances, David Galula distingue deux types de stratégies pour l'Irrégulier. D'abord ce qu'il appelle le « schéma orthodoxe » de la guerre révolutionnaire, et qui fait une large place à la création et au développement d'un parti politique destiné à contrôler les masses (cas des communistes chinois). Ensuite le schéma « bourgeois nationaliste », qui privilégie l'action violente (cas du FLN Algérien ou des rebelles cubains dirigés par Castro).

par cette extrémité. Sur le plan de la confrontation armée, le rapport de force est en effet initialement loin d'être en sa faveur et il serait suicidaire pour lui de s'y engager¹⁰⁸².

Mais surtout, si l'ennemi déclaré de l'Irrégulier est un Etat de droit organisé sous la forme d'une démocratie, le cadre de fonctionnement normal du régime constitue le terrain idéal au succès des menées de l'Irrégulier. L'esprit même qui anime ce type de régime repose sur l'idée que cycliquement, la légitimité des titulaires des fonctions dirigeantes doit pouvoir être remise en question par le suffrage librement consenti des citoyens. Par conséquent, ces derniers se voient reconnaître un large panel de droits et libertés publiques nécessaires à l'accomplissement de leur devoir, pour contester, infléchir ou appuyer la politique menée par le pouvoir en place¹⁰⁸³. Inhérents au fonctionnement même des démocraties, qui ne mériteraient pas cette appellation sans l'existence en leur sein d'un véritable pluralisme politique, ces droits seront pour l'Irrégulier autant de leviers pour son action et d'écrans derrière lesquels dissimuler ses objectifs réels. Ils constitueront également un rempart pour l'Irrégulier, puisqu'en demeurant dans le champ de la légalité, il pourra aussi s'en réclamer. L'Etat, à supposer qu'il ait pleinement conscience des buts de l'Irrégulier, ne peut ainsi s'en prendre ouvertement à lui et se doit même vis-à-vis de son organisation et de ses membres, d'avoir les mêmes préventions qu'à l'égard de n'importe quel groupe politique constitué ou citoyen. C'est qu'en effet, l'Irrégulier par opportunisme et mimétisme, se donnera souvent une façade légale qui extérieurement ne le distinguera en rien d'une force politique ordinaire¹⁰⁸⁴ : *« la période de préparation, qui précède l'ouverture des hostilités, se fait en général sous le couvert d'un parti politique à l'existence légale ; nos adversaires peuvent donc s'introduire à l'intérieur de nos frontières et sous la protection même de nos lois. Couverts par la légalité, ils s'efforceront : de créer à l'intérieur du pays et à l'étranger un climat favorable à leur cause, de mettre en place sur notre propre territoire les éléments essentiels de leur organisation de guerre »*¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸² Comme l'observe Roger Trinquier, *« c'est un fait, en Indochine, malgré une supériorité manifeste en matériel moderne et en effectifs, nous avons été battus. Notre commandement a seulement tenté, d'une campagne à l'autre, d'acculer les Vietminhs à une bataille rangée classique, la seule qu'il savait conduire ; il espérait que la supériorité de ses moyens matériels lui permettrait un succès facile. Mais les Vietminhs ont toujours su esquiver cette manœuvre. Lorsqu'ils ont accepté la bataille conventionnelle, vainement recherchée pendant des années, c'est parce qu'ils avaient rassemblé sur le champ de bataille des moyens supérieurs aux nôtres. Et ce fut Dien-Bien-Phu »*, *La guerre moderne*, op. cit., p. 3.

¹⁰⁸³ Relevons notamment le droit pour tout un chacun de professer librement les opinions de son choix ou encore celui de se réunir et s'organiser en vue de les défendre dans l'arène politique.

¹⁰⁸⁴ C'est notamment le cas du *Sinn Féin*, qui fut notoirement la façade légale de certaines factions de l'IRA.

¹⁰⁸⁵ Roger Trinquier, *La guerre moderne*, op. cit., p. 23.

2) L'Etat face à l'action politique subversive

Contre les éléments de l'Irrégulier opérant dans le cadre de la légalité, l'Etat, s'il est un Etat de droit, ne pourra rien ou peu. La légitimité qui est la sienne ne repose sur rien d'autre que le respect par lui des règles qu'il a édictées. Ce n'est donc pas sans conséquence qu'il pourrait passer outre, dans sa lutte contre l'Irrégulier, certaines garanties processuelles, qui sont des mécanismes nécessaires à la protection des droits substantiels des citoyens. Pire encore pour l'Etat : même s'il devait céder à la tentation de ne plus retenir ses coups et de le frapper durement, par des moyens légaux uniquement, comme les pressions administratives ou judiciaires, cela ne manquerait pas de servir les intérêts de l'Irrégulier sans véritablement lui nuire. En effet, ce dernier ne se priverait pas de transformer chaque prétoire en tribune et de tirer ainsi parti de la trop belle occasion qui lui est donnée de s'illustrer pour ce qu'il est, à savoir un ennemi de l'ordre établi, plus irréductible que les autres et donc plus légitime à capter l'attention des mécontents. Dans le même temps, le recours à de semblables méthodes, même si elles devaient rester dans les limites de la légalité, cristalliseraient tout de même l'hostilité jusque chez certains partisans de l'Etat. Le but de l'Irrégulier, à savoir la polarisation de la scène politique, serait atteint.

Apparaît ici la faiblesse structurelle des démocraties face aux nouvelles méthodes de la guerre irrégulière. L'efficacité de ce type de régime, le terme d'efficacité étant entendue comme la capacité à adopter et exécuter une décision sans rencontrer de résistances intérieures, est conditionnée par la convergence de vues entre le Parlement et le Gouvernement. Si une telle concordance est nécessairement acquise dans les premiers temps suivants la nomination du Gouvernement, ce dernier étant l'émanation du camp politique dominant au Parlement, elle n'est jamais amenée à perdurer et ce pour deux raisons. La première est inhérente au fonctionnement même du parlementarisme, qui veut qu'il soit dans l'ordre naturel des choses qu'il y ait une opposition au Parlement et des dissensions au sein de la majorité ; toutes deux étant amenées à gagner en importance à mesure que le temps passe. Le Gouvernement en place est en effet comptable de son action devant les électeurs, qui pourront tenir rigueur aux membres de la majorité de l'avoir soutenue trop longtemps. Par conséquent, il n'y a rien d'anormal à ce que des parlementaires, même de la majorité, cherchent à éviter le courroux des électeurs en reflétant leurs attentes et en taçant le Gouvernement. La deuxième raison, si elle découle immédiatement de la première, tient à ce qui fait l'essence même de la guerre irrégulière : la recherche de la polarisation de la population. Du fait même que le Parlement constitue la caisse de résonance et le foyer de réflexion privilégié de la vie politique de la Nation et de ses antagonismes, il offre une prise

directe sur la conduite des affaires de l'Etat, tandis que le contrôle de la population offre une prise directe sur la conduite des affaires du Parlement. Au fait de cette réalité, l'Irrégulier peut l'exploiter à son profit et s'en servir comme d'un levier pour atteindre ses buts. Il n'est toutefois pas le seul dans ce cas : dans une démocratie en effet, toutes les forces politiques en présence cherchent à s'assurer du soutien de la population en vue de parvenir à réaliser le projet politique qui est le leur. Mais à ce jeu, elles n'affrontent pas l'Irrégulier à armes égales.

En effet, une force politique classique s'incarnant sous la forme d'un parti, est organisée en vue de gagner les élections. L'Irrégulier lui, est organisé en vue de gagner la guerre. Mais une guerre qui ne dit pas son nom et qui n'existe peut-être même pas dans les consciences, si ce n'est celle de quelques hauts fonctionnaires au fait de ces problématiques et bien en peine de les diffuser auprès des décideurs et de la population. Si l'Irrégulier recherche évidemment la victoire, ce n'est certainement pas à l'issue des échéances électorales. Et s'il s'efforce d'entretenir des intelligences afin de peser sur leur issue, ce n'est jamais que dans le but de saper l'assise parlementaire dont devrait bénéficier tout gouvernement en place. En proie aux divisions, le pouvoir central sera bientôt en crise, c'est à dire dans l'incapacité face à un événement menaçant son existence d'élaborer une réponse adaptée, ce qui est précisément l'effet recherché par l'Irrégulier. Le succès lors des scrutins lui est donc indifférent : la faiblesse du pouvoir née d'un difficile rapport de force au sein du Parlement, postérieur aux élections, lui suffit.

Ainsi, même lorsque son action s'inscrit dans le cadre normal prévu par le système politique, l'Irrégulier, puisqu'il ne partage pas les mêmes buts, possède une marge de manœuvre nettement supérieure à celles des forces politiques concurrentes. De plus, les partis politiques et à plus forte raison ceux au pouvoir, possèdent à l'égard de la population, des obligations, puisqu'ils seront jugés à leurs résultats. L'Irrégulier lui, n'a que des objectifs, puisqu'il n'est comptable de rien et devant personne, si ce n'est devant l'Histoire. Quand la population est un objet de préoccupation pour le pouvoir en place, l'Irrégulier lui, ne s'en préoccupe que comme d'un objet. Il n'a donc qu'à se soucier de diffuser une bonne propagande quand le Gouvernement doit s'atteler à la tâche autrement plus difficile de conduire une bonne politique : *« l'asymétrie de la situation [entre l'Irrégulier et l'Etat] a d'importants effets sur la propagande. L'insurgent, n'ayant aucune responsabilité, est libre d'utiliser tous les tours à sa disposition : si nécessaire, il peut mentir, tricher, exagérer. Il n'est pas obligé de prouver ; il n'est jugé que sur ce qu'il promet, non sur ce qu'il fait. En conséquence, la propagande est une arme particulièrement puissante entre ses mains. Sans bonne politique mais avec une bonne propagande, il lui est encore possible de gagner. Le*

contre-insurgent est quant à lui lié par le poids de ses responsabilités et son passif politique et pour lui, les faits parlent plus que les mots. Il est jugé sur ce qu'il fait et non sur ce qu'il dit. (...) Un contre-insurgent ne pourra donc jamais dissimuler une mauvaise politique derrière une bonne propagande »¹⁰⁸⁶.

B) Le contrôle de la population par le recours au terrorisme

Lors d'une guerre irrégulière, le contrôle des masses est recherché par l'emploi méthodique de la terreur, élevée en véritable politique de la violence (1). Mais à l'issue de la guerre, à supposer que l'Irrégulier en soit sorti vainqueur, celui-ci encore mû par la logique propre qui l'a porté jusqu'ici, devra continuer à maintenir sa domination sur la population par la peur et ériger le terrorisme en asymptote de la violence politique (2).

1) Le Terrorisme comme politique de la violence

En plus des prérogatives ordinaires offertes par le cadre de fonctionnement normal de la scène politique et dont l'Irrégulier peut faire un usage plus étendu que ses opposants, il dispose également d'une arme qu'il est le seul à pouvoir utiliser : le recours à la violence programmée ou terrorisme. Dans la guerre irrégulière comme dans toutes guerres, *« l'emploi de la violence physique dans toute son étendue n'exclut aucunement la coopération de l'intelligence. Il en résulte que celui qui emploie cette violence avec brutalité, sans épargner le sang, acquiert la prépondérance sur un adversaire qui n'en agit pas de même, et lui dicte la loi »¹⁰⁸⁷*. Mais contrairement à la guerre régulière, dans laquelle les effets directs de la violence en matière de destructions humaines et matérielles sont recherchés pour eux-mêmes, ce sont leurs conséquences indirectes sur le plan de l'impact émotionnel que l'Irrégulier veut maximiser. L'enjeu de la guerre irrégulière est le contrôle de la population, non son anéantissement et par conséquent, le recours au terrorisme, c'est-à-dire à l'emploi de la peur comme instrument de coercition, apparaît tout indiqué. *« Le but visé par la guerre moderne étant la conquête de la population, le terrorisme est l'arme particulièrement indiquée puisqu'il vise directement l'habitant. Dans la rue, à son travail, chez lui, l'habitant est partout menacé de mort violente. En présence de ce danger permanent qui l'entoure, il a l'impression déprimante d'être une cible isolée et dans défense. Le fait que les pouvoirs publics et la police ne sont plus capables d'assurer sa sécurité augmente son désarroi. Il perd*

¹⁰⁸⁶ David Galula, *Counter insurgency warfare - theory and practice*, Frederick A. Praeger, Inc. USA, 1964, p. 11 ; traduction par nos soins.

¹⁰⁸⁷ Clausewitz, *De la guerre*, Flammarion, Paris, 2014, p. 12.

de ce fait confiance dans l'Etat dont la mission naturelle est d'assurer sa protection. Il est de plus en plus attiré par le camp des terroristes, seul capable en définitive de le ménager. Le but visé, qui est de faire basculer la population, est donc atteint »¹⁰⁸⁸.

Trop souvent, les esprits tendent à réduire le terrorisme à un déchainement brut de violence aveugle, lequel n'aurait d'autre but que l'horreur pour l'horreur. Il est tout au contraire, l'expression la plus pure d'une violence froide, méthodique et conditionnée ; violence exercée dans l'unique objectif d'orienter le climat mental de la population dans une direction voulue. Elle peut bien paraître, pour ceux qui la subissent, irrationnelle ou même, comme une manifestation de démence, elle n'est pourtant jamais dépourvue de logique dans l'esprit de ceux qui l'ordonnent. Et si la question de l'état de santé mentale de ceux qui l'exécutent peut parfois être posée, elle n'est que très secondaire au regard de celle qui devrait demeurer la préoccupation principale : celle de l'état de santé mentale du corps social, que le terrorisme vise à altérer. Le terrorisme en effet, si l'on veut bien se défaire de la forte charge émotionnelle que le terme véhicule, est avant tout un procédé d'action psychologique sur les masses ; procédé destiné à leur donner par une série d'impulsions adéquatement distribuées, les dispositions nécessaires pour les conduire sur le chemin qui leur a été tracé¹⁰⁸⁹.

Comme le mouvement des corps, le fonctionnement de l'esprit humain, obéit à des lois. Par conséquent, celui qui en connaît les constantes et les variables peut les exploiter pour appuyer sur les ressorts enfouis de la *psyche* des individus. Qu'il se rappelle que ces individus sont des êtres sociaux interagissant les uns avec les autres et qu'ils possèdent par là même une faculté d'influence sur un environnement plus ou moins large, et il aura là les clefs pour agir sur lui. Qu'il réalise enfin, qu'au-delà de son environnement proche, chacun de ces individus se trouve pris dans une architecture de relations qui lui confère une sphère et un degré d'influence propre, fonction de leur position dans la société et il sera en possession d'un instrument susceptible de la modifier en profondeur. Qu'à cette connaissance fine des mécanismes de psychologie sociale se conjugue une absence complète de scrupules et une vision purement utilitariste de la vie humaine et il aura alors accès au plus puissant levier psychique disponible pour mouvoir les consciences : la peur de la mort.

Par le recours à l'élimination systémique d'individus appartenant à certaines catégories déterminées de la population et l'exploitation médiatique de leur mort, c'est dans tout le corps social que l'Irrégulier va pouvoir diffuser des engrammes de comportement.

¹⁰⁸⁸ Roger Trinquier, *La guerre moderne*, Economica, coll. Stratégie et Doctrines, 2006, p. 14.

¹⁰⁸⁹ Si le terrorisme est l'arme principale de la guerre psychologique, il n'est pas le seul. V. François Géré, « Mutations de la guerre psychologique », *Stratégique*, 2005, n° 85, « Terrorisme et stratégie ».

L'action terroriste en effet, ne constitue pas seulement un acte de violence. Par son caractère codifié et même parfois ritualisé, l'action terroriste est surtout la promesse d'actes de violence encore à venir. D'une violence réitérée donc, mais surtout d'une violence conditionnée. Que les conditions soient absentes et les actes de violences ne seront pas amenés à se reproduire. C'est de cette dimension programmatique et même pavlovienne de l'exercice de la violence bien plus que des dommages réels qu'elle va produire, que l'Irrégulier va tirer sa force. La violence programmée sera pour lui le moyen de poser par l'exemple le plus brutal, au sein même de la population, la *summadivisioschmittienne* entre amis et ennemis. Avec le soupçon qui se généralise, c'est en réalité un système de surveillance panoptique de chacun sur tous, qui se met en place. Bientôt, le corps social n'en est plus un : il demeure seulement une masse d'individus atomisés, sans autres intérêts que les leurs¹⁰⁹⁰.

Le terrorisme agit sur le corps social comme la brûlure sur le corps humain : ce qui fait sa gravité est moins sa profondeur que sa surface. Quelques actions d'éclat sur des cibles à forte valeur symbolique mais dénuées d'intérêt en elles-mêmes, suffisent à l'Irrégulier pour diffuser à l'échelle de toute une population un sentiment de peur qui constituera pour elle l'espace d'un temps le seul facteur d'unité¹⁰⁹¹. Plongée initialement dans un état de sidération mentale consécutif au choc qui lui a été imposée, celui-ci fait bientôt place à la dissonance cognitive et à l'inconfort mental qui en est né¹⁰⁹². Puisque la population veut vivre

¹⁰⁹⁰ L'efficacité du procédé n'est plus à démontrer et peut être illustrée par cet exemple tiré d'un épisode de la guerre d'Algérie et montrant comment les cadres du FLN assuraient leur sécurité ; lorsqu'ils : « *voulaient s'installer dans une maison de la Casbah, ils envoyaient d'abord une équipe de maçons pour y construire une cache. Les maçons rassemblaient aussitôt les gens de la maison et leur disaient en substance ceci : Vous allez bientôt recevoir des personnages importants. Vous répondrez de leur sécurité sur votre vie. Et quelque fois, pour montrer que ce n'était pas là une vaine menace, d'une rafale de pistolet mitrailleur, ils abattaient sur le champ celui des habitants qui leur paraissait le plus suspect. Désormais, la sortie des habitants était strictement contrôlée ; jamais plus de la moitié ne pouvait en même temps se trouver à l'extérieur. Le secret était donc bien gardé et Yacef Saadi, commissaire politico-militaire de la Zone Autonome d'Alger a pu s'installer à moins de deux cent mètres du bureau du commandant du Secteur d'Alger et y rester introuvable pendant plusieurs mois avant d'être arrêté* », Roger Trinquier, *La guerre moderne*, op. cit., p. 13.

¹⁰⁹¹ « *Au sens ordinaire, le mot foule représente une réunion d'individus quelconques, quels que soient leur nationalité, leur profession ou leur sexe, quels que soient aussi les hasards qui les rassemblent. Au point de vue psychologique, l'expression foule prend une signification tout autre. Dans certaines circonstances données, et seulement dans ces circonstances, une agglomération d'hommes possède des caractères nouveaux fort différents de ceux de chaque individu qui la compose. La personnalité consciente s'évanouit, les sentiments et les idées de toutes les unités sont orientés dans une même direction.* », Gustave Le Bon, *La psychologie des foules*, PUF, 1971, pp. 17-18.

¹⁰⁹² La dissonance cognitive est un état de malaise psychologique né d'une distorsion entre la représentation mentale d'une situation et la réalité de la situation elle-même, qui est renvoyée par l'expérience immédiate que le sujet peut en faire. La dissonance cognitive peut également être le produit de contradictions entre une attitude que le sujet souhaiterait adopter face à une situation donnée et celle qu'il est obligé d'adopter de par une pression extérieure. Tel est notamment le cas d'une personne se devant de prendre une décision qu'il sait être injuste. L'individu en état de dissonance cognitive va avoir besoin de créer pour y répondre une contre-représentation mentale qui lui permettra de rationaliser la dissonance pour la faire disparaître. Ce qui *a posteriori*, lui permettra de justifier sa propre attitude ; v. Valérie Fointiat, Fabien Girandola, Patrick Gosling, *La dissonance cognitive*, Paris, A. Colin, « U », 2013.

normalement mais que la situation le lui interdit et que cette situation est le produit de la volonté d'un ennemi, alors il faut l'anéantir ou se le concilier. Déjà, dans le champ des possibles et des consciences, ces deux tendances opposées apparaissent. Par le terrorisme sélectif, l'Irrégulier tâchera d'éteindre l'une et d'entretenir l'autre¹⁰⁹³. « *L'objectif est d'isoler le contre-insurgé des masses, d'impliquer la population dans la lutte et d'obtenir au moins sa complicité passive. L'insurgé y parvient en tuant, en différents endroits du pays, quelques petits fonctionnaires qui travaillent au contact de la population, comme des policiers, des postiers, des maires, des adjoints municipaux ou des enseignants. Tuer des officiels de haut-rang ne servirait à rien, puisqu'ils sont trop distants de la population pour que leur mort ait valeur d'exemple (...). Les assassinats n'ont d'utilité que s'ils peuvent servir d'exemples, c'est pourquoi ils ne doivent pas être cachés ou commis en secret. Les victimes sont généralement découvertes avec un message indiquant qu'elles ont été condamnées par un tribunal révolutionnaire et exécutées pour tel ou tel crime* »¹⁰⁹⁴.

Cette situation conduit à une évolution de la pensée obéissant à ce schéma. Bientôt, une tendance prédomine : si l'ennemi n'apparaît pas sur les cartes d'état-major et s'il n'est nulle part, c'est donc qu'il doit être partout et se confondre avec la population elle-même. Par conséquent, peut-être que cet ennemi d'abord fantasmé, n'est pas si irréductible et étranger qu'on le supposait. Peut-être même que sa conduite, initialement considérée comme irrationnelle, obéit néanmoins à une logique, légitime, à laquelle on est familier. Peut-être enfin, pour le bien commun, qu'il serait bienvenu de s'y aligner. Après tout, cet ennemi, plutôt que de l'anéantir, peut-être qu'il vaudrait mieux se le concilier... Après le temps de la sidération et de la dissonance vient celui de la syntonisation, où la population, par peur ou intérêt, accorde sa volonté sur celle de l'Irrégulier. Tandis qu'une partie sombre dans un état d'impuissance acquise consécutive aux coups de boutoirs psychiques réitérés portés par l'Irrégulier, une autre préfère s'y rallier¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹³ « *Une surveillance implacable sera exercée sur tous les habitants : tout soupçon ou indice d'insoumission sera puni de la peine de mort qui ne surviendra bien souvent qu'après d'affreuses tortures. Les atrocités commises par le FLN en Algérie pour maintenir son emprise sur la population sont innombrables. (...) Au moins de septembre 1958, les forces de l'ordre se seront emparées des archives d'un tribunal militaire d'une région FLN. Dans le seul canton de Michelet (...) en Kabylie, plus de 2000 habitants ont été condamnés à mort et exécutés entre le 1^{er} nov. 1954 et le 17 avril 1957* », Roger Trinquier, *La guerre moderne*, op. cit., p. 16.

¹⁰⁹⁴ David Galula, *Counter insurgency warfare - theory and practice*, Frederick A. Praeger, Inc. USA, 1964, pp. 43-44 ; traduction par nos soins.

¹⁰⁹⁵ Eric Langlois de rappeler que « *le stratège révolutionnaire sait, au contraire, que son action va la faire taire par la terreur ; que la majorité le suivra d'autant plus qu'il l'aura avilie par la peur née non seulement de l'attentat, de l'embuscade, de toutes formes d'actions empruntées au banditisme, mais née de son surgissement brutal dans une manifestation aussi aveugle qu'injuste. Grâce à l'iniquité de son action, le stratège révolutionnaire acquiert la liberté d'action. Si le révolutionnaire doit être dans son peuple comme un poisson dans l'eau, cela ne veut pas dire un poisson rouge au milieu d'autres poissons rouges. Le stratège*

Pour l'Irrégulier, le théâtre des opérations est d'abord un théâtre, au sens premier du terme et dont il s'efforce d'étendre la scène à toute la société¹⁰⁹⁶. Pour elle, il pose un décor. Par la propagande par le fait, il distribue des rôles dans lesquels chacun peut se retrouver, en même temps qu'il s'y enferme. Par la propagande par l'image, la parole et l'écrit, il rend la population captive d'un *scenario* auquel elle participe *nolens volens*. Pour son dessein, il forge des mythes, qui ne sont pas là pour dire la vérité mais agir sur la réalité et qui véhiculent autant d'images mentales qui s'implanteront dans les consciences. Le moment venu, des *stimulis* adéquats les réveilleront et révéleront leur dimension performative, prouvant par-là qu'il n'y a qu'un pas entre la suggestion et la sujétion. Ce n'est plus une pièce qui se joue : c'est une immense entreprise de conditionnement opérant d'une société entière qui se trouve initiée¹⁰⁹⁷ où chacun ne conserve plus que l'illusion du libre-arbitre. Les subjectivités sont façonnées et inexorablement, la perception de la réalité par le corps social dans son ensemble en est définitivement altérée. Un nouveau paradigme politique s'impose et le pouvoir de l'Etat, dans la forme qu'il possède, n'est plus perçu comme légitime. L'Irrégulier, lui, n'a plus qu'à marginalement s'impliquer pour entretenir le mouvement de délitement intérieur dans lequel la société se trouve engagée. Celui-ci, désormais, s'auto-entretient.

Cette description du procédé général de captation, canalisation puis retournement des énergies psychiques d'une population dans un but donné, n'emprunte en rien à la métaphore ou à l'emphase : il s'agit de la description la plus simple et la plus clinique qu'il soit possible

*révolutionnaire est un grand prédateur qui réussit d'autant mieux qu'il persécute son milieu d'origine, enveloppant le tout dans une propagande rejetant la responsabilité de la terreur sur l'ennemi. Et ça marche très bien ! La terreur crée la veulerie et le règne de l'injustice », « Guerre classique et guerre révolutionnaire : l'illusion de la différence », *Stratégique*, 2005, n° 85, « Terrorisme et stratégie ».*

¹⁰⁹⁶ Sur les procédés d'action psychologique, v. Loup Francart, *La guerre du sens : pourquoi et comment agir dans les champs psychologiques*, Economica, coll. Stratégies et Doctrines, 2000.

¹⁰⁹⁷ La comparaison faite ici avec les différents aspects du théâtre ne doit rien au hasard : les mécanismes psychologiques mis en œuvre souvent inconsciemment ou instinctivement par un acteur sur les planches lors d'une pièce ou par toute autre œuvre de fiction, sont exactement les mêmes que ceux mobilisés par la propagande de guerre. Le procédé de pénétration de la psyché de l'individu et sa manipulation est connu sous le nom d'adhésion émergentiste. Sur cette question, qui dépasse largement l'objet de la présente étude, v. Yannick Bressan, *Principe d'Adhésion au Théâtre - Approche Historique et Phénoménologique*, L'Harmattan, 2012. V. aussi, du même auteur, « L'adhésion émergentiste : un outil fondamental en psychologie appliqué au secteur de la défense et du renseignement », site internet du CF2R : « *Sans s'étendre sur les techniques plus ou moins pertinentes et efficaces qu'il est possible de relever dans l'approche psychologique d'un conflit, nous souhaitons ici présenter un nouvel outil mis à jour en neuropsychologie cognitive qui pourrait s'avérer être d'une très grande utilité dans le cadre de la défense et du renseignement : le Principe d'adhésion émergentiste (ou PAEm). Cet outil se fonde sur le phénomène d'"adhésion émergentiste" c'est-à-dire une attention particulière de la part de celui qui perçoit un message, une représentation, un propos... et qui conduit cet individu à faire émerger une réalité à laquelle il va adhérer à tel point que cette nouvelle réalité va déborder, voire prendre la place, de sa réalité quotidienne. Cette réalité émergente, via le PAEm, va ainsi devenir la nouvelle réalité quotidienne de celui qui y est soumis au point de profondément affecter ses émotions ainsi que son système neuropsychologique et cognitif. Il peut alors apparaître que la compréhension d'un tel phénomène mais aussi la compréhension des ressorts de son déclenchement, laisse envisager la mise en place d'une véritable "bombe neuropsychologique" active ou passive dans le cadre de psyops par exemple et plus largement dans l'armée et la gestion des crises en général ».*

de donner de techniques empiriquement connues et dont les mécanismes sous-jacents commencent à être scientifiquement révélés¹⁰⁹⁸.

2) Le Terrorisme comme asymptote de la violence politique

Le visage de la guerre irrégulière tel qu'il vient d'être décrit constitue même, plus simplement, le nouveau visage ordinaire de la guerre, puisque même si celle-ci se voit encore qualifiée d'irrégulière, elle constitue désormais la forme usuelle des conflits contemporains. Sous-produit de la guerre atomique, ses conséquences n'en sont pas forcément moins terribles, puisqu'elle est la seule guerre à pouvoir véritablement être qualifiée de totale et d'asymétrique. Totale, elle l'est parce qu'elle embrasse et mobilise toutes les sphères de la société humaine. La *summadvivisio* entre amis et ennemis existe toujours, mais l'ennemi n'est plus désormais simplement l'Autre, l'Etranger, l'Adversaire, dont il est possible de contester les prétentions par la violence. Il tend à apparaître comme l'émanation d'un principe ontologique du Mal, avec lequel il ne saurait y avoir ni pardon, ni pitié, ni encore moins de paix. C'est pourquoi la guerre irrégulière sera asymétrique jusque dans son dénouement lui-même.

Lorsque, dans la guerre régulière la victoire d'un camp est annonciatrice de la fin des violences et de l'ouverture d'une ère de paix ; elle devient, dans le cadre de la guerre irrégulière, le signal de la curée. L'ennemi ne sera vaincu que lorsqu'il aura entièrement disparu. Invisible, protéiforme, polycéphale, il sera partout où le sentiment se plaira à le trouver et la guerre irrégulière ne cessera que lorsqu'elle aura été épuisée par ses propres excès. Clausewitz peut donc être rassuré : la guerre irrégulière, bien qu'elle soit désormais « *la vraie tendance de la guerre* » n'est pas une « *méthode artificielle pour désarmer ou terrasser un adversaire sans lui infliger trop de blessures* » élaborée par des « *esprits philanthropiques* ». Elle est une guerre d'anéantissement et de toutes les guerres d'anéantissement, elle est la plus impitoyable puisqu'elle n'a même pas pour limite celles qu'elle voudrait se donner. Parce qu'elle conjugue de la façon la plus absolue la « *coopération*

¹⁰⁹⁸ Nous n'avons ici que développé l'approche technique ou tactique des procédés de conduite de la guerre irrégulière. Or, comme toute guerre, celle-ci suppose également l'existence d'un plan de niveau stratégique. Nous souhaitons porter ici à l'attention du lecteur l'existence de deux ouvrages qui à notre connaissance sont les seuls de leur catégorie. Tous les deux ont été écrits par Yuri Bezmenov, ancien membre du KGB passé à l'Ouest. Dans ces deux documents, il décrit en détail les procédés usuels mis en œuvre par le KGB dans le cadre de ses actions subversives pour modifier graduellement la perception de la réalité chez la population prise pour cible. V. Tomas Schuman, *Love Letter to America*, Los Angeles, 1984 (Thomas Schuman étant son nom de dissident); v. encore Yuri Bezmenov, *Black is Beautiful, Communismis Not*, Almanac-Press, 1985, ouvrage rédigé à destination plus particulière du mouvement pour les droits civiques. V. aussi Hervé Burdin, « Souveraineté et information. », *Prospective et stratégie*, 2010-1, pp. 127-144.

de l'intelligence » avec « l'emploi de la violence physique dans toute son étendue », il se produit dans les consciences un phénomène analogue qui se réalise dans le cœur des armes atomiques : les éléments, une fois portés à un degré d'excitation suffisant, libèrent une énergie telle qu'elle ne cesse pas avant de les avoir tous consumés.

C'est une constante : à ce jour, l'Histoire ne donne pas d'exemple de guerre irrégulière qui ait été emportée sans que la victoire soit suivie immédiatement d'une impitoyable campagne d'épuration de la population qui n'a pas même épargné ceux qui ont mené la guerre du côté de l'Irrégulier. « *La guerre dite totale abolit la distinction entre combattants et non combattants et connaît, outre la guerre militaire, une guerre non militaire (économique, guerre de propagande, tec...) procédant elle aussi de l'hostilité. Mais l'abolition de la distinction entre combattants et non combattants est ici dépassement dialectique (au sens hégélien du terme). Elle ne signifiera pas, pour autant, que les non combattants de naguère vont être tout simplement des combattants de type traditionnel. Bien au contraire, ce sont les deux éléments qui se transforment et la guerre se poursuivra à un autre plan, de niveau supérieur, où elle sera une réalisation de l'hostilité sous des formes qui ne seront plus exclusivement militaires. Le passage à la guerre totale consiste dès lors en ce que des secteurs extra-militaires de l'activité humaine (l'économie, la propagande, les énergies psychiques et morales des non combattants) sont engagés dans la lutte contre l'ennemi. Ce dépassement du plan exclusivement militaire entraîne non seulement un élargissement quantitatif, mais encore une promotion qualitative. C'est pourquoi, loin d'atténuer l'hostilité, il la renforce. Il suffit qu'existe la simple possibilité d'un tel renforcement pour que les concepts d'ami et d'ennemi redeviennent automatiquement politiques et qu'ils se dégagent de la sphère des poncifs d'ordre psychologique et privé, même là où leur caractère politique s'était totalement effacé* »¹⁰⁹⁹.

Tel est donc le nouveau type normal de la guerre¹¹⁰⁰. Mais il a fallu pour que se développe ce nouveau type de guerre un nouveau type de guerrier pour la conduire, c'est-à-dire un nouveau système d'arme dominant. Identifier ce nouveau système d'arme dominant est pour l'Etat d'une importance fondamentale. D'une part, parce qu'une telle identification participe à celle de l'ennemi lui-même. D'autre part et ainsi qu'il a été démontré plus haut, parce qu'un Etat doit toujours adapter sa structure politique aux nécessités imposées par le système d'arme dominant à une époque donnée ou courir le risque de disparaître. Ce nouveau système d'arme dominant, propre à la guerre irrégulière, est le partisan.

¹⁰⁹⁹ Carl Schmitt, *La notion de politique - Théorie du partisan*, Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009, p. 170.

¹¹⁰⁰ Sur les formes modernes du terrorisme, v. *Stratégie*, 1997/2-3, n° 66-67, « Terrorismes contemporains ».

§2) Le partisan comme nouveau système d'arme dominant

L'apparition (A) puis l'évolution du partisan (B) a accompagné les mutations de la guerre.

A) L'apparition de la notion de partisan

Le concept de partisan est désormais bien connu et intrinsèquement lié à la notion de guerre irrégulière. Mais à l'origine, son apparition ne fut qu'une timide immixtion de l'irrégularité dans le champ de la guerre régulière (1) avant que son développement n'en fasse un élément incontournable du champ de bataille (2).

1) L'immixtion de l'irrégularité dans le champ de la guerre régulière

Jusqu'ici, seuls les procédés employés par le partisan ont été exposés. Si la description de ces procédés a été préférée à celle du partisan lui-même, c'est qu'il était nécessaire pour se faire une idée de l'artisan, de d'abord connaître l'objet de son art. La compréhension de la nature profonde du Partisan obligeait donc, préalablement, à celle de ses outils et de leur destination.

Entendu dans son sens classique, le terme de partisan renvoie à l'image du civil en arme née de l'épisode napoléonien de la Guerre d'Espagne¹¹⁰¹. Jaillis spontanément des profondeurs de la Nation, les combattants espagnols étaient animés d'un patriotisme ardent contre l'envahisseur étranger. Mais ce dernier n'avait encore connu la défaite sur aucun théâtre européen et était en mesure d'engager des troupes nombreuses et aguerries, rompues au combat de ligne. C'était même lui qui avait inventé, perfectionné puis exporté les nouvelles formes de guerres nées de la Révolution. Surclassés sur le plan des moyens et de l'expérience, les combattants espagnols refusèrent soigneusement de livrer bataille sur un terrain où leur adversaire était assuré de pouvoir faire la démonstration de sa supériorité. Aussi, plutôt que de tenter de lui infliger une série de chocs destinés à briser ses forces et sa volonté, ils choisirent d'initier une guerre d'attrition faite d'une succession de coups de main et de replis, qui devaient l'épuiser.

Cette multitude de « *petites guerres* » menées partout sur le territoire espagnol et sur un front que l'on aurait en vain cherché sur une carte d'état-major, donnèrent à cette nouvelle forme de conflit le nom de « *guérilla* » et à ceux qui le menait celui de « *guérilleros* ». Ce n'était certes pas la première fois dans l'histoire que des civils étaient amenés à prendre les

¹¹⁰¹ Sur l'origine espagnole de la guérilla, v. Vittorio Scotti Douglas, « La guérilla espagnole dans la guerre contre l'armée napoléonienne », *Annales historiques de la Révolution française*, 2004, n° 336, pp. 91-105.

armes contre une armée régulière, mais c'était la première fois qu'un conflit dans sa globalité s'articulait tout entier autour de l'engagement de larges contingents de partisans et que ces derniers en furent le critérium distinctif. Deux éléments essentiels caractérisent le guérillero espagnol : l'irrégularité et la motivation profondément politique de son engagement¹¹⁰². Le guérillero espagnol fut le type premier du partisan¹¹⁰³ et dont tous les autres types à travers l'histoire furent dérivés, par adaptation aux circonstances de temps et de lieu qui ont participé à leur émergence, mais auxquels par héritage furent transférées les spécificités originelles du guérillero espagnol, d'irrégularité et d'engagement politique¹¹⁰⁴. Ce sont sur ces spécificités qu'il nous faut à présent nous pencher.

L'irrégularité, par nature, ne saurait recevoir de définition stricte et ne peut s'identifier qu'en négatif des seuls critères posés par le droit international pour l'identification du combattant régulier. Ce sont donc ces critères qui doivent maintenant être exposés. Or, ainsi que le lecteur pourra le constater, ils valent à peine d'être mentionnés, sinon pour dénoncer leur inanité au regard des nécessités imposées par notre temps¹¹⁰⁵. Jusqu'à une époque encore récente, ils avaient pourtant le mérite d'être clairs, intelligibles et surtout universellement reconnus. Ainsi, le Règlement de la Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre disposait que : « *les lois, les droits et les devoirs de la guerre ne s'appliquent pas seulement à l'armée, mais encore aux milices et aux corps de volontaires réunissant les conditions suivantes : 1°. d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ; 2°. d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ; 3°. de porter les armes ouvertement et 4°. de se conformer dans leurs opérations aux lois et coutumes de la guerre. Dans les pays où les milices ou des corps de volontaires constituent l'armée ou en font partie, ils sont compris sous la dénomination d'armée* »¹¹⁰⁶. Ce même Règlement précisait encore : « *la population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de*

¹¹⁰² Carl Schmitt, *La notion de politique – Théorie du partisan*, Ed. Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009, pp. 217 et s. Sur la théorie du partisan de Carl Schmitt, v. David Cumin, « Le problème du bombardement aérien stratégique en *jus in bello* », *Stratégique*, 2014-2, n° 106, pp. 187-202.

¹¹⁰³ A proprement parler, le type premier du partisan fut celui de la guerre de Vendée pendant la Révolution française, mais comme cet épisode s'inscrivait dans celui plus large d'une guerre civile, c'est bien la guerre d'Espagne qui usuellement, est retenue comme la première guerre de guérilla ; v. Hervé Coutau-Bégarie, « Guerres irrégulières : de quoi parle-t-on ? », *Stratégique*, 2009-1, n° 93-94-95-96, pp. 13-30.

¹¹⁰⁴ Sur l'irrégularité du partisan espagnol, l'appréciation qui en a été faite tout au long de la guerre d'Espagne a considérablement évolué. V. Gildas Lepetit, « Brigands ou soldats ? », *Revue historique des armées* [En ligne], 2012, n° 269, mis en ligne le 20 novembre 2012, consulté le 13 avril 2016. URL : <http://rha.revues.org/7569>

¹¹⁰⁵ Sur ces questions, v. Shabtai Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law*, Brill, 2004 ; v. encore Theodor Meron, *The Humanization of International Law*, Brill, 2006.

¹¹⁰⁶ Art. 1^{er} de la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907.

s'organiser conformément à l'article premier, sera considérée comme belligérante si elle porte les armes ouvertement et si elle respecte les lois et coutumes de la guerre »¹¹⁰⁷.

En 1907, la guerre d'Espagne n'avait pas tout à fait un siècle, mais c'était une durée suffisante pour que ses leçons se soient diffusées dans toute l'Europe. En 1813 déjà, deux ans avant Waterloo, la Prusse occupée se soulevait en suivant l'exemple ibérique. En 1870, dans le sillage de l'écrasante défaite de Sedan, ce fut aux armées allemandes de devoir affronter des flots sans cesse renouvelés de francs-tireurs après que Gambetta eut décrété la « *guerre à outrance* ». Le Règlement de la Haye de 1907 n'offrait donc rien de moins qu'assimiler le partisan au soldat régulier, mais à la condition absolument aberrante qu'il en épouse tous les caractères. Car si l'on exige de lui qu'il porte ouvertement les armes et un signe distinctif (ce qui n'est rien de moins qu'un uniforme), qu'il rende compte à un supérieur hiérarchique et qu'il se soumette aux lois et coutumes de la guerre, alors il ne lui manque rien d'autre qu'un étendard et un numéro d'unité pour appartenir pleinement à l'armée régulière.

Cependant, en 1907, de par les modalités selon lesquelles était conduite la guerre, le partisan dans ses agissements et ses aspects extérieurs était rarement éloigné du cadre dans lequel le Règlement entendait l'inscrire. Par conséquent, les corps de partisans, si ce n'est sur le plan de la valeur militaire, ne différaient pas véritablement de n'importe quel corps de cavalerie ou d'infanterie légère et n'étaient que des supplétifs de l'armée régulière. Ce ne pouvait plus être le cas en 1914. Le visage de la guerre ayant changé, le partisan devait s'y adapter. L'expérience de la guerre des partisans fut renouvelée pour l'Allemagne, en Belgique (et marginalement dans le nord de la France), mais elle revêtit un aspect différent de celui de 1870. Contre les immenses armées, qui déferlaient sur la Belgique, désormais mécanisées et soutenues par des moyens technologiques entièrement nouveaux, les partisans n'eurent d'autre choix que de se dissimuler au cœur de la population. Les Allemands, certains que la population locale appuyait massivement les francs-tireurs auxquels elle se voyait opposée, choisirent d'interpréter les circonstances et le Règlement de 1907 à leur propre convenance ; ils « *emprisonnèrent comme otage des personnalités en vue et ceux que l'on appelait les notables, fusillèrent les francs-tireurs pris les armes à la main et firent pression sur la population par des représailles de toutes sortes* »¹¹⁰⁸. La guerre des partisans ne teint toutefois qu'une place très marginale dans l'ensemble des événements de la Première Guerre Mondiale. Comme le relevait Carl Schmitt : « *des bibliothèques entières ont été rédigées sur cette question et ces toutes dernières années encore, en 1958-1960, il s'est trouvé une commission*

¹¹⁰⁷ Art 2, *ibid.*

¹¹⁰⁸ Carl Schmitt, *La notion de politique - Théorie du partisan*, Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009, p. 242.

d'historiens réputés, allemands et belges, pour tenter de démêler et de clarifier du moins l'un des points controversés de cet ensemble, la querelle autour du franc-tireur belge de 1914. Tout ceci est riche d'enseignements, concernant le problème du partisan parce qu'il y apparaît qu'une réglementation normative, pour peu qu'elle tende à appréhender la matérialité des faits sans se contenter de les soumettre à un glissement de jugements de valeur et de règles générales, est juridiquement impossible »¹¹⁰⁹.

La nature réelle de la résistance à laquelle les armées des empires centraux furent confrontées dans la Belgique de 1914 est encore très discutée aujourd'hui, mais les débats qui entourèrent cet épisode allaient poser les deux bases d'une problématique toujours actuelle. D'une part, celle de la recherche par le partisan, non seulement de l'appui de la population, mais également d'une véritable confusion avec elle et ce afin de pouvoir tout à la fois se comporter en soldat sans en avoir les devoirs, tout en se prévalant des droits des non-combattants sans en avoir les obligations. Celle d'autre part, de la manipulation des populations par la confusion qu'entretient sciemment le partisan avec elle, qui ainsi l'expose en conscience au feu de l'ennemi, ce qui l'incite ou l'oblige à prendre les armes contre lui. Manipulation également des éléments de l'armée ennemie, qui se trouvent forcés de se tourner contre une population que la plus élémentaire logique militaire l'aurait conduit à ignorer.

Si la situation dans laquelle était plongé le partisan belge de 1914 n'était guère différente de celle de ses prédécesseurs espagnols de 1808 (il s'agissait toujours de s'opposer aux avancées d'une armée régulière en campagne), les procédés utilisés, par la recherche de la confusion avec la population, avaient changé. S'il demeure que les actions des partisans de 1914 furent, pour ce que l'on en sait, relativement improvisées et que la période pendant laquelle ils ont été amenés à se soulever fut relativement brève, elle fut néanmoins annonciatrice des transformations futures du partisan. A l'avenir, celui-ci n'hésitera plus à se livrer à l'action directe sur la population afin de la ranger de son côté. Ce ne fut toutefois pas encore le cas pendant la Seconde Guerre Mondiale aussi, en 1949, le souvenir des mouvements de résistance présida-t-il à la rédaction des Conventions de Genève¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹¹⁰ Conventions de Genève du 12 août 1949.

2) L'essor de l'irrégularité dans le champ de la guerre régulière

Les Conventions de Genève ne modifiaient pas substantiellement le Règlement de 1907 de la Haye. Elles en reprenaient même certaines dispositions textuelles puisqu'elles assimilaient ainsi aux forces belligérantes « *la population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de se constituer en forces armées régulières, si elle porte ouvertement les armes et si elle respecte les lois et coutumes de la guerre* ». De même, elles reprenaient les conditions posées par le Règlement de 1907 pour que les milices et corps de volontaires puissent se prévaloir des dispositions de la Convention¹¹¹¹. Mais chose novatrice, elles étendaient aussi leur champ de protection aux « *mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé* » selon les mêmes conditions précitées.

Nous ne suivons pas Carl Schmitt lorsqu'il affirme que l'organisation militaire des mouvements de résistance « *n'est pas citée explicitement comme une condition nécessaire* »¹¹¹², car elle ne l'était pas non plus dans le Règlement de la Haye de 1907. Pour autant, les conditions posées en des termes identiques par lui et par la Convention de 1949 sont suffisamment claires et précises pour que prises dans leur totalité elles puissent être considérées comme la description usuellement admise par les mentalités de ce qu'est une « organisation militaire ». En revanche, la Convention ne pose pas de semblables exigences pour « *les membres des forces armées régulières qui se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la Puissance détentrice* » et auxquels, c'est également une novation, la Convention étend également sa protection.

A ce titre, il est légitime de s'interroger sur ce que peuvent bien être des « *forces armées régulières* » d'un gouvernement qui serait « *non reconnu* », d'autant plus qu'ainsi qu'il a déjà été dit, elles n'ont pas à se soumettre aux obligations classiques des force armées. Un tel qualificatif pourrait convenir tout aussi bien aux Forces Françaises Libres qu'au Gouvernement Provisoire de la République Algérienne, mais seule la victoire est venue *a posteriori* leur conférer une légalité dont ils étaient absolument dépourvus lors de leur proclamation. En 1949, il ne fait pas de doute que ce point visait expressément les divers Mouvements de Libération Nationale, qui commençaient à s'épanouir sous toutes les

¹¹¹¹ A savoir : avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés, posséder un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance, porter ouvertement les armes et enfin se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre. V. l'art. 4 de la Convention (III) de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre et l'art. 13 de la Convention (I) de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne.

¹¹¹² Carl Schmitt, *La notion de politique - Théorie du partisan*, Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009, p. 228.

latitudes. Mais il n'en demeure pas moins que le qualificatif de « *forces armées régulières d'un gouvernement non reconnu* » est dépourvu de tout caractère le rendant objectivement constatable, ce qui interdit peu ou prou à ceux qui s'en réclament d'effectivement pouvoir s'en prévaloir.

Ainsi que le relevait Carl Schmitt, « *les Conventions de Genève de 1949 ont introduit dans l'institution juridique classique de l'occupatiobellica¹¹¹³, soumise à des règles précises par le Règlement de la Haye, des modifications dont les répercussions demeurent imprévisibles à plus d'un point de vue. Des combattants de la résistance qui auraient subi jadis le traitement réservé aux partisans sont assimilés aux troupes régulières pourvu qu'ils soient organisés. En comparaison des intérêts de la Puissance occupante, les intérêts de la population du territoire occupé sont soulignés à tel point qu'il est devenu possible, du moins en théorie, de tenir pour non illégale toute résistance à l'occupant, y compris celle du partisan, pour peu qu'elle soit issue de motifs respectables. Il est admis d'autre part, que la Puissance occupante conserve le droit de prendre des mesures répressives. Dans cette situation, l'activité du partisan ne serait ni véritablement légale ni illégale à proprement parler, celui-ci opérerait simplement à ses propres risques et périls, et, en ce sens, son entreprise serait périlleuse, risquée* »¹¹¹⁴.

Mais, souligne Carl Schmitt, du fait de cette situation, une curiosité juridique au regard du *jus publicum europeum*, le partisan n'est pas le seul à courir un risque, mais toute la population : « *les fonctionnaires qui veulent, conformément au Règlement de la Haye, poursuivre leur travail correctement, sont sous une menace supplémentaire en raison de leurs actions et de leurs omissions et c'est tout particulièrement le fonctionnaire de la police qui se trouve pris dans un recoupement d'exigences dangereuses et contradictoires : la Puissance occupante ennemie attend de lui l'obéissance dans le maintien de la sécurité et de l'ordre, et c'est justement le partisan qui trouble ceux-ci ; l'Etat dont il est ressortissant exige fidélité et lui demandera des comptes à la fin des hostilités ; la population dont il fait partie attend de lui un loyalisme et une solidarité qui, relativement à son activité, peuvent entraîner des conséquences pratiques tout à fait opposées si ce fonctionnaire ne décide pas de se faire partisan à son tour ; en fin de compte, le partisan tout comme celui qui le combat auront vite fait de le précipiter dans le cycle infernal de leurs représailles et contre représailles* »¹¹¹⁵.

¹¹¹³ Sommairement résumé, il s'agit des droits de la puissance occupante sur le territoire occupé ; v. Carl Schmitt, *Le nomos de la terre*, PUF, Quadrige, 2001, pp. 200 et s.

¹¹¹⁴ Carl Schmitt, *La notion de politique - Théorie du partisan*, op. cit., p. 231.

¹¹¹⁵ *Ibid.* p. 232.

B) L'évolution de la notion de partisan

En évoluant, la notion de partisan devint une composante incontournable de la guerre, intégrant aussi pleinement que paradoxalement l'irrégularité dans le champ de la guerre régulière (1), ce qui inévitablement s'est traduit par leur confusion (2).

1) L'intégration de l'irrégularité dans le champ de la guerre régulière

En 1977, suivant l'orientation qui lui avait été donnée en 1949, un Protocole additionnel aux Conventions de Genève était adopté et étendait le champ de la protection offerte par les Conventions aux « *conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* ». Cette fois, les Mouvements de Libération Nationale étaient expressément visés, tandis qu'en filigrane, était même fait allusion à l'Afrique du Sud et à Israël. Mais surtout, tirant toutes les conclusions du mode d'évolution des conflits, les Protocoles donnaient une nouvelle définition de la notion de « forces armées » : « *1. Les forces armées d'une Partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette Partie, même si celle-ci est représentée par un gouvernement ou une autorité non reconnus par une Partie adverse. Ces forces armées doivent être soumises à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés. 2. Les membres des forces armées d'une Partie à un conflit (autres que le personnel sanitaire et religieux visé à l'article 33 de la III^e Convention) sont des combattants, c'est-à-dire ont le droit de participer directement aux hostilités. 3. La Partie à un conflit qui incorpore, dans ses forces armées, une organisation paramilitaire ou un service armé chargé de faire respecter l'ordre, doit le notifier aux autres Parties au conflit* »¹¹¹⁶.

Il n'y est cette fois-ci plus fait aucune référence, ni au port d'un uniforme, ni au port ouvert des armes. Par conséquent, un membre des forces armées n'est absolument plus distinguable des non-combattants. Mais, par une sorte de raffinement dans l'hypocrisie, le Protocole de 1977 va jusqu'à préciser que « *pour que la protection de la population civile contre les effets des hostilités soit renforcée, les combattants sont tenus de se distinguer de la population civile lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque. Etant donné, toutefois, qu'il y a des situations dans les conflits*

¹¹¹⁶ Art. 43. du Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I).

armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile, il conserve son statut de combattant à condition que, dans de telles situations, il porte ses armes ouvertement : a) pendant chaque engagement militaire ; et b) pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire alors qu'il prend part à un déploiement militaire qui précède le lancement d'une attaque à laquelle il doit participer ».

Pour autant, si le combattant ne devait satisfaire à ces maigres exigences, il ne resterait pas pour autant sans protection : *« Tout combattant qui tombe au pouvoir d'une Partie adverse, alors qu'il ne remplit pas les conditions prévues à la deuxième phrase du paragraphe 3, perd son droit à être considéré comme prisonnier de guerre, mais bénéficie néanmoins de protections équivalentes à tous égards à celles qui sont accordées aux prisonniers de guerre par la IIIe Convention et par le présent Protocole »*¹¹¹⁷. Dans ces conditions, il y a tout lieu de se demander comment les forces en présence comptent, désirent ou même espèrent pouvoir respecter ce que le Protocole qualifie effrontément de « règle fondamentale » : *« en vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires »*¹¹¹⁸. Enfin, puisqu'il en devenait légitime après ces lectures d'avoir quelques doutes à ce sujet, le Protocole précise même que *« le présent article n'a pas pour objet de modifier la pratique des Etats, généralement acceptée, concernant le port de l'uniforme par des combattants affectés aux unités armées régulières en uniforme d'une Partie au conflit »*. Cela va mieux en le disant.

Carl Schmitt notait que *« les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 sont l'œuvre d'une attitude humaine et d'une évolution humanitaire dignes d'admiration. En faisant preuve, à l'égard de l'ennemi, non seulement d'humanité, mais encore de justice au sens où il est reconnu, elles se maintiennent sur la base du droit international classique et de sa tradition, sans lesquels une telle œuvre d'humanité ne serait guère possible. C'est la caractère étatique des opérations de guerre qui en demeure la base, et la limitation de la guerre fondée sur celui-ci, avec ses distinctions nettes entre guerre et paix, militaires et civiles, ennemi et criminel, guerres interétatiques et guerres civiles. Mais en assouplissant, voire en mettant en cause ce système de distinctions essentielles, les Conventions de Genève ouvrent la*

¹¹¹⁷ Art. 44. du Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) ; termes soulignés par nos soins.

¹¹¹⁸ *Ibid.*, art. 48.

porte à une forme de guerre qui détruit sciemment ces distinctions nettes. Il s'ensuit que plus d'une normalisation de compromis formulée en termes prudents prend alors figure de passerelle fragile lancée sur un abîme qui recèle une métamorphose lourde de conséquences des concepts de guerre, d'ennemi et de partisan »¹¹¹⁹.

2) La confusion entre guerre régulière et guerre irrégulière

Les Protocoles additionnels de 1977 sont l'aboutissement de la logique qui présidait à l'élaboration des Conventions de Genève. Cela s'est traduit par une extension incontrôlée du champ de l'irrégularité, extension telle que désormais l'irrégularité ne mérite même plus cette appellation puisqu'elle a été entièrement intégrée dans les textes internationaux. Mais cette extension du champ de l'irrégularité au regard des standards classiques de l'ancien droit public européen n'a pas été impulsée par un quelconque idéalisme et n'avait pour objet que d'être une adaptation aux nouveaux types de conflits issus de la seconde moitié du XX^e siècle. Une adaptation ou plutôt une impossible adaptation, tant il s'avère absurde et artificiel de vouloir superposer un cadre normatif à des procédés de guerre qui ont justement pour but de s'en jouer et d'en jouer.

Car de fait, la guerre n'a pas seulement changé de visage, elle se fait désormais sous masque. Entre la catapulte et le canon, entre l'arc et le fusil d'assaut, entre la trière et le croiseur, il n'y avait qu'une différence de degré dans les modalités techniques de déroulement du conflit, lequel n'affectait que marginalement son aspect général : la guerre était toujours un processus ouvert entre entités connues et reconnues. Avec l'émergence du partisan sous sa forme moderne, nouveau système d'arme dominant d'un nouveau type de confrontation, c'est un véritable changement de nature dont se trouve affectée ce qu'il convient encore d'appeler, par commodité de langage, une guerre, mais une guerre qui ne dit même plus son nom. C'est ici qu'apparaît le dernier élément révélateur de l'asymétrie complète des nouvelles formes de guerre au regard des anciennes : la clandestinité et le secret.

Les armées régulières cherchaient et cherchent bien entendu toujours à dissimuler le plus longtemps possible leurs actions du regard de l'adversaire et ce afin de conserver sur lui initiative et effet de surprise. Mais dans le cadre d'une guerre régulière, leurs manœuvres de dissimulation s'inscrivaient toujours au sein d'un processus ouvert et déclaré et toutes les individus qui portaient un uniforme savaient que de ce seul fait, ils se trouvaient exposés à un risque de mort imminente.

¹¹¹⁹ Carl Schmitt, *La notion de politique - Théorie du partisan*, Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009, p. 238.

Désormais tout au contraire, le partisan pour conduire sa lutte, de par les procédés mêmes qu'il emploie, doit leur adjoindre le secret. Lors de la Seconde Guerre Mondiale puis lors des guerres de décolonisation, le partisan s'est en effet gagné une nouvelle qualité dont il était jusqu'à présent pour l'essentiel dépourvu : celle de la clandestinité. Antérieurement, la guérilla n'était irrégulière que parce qu'elle était menée par des éléments irréguliers, tirés de la population mais séparée de celle-ci. Leur objectif n'était pas différent de celui d'une armée régulière ordinaire : il s'agissait de l'anéantissement des éléments militaires de l'adversaire. Désormais ce que recherche le partisan n'est plus la défaite de l'armée régulière ennemie, qu'il ne peut raisonnablement obtenir que si des conditions très particulières sont réunies, mais bel et bien la défaite de l'ennemi par le contrôle de la population qu'il pourra ainsi soustraire à l'influence politique de l'appareil d'Etat.

Or, la mise en œuvre effective des procédés d'action psychologique sur les masses qui ont été précédemment décrits l'obligera le plus souvent à la clandestinité. D'abord et bien évidemment pour se prévenir des coups que pourraient lui porter les forces régulières. Souvent sous-équipé, mal formé et très inférieur en nombre, l'Irrégulier ne peut pas se payer le luxe, sinon très exceptionnellement, de s'exposer en marquant le contrôle d'un territoire par le port d'un uniforme. Il se contentera de se faire un manteau de la peur qu'il instille et rien ne terrifie plus que ce qui est invisible et échappe tout à la fois au regard et à la compréhension. En se dissimulant, le partisan se marque ainsi du sceau de l'inéluctable. Ensuite et surtout, parce que la clandestinité n'est pas le produit sous-jacent des nouveaux procédés de conduite des conflits : elle en est le support. Par mimétisme avec la population, le partisan force l'appareil d'Etat à tourner son action contre elle et quelles que soient les précautions que ce dernier puisse prendre à son endroit pour rendre ses opérations le plus indolore possible, ses tentatives d'extraction du partisan de la population s'accompagneront nécessairement d'effets indésirables qui les rendront bientôt aussi odieuses au corps social que l'amputation d'un membre gangréné au malade. Par conséquent, en recherchant la confusion avec la population pour s'en faire un bouclier et en l'exposant ainsi aux répliques de l'Etat, le partisan procède à son enrôlement forcé au service de sa cause en même temps qu'il participe à la construction d'un sentiment d'identification avec lui¹¹²⁰.

Il s'agit là de la caractéristique majeure et la guerre moderne, de laquelle découlent toutes les autres et qui lui donne sa spécificité au regard de toutes les formes de guerres

¹¹²⁰ L'état d'Israël a tiré toutes les conséquences de la confusion de l'ennemi au sein de la population et estime désormais qu'il est légitime de prendre pour cible les infrastructures civiles qui serviraient à abriter l'ennemi. V. Pascal de Crousaz, « Israël : la doctrine du "combat disséminé". Vers une sur-violence sans rationalité militaire ? », *A contrario*, 2008, n° 1 (vol. 5), pp. 76-101.

antérieures. En agissant ainsi, le partisan ne s'oppose pas uniquement à l'Etat en tant qu'entité détentrice d'un pouvoir politique sur un territoire et une population donnés, mais il le conteste en tant qu'unité politique fondamentale parce qu'il le désigne comme ennemi aux yeux de sa propre population alors que la désignation de l'ennemi est justement l'apanage de l'entité qui réalise l'unité politique fondamentale. Le partisan ne cherche donc pas uniquement à imposer sa volonté à l'Etat en le contraignant à l'obéissance par le simple exercice de la force, comme le ferait l'armée en campagne d'un autre Etat ou même une guérilla : il nie ontologiquement la légitimité de l'Etat en se substituant à lui et en posant une nouvelle *divisio* entre amis et ennemis, entre l'appareil d'Etat et sa propre population. Ce sont là les raisons clefs pour lesquelles la clandestinité est devenue l'élément majeur de la guerre moderne et que le mode d'action essentiellement privilégié par l'Irrégulier n'est désormais plus la simple guérilla, mais bel et bien le terrorisme.

Contre l'Etat, le partisan moderne ne mène pas seulement une guerre du réseau contre le territoire mais une guerre du réseau sur le territoire. Comme les anciennes thalassocraties, il oppose l'élément aqueux à l'élément tellurique. Comme les anciennes thalassocraties, il mène son combat dans un champ conceptuellement différent de celui auquel est habitué son adversaire. Mais contrairement aux anciennes thalassocraties, il ne mène pas son combat dans un champ spatialement différent de celui où se situe son adversaire, ce qui se traduit par une captation du territoire par le réseau. Le partisan peut donc se permettre au nom de ses principes, de mener une guerre contre l'Etat selon des modalités que les Etats de droit devront se refuser au nom des leurs, au moins initialement.

« La terre est appelée dans la langue mythique la mère du droit. Ceci implique un triple enracinement du droit et de la justice. En premier lieu, la terre féconde porte en elle-même, au sein de sa fécondité une mesure intérieure. Car la fatigue et le labeur, les semailles et le labour que l'homme consacre à la terre féconde sont rétribués équitablement par la terre sous forme d'une pousse et d'une récolte. Tout paysan connaît la mesure intérieure de cette justice. En deuxième lieu, le sol défriché et travaillé par l'homme montre des lignes fixes qui rendent manifestes certaines divisions. Elles sont tracées et creusées par les délimitations des champs, des prés et des bois. Elles sont même plantées et semées du fait de la diversité des champs et des fonds, de l'assolement et des jachères. Ces lignes concrétisent les mesures et les règles des cultures qui régissent le travail de l'homme sur la terre. En troisième lieu enfin, la terre porte sur son sol ferme des haies et des clôtures, des bornes, des murs, des maisons et d'autres bâtiments. C'est là que les ordres et les localisations de la vie en société se voient au grand jour. Famille, clan, tribu et état, les modalités de la propriété et du voisinage, mais

aussi les formes du pouvoir et de la domination deviennent ici publiquement apparentes. La terre est donc triplement liée au droit. Elle le porte en elle, comme rétribution du travail ; elle le manifeste à sa surface, comme limite établie ; et elle le porte sur elle, comme signe public de l'ordre. Le droit est terrien et se rapporte à la terre. C'est là ce qu'entend le poète lorsqu'il parle de la terre foncièrement juste et l'appelle justis sima tellus »¹¹²¹.

C'est cet ordre que le partisan vient non seulement contester, mais aussi travestir et c'est cet ordre que l'Etat de droit doit protéger, sans se travestir. C'est à ce nouveau système d'arme que l'Etat devra s'adapter ou disparaître. Car aujourd'hui comme hier, l'épée est l'axe du monde et la grandeur ne se divise pas¹¹²².

¹¹²¹ Carl Schmitt, *Le nomos de la terre*, PUF, Quadrige, 2001, pp. 47-48.

¹¹²² De Gaulle.

Conclusion

Au début de cette thèse, nous avons opté pour une approche réaliste du sujet, choisissant de suivre une démarche analytique au cours de laquelle il serait procédé à l'examen de l'intégralité des paramètres constitutifs des crises et des politiques publiques visant à les prévenir ou les résoudre. Ainsi, il devait être possible d'obtenir un plan de coupe complet tout à la fois des phénomènes générateurs de crise et de l'architecture logique de prise de décision destinée à les appréhender. Le but était de révéler les imperfections des circuits de décision afin de pouvoir apporter les correctifs nécessaires aux différents cadres juridiques qui leurs sont sous-jacents. A l'issue de cette démarche et indépendamment de la nature des phénomènes de crise étudiés, trois éléments étaient révélés et identifiés. Guères séparables les uns des autres, puisqu'ils ne sont que trois aspects d'un même objet, il suffit qu'un seul d'entre eux soit en défaut pour que la survenance d'une crise se trouve facilitée ou déclenchée. Ensemble, ils constituent donc ce qui pourrait être qualifié de « triangle de la lutte contre les crises » ; séparément, ils sont les principes directeurs qui doivent gouverner toute bonne politique de lutte contre les crises.

Ces éléments sont les suivants :

- la conscience du primat de la décision politique sur toute autre ;
- la nécessité de conserver, quelles que soient les circonstances, une vision stratégique de la situation ;
- l'importance de l'organisation et de la mise en œuvre des processus et procédés de prise de décision.

Tous ces éléments se rapportent à la notion d'architecture logique de prise de décision, dont ils sont forcément tributaires et qui, en définitive, constitue le seul et unique levier d'action à la disposition des sociétés humaines pour se prévenir des malheurs qu'elles doivent affronter. Le phénomène à l'origine de la crise apparaît quant à lui, soit comme à ce point extérieur au circuit d'adoption de la décision publique qu'il lui est finalement totalement étranger et qu'il lui échappe entièrement ; soit et la chose est bien pire, le phénomène redouté émane directement du circuit d'adoption de la décision publique dont il est le sous-produit. Mais, dans le deux cas, ce phénomène à l'origine de la crise n'offre aucune prise immédiate à

l'action des institutions. La chose est vraie, tant pour les crises à l'origine naturelle ou anthropique que pour les crises politiques. Concernant plus particulièrement ce dernier type de crise, il était relevé qu'elles ne constituaient plus uniquement un simple risque dont il faudrait se prémunir. En effet, loin de trouver leur origine dans un événement plus ou moins aléatoire, les crises politiques sont devenues, entre les mains de spécialistes, de véritables armes de guerre ou s'il l'on préfère, des instruments à part entière de conduite des conflits, au même titre que l'infanterie ou l'aviation.

Voici, hâtivement résumée, quelle a été notre posture intellectuelle, le déroulé de nos pensées et nos conclusions. En d'autres termes, il s'agissait de poser un diagnostic avant de déterminer le remède à apporter aux maux qu'il fallait traiter. La démarche était assurément la bonne. Le diagnostic, lui, est toujours tenu pour exactement fondé. Dans le domaine des crises appelées « *crises cadres* », parce que pouvant *a minima* être anticipées, les grandes lignes à respecter pour mieux les prévenir ont déjà été données et il est toujours temps pour les pouvoirs publics de se décider à les suivre. En matière de crises politiques malheureusement, le temps du diagnostic est désormais dépassé et peut-être même le temps des remèdes ; l'heure est sans doute à présent aux traitements les plus lourds et les plus incertains, qui relèvent de la médecine d'urgence. C'est qu'en effet, comme une appogiature sinistre, l'actualité est venue souligner, par la brutalité des faits, qui décidément sont têtus, l'analyse effectuée : au moment où ces lignes sont couchées sur le papier, la plus meurtrière série d'attentats encore jamais connue par la France vient d'ensanglanter le sol national. Sur la toile des événements, le film se déroule selon le *scenario* prévu et que le décideur public n'a pas, si peu que ce soit, contribué à écrire. Sidération mentale de la population face à l'horreur. Dissonance cognitive devant les questions qu'elle soulève. Et bientôt peut être, syntonisation autour des réponses qui seront apportées par ceux-là même qui l'ont orchestrée.

A nouveau, pour répondre à la situation, l'état d'urgence a été déclaré. Douze jours d'application n'ayant pas suffi, il s'est vu prorogé pour trois mois. Et pour trois mois encore. Et maintenant pour deux mois de mieux¹¹²³. « *Faute de savoir-faire ce qu'il faut, ils font ce qu'ils savent* »¹¹²⁴. Comme par une sorte de tradition législative désormais bien arrêtée, la loi de prorogation a aussi été une loi de modification. Seuls le temps et l'épreuve des événements permettront de dire si les changements apportés auront été de quelque pertinence. Mais l'essentiel est ailleurs. L'état d'urgence en effet et les autres cadres juridiques d'exception avec lui, ne sont jamais que des réponses conjoncturelles à des situations conjoncturelles,

¹¹²³ JO du 20 mai 2016.

¹¹²⁴ Maurice de Saxe, *Mémoires sur l'Art de la Guerre*, 1757.

destinées à être appliquées après la survenance de la crise, idéalement dans sa phase initiale, lorsque son déroulé est encore maîtrisable. Les régimes de crise, quoiqu'indispensables, ne peuvent donc qu'apporter un avantage tactique à la puissance publique face à une situation qui est avant tout le produit d'un grave déficit de vision stratégique ou d'une inaptitude à transcrire cette vision en décision, ce qui est la même chose. Comme il a été répété au cours de cette étude, le particulier découle du général ; c'est donc sur la définition du cadre général d'action des pouvoirs publics que devraient se concentrer tous les efforts intellectuels pour organiser la réponse face à ce nouveau type de guerre que constitue le recours à la crise comme moyen ordinaire de conduite des conflits.

En effet et comme cela fut démontré, c'est bien le système d'arme dominant à une époque donnée qui détermine la forme ordinaire des conflits. Et c'est donc la forme ordinaire des conflits qui, en dernier lieu, conditionne la forme ordinaire d'organisation politique que se donnent les peuples, au moins dans ses caractères les plus généraux. Que l'organisation politique peine à s'adapter à la nouvelle forme de conflit qui lui est imposée et elle sera inéluctablement condamnée à disparaître. Elle sera soit obligée de muter au point de devenir méconnaissable et de constituer une nouvelle forme d'organisation qui ne devra plus rien à l'ancienne. Soit et la possibilité est bien pire, l'organisation politique sera totalement inapte à trouver en elle les indispensables changements que la nécessité appelle et le peuple qui se l'est choisie sera réduit à l'asservissement, en même temps que sa forme politique à l'anéantissement.

En matière d'Etat, ce qui définit sa forme d'organisation politique est sa Constitution. Le nouveau mode de conduite des conflits appelé guerre « *moderne* », « *subversive* » ou encore « *révolutionnaire* », quoi qu'elle constitue une révolution dans l'art de la guerre, ne diffère en rien de la guerre classique dans sa destination : elle reste, encore et toujours, le prolongement de la politique par d'autres moyens, moyens qui se trouvent donc subordonnés à l'entreprise politique. Ce qui singularise proprement cette guerre moderne, comme cela s'est vu détaillé, réside dans l'extrême imbrication de l'action politique et de l'action militaire dans le but de provoquer la polarisation de la population avant de pouvoir s'assurer de son contrôle. La lutte contre l'ennemi subversif se résume donc « *en une règle d'or, simple à énoncer, plus difficile à appliquer : répondre à une action politico-militaire et à la mobilisation populaire par une action du même type* »¹¹²⁵.

¹¹²⁵ La citation est du général Hogard. V. Mériadec Raffray, *Général Jacques Hogard - Stratège de la contre-insurrection*, Economica, coll. Stratégies et doctrines, p. 7.

La conduite effective de la guerre subversive repose avant tout sur l'action psychologique sur les masses, potentiellement par le recours à la violence politique¹¹²⁶, dans le but de créer, d'aviver et en tout cas d'exploiter les contradictions internes de l'Etat. Ce sont donc ces contradictions internes que l'organisation politique et donc la Constitution, doit chercher structurellement à prévenir. La crise politique en effet, naît de la déconnexion entre la population et l'appareil d'Etat et par conséquent, de l'inadéquation de l'appareil d'Etat à la population dont il tire la force qu'il exerce sur elle. C'est donc la Constitution, cadre qui détermine l'architecture logique de prise de décision, qui doit en premier lieu être conçue en vue de s'adapter aux impératifs posés par la guerre moderne. Prévoir en parallèle du droit commun, un ou plusieurs régimes juridiques d'exception, ne suffit pas : c'est bien toute l'organisation de la technostructure politico-administrative qui doit être pensée en vue de répondre aux nécessités de la guerre moderne. Dans une guerre classique, qui est un processus ouvert et déclaré, une fois le conflit initié et les buts déterminés, l'appareil militaire, par la force des choses, prend le pas sur l'appareil politique de l'Etat. Mais dans la guerre moderne, du fait même qu'il s'agit d'un conflit non déclaré, il existe un *continuum* entre l'action politique et l'action militaire, bien que la seconde soit toujours subordonnée à la première. Quand l'orientation générale prise par le conflit se polarise du côté du recours à la violence politique, les régimes d'exception comme l'état d'urgence, qui ne sont finalement rien d'autre qu'une déclaration de guerre en temps de paix, peuvent certes être de quelques secours pour la puissance publique ; là n'est sans doute pas l'essentiel. Avant que le conflit n'ait atteint ce stade - et il est dans l'intérêt de ceux qui s'opposent à la puissance publique de ne faire entrer le conflit dans sa phase violente que le plus tard possible -, non seulement le recours à un régime d'exception est inutile, mais il peut s'avérer nuisible. En effet si sa nécessité n'est pas clairement perçue par la population, la mise en œuvre d'un régime d'exception suscitera l'hostilité et tournera la population contre l'Etat, ce qui est justement le but des forces subversives.

Par conséquent, si les régimes d'exception peuvent tout à fait assurer un *continuum* entre action politique et action militaire lorsque le conflit entre dans sa deuxième phase, tant qu'il est dans sa phase initiale, c'est la Constitution et la Constitution seulement qui tout à la fois peut et doit traduire le *continuum* entre l'appareil d'Etat et la Nation. Que cet indispensable lien vienne à être rompu et les germes de la crise politique seront semés ; il appartiendra alors à qui le voudra d'en récolter les fruits. Faiblesse structurelle, la

¹¹²⁶ Dont le terrorisme n'est que l'une des formes.

déconnexion entre l'appareil d'Etat et la population se traduira en effet inmanquablement par l'apparition de contradictions internes ; contradictions que la guerre moderne a justement pour objet d'exploiter. Et c'est très justement cet indispensable lien entre la Nation et l'appareil d'Etat qui, sous la V^e République, sous la lente mais inexorable action du temps et des événements, a été inéluctablement érodé, jusqu'à ce qu'il n'en subsiste désormais plus qu'un fil.

Pour des raisons bien connues et qui ont déjà été développées, la V^e République fut véritablement un régime politique de crise apporté en réponse à un régime politique en crise. Construite toute entière en opposition aux errements des régimes antérieurs comme une sorte d'anti-régime d'Assemblée, elle fut la réponse forte au souhait d'un régime fort. La logique qui présida à sa formation fit du Parlement le parent pauvre des institutions et laissa la part du lion au Gouvernement. La marche de l'Histoire, quant à elle, participa à faire du Président, déjà Chef d'Etat *de jure*, le Chef du Gouvernement *de facto*, mais sans avoir pour autant à en assumer la responsabilité comme dans un régime parlementaire ordinaire. Libéré de presque toute contrainte, le Président est désormais le seul centre d'impulsion de la vie politique du régime. Un centre certes, mais un centre sans périphérie. Un cœur, mais qui pompe le sang sans plus le projeter dans les veines d'un système politique désormais exsangue. Car la V^e République semble de plus en plus privée de l'afflux vital garant de l'existence de tous les régimes politiques : la légitimité.

La V^e République ne se meurt pas encore, mais la V^e République est malade. Très malade. Dans le tronc déjà, la sève a commencé à sécher. Mais toute perspective de rémission ne s'est pas encore éloignée : un greffon, peut-être, pourrait prendre et apporter au régime son salut. Mais pour l'heure, l'arbre vacille et il vacille parce qu'il pourrit par la base. Etrange base d'ailleurs, qui est aussi son sommet, la Présidence étant désormais la source et le terme de la légitimité de tous les organes de l'Etat, alors qu'elle tend de plus en plus à en être dépourvue. Le Président, n'était en théorie qu'une simple « *clef de voûte* », sur laquelle s'exerçaient et s'équilibraient toutes les forces politiques du régime, entre lesquelles il lui fallait très occasionnellement « arbitrer ». Mais alors qu'il n'avait que le pouvoir d'en appeler à un autre pouvoir, voici qu'à présent, ils dérivent et dépendent tous de lui.

Destiné originellement à n'être comme le moteur immobile d'Aristote que le moyeu autour duquel se règle le mouvement mais sans y participer, il en détermine maintenant, la force et la direction. C'était sans doute soumettre à trop de tiraillements le seul organe du régime qui avait pour unique fonction de demeurer stable et s'il n'est pas encore possible de dire quand et comment le régime tombera, pour les raisons qui viennent d'être énoncées, il est

possible de dire dès aujourd'hui par où il sera brisé. Conçu en un autre temps pour répondre à d'autres nécessités, les vertus qui firent sa force sont désormais les vices qui font sa faiblesse.

Car le pourrissement général qui l'affecte n'est pas la conséquence d'une situation que le régime n'a pu anticiper ou maîtriser : elle est le produit du régime lui-même. Tout, dans son organisation intérieure, semble avoir conspiré à sa perte. D'abord, les modes de scrutin et leur logique majoritaire qui président à absolument toutes les élections et qui ont de plus en plus tendance à faire sortir des urnes des partis ou des hommes qui ne réunissent autour d'eux que des majorités de plus en plus relatives et purement arithmétiques. Ensuite, l'organisation générale des cycles électoraux, qui a pour conséquence de coupler ou de faire entrer en résonance des échéances et des intérêts qui, en bonne logique, devraient demeurer étrangers les uns aux autres. Enfin, la logique définitivement représentative des élections et le sentiment général de défiance de la quasi-intégralité de la classe politique à l'endroit de tout ce qui pourrait ressembler de près ou de loin à un mécanisme de démocratie directe.

Sclérosé, enfermé, dans le carcan étroit de ses *habitus* de fonctionnement qui ne peuvent que le conduire à sa ruine, le régime se trouve dans l'impossibilité de se réformer de l'intérieur. Par sa configuration même, la V^e République porte en elle les germes d'une crise institutionnelle à venir. Structurellement, elle se trouve désormais dans l'incapacité d'enregistrer et de traduire au niveau de l'appareil d'Etat et de la décision publique les évolutions de l'opinion sur certaines problématiques majeures. Par conséquent, elle ne peut que continuer à aggraver le décalage existant entre « *pays légal* » et « *pays réel* », reposant la question de la représentativité des représentants. La véritable asphyxie politique qu'elle provoque, inéluctablement, la hâte vers sa ruine. Toute la question est de savoir si elle précèdera ou succèdera à celle du pays. Car contrairement aux III^e et IV^e Républiques, qui ont péché par excès de faiblesse, la V^e elle, pêche par excès de force et possède les moyens de sa puissance. Avec eux, elle a la possibilité de mener sa vie propre, comme tous les régimes dévoyés, sans le souci du pays sur lequel elle se nourrit. Verrouillée par le haut et conspuée par le bas, il lui faut maintenant déjà pour se maintenir faire sentir sa pesanteur au citoyen. Et au citoyen auquel ses pesanteurs sont déjà insupportables, ses faiblesses ne le sont que plus. Les faiblesses du régime, à l'intérieur de la Nation, le citoyen les perçoit par l'instinct. Mais à l'extérieur, d'autres les voient par le calcul. Sur le grand échiquier du monde et par les procédés de la guerre moderne, certains, même, cherchent à les exploiter. Et ils y parviendront, si le citoyen redevenu soldat ne parvient pas à les en empêcher. Car le citoyen en effet devra renouer avec l'antique voie, voulant que l'homme libre soit aussi l'homme en

armes et accepter de redevenir soldat, même s'il s'agit d'un soldat d'un genre nouveau¹¹²⁷. L'occidental type du XXI^e siècle peut bien se perdre dans les distractions offertes par le miroir aux alouettes du monde moderne et ignorer tant qu'il veut les servitudes de la guerre moderne qui se déroule sous ses yeux : ces servitudes, elles, ne l'ignoreront pas.. Contrairement à ce qu'il feint de croire, les temps ne sont plus aux « *Je suis* » qui ont oublié « *d'être* ».

Dans le passé, c'était Athéna qui assistait les hommes dans la conservation de la civilisation et de ses arts. C'est à nouveau vers elle que le citoyen devra se tourner pour conserver son mode de vie et reprendre son destin en main, quand pour l'heure, il est entre celles des nouveaux barbares. Le citoyen, devenu le centre de gravité d'une guerre d'un genre singulier et qui est par excellence une guerre des forces morales, c'est sur lui qu'elles exercent leur pesanteur, c'est de lui qu'elles émanent, c'est à lui qu'elles ramènent. Ce sont ces forces morales que le citoyen doit apprendre à maîtriser et diriger en vue de l'accomplissement des nécessités de la guerre. C'est par elles et par lui uniquement qu'il pourra célébrer les noces de la toge et du glaive.

Réapparaît ici l'irréductibilité du politique. Les signes des temps sont des signes de guerre et ils le seront sans doute pour longtemps. La guerre, il faut s'y préparer. Mais cela, il faut le décider.

¹¹²⁷ Bertrand Pauvert observait à ce propos : « *Si la personne du citoyen est bien celle de l'un des membres du groupe, tout membre de cette collectivité ne peut prétendre acquérir cette qualité : "puisque par définition, les citoyens des cités (...) sont des hommes libres" (C. Nicolet, "Rome et les étrangers", Philosophie politique, 1993, n° 1, p. 14) ; et la cité antique distingue, parmi les habitants, les citoyens des métèques (hommes libres originaires d'autres cités ne disposant donc pas du droit de cité), des affranchis et des esclaves. Au travers de la notion "d'homme libre", il convient d'entendre l'homme capable de défendre la Cité, au besoin par la force des armes ; le citoyen est un homme libre car il peut assurer la défense commune. Cette approche lie la liberté du citoyen à sa capacité de défense du groupe, ce qui se justifie pleinement eu égard aux troubles d'un monde dans lequel la défaite militaire conduit à la disparition de la Cité et de la loi protectrice, car : "la liberté, c'est la garantie de ne pas être réduit en esclavage, la capacité d'agir selon sa volonté" (J. Ellul, Histoire des institutions, 3^e éd., PUF, Paris, 1970, p. 107.). Avérée chez les Grecs, cette assertion se vérifie chez les peuples barbares, pour lesquels la qualité d'homme libre assure seule une place au conseil de clan. C'est sur cette conception martiale de la participation du citoyen à la défense de la communauté que repose encore le système helvétique du "landsgemeinde" (Les landsgemeinde sont des assemblées générales réunissant les citoyens d'un canton ou d'une commune afin de les faire voter, à mains armées, sur différents projets intéressant la collectivité, ainsi pour le canton d'Appenzell (l'institution y a été abolie au printemps 1997), v. de A. Soljenitsyne, "L'antique usage de la démocratie", Le Monde, 16 jan. 1983, p. XV). Pour A. Siegfried, c'est une gestion démocratique héritée des institutions primaires alémaniques, qui : "naissait naturellement de cette association d'hommes libres, l'homme libre, notons-le bien, étant celui qui portait l'épée", in La Suisse, démocratie témoin, 4^e éd., éditions de la Baconnière, Neuchâtel, 1969, p. 152. La capacité militaire confère le droit et la liberté de parole au sein du groupe. Ces assemblées ne subsistent aujourd'hui qu'à Glarus et dans le demi-canton d'Obwalden.) » in. L'intégration des étrangers en France, Thèse, droit, Nice, 1999, p. 143.*

Dans le monde né de la double chute du mur et des tours, la prophétie de la fin de la guerre et de la fin de l'histoire dans un village planétaire pacifié par la *Pax americana* et les bienfaits du libre jeu du marché et du « *doux commerce* » s'est révélée pour ce qu'elle est : une chimère destinée à endormir les esprits. La grande fraternité universelle d'hommes réduits à l'état d'*homo-economicus* heureux, unis par les échanges de capitaux et le consumérisme triomphant n'a existé que dans l'esprit des agents, conscients et inconscients, qui s'en sont faits les promoteurs. Pour l'occidental, la grande rêverie qu'il a voulu vivre se teinte désormais d'un syncrétisme baroque entre 1984 et *Le Meilleur des mondes*. L'environnement multipolaire où il se trouve, qu'il feignait d'ignorer mais qui ne l'ignore plus, n'a plus l'apparence d'un jeu d'échecs entre blocs, où la victoire apparaissait dans la destruction des pièces maîtresses de l'ennemi. Il est devenu un plateau de Go où la puissance se lit dans la construction de lignes de forces destinées à paralyser l'adversaire d'abord, à l'anéantir ensuite. C'est dans cet environnement que les vieux Etats-Nations doivent évoluer et apprendre à inscrire la permanence au milieu des contingences. C'est dans cet environnement qu'ils doivent apprendre à ne jamais baisser leur garde. Et c'est dans cet environnement qu'ils doivent apprendre à mettre l'ennemi en pleine lumière. Mais désigner l'ennemi, une fois de plus, il faut le décider. Le décider ou disparaître. Il n'y a pas de milieu. Car aujourd'hui comme hier, l'épée est l'axe du monde et la grandeur ne se divise pas¹¹²⁸.

Désormais, « *Le temps des attermoissements, des demi-mesures, des remèdes lénifiants, des expédients touche à sa fin. Voici venu le temps des conséquences* »¹¹²⁹.

¹¹²⁸ De Gaulle.

¹¹²⁹ Winston Churchill, discours à la House of Commons, 12 novembre 1936.

Bibliographie

I) Ouvrages juridiques

A) Ouvrages classiques

B) Ouvrages généraux

C) Ouvrages spéciaux, thèses, monographies et cours

II) Ouvrages sur le risque et la décision

III) Ouvrages sur la crise et le conflit

IV) Ouvrages d'histoire ou d'intérêt historique

V) Autres

Note : sauf mention contraire, si le lieu d'édition n'est pas mentionné, il s'agit forcément de Paris.

I) Ouvrages juridiques

A) Ouvrages classiques

Bastid Paul, *L'idée de Constitution*, Economica, 1985, 197 p.

Burdeau Georges, *Traité de sciences politiques*, 3^e éd., LGDJ, 1980, 9 vol.

Burdeau Georges, *L'Etat*, Seuil, 2009 (1970), 204 p.

Carré de Malberg Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, 638 p. ou Centre national de la Recherche Scientifique, 1962, 638 p.

Carré de Malberg Raymond, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, Dalloz, 2007, 174 p.

Esmein Adhémar, *Eléments de droit constitutionnel comparé, t-1, La liberté moderne : principes et institutions*, 7^e éd, Sirey, 1921, XXXV-600 p.

Esmein Adhémar, *Eléments de droit constitutionnel comparé, t-2, Le droit constitutionnel de la République française*, 7^e éd, Sirey, 1921, XV-677 p.

Esmein Adhémar, *Eléments de droit constitutionnel comparé*, rééd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2001, XXVIII-1246 p.

Favoreu Louis et Philip Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17^e éd., Dalloz, 2013, 686 p.

Freund Julien, *L'essence du politique*, 4^e éd., Sirey, Dalloz, 2004 (1965), 867 p.

Freund Julien, *Qu'est-ce que la politique ?*, Seuil, 1978, 197 p.

Freund Julien, *L'ennemi et le tiers dans l'Etat*, Sirey, 1976, 15 p.

Hauriou Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Librairie Sirey, 1929, 759 p.

Hauriou Maurice, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^e éd., Librairie Sirey, 1938, 332 p.

Kelsen Hans, *Théorie pure du droit*, (trad. Charles Eisenmann), LGDJ, 1999 (1934), 367 p.

Mestre Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, coll. Droit fondamental, 1985, 296 p.

Proudhon Jean-Baptiste, *Traité du domaine public*, 5-t, Lagier, Dijon, 1833, 2150 p.

Schmitt Carl, *La notion de politique – Théorie du partisan*, (trad. Marie-Louise Steinhauser, préf. Julien Freund), Flammarion, Coll. Champs classiques, 2009 (1963), 323 p.

Schmitt Carl, *Théologie politique*, (trad. Jean-Louis Schlegel), Gallimard, 1988 (1922), 204 p.

Schmitt Carl, *Le nomos de la terre*, (trad. Lilyane Deroche-Gurcel), PUF, Quadrige, 2001 (1950), 363 p.

Trentin Silvio, *Les transformations récentes du droit public italien*, (préf. Julien Bonnecase), Giard, 1929, XXIII-696 p.

B) Ouvrages généraux

Alland Denis et Rials Stéphane dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, 1649 p.

Andriantsimbazovina Joël, Gaudin Hélène, Marguénaud Jean-Pierre, Rials Stéphane, Sudre Frédéric dir., *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, 1074 p.

Blachèr Philippe, *Droit des relations internationales*, 5^e éd, Lexis Nexis, 2015, 248 p.

Blachèr Philippe, *Droit constitutionnel*, 3^e éd, Hachette, 2015, 165 p.

Burdeau François, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995, 512 p.

Chantebout Bernard, *Droit constitutionnel*, 32^e éd., Dalloz, 2015, 636 p.

Conac Gérard et Luchaire François, *La constitution de la République française*, 3^e éd., Economica, 2009, 2126 p.

Cornu Gérard, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016 (1987), 1152 p.

Lavroff Dmitri Georges, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, 3^e éd., Dalloz, coll. Précis, 1999, 1100 p.

Pauvert Bertrand, *Droit constitutionnel – Théorie générale et Ve République*, 6^e éd., Studyrama, coll. Panorama du droit, 391 p.

C) Ouvrages spéciaux, thèses, monographies et cours

Arion Cristina-Maria, *Le principe de précaution. Aspects de droit international et européen*, Thèse Droit, Paris 11, 2009, 2 vol. 939 et 163 p.

Balladur Edouard, *Une V^e République plus démocratique – Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République*, La Documentation française, 2007, 181 p.

Ben Abderahmen Skander, *Le volontaire international dans les conflits armés : entre liberté individuelle et contrainte étatique*, Mémoire, Droit international public, Lyon 3, 2013, 115 p.

Bernhardt Rudolf, *Developments in the Law of the Sea since the Second World War : a survey*, Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 205, Brill, Leyde, 1987, pp. 247-284.

Blachèr Philippe, *Le Parlement en France*, LGDJ, 2012, 215 p.

Boutin Christophe et Rouvillois Frédéric (dir.), *Le coup d'Etat, recours à la force ou dernier mot du politique ?*, éd. François-Xavier de Guibert, 2007, 419 p.

Clapham Andrew, Gaeta Paola, Sassoli Marco, *The 1949 Geneva Convention : a commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 1651 p.

Cumin David, *Le droit de la guerre : traité sur l'emploi de la force armée en droit international*, L'Harmattan, 2015, 3 vol., 1681 p.

Cumin David, *Manuel de droit de la guerre*, Larcier, Bruxelles, 2014, 534 p.

Daboné Zakaria, *Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques*, LGDJ, 2012, 419 p.

Draper G.I.A.D., *The Status of the Prisoner of War*, Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 114, Brill, Leyde, 1965, pp. 101-118.

Fenwick Charles G., *The laws of war*, Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 79, Brill, Leyde, 1951, pp. 59-63.

Heymann-Doat Arlette, *Les libertés publiques et la guerre d'Algérie*, LGDJ, 1972, 315 p.

Latour Xavier et Vallar Christian dir., *Le droit de la sécurité et de la défense en 2013*, PU Aix-Marseille, 2014, 334 p.

Laurent William, *Le traitement médiatique de la catastrophe*, Thèse droit, Mulhouse, 2011, 391 p.

Mahmassani Sobhi, *The Law of War and Islam*, Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 117, Brill, Leyde, 1966, pp. 277-309.

Maison Rouge Olivier Arnoux (de), *L'Algérie Française en procès – Justice et politique devant les juridictions d'exception, 1960-1963*, Thèse droit, Clermont 1, 2007, 2 vol., 550 p.

Marin Luna, Miguel A., *The First World War and the laws of War*, Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 92, Brill, Leyde, 1957, pp. 675-677.

Marin Luna, Miguel A., *The laws of war between the two World Wars*, Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 92, Brill, Leyde, 1957, pp. 687-709.

Marin Luna, Miguel A., *Laws of war during and since the Second World War*, Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 92, Brill, Leyde, 1957, pp. 718-728.

Maulin Éric, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, coll. Léviathan, 2003.

Maus Didier, Favoreu Louis, Parodi Jean-Luc, *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, PUAM, 1992, 852 p.

M'Bongo Pascal (dir.), *Traité de Droit de la police et de la sécurité*, LGDJ, 2014, 699 p.

Mélanges Léo Hamon, Itinéraires, Economica, 1982, 685 p.

Mélanges Pierre-André Lecocq, Les différentes facettes du concept juridique de sécurité, Lille II, 2011, 478 p.

Mélanges Achille Mestre, L'évolution du droit public, Sirey, 1956, 574 p.

Mélanges Marie-France Steinlé-Feuerbach, risques, accidents et catastrophes, L'Harmattan, 2015, 327 p.

Mélanges Ripert, 1950, 2 vol., XXXV-554, 484 p.

Meron Theodor, *The humanization of the law of war*, Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 301, Brill, Leyde, 2003, pp. 24-45.

Pauvert Bertrand, *L'intégration des étrangers en France, étude de droit public*, Thèse, Droit, Nice, 1999, 439 p.

Röling B.V.A., *The law of war and the national jurisdiction since 1945*, Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 100, Brill, Leyde, 1960, pp. 323-456.

Rosenne Shabtai, *The Perplexities of Modern International Law*, Brill, Leyde, 2004, 498 p.

Sastry K.R.R., *Laws of War*, Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 117, Brill, Leyde, 1966, pp. 566-573.

Sabathier Sophie dir., *Guide juridique du risque industriel*, Ellipses, 2008, 303 p.

Sadeleer Nicolas (de), *Le principe de précaution dans le monde : le principe de précaution en droit international et en droit de l'Union européenne*, Fondapol, 2011, 33 p.

Saint-Bonnet François, *L'état d'exception*, PUF, coll. Léviathan, 2001, 393 p.

Souty Vincent, *La constitutionnalisation des pouvoirs de crise : essai de droit comparé*, Thèse, Droit, Paris III, 2015, 412 p.

Vallar Christian et **Latour Xavier** dir., *Quel avenir pour la sécurité privée ?*, PU Aix-Marseille, 2013, 138 p.

Vedel Georges et le **Comité consultatif pour une révision de la Constitution**, *Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au Président de la République*, La Documentation française, 1993, 106 p.

II) Ouvrages sur le risque et la décision

Beck Ulrich, *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, (trad. de l'allemand par Laure Bernardi, préf. de Bruno Latour), Flammarion, 2008 (1986), 521 p.

Billy Jacques, *Les technocrates*, 3^e éd., Que sais-je ?, n° 881, PUF, 1975, 128 p.

Brilhac Jean-François et Favro Karine (dir.), *Planifier le risque industriel*, Victoires Editions, 2009, 177 p.

Calderaro Norbert, *Le principe de précaution : au carrefour de la philosophie, du droit et des sciences*, L'Harmattan, 2015, 180 p.

Capeloa Gil Isabel, Wulf Christoph, *Hazardous Future : Disaster, Representation and the Assessment of Risk*, De Gruyter, 2015, p. 181.

Cardon Dominique et Granjon Fabien, *Médiactivistes*, 2^e éd., Presses de Sciences Po, 2013, 197 p.

Cayrol Roland, *Médias et Démocratie : la dérive*, Presses de Sciences Po, 1999, 115 p.

Chevassus-au-Louis Bernard, *L'analyse des risques, L'expert, le décideur et le citoyen*, Editions Quæ, coll. Sciences en questions, 2007, 95 p.

Chomsky Noam, *De la propagande*, Fayard, 2002, 366 p.

Chomsky Noam, *Propagande, Médias et Démocratie*, Écosociété, Montréal, 2005, 209 p.

Cros Michel, Gaultier-Gaillard Sophie, Harter Héléne et Pech Pierre, *Catastrophes et risques urbains : nouveaux concepts, nouvelles réponses*, éd. Tec et Doc, 2010, XXIV-273 p.

Douglas Mary, Wildavsky Aaron, *Risk and Culture. An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, Berkeley, University of California Press, 1983, 224 p.

Douglas Mary, *Risk Acceptability According to the Social Sciences*, London, Routledge et Kegan Paul, 1985, 128 p.

Drabek Thomas, *Human System Response to Disaster - An Inventory of Sociological Findings*, Springer Verlag, New York, 1986, 509 p.

Etat-Major des Armées, *L'arme psychologique: réédition du TTA 117 (1957)*, Centre de doctrine d'emploi des forces, 2008, 61 p.

Fointiat Valérie, Girandola Fabien, Gosling Patrick, *La dissonance cognitive*, A. Colin, « U », 2013, 240 p.

Gauchet Marcel, *Le désenchantement du monde - Une histoire politique de la religion*, Gallimard, 2005 (1985), 457 p.

Godard Olivier, Henry Claude, Lagadec Patrick et Michel-Kerjan Erwann, *Traité des nouveaux risques. Précaution, crise, assurance*, Gallimard, « Folio-Actuel », n° 100, 2002, 620 p.

Godard Olivier, *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Éd. de la Maison des sciences de l'homme, INRA, 1997, 352 p.

Grison Denis, *Le principe de précaution, un principe d'action*, L'Harmattan, 2009, 266 p.

Grison Denis, *Du principe de précaution à la philosophie de la précaution*, Thèse, Philosophie, Nancy 2, 2006, 715 p.

Guéguen Nicolas, *Psychologie de la manipulation et de la soumission*, 2^e éd, Dunod, 2011, 288 p.

Habermas Jürgen, *La technique et la science comme idéologie*, (trad. Jean-René Ladmira), Gallimard, 1973 (1968), 266 p.

Halimi Serge, *Les Nouveaux Chiens de garde*, Liber-Raisons d'agir, 2005 (1977), 155 p.

Hindmoor Andrew, *Rational choice*, Basingstoke ; New York : Palgrave Macmillan, 2006, 257 p.

Jasanoff Sheila, *The Fifth Branch. Science advisers as Policymakers*, Harvard University Press, Massachusetts, 1994, 320 p.

Jonas Hans, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, (trad. Jean Greisch), Flammarion-Champs, 1995 (1979), 470 p.

Kahneman Daniel, Slovic Paul et Tversky Amos, *Judgement under uncertainty : heuristics and biases*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, 544 p.

Kahneman Daniel et Tversky Amos, *Choices, values and frames*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, 860 p.

Kast Robert, *La théorie de la décision*, La Découverte, 2002, 128 p.

Keynes John Maynard, *A Treatise on Probability*, Wildside Press, Rockville, 2010 (1921), 550 p.

Knight Frank, *Risk, Uncertainty and Profit*, Signalman Publishing, Kissimmee, 2009 (1921), 381 p.

Lagadec Patrick, *Cellules de crises : condition d'une conduite efficace*, Les Editions d'organisation, 1995, 176 p.

Lagadec Patrick, *La gestion des crises*, McGraw-Hill, 1991, 326 p.

Lemieux Cyril, *Mauvaise presse. Une sociologie compréhensive du travail journalistique et de ses critiques*, Métailié, 2000, 466 p.

Magnan Alexandre et Duvat Virginie, *Des catastrophes... « naturelles » ?*, éd. Le pommier, 2014, 311 p.

Maîtrise des risques : prévention et principe de précaution, actes du colloque, INRS, coll. Les Entretiens de l'INRS, 2002, 116 p.

Marciano Alain et Tourrés Bernard, *Regards critiques sur le principe de précaution : le cas des OGM*, Vrin, 2011, 304 p.

Milgram Stanley, *Soumission à l'autorité : Un point de vue expérimental*, Calmann-Lévy, 1974, 270 p.

Noiville Christine, *Du bon gouvernement des risques*, PUF, 2003, IX-235 p.

Neumann John (von), Morgenstern Oskar, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, 1944, 625 p.

Olson Mancur, *Logic of collective action*, Cambridge (Mass.) ; London : Harvard University press, 1998 (1971), 186 p.

Perilhon Pierre, *La gestion des risques, Méthode MADS-MOSAR II - Manuel de mise en œuvre*, Démos, 2007, 253 p.

Pisani Elisabeth, *The Wisdom of Whores: Bureaucrats, Brothels and the Business of AIDS*, Granta, London, 2009, 372 p.

Roqueplo Philippe, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, Editions Quæ, Versailles, 1997, 111 p.

Schwartzberg Roger-Gérard, *1788, essai sur la maldémocratie*, Fayard, 2006, 483 p.

Schwartzberg Roger-Gérard, *L'État-spectacle : essai sur et contre le star-système en politique*, Flammarion, 1977, 414 p.

Sfez Lucien, *Critique de la décision*, Presses de la FNSP, Paris, 1992, 592 p.

Vidaillet Bénédicte, d'Estaintot Véronique, Abecassis Philippe, *La décision, Une approche pluridisciplinaire des processus de choix*, De Boeck Supérieur, Bruxelles, coll. Méthodes et Recherches, 2005, 304 p.

Virieu François-Henri (de), *La Médiacratie*, Flammarion, 1992, 292 p.

Wenger James and Faupel, in Thomas Drabek, *Human System Response to Disaster - An Inventory of Sociological Findings*, Springer Verlag, New York, 1986, 509 p.

III) Ouvrages sur la crise et le conflit

Aron Raymond, *Penser la guerre, Clausewitz*, 1976, Gallimard, 2009, 2 vol. (472, 365 p.).

Aron Raymond, *Paix et guerre entre les nations*, 1962, Gallimard, 2004, 794 p.

Baud Jacques, *La guerre asymétrique ou La défaite du vainqueur*, Ed du Rocher, 2003, 212 p.

Benoist Alain (de), *Carl Schmitt actuel : "Guerre juste," terrorisme, état d'urgence, "Nomos de la terre"*, Krisis, 2007, 162 p.

Bigéard Marcel-Maurice, *Contre guérilla*, Imprimerie des Frères Braconnier, Algérie, 1957, 149 p.

Bressan Yannick, *Principe d'Adhésion au Théâtre Approche Historique et Phénoménologique*, L'Harmattan, 2012, 316 p.

Clausewitz Carl (von), *De la guerre (Livre I)*, (trad. Jean-Baptiste Neuens), Flammarion, 2014, XXXII-195 p.

Clausewitz Carl (von), *De la guerre*, (1832) (trad. Denise Naville), éd. Minuit, coll. Arguments, 1955, 755 p.

Camous Thierry, *Orients/Occidents, vingt-cinq siècles de guerres*, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 2007, 448 p.

Chaliand Gérard, *Le nouvel art de la guerre*, L'Archipel, 2008, 156 p.

Courmont Barthélémy, Ribnikar Darko, *Les guerres asymétriques : conflits d'hier et d'aujourd'hui, terrorisme et nouvelles menaces*, 2^e éd, Dalloz, 2009, 427 p.

Crawford Emily, *Identifying the enemy : civilian participation in armed conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 255 p.

Cumin David, *Carl Schmitt : biographie politique et intellectuelle*, Ed. du Cerf, 2005, 244 p.

Défense et Sécurité nationale : le Livre blanc, La Documentation française, 2008, 350 p.

Desportes Vincent, *Comprendre la guerre*, 2^e éd., Economica, coll. Stratégies et Doctrines, 2001, 410 p.

Desportes Vincent, *Décider dans l'incertitude*, 2^e éd, Economica, 2015, 240 p.

Desportes Vincent, *La guerre probable*, 2^e éd, Economica, 2015, 224 p.

Echevarria, II Antulio J., *Fourth generation war and other myths*, Strategic Studies Institute, Pennsylvania, 2005, 27 p.

Entraygues Olivier, *Formes de guerre, stratégies et déclin de l'Occident*, Economica, 2014, 192 p.

Franc Claude, *Gallieni et Lyautey - Penseurs pour le XXI^e siècle*, Economica, 2012, 144 p.

Francart Loup, *La guerre du sens : pourquoi et comment agir dans les champs psychologiques*, Economica, coll. Stratégies et Doctrines, 2000, 311 p.

Galula David, *Contre-insurrection : Théorie et pratique*, Economica, 2008, 213 p.

Galula David, *Counter insurgency warfare - theory and practice*, Frederick A. Praeger, Inc. USA, 1964, 118 p.

Goya Michel, *Sous le feu : La mort comme hypothèse de travail*, Tallandier, 2014, 266 p.

Hippler Thomas, *Soldats et citoyens*, PUF, 2006, 384 p.

Malaparte Curzio, *Technique du coup d'état*, Grasset, 2008 (1931), 224 p.

Malis Christian, Strachan Hew, Danet Didier, *La guerre irrégulière*, Economica, 2011, 384 p.

McLuhan Marshall, *Message et Massage, un inventaire des effets*, 1967, J.-J. Pauvert, 1968, 157 p.

Pagney Pierre, *Les guerres de partisans et les nouveaux conflits : essai géo-historique sur les combats irréguliers*, Economica, 2013, 151 p.

Phélizon Jean-François, *Relire l'Art de la guerre de Sun Tzu*, Economica, coll. Stratégies et Doctrines, 2000, 160 p.

Phélizon Jean-François, *L'action stratégique*, Economica, coll. Stratégies et doctrines, 1998, 323 p.

Raffray Mériadec, *Général Jacques Hogard - Stratège de la contre-insurrection*, Economica, 2014, 128 p.

Schwartzberg Léon, *La paix surarmée*, Belin, 1987, 167 p.

Tenenbaum Élie, *Une odyssée subversive : la circulation des savoirs stratégiques irréguliers en Occident (France, Grande-Bretagne, États-Unis) de 1944 à 1972*, Thèse, Histoire, IEP 2015, 3 vol. (924 p.).

Trinquier Roger, *La guerre moderne*, Economica, coll. Stratégie et doctrines, 2008 (1961), 109 p.

IV) Ouvrages d'histoire ou d'intérêt historique

Ardant du Picq Charles, *Etudes sur le combat*, Hachette, 1880, 296 p.

Aristote, *Les Politiques*, (trad. Pierre Pellegrin, env. -350 av. JC), Flammarion, 1999, 575 p.

Bainville Jacques, *Histoire de France*, Tallandier, coll. Texto, 2007 (1924), 566 p.

Bacon Francis, *La Nouvelle Atlantide*, (trad. Michèle Le Doeuff et Margaret Llasera), Flammarion, 2000 (1627), 177 p.

Bezmenov Yuri (Tomas Schuman), *Love Letter to America*, Almanac-Press, Los Angeles, 1984, 47 p.

Bezmenov Yuri (Tomas Schuman), *Black is Beautiful, Communism is Not*, Almanac-Press, Los Angeles, 1985, 57 p.

Boétie Etienne (de la), *Discours de la servitude volontaire*, (trad. Séverine Auffret), Mille et une nuits, Bordeaux, 1995 (1576), 63 p.

Bogdan Henry, *La guerre de Trente ans*, Perrin, coll. Tempus, 2006, 320 p.

Bromberger Merry et Serge, *Les 13 complots du 13 mai ou La délivrance de Gulliver*, Fayard, 1959, 445 p.

Brzeziński Zbigniew, *Le grand échiquier*, (trad. Michel Bessières et Michelle Michelle Herpe-Voslinsky), Fayard, coll. Pluriel, 2011 (1997), 273 p.

Brzeziński Zbigniew, *Le Vrai choix : Les États-Unis et le reste du monde*, (trad. Michel Bessières), Odile Jacob, 2004, 310 p.

Bülow Dietrich (von), *Esprit du système de guerre moderne*, (trad. Tranchant-Laverne), 1801 (1799), Librairie de l'école Polytechnique, 271 p. (L'institut de stratégie comparée diffuse sur son site une version dans sa collection « Les introuvables de l'art militaire ». V. http://www.institut-strategie.fr/?page_id=312 .

Campanella Tommaso, *La cité du soleil*, (trad. Jules Rosset, 1^{ère} pub. vraisemblablement en 1604), éd. Aden, Bruxelles, 2016, 200 p.

Chandernagor André, *Un parlement, pour quoi faire ?*, Gallimard, 1967, 186 p.

David Jean-Michel, *La République romaine*, Coll. Point, Seuil, 2000, 304 p.

Dumézil Georges, *Mythe et épopée (I,II,III)*, Gallimard, Coll. Quarto, 1995, 1463 p.

Faure Edgar, *Mémoires*, Plon, 1984, 2 vol. (691, 697 p.).

Girardin Emile (de), *Questions de mon temps, 1836 à 1856, questions politiques*, t. 2, Serrières, 1858, 556 p.

Gramsci Antonio, *Cahiers de prison*, t.1, Gallimard, Paris, 1983, 720 p.

Héron d'Alexandrie, *La Chirobaliste d'Héron d'Alexandrie*, trad. par Victor Prou du grec au français, Librairie académique, 1862, 39 p.

Hésiode, *Les travaux et les jours*, in. *Théogonie - Les Travaux et les Jours – Bouclier*, (trad. Jean-Louis Backès, 1^{ère} pub. 7^e siècle avant JC), Folio, 2001, 416 p.

Hobbes Thomas, *Léviathan*, (trad. Gérard Mairet), Gallimard, coll. Essais, 2000 (1651), 1027 p.

Hobbes Thomas, *Béhémoth*, (trad. Luc Borot), Plon, 1991 (1681), 298 p.

Hopkirk Peter, *Le Grand jeu, officiers et espions en Asie centrale*, Nevicata, 2011, 572 p.

Le Bon Gustave, *La psychologie des foules*, PUF, 2013 (1895), 132 p.

Locke John, *Traité du gouvernement civil*, (trad. David Mazel), Flammarion, 2^e éd. corrigée, 1999 (1690), 381 p.

Machiavel, *Le Prince*, Librio, (trad. Albert t'Serstevens), 2003 (Version originale en italien publiée en 1532, version française 1553), 123 p.

Mill John Stuart, *Considérations sur le gouvernement représentatif*, (trad. Patrick Savidan), Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 2009 (1861), 352 p.

More Thomas, *L'Utopie*, (trad. Victor Stouvenel), J'ai lu, 2013 (1516), 127 p.

Naudé Gabriel, *Considérations politiques sur les coups d'État*, Gallimard, 2004 (1639), 296 p.

Pascal Blaise, *Trois discours sur la condition des Grands*, Mille et une nuits, 2009 (1671), 60 p.

Platon, *La République*, (trad. Georges Leroux), Flammarion, 2002 (1^{ère} pub. 4^e siècle av. JC), 801 p.

Polybe, *Histoires*, (trad. Denis Roussel), Gallimard, coll. Quarto, 2003 (1^{ère} pub. 2^e siècle av. JC), 1512 p.

Pompidou George, *Le nœud gordien*, Flammarion, 1974, 208 p.

Portalis Jean-Etienne-Marie, *Discours et rapports sur le Code civil*, Presses universitaires de Caen, 2010 (prononcé en 1801), 203 p.

Pradeau Jean-François, *Platon et la cité*, 2^e éd., PUF, coll. Philosophies, 2010, 246 p.

Reischauer Edwin, *Histoire du Japon et des Japonais*, (trad. Richard Dubreuil), Points, 2014, 2 vol. 251 et 273 p.

Rousseau Jean-Jacques, *Du contrat social*, Flammarion, 2011 (1762), 255 p.

Saxe Maurice (de), *Les rêveries ou Mémoires sur l'Art de la Guerre*, 1757, éd. Pierre Gosse, (lieu d'édition inconnu, mais certainement Paris), 337 p.

Scheer Léo (adaptation), *Gilgamesh*, Librio, 2008, 77 p.

Seldeslachts Herman, *Etudes de morphologie historique du verbe latin et indo européen*, éd. Peeters, Namur, 2001, 194 p.

Sun Tzu, *L'art de la guerre*, (trad. par le Père Amiot), Mille et une nuits, 2000 (1^{ère} pub 6^e siècle av. JC). 175 p.

Taine Hippolyte, *Les origines de la France contemporaine*, Bouquins, 2011 (1875), 1707 p.

Talleyrand Charles-Maurice (de), *Mémoires et correspondances du prince de Talleyrand*, Bouquin, 2007 (1891), 1577 p.

Tapié Victor-Lucien, *La Guerre de Trente ans*, Centre de documentation universitaire, coll. Les cours de Sorbonne, 1967, 433 p.

Tchakhotine Serge, *Le viol des foules par la propagande politique*, Gallimard, 1992. (Publié une 1^{ère} fois en 1939, l'ouvrage sera immédiatement censuré par le ministère français des Affaires étrangères avant d'être mis au pilon en 1940 par les Allemands. Ce n'est qu'en 1952 qu'il sera réédité dans une version tragiquement actualisée par la seconde guerre mondiale).

Thucydide, *La Guerre du Péloponnèse*, (préf. Pierre Vidal-Naquet, trad. Denis Roussel), Gallimard, coll. Classique, 2000 (1^{ère} pub. 431 av. JC), 900 p.

Tocqueville Alexis (de), *De la démocratie en Amérique*, Gallimard, coll. Folio, 1992 (1835), 440 p.

Venner Dominique, *Les blancs et les rouges – Histoire de la guerre civile russe – 1917-1921*, Editions du Rocher, Coll. Document, Monaco, 2010, 524 p.

V) Autres

Kipling Rudyard, *Kim*, Folio, 2005 (1901), 496 p.

Nietzsche Friedrich, *Ainsi parlait Zarathoustra*, Flammarion, trad. Geneviève Blanquis, 1996 (1883), 477 p.

Lumière Louis, *L'Arrivée d'un train en gare de La Ciotat*, 1896.

Conférences de N-D. de Paris par le R. P. Lacordaire, des frères prêcheurs, membre de l'Académie française. 11^o conférence : *De l'Épreuve*, année 1850.

Site internet du gouvernement sur les risques majeurs : <http://www.prim.net>

Site de l'Ecole normale supérieure de Lyon : <http://geoconfluences.ens-lyon.fr/>

Site sur Charles de Gaulle : www.charles-de-gaulle.org

Articles et chapitres d'ouvrages

András Jakab, « Problèmes de la Stufenbaulehre. L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la théorie pure du droit », *Droit et société*, 2007-2, pp. 411-447.

Aguila Yann, « La Charte de l'environnement devant le Conseil d'État », *Droit de l'environnement*, 2008, n° 162, pp. 19-31.

Aguila Yann, « Le principe de précaution n'est pas applicable en droit de l'urbanisme », *AJDA*, 2005, pp. 1191-1197.

Amselek Paul, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2007, pp. 557-581.

Andersen Jorgen, Malevergne Yannick et Sornette Didier, « Comprendre et gérer les risques grands et extrêmes », *Risques*, 2002, n° 49 ; <https://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf>.

Arbousset Hervé, « Le régime juridique des plans de prévention des risques naturels prévisibles », *JCP-G*, 2003, pp. 1789-1794.

Arbousset Hervé, « L'apparente simplicité du financement des fonds d'indemnisation », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2008-3, pp. 1517-1534.

Arbousset Hervé, « Les financements de risques collectifs : l'exemple des fonds d'indemnisation et de garantie », *RISEO*, 2010-1, pp. 15-36.

Arbousset Hervé, « Catastrophes naturelles et responsabilité administrative des collectivités territoriales : mieux vaut prévenir que réparer », *Revue Lamy des Collectivités territoriales*, 2013, n° 88, pp. 75-78.

Arbousset Hervé, « Le PPRT : un outil pertinent de protection des populations ? », in Jean-François Brillhac et Karine Favro dir. *Planifier le risque industriel*, Victoires Editions, 2009, pp. 153-164.

Asch Solomon, « Studies on independance and conformity : a minority of one against an unanimous majority », *Psychological Monographs*, 1956, vol. 70, n° 9, 70 p.

Avril Pierre, « Le piano mécanique », *Mélanges Léo Hamon*, Economica, 1982, pp. 13-18.

Bach André, « L'homme à l'épreuve du feu (1914-1918) », *Revue historique des armées*, 2012, n° 267 ; <http://rha.revues.org/7461>.

Baertschi Bernard, « Justice et santé. Chacun doit-il recevoir des soins en proportion de ses besoins ? », *Revue de métaphysique et de morale*, 2002-1, pp. 83-101.

Baghestani-Perrey Laurence, « La constitutionnalisation du principe de précaution dans la Charte de l'environnement ou la consécration d'un principe à effet direct », *LPA*, 30 juillet 2004, n° 152, pp. 4-9.

Bailleul David, « L'évolution du contrôle de légalité des actes administratifs : nouvel état des lieux », *JCP-A*, 2014, n° 35, pp. 31-34.

Baillon-Passe Christian, « Les nouvelles perquisitions administratives dans la loi du 21 novembre 2015 sur l'état d'urgence », *LPA*, 31 déc. 2015, n° 261, pp. 7-10.

Baralle Pierre-Jean, « Intervention foncière et maîtrise de l'urbanisation aux abords des établissements dangereux », *Droit de l'environnement*, 2007, n° 113, pp. 220-223.

Baranger Denis, « Temps et constitution », *Droits - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 1999, pp. 45-70.

Barnier Michel, « L'apport de la loi », », *RFDA*, 1996, pp. 200-202.

Bary Marion, « Vers la consécration du préjudice d'angoisse face aux risques hypothétiques par la responsabilité civile ? », *Revue juridique de l'Ouest*, 2014, pp. 93-114.

Barthe Yannick et Borraz Olivier, « Les controverses sociotechniques au prisme du Parlement », *Quaderni*, 2011, n° 75, pp. 63-71.

Baucomont Michel et London Caroline, *Lamy environnement*, fasc. 105 « Historique (des installations classées) ».

Beaud Olivier, Guérin-Bargues Cécile, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus publicum*, 2016, n° 15 ; <http://juspoliticum.com/la-revue>.

Béchillon Denys (de), Troper Michel, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation », *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 1994, pp. 245-274.

Beck Ulrich, « La politique dans la société du risque », *Revue du MAUSS*, 2001-1, pp. 376-392.

Beck Ulrich, « Le risque comme principe d'espace public », *Commentaire*, 2002-4, pp. 893-897.

Bénabou Roland, « The Economics of Motivated Beliefs », *Revue d'économie politique*, 2015-5, pp. 665-685.

Benoist Alain (de), « Gagner une guerre ? », 2011, <http://www.alaindebenoist.com/>.

Benoist Alain (de), « L'actualité de Carl Schmitt », non daté, <http://www.alaindebenoist.com/>.

Benoist Alain (de), « La guerre nouvelle », non daté, <http://www.alaindebenoist.com/>.

Benoist Alain (de), « Repenser la guerre », non daté, <http://www.alaindebenoist.com/>.

Benoist Alain (de), « Une campagne contre Carl Schmitt », non daté, <http://www.alaindebenoist.com/>.

Benoist Alain (de), « Une polémique sur Carl Schmitt », 2005, <http://www.alaindebenoist.com/>.

Benoist Alain (de), « Du cas d'urgence à l'état d'exception permanent », texte de conférence, 2007, <http://www.alaindebenoist.com/>.

Berlia Georges, « L'application de l'article 16 de la constitution et les rapports entre le parlement et le gouvernement », *RDP*, 1961, pp. 1029-1036.

Berlia Georges, « La crise constitutionnelle de mai-juin 1958 », *RDP*, 1958, pp. 919-929.

Berlia Georges, « Le contrôle de l'article 16 et son application », *RDP*, 1962, pp. 289-315.

Bernard Antoine, « Expropriation pour cause d'utilité publique », *JCP-G*, 1995, pp. 301-304.

Beroux Pierre, Guilhou Xavier, Lagadec Patrick : « Implementing Rapid Reflection Forces », *Crisis Response*, 2007, vol. 3, issue 2, pp. 36-37.

Beroux Pierre, Guilhou Xavier et Lagadec Patrick: « Rapid Reflection Forces put to the reality test », *Crisis Response*, 2008, vol 4, issue 2, pp. 38-40.

Bertrand Guillaume, « L'esprit de la précaution », *Revue de métaphysique et de morale*, 2012-4, pp. 491-509.

Birraux Claude, « L'Opecst : le politique et l'expertise scientifique », *RFAP*, 2002, n° 103, pp. 391-397.

Birraux Claude, « L'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques : le politique et l'expertise scientifique. », *RFDA*, 2002, pp. 391-397.

Billet Philippe, « La nouvelle génération des plans Orsec », *JCP-A*, 2005, pp. 1566-1568.

Billet Philippe, « Les plans de prévention des risques technologiques : Vers une reconfiguration du voisinage des installations à risque », *Droit de l'environnement*, 2003, n° 113, pp. 215-219.

Billet Philippe, « La planification des secours à l'échelon communal », *JCP-A*, 2005, pp. 1493-1495.

Billet Philippe, Martin Yvon et Savin Patricia et Savonnet Christophe, « Principe de précaution et médicaments à usage humain », *JDSAM*, 2013, n° 2, pp. 124-127.

Billet Philippe, « Les droits et devoirs définis dans la charte de l'environnement ont valeur constitutionnelle », *JCP-A*, 2008, n° 49, pp. 26-29.

Billet Philippe, « La simplification du contexte environnemental et urbanistique de la vie des entreprises. À propos de la loi relative à la simplification de la vie des entreprises et portant

diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives », *JCP-A*, 2015, n° 9, pp. 48-52.

Blachèr Philippe, « Les pouvoirs discrétionnaires du chef de l'Etat, source de la présidentialisation du régime », *LPA*, numéro spécial, *Les 50 ans de la V^o République*, 10 juillet 2008, pp. 5-15.

Blachèr Philippe, « La revalorisation de l'institution parlementaire : réalité ou fiction ? », *Politeia*, 2013, n° 23, pp. 189-200.

Boisivon François, Carrieu-Costa Marie-Josèphe et alii, « Le partage des savoirs scientifiques. Enjeux et risques », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, 2008, pp. 62-67.

Boissy Laurent, « Responsabilité de l'État dans l'exercice du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales », *AJDA*, 2014, pp. 923-925.

Boivin Jean-Pierre et Pennaforte Manuel, « La loi Barnier: premières réflexions sur ses implications en droit de l'environnement industriel », *BDEI*, 1995, n° 1, pp. 32-39.

Boivin Jean-Pierre et Hercé Steve, « La loi du 30 juillet 2003 sur les risques technologiques et naturels majeurs », *AJDA*, 2003, pp. 1765-1775.

Bonneuil Christophe, « La question des cadrages de l'expertise en situation d'incertitude », in *Maîtrise des risques : prévention et principe de précaution, actes du colloque*, INRS, coll. Les Entretiens de l'INRS, 2002, pp. 88-98.

Bonnaud Laure, « Des usines à la campagne aux villes industrielles : la cohabitation ville/industrie saisie à travers l'histoire du droit des établissements classés », *Revue Développement Durable et Territoires*, n° spécial « La ville et l'enjeu du développement durable », 2005, pp. 1-13.

Borel Jean-Victor, Del Prete Didier, « Antennes-relais de téléphonie mobile : indépendance des législations et principe de précaution », *Droit de l'environnement*, 2005, n° 133, pp. 256-259.

Bourdin Alain, « La modernité du risque », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2003-1, pp. 5-26.

Boutonnet Mathilde, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *Rec. Dalloz*, 2010, pp. 2662-2670.

Boy Daniel, Donnet Dominique, Roqueplo Philippe, « Un exemple de démocratie participative : la 'conférence de citoyen' sur les organismes génétiquement modifiés », *RFSP*, 2000, pp. 779-810.

Branquart Christelle, « Contrôle de légalité : un réel renouveau ? », *AJDA*, 2011, pp. 198-205.

Bressan Yannick, « L'adhésion émergentiste : un outil fondamental en psychologie appliqué au secteur de la défense et du renseignement », <http://www.cf2r.org>

Brimo Nicolas, « Un quatrième pouvoir en loques », *Pouvoirs*, 2006, n° 119, pp. 71-77.

Bronner Gérard, « Perceptions du risque et précautionnisme », *Revue de métaphysique et de morale*, 2012-4, pp. 531-547.

Burdeau François, « Comment naissent les Républiques ? » *RDP*, 2002, pp. 127-138.

Burdeau George, « Une survivance, la notion de Constitution », in *Mélanges Mestre - L'évolution du Droit public*, Sirey, 1956, p. 54.

Burdeau Georges, « Opinion publique », in *Encyclopaedia Universalis*, vol. 16, Paris, 1995, p. 950.

Burdin Hervé, « Souveraineté et information », *Prospective et stratégie*, 2010-1, pp. 127-144.

Cadiou Pascal, « Retour sur la "mise en risque" des collectivités territoriales », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, 2012, n° 95, pp. 26-30.

Calderaro Norbert, « Le juge administratif et les risques naturels », *Droit de l'Environnement*, 2004, n° 115, pp. 23-27.

Callon Michel, « Des différentes formes de démocratie technique », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 38, *Risque et démocratie*, pp. 37-54.

Canedo-Paris Marguerite, « Des nouvelles du principe de précaution », *RFDA*, 2013, pp. 1061-1082.

Cans Chantal, « Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement dans la loi du 2 février 1995 », *RJE*, 1995, pp. 195-217.

Cans Chantal, « La loi du 30 juillet 2003 et la prévention des risques naturels: réelles avancées et cruels constats d'inefficacité », *Droit de l'environnement*, 2003, n° 113, pp. 204-209.

Cans Chantal, Pontier Jean-Marie, Touret Thierry, « Xynthia, ou l'incurie fautive d'un maire obstiné », *AJDA*, 2015, pp. 379-388.

Cans Chantal, « La Charte constitutionnelle de l'environnement : évolution ou révolution du droit français de l'environnement ? », *Droit de l'environnement*, 2005, n° 131, pp. 194-203.

Caporal Stéphane, « Coup d'Etat et Constitution », in *Le coup d'Etat, recours à la force ou dernier mot du politique ?*, éd. François-Xavier de Guibert, 2007, pp. 261-279.

Caporal Stéphane, « La primoministéralisation de la fonction présidentielle », *Politeia*, 2013, n° 23, *La fonction présidentielle sous le quinquennat Sarkozy*, pp. 287-296.

Carbonnier Jean, « Terre et Ciel dans le droit français du mariage », *Mélanges Ripert*, t. I, 1950, p. 327-346.

Cartron Joël, « Les plans de prévention des risques naturels prévisibles : quelles améliorations du dispositif juridique de prévention », *RJE*, 1995-2, pp. 247-264.

Capitani Amandine, Duffy Aurélie, Monge Priscilla, Rrapi Patricia, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2009, pp. 175-121.

Chabanne-Pouzynin Laurence, « Information et évaluation sur les risques technologiques », *Droit de l'environnement*, 2007, n° 113, pp. 210-214.

Champeil-Desplats Véronique, « Charte de l'environnement », *RJE*, 2009, pp. 218-244.

Chappell David, « The Kanak Awakening of 1969-1976 : Radicalizing Anti-Colonialism in New Caledonia », *Journal de la Société des Océanistes*, 2003-2, n° 117, pp. 187-202.

Charbit Yves, « La Cité platonicienne : histoire et utopie », *Population*, 2002-2, pp. 231-260.

Charmeil Nicolas, « Le paradoxe du principe de précaution : du principe de paralysie au principe paralysé », *JCP-A*, 2012, n° 34, pp. 38-41.

Charmeil Nicolas, « Le principe de précaution sous très haute tension, À propos de la construction de la ligne très haute tension Cotentin-Maine », *JCP-A*, 2013, n° 39, pp. 14-21.

Charmeil Nicolas, « Que reste-t-il du principe de précaution en matière d'urbanisme ? Le cas des concours de polices spéciales », *Environnement*, 2014, n° 6, pp. 53-56.

Chrestia Philippe, « Rejet de la demande de suspension de l'état d'urgence », *AJDA*, 2006, pp. 501-505.

Collin Claude, « L'urgence et la commune: l'interface de l'État et des collectivités locales », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 1995, n° 22, pp. 112-122.

Cormier Maxence, « Le pilotage national de la lutte contre le cancer », *Revue de droit sanitaire et social*, 2014, pp. 9-22.

Corvisier Jean-Nicolas, « La guerre irrégulière dans le monde grec antique », *Stratégique*, 2009, n° 93-94-95-96, pp. 73-87.

Coursaget Alain, « La sécurité des activités d'importance vitale : premier bilan du SGDSN », *Sécurité et stratégie*, 2010-2, pp. 5-17.

Coutau-Bégarie Hervé, « Guerres irrégulières : de quoi parle-t-on ? », *Stratégique*, 2009, n° 93-94-95-96, pp. 13-30.

Courtois Daniel-Georges, « Le rôle de l'État dans la gestion des crises », *Cahiers du CNFPT*, 1993, n° 39, pp. 86-92.

Crousaz Pascal (de), « Israël : la doctrine du "combat disséminé". Vers une sur-violence sans rationalité militaire ? », *A contrario*, 2008, n° 1 (vol. 5), pp. 76-101.

Cumin David, « Le problème du bombardement aérien stratégique en *jus in bello* », *Stratégique*, 2014-2, n° 106, pp. 187-202.

Cumin David, « La théorie du partisan de Carl Schmitt », *Stratégique*, 2009, n° 93-94-95-96, pp. 31-71.

Daugeron Bruno, « Brèves réflexions sur le rapport entre le droit constitutionnel non écrit et le droit politique », *Encyclopédie droit politique* ; <http://www.droitpolitique.com/spip.php?article344>

Daugeron Bruno, « Le contrôle parlementaire de la guerre », *Jus Politicum*, n° 15 ; <http://juspoliticum.com/article/Le-contrôle-parlementaire-de-la-guerre-1061.html>

Daugeron Bruno, « Le quinquennat, retour sur les vrais enjeux d'un faux débat », *Revue juridique de l'Ouest*, 2000, n°4, pp. 486-517.

Daugeron Bruno, « La cohabitation et ses faux-semblants : réflexions sur le présidentielisme minoritaire », *RDP*, 2004, pp. 67-109.

Dauphiné André et Provitolo Damien, « La résilience : un concept pour la gestion des risques », *Annales de géographie*, 2007-2, pp. 115-125.

Defoort Benjamin, « Incertitude scientifique et causalité : la preuve par présomption », *RFDA*, 2008, pp. 549-559.

Défix Sébastien, « De l'évaluation environnementale des plans de prévention des risques naturels prévisibles », *JCP-A*, 2014, n° 13, pp. 25-32.

Défix Sébastien, « La procédure et les finalités du plan de prévention des risques technologiques », *AJDA*, 2013, pp. 635-640.

Deharbe David, « Quelques réflexions insolentes sur les significations politiques du volet technologique de la loi risques... », *Droit de l'environnement*, 2003, n° 113, pp. 234-237.

Deharbe David, « Les CLIC (comités locaux d'information et de concertation) de la loi Bachelot : nouvel instrument d'une improbable démocratie des risques », *Droit de l'environnement*, 2005, n° 128, pp. 107-109.

Deharbe David et Deldique Lou, « La méthodologie du principe de précaution fixée par le Conseil d'État », *Droit de l'environnement*, 2013, n° 216, pp. 344-350.

Dehousse Renaud, Lebessis Notis, « Peut-on démocratiser l'expertise ? », *Raisons politiques*, 2003-2, pp. 107-123.

Dekeuwer-Défossez Françoise, Pollet-Panoussis Delphine et Dumery Alexandre, « Droit et risque n° 4 (Suite et fin) », *LPA*, 17 janvier 2013, n° 13, pp. 3-15.

Delaunay Benoit, « Quel juge pour les antennes relais ? (à propos de six décisions du Tribunal des conflits du 14 mai 2012) », *RDP*, 2013, pp. 287-306.

Delbos Françoise, « Annulation d'un PPRT », *Droit de l'environnement*, 2013, n° 210, pp. 103-111.

Delcamp Alain, « La perception du contrôle parlementaire. Comment le rendre plus attractif ? » *Pouvoirs*, 2010, n° 134, *Le contrôle parlementaire*, pp. 109-122.

Delhoste Marie-France, « Antenne de radiotéléphonie mobile : le jeu subtil des juges pour appliquer le principe de précaution sans l'invoquer comme motif premier de leur décision », *Droit de l'environnement*, 2009, n° 165, pp. 18-20.

Delvenne Pierre, Brunet Sébastien, « Le TechnologyAssessment en question : une analyse comparative. », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2006-4, n° 1909-1910, pp. 5-63

Denizeau Charlotte, « Principe de précaution et droit de l'urbanisme », *RFDA*, 2012, pp. 864-871.

Denoix de Saint-Marc Renaud, « Le Conseil constitutionnel et la Charte de l'environnement », *Environnement*, 2012, n° 12, pp. 37-39.

Denolle Anne-Sophie, « Le maire, le principe de précaution et le juge », *Droit de l'environnement*, 2014, n° 227, pp. 350-356.

Derieux Emmanuel, « État d'urgence et liberté de communication », déc. 2015, *Légipresse*, pp. 681-683.

Domino Xavier et Bretonneau Aurélie, « Principe de précaution et théorie du bilan : mille plateaux », *AJDA*, 2013, pp. 1047-1052.

Drago Rolland, « L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques », *RDP*, 1955, pp. 671-705.

Drévilhon Hervé, « La révolution des armes à feu », *Histoire*, 2013, n° 386, pp. 48-49.

Dreyer Emmanuel, « Droit pénal et principe de précaution » *Rec. Dalloz*, 2015, pp. 1912-1919.

Driguez Laetitia, « Les obligations du décideur public en matière de santé et de sécurité des travailleurs en cas d'incertitude scientifique », *RDSS*, 2010, pp. 616-627.

Druésne Gérard, « Réflexions sur la notion de pouvoirs publics en droit français », *RDP*, 1976, pp. 1149-1215.

Dubrulle Jean-Baptiste, « Le principe de précaution dorénavant intégré au droit de l'urbanisme », *AJDA*, 2010, pp. 2114-2016.

Dufour Olivia, « Une nouvelle fonction du droit : éviter le risque avéré, envisager le risque suspecté », *LPA*, n° 87-88, 1^{er} et 2 mai 2012, pp. 3-5.

Dupont Nadia, « Les documents cartographiques dans le cadre des PPRI : analyse critique », *RISEO*, 2010-1, pp. 56-64.

Dutheillet de Lamothe Louis, Odinet Guillaume, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, pp. 247-255.

Denolle Anne-Sophie, « Le maire, le principe de précaution et le juge », *Droit de l'environnement*, 2014, n° 227, pp. 350-356.

Déprez Delphine, « Installations classées », *BDEI*, 2012, n° 38, pp. 7-10.

Douvinet Johnny et Denolle Anne-Sophie, « Les marges de manœuvre des maires face à l'application des plans de prévention des risques inondation », *RISEO*, 2010-1, pp. 41-55.

Dupie Agnès, « Rubrique de jurisprudence. Risques naturels et technologiques », *BDEI*, 2013, n° 47, pp. 52-58.

Ellsberg Daniel, « Risk, Ambiguity and the Savage Axioms », *Quarterly Journal of Economics*, 1961, n° 75, pp. 643-669.

Encinas de Munagorri Rafael, « Quel statut pour l'expert ? », *Revue française d'administration publique*, 2002-3, pp. 379-389.

Erné-Heintz Valentine, « Penser le risque résiduel : l'improbable catastrophe », *RISÉO*, 2012-3, pp. 15-37.

Erné-Heintz Valentine, « La gouvernance des nouveaux risques : quelle place pour l'expertise dans l'agir collectif ? », *Droit de l'environnement*, 2006, n° 142, pp. 275-279.

Favret Jean-Marc, « Le principe de précaution ou la prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel », *Rec. Dalloz*, 2001, pp. 3462-3470.

Favro Karine et Brillhac Jean-François, « Menues réflexions du "Droit" et de la "Science" autour du partage des savoirs dans le domaine du risque », *Mélanges Steinlé-Feuerbach*, L'Harmattan, 2015, pp. 21-39.

Feldman Jean-Philippe, « Principe ami-ennemie et catallaxie. Carl Schmitt, le libéralisme et la guerre », *Droits - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2007-2, pp. 67-95.

Flichy Patrice, « Internet et le débat démocratique », *Réseaux*, 2008-4, n° 150, pp. 159-185.

Foegle Jean-Philippe et Pringault Stephen, « Les "lanceurs d'alerte" dans la fonction publique », *AJDA*, 2014, pp. 2256-2261.

Fourçans André, « Un principe à manier avec précaution », *Risques*, 2004, n° 57, <https://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf>.

Foyer Jean, « Doctrine et information générale - Après l'arrêt Canal : le Général De Gaulle et la non-réforme du Conseil d'État », *Revue administrative*, 2006, n° 349, pp. 6-12.

Foyer Jean, « L'affaire Canal », *Revue administrative*, 2004, n° 337, pp. 6-9.

François Bastien, « Le quinquennat présidentiel change-t-il quelque chose à la V^e République ? », *LPA*, 10 juil. 2008, n° 138, pp. 15-19.

Gajdos Thibault et Langlais Éric, « La perception des probabilités et la prise de décision », *Risques*, 2002, n° 49, <https://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf>.

Gaudemet Yves, « Propos introductifs », *RDP*, 2006, pp. 43-44.

Gallage-Alwis Sylvie et Hammad Sarah, « Ondes électromagnétiques : introduction du principe de sobriété en droit français », *Droit de l'environnement*, 2015, n° 234, pp. 193-195.

Gastellier Laura, « Armes nucléaires et asymétrie. », *Revue internationale et stratégique*, 2003-3, n°51, pp. 97-101

Gaumont-Prat Hélène, « Réflexions sur l'étude "les enjeux scientifiques", technologiques et éthiques de la médecine personnalisée" de l'OPECST », *LPA*, 3 oct. 2013, n° 198, pp. 7-11.

Gaudemet Yves, « Le désordre normatif - Propos introductifs », *RDP*, 2006, pp. 43-44.

Geffray Edouard et Liéber Sophie-Justine, « Valeur et portée juridique de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2008, pp. 2166-2172.

Géré François, « La longue marche de la Défense antimissiles », *Études*, 2001-4, pp. 441-454.

Guégan-Lécuyer Anne, « Le nouveau régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques », *Rec. Dalloz*, 2004, pp. 17-21.

Geoffard Pierre-Yves, « Comment meurt une épidémie ? La fin du SIDA en débat », *Risques*, 2013, n° 94.

Ghevantian Richard, « Quinquennat : Louis Favoreu avait raison », *RFDC*, 2014, pp. 953-959.

Gicquel Jean-Éric, « La restauration des droits du Parlement dans le domaine de la procédure législative : entre espoirs et illusions », *Politeia*, 2009, n° 15, pp. 387-405.

Gilbert Claude, « Plan ORSEC et gestion de crise : bilan provisoire des débats », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1995, n° 22, pp. 91-100.

Gilbert Claude, « Risques et crises endogènes : une approche toujours problématique », *RISEO*, 2011-3, pp. 30-39.

Gilbert Claude, « La fabrique des risques », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2003-1, pp. 55-72.

Gilbert Simon, « Principe de précaution et déclaration d'utilité publique », *AJDI*, 2013, pp. 531-534.

Gillig David, « Application du principe d'indépendance des législations », *Environnement*, 2006, n° 2, pp. 28-29.

Gillig David, « La prise en compte des risques naturels et technologiques par les POS/PLU », *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, LexisNexis, 2015, pp. 7-13.

Girard Jean-François, « Témoignages. Risques, expertise, décision publique : un retour sur le sens des mots », *Revue française d'administration publique*, 2002-3, pp. 423-426.

Godard Olivier, « L'impasse de l'approche apocalyptique de la précaution. De Hans Jonas à la vache folle », *Éthique publique*, 2002, 4 (2), pp. 7-23.

Godard Olivier, « La politique des risques peut-elle être raisonnable ? Le principe de précaution et ses déboires », *Revue de métaphysique et de morale*, 2012-4, pp. 511-529.

Godard Olivier, « De l'usage du principe de précaution en univers controversé », *Futuribles*, 1999, pp. 37-60.

Godard Olivier, « Leçons tirées du maintien de l'embargo sur le bœuf Britannique en 1999 », *Revue française d'administration publique*, 2002-3, pp. 411-421.

Godard Olivier, « Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question », *Revue économique*, 2003-6, pp. 1245-1276.

Godard Olivier, « L'ambivalence de la précaution et la transformation des rapports entre science et décision », in *Le Principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Olivier Godard dir., Éditions de la Maison des sciences de l'homme et INRA-Éditions, Paris, 1997, pp. 37-83.

Gohin Olivier, « L'état de siège », in *Traité de droit de la police et de la sécurité*, P. Mbongo dir., LexisNexis, 2014, pp. 313-323.

Gollier Christian, Hilton Denis, Raufaste Eric, « Daniel Kahneman et l'analyse de la décision face au risque », *Revue d'économie politique*, 2003-3, pp. 295-307.

Gollier Christian, « L'interaction entre le risque et le temps », *Risques*, 2002, n° 49, <https://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf>.

Gollier Christian, « Face au principe de précaution : que croire, qui croire ? », *Risques*, 2004, n° 57, <https://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf>.

Gollier Christian, « Should we Beware of the Precautionary Principle ? », *Economic policy*, 2001, n° 33, pp. 301-328.

Gossement Arnaud, « Le maire et l'incertitude scientifique: l'exemple des antennes relais », *La Gazette du Palais*, 19 nov. 2005, n° 322, pp. 16-20.

Granjou Céline, « L'expertise scientifique à destination politique », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2003-1, pp. 175-183.

Greiling Christian, « Le nouveau Grand Jeu », *Conflits*, 2014 ; <http://revueconflits.com/le-nouveau-grand-jeu-bonus/> .

Grignon Michel, « La question de la régulation des systèmes de santé. Éléments d'analyse économique », *Revue française des affaires sociales*, 2006-2, pp. 43-62.

Guelfucci Marie-Rose, « Anciens et Modernes : Machiavel et la lecture polybienne de l'histoire. », *Dialogues d'histoire ancienne*, 2008-1, pp. 85-104.

Guigue Alexandre, « Autour des méthodes positivistes », *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 2006, pp. 1175-1192.

Guillaume Marc, « L'économie des catastrophes », *Risques*, 2001, n° 48, <https://ffsa.fr/webffsa/risques.nsf>.

Hamon Léo et Cotteret Jean-Marie, « Vie et droit parlementaires », *RDP*, 1960, pp. 649-658.

Hanicotte Robert, « Le Haut conseil des biotechnologies : l'expert, le bon grain et l'ivraie », *AJDA*, 2009, pp. 1411-1414.

Hassid Olivier, « Les organisations ne sont pas par essence préparées à gérer les crises », *Sécurité et stratégie*, 2012-3, pp. 2-3.

Hermitte Marie-Angèle, « L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts », *Justices*, 1997, n° 8, pp. 79-103.

Hogard Jacques, « Guerre révolutionnaire ou révolution dans l'art de la guerre », *Revue de Défense Nationale*, 1956, pp. 1497-1513.

Hostiou René, « Loi Barnier: protection de l'environnement et droit de l'expropriation pour cause d'utilité publique », *RJE*, 1995, pp. 235-245.

Huglo Christian, « La Cour d'appel de Versailles, la téléphonie mobile et le principe de précaution », *Environnement*, 2009, n° 3, pp. 1-1.

Huriet Claude, « Le rôle des politiques, leurs rapports aux experts » in *Maîtrise des risques : prévention et principe de précaution, actes du colloque*, INRS, coll. Les Entretiens de l'INRS, Paris, 2002, pp. 87-100.

Inserguet-Brisset Véronique, « Le renforcement de la protection de l'environnement par l'appropriation publique, les dispositions de la loi 95-101 du 2 février 1995 », *LPA*, 14 avr.1995, n° 45, pp. 9-13.

Jallamion Carine, « Contribution à une histoire du droit privé de l'environnement : la lutte du juge judiciaire contre les pollutions et nuisances », *BDEI*, 2009, numéro spécial, pp. 7-15.

Jennequin Aurélia, « La communication de crise au sein de la Direction Générale de la Santé : la procéduralisation de l'urgence », *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, pp. 248-256.

Jégouzo Yves, « La loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *RFDA*, 1996, pp. 198-199.

Jégouzo Yves, « Le rôle constituant de la commission Coppens », *RJE*, 2005, n° spécial, pp. 79-89.

Jégouzo Yves, « La charte de l'environnement, dix ans après », *AJDA*, 2015, pp. 487-492.

Jobart Jean-Charles, « L'état d'urgence déclaré et renforcé en France », *AJDA*, 2015, pp. 2321-2327.

Kamto Maurice, « Regard sur la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer depuis son entrée en fonctionnement (1997-2004) », *RGDIP*, 2005, pp. 793-828.

Kawano Mariko, « L'affaire du thon à nageoire bleue et les chevauchements de juridictions internationales », *AFDI*, 2003, pp. 516-541.

Killias Martin, « La ceinture de sécurité : une étude sur l'effet des lois et des sanctions », *Déviance et Société*, 1985, IX-1, pp. 31-46,

Krolik Christophe, « Le régime juridique des antennes-relais : des solutions pragmatiques pour des intérêts discordants », *RFDA*, 2013, pp. 1082-1095.

Lacheroy Charles, « Guerre révolutionnaire et arme psychologique », conférence prononcée sans texte (le texte ne fut établi qu'ultérieurement à l'aide de l'enregistrement magnétique réalisé au cours de la séance) par le colonel Lacheroy le 2 juillet 1957, devant 2 000 officiers de réserve de la 1^{ère} région militaire réunis dans le grand amphithéâtre de la Sorbonne, Ministère de la Défense nationale, Service d'action psychologique et d'information. SHD/GR, 12 T 65.

Lacour Stéphanie, « Nanotechnologies : réguler l'incertitude », *Droit et société*, 2011, n° 78, pp. 429-446.

Lagadec Patrick, « La question des plans : entre points d'appui et pièges stratégiques », *Cahiers de l'Ecole Polytechnique*, 2009, n° 40, pp. 1-75.

Lagadec Patrick et Guilhou Xavier, « Le temps des ruptures », *AGIR*, 2001, n° 6, pp. 5-18.

Lagadec Patrick, « Risques et responsabilité collective : des ruptures à penser et à conduire », *Risques*, 1999, n° 40, <https://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf>.

Lahorgue Marie-Béatrice, « Experts et lanceurs d'alerte sanitaire et environnementale », *Droit de l'environnement*, HS, 2012, pp. 35-41.

Lamère Jean-Marc, « De la difficulté à modéliser les risques catastrophiques », *Risques*, 2002, n° 49, <https://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf>.

Langlois Eric, « Guerre classique et guerre révolutionnaire : l'illusion de la différence », *Stratégique*, 2009, n° regroupés 93-94-95-96, pp. 9-24.

Lanoy Laurence, « L'indemnisation et l'évaluation des dommages de catastrophes technologiques », *Droit de l'environnement*, 2003, n° 113, pp. 226-228.

Larrouy-Castéra Xavier, « Politique de prévention des risques industriels : actualités des servitudes », *BDEI*, 2009, n° 22, pp. 11-12.

Lascoumes Pierre, « L'expertise, de la recherche d'une action rationnelle à la démocratisation des connaissances et des choix », *Revue française d'administration publique*, 2002-3, pp. 369-377.

Lascoumes Pierre, « Productivité de l'expertise et renouveau des controverses », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 38, « Risque et démocratie », pp. 75-95.

Lascoumes Pierre, « Controverse », in *Dictionnaire des politiques publiques*, pp. 172-179.

Lascoumes Pierre, « De l'utilité des controverses socio-techniques », *Journal International de Bioéthique*, 2002-2, pp. 68-79.

Laville Frédéric, « Modélisations de la rationalité limitée : de quels outils dispose-t-on ? », *Revue économique*, 1998-2, pp. 335-365.

Leblic Isabelle, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes*, 2003-2, n° 117, pp. 299-312.

Le Louarn Patrick, « La tempête Xynthia révélateur des insuffisances du droit », *JCP-G*, 2011, pp. 940-948.

Lemaire Fabrice, « L'abandon de la faute lourde en matière de police des édifices menaçant ruine », *AJDA*, 2007, pp. 385-390.

Léone Julien, « Les Organismes Génétiquement Modifiés (OGM) à l'épreuve du principe de précaution », *LPA*, 18 août 1999, n° 164, pp. 12-16.

Lepetit Gildas, « Brigands ou soldats ? », *Revue historique des armées*, 2012, n° 269, <http://rha.revues.org/7569>.

Le Roux Ronan, « L'homéostasie sociale selon Norbert Wiener », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2007-1, pp. 113-135.

Levade Anne, « La décision OGM ou les implicites d'une décision à lire dans son environnement », *JCP-G*, 2008, n° 30, pp. 37-42.

Lévy Alain, « Risques technologiques et naturels majeurs: ce qui change en matière de droit de préemption, de délaissement et d'expropriation », *AJDI*, 2004, pp. 101-105.

Lianos Michel, « Point de vue sur l'acceptabilité sociale du discours du risque », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 38, « Risque et démocratie », pp. 55-73.

Liedtke Patrick M., « De la cartographie à la gestion des risques », *Risques*, 2003, n° 55, <https://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf>.

Claude Lienhard, « Pour un droit des catastrophes », *Dalloz*, 1995, chron., pp. 91-98.

Lochard Jacques, « Expertise et gestion des risques en matière nucléaire », *Revue française d'administration publique*, 2002-3, pp. 471-481.

Mafille-Tourtin Angélique, « La désobéissance du maire et les antennes relais », *RGCT*, 2015, n° 57, pp. 137-143.

Mansbridge Jane, Manin Bernard et alii, « La place de l'intérêt particulier et le rôle du pouvoir dans la démocratie délibérative », *Raisons politiques*, 2011-2, pp. 47-82.

Mansot José, « L'État et les politiques de prévention des risques industriels », *Cahiers du CNFPT*, 1993, n° 39, pp. 74-85.

Martel Jean-Jacques, « L'impact des risques naturels et technologiques sur la valeur vénale ou locative », *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, LexisNexis, 2015, pp. 19-24.

Martin Brice, Ansel Romain, Guerrouah Ouarda et With Lauriane, « Territorialisation ou déterritorialisation du risque ? Analyse comparative et critique de la procédure de réalisation des PPRNP », *RISEO*, 2010-1, pp. 83-98.

Meyer Nicole-Marie, « Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débats dans le monde », *AJDA*, 2014, pp. 2242-2248.

Mascret Caroline, « Les données de la science face à leur normalisation par les autorités sanitaires », *Médecine et droit*, 2008, n° 93, pp. 165-171.

Mathieu Bertrand, « Transformer la V^e République sans la trahir », *AJDA*, 2008, pp. 1858-1865.

Mathieu Bertrand, « Le "comité Balladur", ses travaux, son rapport. Vues intérieures », *RFDC*, HS, 2006, pp. 19-38.

Mathieu Bertrand, « Incertitudes quant à la portée de certains principes inscrits dans la Charte constitutionnelle de l'environnement », *JCP-G*, 2009, n° 7, pp. 42-46.

Mattéi Jean-François, « Le mythe d'autochtonie chez Hésiode et Platon », *Topique*, 2011-1, pp. 35-49.

Millard Éric, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, pp. 381-412.

Maulin Éric, « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, 2002, pp. 5-25.

Missika Jean-Louis, « La délibération imparfaite », *Pouvoirs*, 2006, n° 119, pp. 5-14.

Mohamed-Gaillard Sarah, « De la prise de possession à l'accord de Nouméa : 150 ans de liens institutionnels et politiques entre la France et la Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes*, 2003-2, n° 117, pp. 171-186.

Morand-Deville Jacqueline, « Commentaire de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *AJDA*, 1995, pp. 439-455.

Motulsky Henri, « L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe, préface et notions générales », in *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris*, t. 13, 1968, pp. I-XXIII.

Moury Jacques, « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *Rec. Dalloz*, 2012, pp. 1020-1028.

Moutouh Hugues, « La communication médiatique déterminant de l'action publique », *Pouvoirs*, 2006, n° 119, pp. 15-28.

Muhlmann Géraldine, « Le gros mot de contre-pouvoir », *Pouvoirs*, 2006, n° 119, pp. 55-70.

Muscat Hélène, « L'incidence de l'angoisse face aux risques hypothétiques sur la décision administrative », *Revue juridique de l'Ouest*, déc. 2014, pp. 137-165.

Nadaud Séverine, « L'adoption de la loi numéro 2015-136 du 9 février 2015 relative à l'exposition aux ondes électromagnétiques : premier pas encourageant ou régression décourageante ? », *RJE*, 2015, pp. 423-436.

Nain-Gesbert Eric, « Physique de la précaution : l'écriture de trois théorèmes pour voir le principe autrement », *Environnement*, 2014, n° 12, pp. 17-20.

Niort Jean-François, « Formes et limites du positivisme juridique », *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 1993, pp. 157-192.

Noiville Christine, « Qu'est-ce qu'un risque acceptable ? Quelques réflexions juridiques », in *Risques collectifs et situations de crise. Apports de la recherche en sciences humaines et sociales*, Claude Gilbert dir., L'Harmattan, 2000, pp. 279-297.

Norton Philip, « La nature du contrôle parlementaire », *Pouvoirs*, 2010, n° 134, pp. 5-22.

Noury Arnauld, « Permis de construire, risques naturels et preuves », *RFDA*, 2004, pp. 346-356.

Ollitrault Sylvie, « Les mobilisations contre les antennes de téléphonie mobile : Les profanes dans l'espace public », *Revue juridique de l'ouest*, numéro spécial, 2014, pp. 17-28.

Paillard Christine, « La réparation du préjudice d'angoisse face aux risques hypothétiques par le juge administratif », *Revue juridique de l'Ouest*, déc. 2014, pp. 115-135.

Patry Jean-Jacques et **Marret Jean-Luc**, « Les forces terrestres en opérations : quels modes d'actions adopter face à des adversaires asymétriques ? », *Cahiers de la recherche doctrinale*, Centre de doctrine d'emploi des forces, oct. 2004, pp. 1-75.

Pauvert Bertrand, « Quinquennat, changer la République ou changer de République ? », *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 2000-4, pp. 1503-1514.

Pauvert Bertrand, « Expert, expertise et décision publique », *Droit de l'environnement*, 2006, n° 142, pp. 270-274.

Pauvert Bertrand, « Bilan et perspectives de la protection civile en France », *Revue Guerre et Paix*, 2016, n° 1 (à paraître).

Pauvert Bertrand, « La participation de la sécurité privée à la résilience », in *Quel avenir pour la sécurité privée ?*, Christian Vallar et Xavier Latour dir., PU Aix-Marseille, 2013, pp. 65-74.

Pauvert Bertrand, « Le Parlement et la gestion des déchets du nucléaire civil », *Droit de l'environnement*, 2015, n° 236, pp. 258-261.

Pauvert Bertrand, « L'ennemi intérieur », communication au colloque Droit de la sécurité et de la défense 2015, organisé par l'Association française de droit de la sécurité et de la défense et l'Université de Bretagne occidentale (24-25 septembre 2015).

Pauvert Bertrand, « Les dispositifs de sécurité civile », in Pascal M'Bongo dir., *Traité de Droit de la police et de la sécurité*, LGDJ, 2014, pp. 335-357

Peigné Jérôme, « Le contentieux des AMM, le juge communautaire et le principe de précaution », *LPA*, 10 juillet 2003, n° 137, pp. 18-29.

Peretti-Watel Patrick, « Pourquoi et pour qui un risque est-il acceptable ? Représentations du risque et inégalité sociale », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 38, « *Risques et démocratie* », pp. 9-35.

Peretti-Watel Patrick, « Interprétation et quantification des prises de risque délibérées », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2003-1, pp. 125-141.

Pérez-Diaz Claudine, « Théorie de la décision et risques routiers », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2003-1, pp. 143-160.

Pérignon Sylvain, « Nouveaux cas d'institution du droit de préemption urbain », *AJDA*, 2004, pp. 569-573.

Perloff Linda, « Perceptions of vulnerability to victimization », *Journal of Social Issues*, 1983, n° 39, pp. 41-61.

Petot Jean, « La résistance à l'oppression », *RDP*, 1958, p. 68-78.

Picard Philippe, « Risque et démocratie », *Risques*, 2001, n° 47, pp. 67-122.

Pisani Jean, « Pour la réforme du droit de préemption urbain », *JCP-N*, 2010, n° 14, pp. 13-16.

Pissaloux Jean-Luc, « Quelques observations sur la concertation environnementale », *BJCL*, 2015-5, pp. 375-378.

Pissaloux Jean-Luc, « La constitutionnalisation non sans risque du droit de l'environnement », *La Gazette du Palais*, 13 janv. 2005, n° 12, pp. 3-17.

Pissaloux Jean-Luc, « Les antennes relais, les maires et le juge administratif », *Revue Lamy des Collectivités territoriales*, 2012, n° 82, pp. 53-58.

Pontier Jean-Marie, « La réforme de la Sécurité civile et les communes », *Revue administrative*, 2005, pp. 636-643.

Pontier Jean-Marie, « Actes prioritaires en matière de contrôle de légalité », *JCP-A*, 2012, n° 9, pp. 16-19.

Pontier Jean-Marie, « Les collectivités territoriales et la prévention des risques », *BJCL*, 2014, pp. 698-706.

Poujade Bernard, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau : le contrôle de légalité aujourd'hui ? », *BJCL*, 2013-10, pp. 720-723.

Prieur Michel, « Analyse critique de l'évolution des dispositifs de gestion des crises », *Cahiers du CNFPT*, 1993, n° 39, pp. 36-40.

Propeck-Zimmermann Eliane, Saint-Gérand Thierry et Bonnet Emmanuel, « Probabilités, risques et gestion territoriale : champs d'action des PPRT », *Géocarrefour*, 2007, n° 82, pp. 65-76.

Putman Emmanuel, « Restrictions de libertés imposées par l'état d'urgence : jusqu'à quel point la nécessité fait-elle loi ? », *RJPF*, 2016, n° 1, pp. 14-15.

- Rainaud Anne**, « Le Conseil d'État, les antennes relais de téléphonie mobile et l'acceptation sociale du risque », *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 2012-3, pp. 1373-1400.
- Raynaud Julien**, « Innocuité des antennes-relais : doute ou présomption ? », *AJDI*, 2010, pp. 769-770.
- Renard-Payen Olivier**, « Action récursoire du maire à l'encontre du propriétaire d'un terrain en remboursement des travaux exécutés par la commune pour prévenir un danger grave et imminent », *JCP-A*, 2008, n° 12, pp. 35-37.
- Restier-Melleray Christine**, « Experts et expertise scientifique. Le cas de la France », *RFSP*, 1990, pp. 553-554.
- Ribes Didier**, « Le comité Balladur, technicien expert du parlementarisme », *RFDC*, HS, 2006, pp. 117-132.
- Robert Jacques-Henri, Romi Raphaël et Razafindratandra Yvan**, « Loi "Barnier": principes, dispositions pénales et dispositions liées aux activités industrielles », *Droit de l'environnement*, 1995, n° 29, pp. 1-10.
- Rolin Frédéric**, « L'état d'urgence », in : Bertrand Mathieu dir., 1958-2008, *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, pp. 611-619.
- Rolin Frédéric**, « La sortie de l'état d'urgence », *RDLF*, 2016, chron. n°04.
- Romi Raphaël**, « La constitutionnalisation des principes du droit de l'environnement: De la grandeur à la mesquinerie ? Les contours du rapport Coppens », *Droit de l'environnement*, 2003, n° 109, pp. 114-116.
- Rousseau Dominique**, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Projet*, février 2006, pp. 19-26.
- Roussel Florian**, « Médiateur : l'impossibilité pour l'État de s'exonérer de sa responsabilité envers les victimes », *AJDA*, 2015, pp. 1986-1991.
- Rouyère Aude**, « L'exigence de précaution saisie par le juge », *RFDA*, 2000, pp. 266-289.
- Ryziger Paul-François**, « Les mesures d'interdiction de séjour et d'assignation à résidence surveillée prises en vertu de l'état d'urgence », *Gazette du Palais*, 1956, 1, pp. 61-65 ; v. encore *Gazette du Palais*, 1959, 1, pp. 121-122.
- Sabathé Jean-Marc**, « La mise en œuvre du décret SAIV par EDF », *Sécurité et stratégie*, 2010-2, pp. 19-22.

Saint-Bonnet François, « L'article 16 de la constitution de 1958 », in Gérard Conac et François Luchaire, *La constitution de la République française*, 3^eéd., Economica, Paris, 2009, pp. 525-544.

Saint-Bonnet François, « Arbitraire », « Législations d'exception », « Circonstances exceptionnelles », « Etat d'urgence » », in Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials, Frédéric Sudre dir., *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, pp. 58-61, 145-147, 390-393 et 606-611.

Saint-Bonnet François, « L'état d'exception et la qualification juridique », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, PU Caen, 2008, n° 6, pp. 29-37.

Saint-Bonnet François, « Les écueils d'une réforme astucieuse » (l'article 5 du projet de loi constitutionnelle d'avril 2008 révisant l'article 16 de la constitution), *LPA*, numéro spécial, *Du nouveau dans la Constitution ?*, 14 mai 2008, n° 97, pp. 20-22.

Saint-Bonnet François, « Le bien, le mieux et l'ennemi du bien » (Considérations sur le nouvel article 16 de la Constitution), *LPA*, numéro spécial, *Une nouvelle Constitution ?*, 19 décembre 2008, n° 254, pp. 24-27.

Saint-Bonnet François, Commentaire du Chapitre IV « Les législations d'exception », in *Code de l'administration*, 3^eéd., Litec, 2007.

Saint-Bonnet François, « Technique juridique du coup d'État », in Frédéric Bluche dir., *Le peuple, le prince et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, PUF, coll. « Léviathan », 2000, pp. 123-160.

Saint-Bonnet François, « Droit et Évidente nécessité : l'autonomie de l'état d'exception », *Droits - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 2000, n° 30, pp. 29-43.

Saint-Bonnet François, « Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception », *RDP*, 1998, pp. 1699-1718.

Sanseverino-Godfrin Valérie, « Les pouvoirs de police du maire dans le domaine de la prévention des risques naturels », *Revue Lamy des Collectivités territoriales*, 2013, n° 88, pp. 53-56.

Sand Christophe, « Les aléas de la construction identitaire multi-ethnique en Nouvelle-Calédonie : quel passé pour un avenir commun ? », *Journal de la Société des Océanistes*, 2003-2, n° 117, pp. 147-169.

Sandrin-Desforge Armelle, « Bientôt 10 ans : le point sur les PPRT », *BDEI*, n° 42, nov. 2012, pp. 5-10.

Sauvé Jean-Marc, « La revalorisation des Parlements ? », Journée d'étude de la Société de législation comparée, Conseil d'Etat, 19 mars 2010 ; [http:// conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-revalorisation-des-Parlements](http://conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-revalorisation-des-Parlements).

Schmidt Christian, « De l'aversion au risque à l'aversion à l'ambiguïté : quelques contributions des neurosciences », *Risques*, 2011, n° 85, <https://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf>.

Simon Herbert A., « The Architecture of complexity », *Proceedings of the American Philosophical Society*, 1962, vol. 106, n° 6, pp. 467-482.

Sironneau Jacques, « Périmètres de protection », *RJE*, 2012, n° 2, pp. 356-363.

Sironneau Jacques, « Périmètres de protection », *RJE*, 2014, n° 3, pp. 557-559.

Slovic Paul, « Perception of Risk : Reflections on the Psychometric Paradigm », in S. Krimsky, D. Golding (eds), *Social Theories of Risk*, Westport, Praeger, 1992, pp. 117-152.

Soto Jean (de), « La loi et le règlement dans la Constitution de 1958 », *RDP*, 1959, pp. 255-260.

Steinlé-Feuerbach Marie-France, « Le droit des catastrophes et la règle des trois unités de temps, de lieu et d'action », *LPA*, 28 juil. 1995, n° 90, pp. 9-10.

Steinmetz Benoit, « Le principe de précaution s'invite dans le droit de l'urbanisme... sauf pour les antennes relais de téléphonie mobile », *RISEO*, 2010-3, pp. 80-88.

Steinmetz Benoit, « Obligation d'informer et droit à l'information en matière de dissémination d'OGM », *Droit de l'environnement*, 2010, n° 177, pp. 136-139.

Sultan Alizée, « L'impact des antennes relais de téléphonie mobile sur la santé humaine : l'influence du principe de précaution », *La Gazette du Palais*, 11-12 mars 2009, n° 70-71, pp. 64-65.

Sutter Gérald, « La revalorisation de l'institution parlementaire : réalité ou fiction ? », *Politeia*, 2013, n° 23, pp. 201-216.

Tallon Jean-Marc et Vergnaud Jean-Christophe, « Comment exprimer les croyances dans l'incertain », *Risques*, 2002, n° 49, <https://ffsa.fr/webffsa/risques.nsf>.

Tapinos Daphné, « Pour une approche pragmatique du principe de précaution au service des victimes de dommages corporels : le cas des victimes du vaccin contre l'hépatite B », *Médecine et Droit*, 2015, n° 134, pp. 105-114.

Thillier Jean-Louis, « Crises sanitaires : nouveaux enjeux de l'expertise scientifique et de l'expert », *Rec. Dalloz*, 2014, pp. 1928-1929.

- Thourot Patrick**, « Le principe de précaution et les peurs du siècle », *Risques*, 2000, n° 47.
- Tomkiewicz Stanislaw**, « L'émergence du concept (de résilience) », *La résilience : le concept de l'espérance*, ERES, 2005, pp. 45-66.
- Traoré Seydou**, « La prise en compte des risques naturels dans et par les documents d'urbanisme », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, 2013, n° 88, pp. 57-60.
- Trébulle François-Guy**, « Droit de l'environnement -mai 2008- mai 2009 », *Rec. Dalloz*, 2009, pp. 2448-2459.
- Trébulle François Guy**, « Droit de l'environnement - août 2010-août 2011 », *Rec. Dalloz*, 2011, pp. 2694-2706.
- Trébulle François Guy**, « Droit de l'environnement - septembre 2011-juillet 2012 », *Rec. Dalloz*, 2012, pp. 2557-2566.
- Trébulle François Guy**,« Droit de l'environnement - septembre 2012-octobre 2013 », *Rec. Dalloz*, 2014, pp. 104-114.
- Trierweiler Denis**, « Remarques sur la discrimination ami / ennemi et sur le "*jus publicum*" européen », *Droits - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2004-2, pp. 195-206.
- Tuchscherer Emmanuel**, « Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre », *Mots. Les langages du politique*, 2004-1, pp. 25-42.
- Van Lang Agathe**, « Principe de précaution : exorciser les fantasmagories », *AJDA*, 2015, pp. 510-516.
- Van Lang Agathe**, « Nouveaux développements du contentieux administratif des antennes relais », *Revue de droit immobilier*, 2012, pp. 325-327.
- Van Lang Agathe**, « L'émergence d'une approche intégrée du risque d'inondation », *AJDA*, 2012, pp. 1320-1324.
- Verdier Laurent**, « Vers une constitutionnalisation du droit de l'environnement : Prolégomènes sur la Charte de l'environnement », *BDEI*, 2003, n° 2, pp. 4-7.
- Vieillard-Coffre Sylvie**, « Gestion de l'eau et bassin versant. De l'évidente simplicité d'un découpage naturel à sa complexe mise en pratique », *Hérodote*, 2001-3, pp. 139-156.
- Villatoux Marie-Catherine et Paul**, « Aux origines de la "guerre révolutionnaire" : le colonel Lacheroy parle », *Revue historique des armées*, 2012, n° 268, <http://rha.revues.org/7512>.

Viret Jean, « La refonte des plans de prévention des risques naturels », *Droit de l'Environnement*, déc. 1995, fév. 1996, n° 35 et 36 (article en deux parties), pp. 132-136 et pp. 17-20.

Vittorio Scotti Douglas, « La guérilla espagnole dans la guerre contre l'armée napoléonienne », *Annales historiques de la Révolution française*, 2004, n° 336, pp. 91-105.

Waline Marcel, « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la constitution de 1958 », *RDP*, 1959, pp. 699-717.

Warusfel Bertrand, « La sécurité nationale, nouveau concept du droit français », in *Mélanges Pierre-André Lecocq*, Lille II, 2011, pp. 461-476.

Warusfel Bertrand, « Les implications juridiques et institutionnelles de la notion de sécurité nationale », in Xavier Latour et Christian Vallar dir., *Le droit de la sécurité et de la défense en 2013*, PU Aix-Marseille, 2014, pp. 17-30.

Warusfel Bertrand, « La protection des réseaux numériques en tant qu'infrastructures vitale », *Sécurité et stratégie*, 2010-2, pp. 31-39.

Weber Dominique, « Hobbes, les pirates et les corsaires. Le "Léviathan échoué" selon Carl Schmit », *Astérior*, 2004, n° 2, <http://asterion.revues.org/94>.

Weckel Philippe, « Les premières applications de l'article 290 de la Convention sur le droit de la mer relatif à la prescription de mesures conservatoires », *RGDIP*, 2005, pp. 829-858.

Weil Philippe, « L'incertitude, le temps et la théorie de l'utilité », *Risques*, 2002, n° 49, <https://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf>.

Witch Bernard, « Une révolution militaire en sous-sol, le retour du modèle templier », *Stratégique*, 2009, n° 93-94-95-96, pp. 709-731.

Zarka Jean-Claude, « Instauration d'un principe d'innovation responsable : rejet de la proposition de loi », *Rec. Dalloz*, 2014, pp. 2527-2528.

Zajdenweber Daniel, « Valeur économique et sinistre extrême d'origine humaine », *Risques*, 2001, n° 48, <https://ffsa.fr/webffsa/risques.nsf>.

Notes et commentaires

Auby Jean-Marc, note sous CE Ass., 16 novembre 1955, *Dame Bourokba*, RDP, 1955, pp. 652-653.

Berrod Frédérique, note sous CJCE, ord., 14 février 2002, *Commission contre Artegodan GmbH*, affaire C-440/01 », *Europe*, 2002, n° 4, pp. 11-11.

Carpentier Elise, note sous CE, 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT*, « Le principe de précaution doit-il être pris en compte dans l'appréciation de l'utilité publique d'un projet ? », *BJCL*, 2013-6, pp. 408-437.

Chrestia Philippe, note sous Tribunal international du droit de la mer, 1^{er} juillet 1999 (n° 2), *Saint-Vincent-et-les-Grenadines contre Guinée, affaire du navire "Saiga"*, *RGDIP*, 2000, pp. 523-525.

Drago Roland, note sous CE Ass., 16 novembre 1955, *Dame Bourokba*, *Rec. Dalloz*, 1956, pp. 393-397.

Empain Ida, note sous TA Toulouse, 15 novembre 2012, n° 1001280, « Première annulation d'un PPRT : le débat sur les insuffisances du dispositif est relancé », *Gazette du Palais*, mars 2013, n° 72-73, pp. 13-14.

Lallet Alexandre, concl. sur CE, 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT*, « Le principe de précaution doit-il être pris en compte dans l'appréciation de l'utilité publique d'un projet ? », *BJCL*, 2013-6, pp. 408-437.

Landais Claire et Lenica Frédéric, « Contentieux de la légalité de l'état d'urgence », *AJDA*, 2006, pp. 1033-1037.

Le Bot Fabien, « Principe de précaution et déclaration d'utilité publique : un contrôle renforcé », *Droit administratif*, 2013, n° 7, pp. 68-74.

Nési Françoise, « Un propriétaire voisin d'une installation classée, déjà soumis à des servitudes d'utilité publique, peut-il obtenir une indemnisation du fait de contraintes nouvelles imposées par un classement Seveso ? », *BJDU*, 2008, pp. 432-434.

Nicoud Florence, « De l'obligation de recourir à une procédure trop souvent méconnue : l'expropriation pour risque naturel prévisible », *AJDA*, 2010, pp. 393-395.

Pauvert Bertrand, note sous C. const., 23 janv. 2015, n° 2014-439 QPC, *M. Ahmed S.*, « Autour de la déchéance et du retrait de la nationalité française », *AJDA*, 2015, pp. 1000-1005.

Rambour Muriel, note sous C. const., 11 octobre 2013, n° 2013-346 QPC, *Société Schuepbach Energy LLC*, « Le Conseil constitutionnel valide l'interdiction de la fracturation hydraulique », *Droit de l'environnement*, 2014, n° 219, pp. 29-31.

Rouault Marie-Christine, observations sous CE, 29 déc. 1999, *Syndicat national du commerce extérieur des produits congelés et surgelés* », *JCP G*, 2000, pp. 1050-1051.

Soler-Couteaux Pierre, « Le maire peut user de ses pouvoirs de police pour faire respecter les prescriptions d'une autorisation d'urbanisme », *Revue de droit immobilier*, 2010, pp. 623-624.

Stahl Jacques-Henri et Domino Xavier, « Antennes de téléphonie mobile : quand une police spéciale d'Etat évince la police municipale », *AJDA*, 2011, pp. 2219-2226.

Trémeur Muriel, note sous CE, 21 octobre 2013, *S^{té} Orange France*, req. n° 360481, « Le rôle du maire face au principe de précaution », *Droit de l'environnement*, 2014, n° 220, pp. 68-71.

Verpeaux Michel, note sous CE, 30 décembre 2009, *Dpt du Gers*, req. n° 308514, « Un département peut légalement adopter un vœu anti-OGM », *AJDA*, 2010, pp. 734-738.

Rapports, études et documents officiels

Note : les documents sont présentés par ordre chronologique.

Patrick Lagadec, *L'accident de Mississauga-Toronto*, Ministère de l'environnement, 1983.

Christian Kert, *Les techniques de prévision et de prévention des risques naturels : séismes et mouvements de terrain*, rapport d'information n° 261, Sénat, 21 avril 1995.

Cour des Comptes, *Rapport au Président de la République*, 1999.

Yves Dauge, *Les Politiques publiques de prévention des inondations*, rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1999.

Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le Principe de précaution : rapport au Premier ministre*, La Documentation française, 2000.

Marcel Deneux et Pierre Martin, *Les inondations de la Somme, établir les causes et les responsabilités de ces crues, évaluer les coûts et prévenir les risques d'inondations*, rapport d'enquête n° 34, Sénat, 23 oct. 2001.

Commission européenne, *Gouvernance européenne : Livre blanc*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2001.

Signaux précoces et leçons tardives : Le principe de précaution 1896 - 2000, Institut français de l'environnement, 2002.

Rapport de l'INERIS (Institut national de l'environnement industriel et des risques) de 2002, *Analyse des risques et prévention des accidents majeurs (DRA-007)*.

Michel Matheu, *La décision publique face aux risques*, La Documentation française, Paris, 2002.

Gouvernance européenne. Travaux préparatoires au Livre blanc, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2002.

Signaux précoces et leçons tardives : Le principe de précaution 1896 - 2000, Institut français de l'environnement, 2002.

Bernard Saugey, *rapport d'information n° 266 sur la simplification du droit*, Sénat, 30 avril 2003.

Gérard Dériot et Jean-Pierre Godefroy, *Le drame de l'amiante en France : comprendre, mieux réparer, en tirer des leçons pour l'avenir*, rapport d'information n° 37, Sénat, 26 octobre 2005.

Yves Coppens, *Rapport de la Commission de préparation de la Charte de l'environnement*, Ministère de l'écologie et du développement durable, avril 2005.

Jean-Jacques Hyst, *rapport n° 84 sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955*, Sénat, 16 novembre 2005.

Philippe Houillon, *rapport n° 2675 sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955*, Assemblée nationale, 15 nov. 2005.

Patrick Lagadec, *Les crises hors cadre et les grands réseaux vitaux - Katrina - Mission de retour d'expérience*, Xavier Guilhou, Patrick Lagadec, Erwan Lagadec, rapport pour EDF, 2006.

Marie-Thérèse Hermange et Anne-Marie Payet, *Les conditions de mise sur le marché et de suivi des médicaments - Médicament : restaurer la confiance*, rapport d'information n° 382, Sénat, 8 juin 2006.

Rachel Vanneuville, Stéphane Gandreau, pour le Ministère de l'écologie et du développement durable, *Le principe de précaution saisi par le droit - Les enjeux sociopolitiques de la juridicisation du principe de précaution*, La Documentation française, coll. Réponse environnement, sept. 2006.

Guide de méthodologie générale ORSEC, publié par la direction de la défense et de la sécurité civile du ministère de l'intérieur de 2006.

Nicole Bricq, *Les agences en matière de sécurité sanitaire : de la réactivité à la stratégie*, rapport d'information n° 355, Sénat, 27 juin 2007.

Jean-Claude Etienne, *Le principe de précaution : bilan de son application quatre ans après sa constitutionnalisation*, rapport n° 25, OPECST, Sénat, 8 octobre 2009.

Jean-Claude Etienne, *Le principe de précaution : bilan de son application quatre ans après sa constitutionnalisation*, rapport n° 25, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Sénat, 8 octobre 2009.

AFSSA, *Mortalité, effondrements et affaiblissement des colonies d'abeilles*, rapport de 2008 actualisé en avril 2009.

Alain Anziani, *rapport d'information n° 554*, Sénat, 10 juin 2010.

Alain Gest et Philippe Tourtelier, *Rapport d'étape sur l'évaluation de la mise en œuvre de l'article 5 de la Charte de l'environnement relatif à l'application du principe de précaution*, rapport d'information n° 3970, Ass. nat., 1^{er} juin 2010.

Alain Anziani, *Rapport d'information n° 647 sur les conséquences de la tempête Xynthia*, Ass. nat., 7 juil. 2010.

La décision publique face à l'incertitude. Clarifier les règles, améliorer les outils, Comité de la prévention et de la précaution - Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de la Mer (MEEDDM), Commissariat général au développement durable (CGDD), 2010.

Alain Gest et Philippe Tourtelier, *Rapport d'étape sur l'évaluation de la mise en œuvre de l'article 5 de la Charte de l'environnement relatif à l'application du principe de précaution*, rapport d'information n° 3970, Ass. nat., 1^{er} juin 2010.

Alain Gest et Philippe Tourtelier, *rapport d'information n° 2719 sur l'évaluation de la mise en œuvre de l'article 5 de la Charte de l'environnement relatif à l'application du principe de précaution*, Ass. nat., 8 juillet 2010.

Jean-Christophe Lagarde et Jean-Pierre Door, *rapport d'enquête n° 2698, sur la manière dont a été programmée, expliquée et gérée la campagne de vaccination contre la grippe A(H1N1)*, Ass. nat., 24 fév. 2010.

La décision publique face à l'incertitude. Clarifier les règles, améliorer les outils, Comité de la prévention et de la précaution - Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de la Mer (MEEDDM), Commissariat général au développement durable (CGDD), 2010.

Commission des archives constitutionnelles de la Ve République Secrétariat général du Gouvernement (SGG), *Les archives constitutionnelles de la V^e République*, La Documentation française, 2010.

Rapport de Ubyrisk consultants, cabinet d'étude spécialisé dans le domaine des risques naturels, « Bilan décennal des catastrophes naturelles dans le monde ». 2010.
http://www.catnat.net/documents/doc_articles/bilan_decennal_catnat_2001-2010.pdf.

Rapport annuel sur l'année 2010 de la société de réassurance Swiss Re :
http://www.swissre.com/media/news_releases/Preliminary_2010_catastrophes_estimates_from_sigma.html

Etude de l'INSEE, n° 1364, août 2011.

Aquilino Morelle, Anne-Carole Bensadon, Etienne Marie *Enquête sur le Mediator* RM2011-001P, Inspection générale des affaires sociales, 2011.

Alain Milon, *L'étude de la Cour des comptes relative à l'utilisation des fonds mobilisés pour la lutte contre la pandémie grippale A (H1N1)*, rapport d'information n° 270, Sénat, 1^{er} fév. 2011.

Marie-Thérèse Hermange, *Mediator : évaluation et contrôle des médicaments*, rapport d'information n° 675, Sénat, 28 juin 2011.

IRSN, *Séisme de Tohoku au large de l'île d'Honshu (Japon) du vendredi 11 mars 2011*, 22 avril 2011,

IRSN, *L'accident de la centrale nucléaire de Fukushima Daïchi*, 9 juin 2011,

IAEA, *International fact finding expert mission of the Fukushima daiichi NPP accident following the great est Japan earthquake and tsunami*, Rapport de la mission d'experts de l'AIEA, 24 mai – 2 juin 2011.

Marie-Thérèse Hermange, *Mediator : évaluation et contrôle des médicaments*, rapport d'information n° 675, Sénat, 28 juin 2011.

Nicole Bonnefoy, *Pesticides : vers le risque zéro*, rapport d'information n° 42, Sénat, 10 octobre 2012.

Dominique de Legge, *Intérêt national, enjeux locaux - Gérer les risques au meilleur coût*, rapport d'information n° 33 sur les investissements de la sécurité civile, Sénat, 10 oct. 2012.

Cour des comptes, *Les enseignements des inondations de 2010 sur le littoral atlantique (Xynthia) et dans le Var*, juil. 2012.

Céline Grislain-Letrémy, Reza Lahidji et Philippe Mongin, *Les risques majeurs et l'action publique*, La Documentation française, 2013, p. 18.

Claude Birreaux et Jean-Yves Le Deaut, *L'innovation à l'épreuve des peurs et des risques*, rapport d'information n° 286, Sénat, 24 janv. 2012.

Les enseignements des inondations de 2010 sur le littoral atlantique (Xynthia) et dans le Var, rapport de la Cour des comptes, juillet 2012.

Conseil général de l'alimentation, de l'agriculture et des espaces ruraux, *Rapport n° 11174-01, Plan de développement durable de l'apiculture*, 2012.

Conseil d'analyse économique, *Les risques majeurs et l'action publique*, 2013, La Documentation française.

Yves Daudigny, *Les médicaments génériques : des médicaments comme les autres*, rapport d'information n° 864, Sénat, 26 septembre 2013.

Commission du livre blanc sur la défense et la sécurité nationale, *Livre blanc sur la Défense et la sécurité nationale 2013*, La Documentation française, Paris, 2013.

Rapport de l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail, intitulé *Radiofréquences et santé* en date d'octobre 2013, (Avis de l'Anses Saisine n° « 2011-SA-0150 », disponible en ligne).

Christophe Bouillon et Julien Aubert, *rapport d'information n° 1218 sur la gestion des matières et déchets radioactifs*, Ass. nat., 2013.

Georges Labazée, *La politique vaccinale de la France, rapport d'information n° 351*, Sénat, 13 février 2013.

World Urbanization Prospects, *The 2014 Revision*, UN, 2014.

Jean-Jacques Urvoas, *rapport n° 3237 sur le projet de loi prorogeant l'application de l'état d'urgence*, Ass. nat., 19 novembre 2015, p. 13.

Rapport annuel de 2015 de la société de réassurance Swiss Re
http://www.swissre.com/media/news_releases/Preliminary_sigma_estimates_for_first-half_2015.html

Documents non datés.

Direction de la Prévention des pollutions et des risques, *Le Plan de Prévention des Risques Technologiques (PPRT) : guide méthodologique.*

Direction de la Prévention des pollutions et des risques, *Le Plan de Prévention des Risques Naturels (PPR) : guide méthodologique.*

Index

- A**
- Accords d'Evian..... 336
action psychologique ...275, 283, 445, 474, 477, 489
approche déterministe 67, 77, 78, 87
approche probabiliste67, 77, 78, 86, 87, 89, 156
- C**
- Clausewitz49, 53, 284, 285, 434, 435, 436, 437, 439, 440, 441, 442, 455, 457, 458, 459, 468, 473, 478, 509
Comités Locaux d'Information et de Concertation 84
Cour de sureté de l'Etat.....339 à 346, 350
Cour militaire de Justice..... 339, 341, 350
- D**
- déchéance de nationalité 381, 387
décisionnisme..... 426
- E**
- état de siège.....275 à 387,
expertise 73 à 77, 89, 116, 126, 127, 132, 146, 147, 160 à 162, 175, 195 à 200, 210, 240 à 246, 258 à 266
- G**
- Grundnorm*.....401 à 407, 410, 426
guérilla 463, 480, 489
guerre d'Algérie 276 à 308, 331 à 336, 366 à 368, 379, 475
guerre de Trente Ans..... 453
guerre irrégulière..... 284, 394, 439, 453 à 488
guerre moderne 227, 283 à 291, 393, 439, 441, 469 à 476, 489
guerre régulière 449, 458 à 488
guerre révolutionnaire 274, 284, 439, 446, 463 à 477
guerre subversive 275 à 279, 393, 430, 434, 438, 445
- H**
- H1N1..... 187, 233, 246
Hauriou278, 279, 397 à 402
Haut Tribunal militaire.....321, 335, 339 à 341
hiérarchie des normes..... 135, 344, 402 à 403
- I**
- III^e République279, 310, 342, 429
incertitude 59, 60, 120 à 132, 141 à 150, 160, 178 à 215, 228 à 267, 279
industrialisation..... 87, 91
IV^e République..... 282 à 307, 342, 429
- J**
- juridictions d'exception303, 335, 339, 345
jus ad bellum..... 438
jus belli.....431, 437, 449
jus in bello.....438, 457, 481
- K**
- Kelsen401 à 407, 426
- L**
- loi du 19 décembre 1917..... 69
- N**
- normativisme 425
Nouvelle-Calédonie 356 à 368, 380
- O**
- Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques 74
OGM 123, 134, 144, 157 à 159, 190, 194, 197, 212, 264
ORSEC 79
- P**
- Parlement 70 à 77, 162, 210, 222, 275, 279, 287 à 361, 374 à 387, 471 à 472, 553 à 554
partisans ... 159, 295, 308, 319, 424, 471, 481 à 485
Plan d'Exposition aux Risques71, 81
plan local d'urbanisme.....81, 113
planification79, 90 à 96, 107, 154 à 155, 177 à 184, 224 à 229, 252 à 256
Plans de Prévention des Risques Naturels Prévisibles 83
Plans de Prévention des Risques Technologiques 85
police des campings110, 111
police des édifices menaçant ruine..... 107 à 109
police générale 102 à 112, 145 à 162, 369
police spéciale..... 102, 108, 110, 146 à 154
pouvoirs spéciaux..... 286, 289, 293, 297 à 313
principe de précaution 64, 113, à 236, 250, 258 à 267
protection de l'environnement 70, 72, 82, 119, 160, 259
- Q**
- QALY 215
- R**
- résilience 92, 175, 220 à 226, 231, 235, 250 à 255, 262, 266, 428
risque 59 à 268, 277, 294, 327, 375, 432, 459, 479, 485, 488

S

Schmitt 421 à 432, 438, 449, 454, 460, 463, 467,
468, 479 à 491
servitudes d'utilité publique71, 72, 81, 83, 93, 98

T

terrorisme 284 à 294, 382, 384, 461 à 479, 490
Traité de Westphalie 454

U

urbanisation 81, 85, 91 à 96, 155, 172, 244, 256,
263
urbanisme 71, 81 à 102, 110 à 113, 134, 149 à 162,
185, 222, 245, 255

V

vache folle.....131, 187, 212, 236
V^e République 73, 276, 294 à 307, 324, 333, 342,
346, 351, 387, 429

Dispositions constitutionnelles, lois, règlements, traités et autres textes

DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES

article 16.....	306, 310 à 355, 377, 386, 519, 536, 555
article 92.....	303, 305, 313, 321, 343
Charte de l'environnement.....	133 à 160, 235, 237
Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution.....	301

LOIS

Loi du 19 décembre 1917 modifiée relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes.....	69
Loi n° 55-1080 du 7 août 1955 relative à la prolongation de l'état d'urgence	292
Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence 283 à 312, 351, 359 à 372, 379, 380 à 386	
Loi n° 56-258 du 16 mars 1956 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 toute mesure exceptionnelle en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire.....	293, 294, 301, 304, 308
Loi n° 57-832 du 26 juillet 1957 portant reconduction de la loi n° 56-258	293, 294
Loi n° 57-1203 du 15 novembre 1957 portant reconduction de la loi n° 56-258	294
Loi n° 58-487 du 17 mai 1958 déclarant l'état d'urgence.....	297
Loi n° 58-496 du 22 mai 1958 portant reconduction de la loi n° 56-258	294, 301
Loi n° 58-520 du 3 juin 1958 relative aux pleins pouvoirs	302, 303, 305, 313
Ordonnance n° 58-915 du 7 octobre 1958 abrogeant l'article 6 de la loi n° 56-258	294
Ordonnance n° 58-916 du 7 octobre 1958 relative aux mesures à prendre à l'égard des personnes dangereuses pour la sécurité publique en raison de l'aide qu'elles apportent aux rebelles des départements algériens.....	321, 335
Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel	319
Ordonnance n° 58-1171 du 5 décembre 1958 ratifiant des ordonnances prises en application de la loi n° 58-520	303
Ordonnance n°58-1309 du 23 décembre 1958 relative à l'usage des armes et à l'établissement de barrages de circulation par le personnel de la police	338
Loi n° 60-101 du 4 février 1960 autorisant le gouvernement à prendre par application de l'article 38 de la Constitution certaines mesures relatives au maintien de l'ordre, à la sauvegarde de l'Etat, à la pacification et à l'administration de l'Algérie.....	309, 313
Ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385	312, 376, 381
Loi n° 61-44 du 14 janvier 1961 concernant l'autodétermination des populations algériennes	315
Loi n° 62-421 du 13 avril 1962 concernant les accords à établir et les mesures à prendre au sujet de l'Algérie sur la base des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962.....	337, 340, 346, 347
Ordonnance n° 62-598 du 26 mai 1962 portant suppression du Haut Tribunal militaire	340
Ordonnance n° 62-618 du 1 juin 1962 instituant une cour militaire de justice.....	340, 347
Ordonnance n° 62-737 du 3 juillet 1962 relative au mandat des députés et sénateurs élus dans les départements algériens et sahariens	338

Ordonnance n°62-797 du 13 juillet 1962 de prolongation de certaines dispositions de l'article 16	338, 351, 352
Loi n° 63-22 du 15 janvier 1963, modifiant et complétant le Code de procédure pénale en vue de la répression des crimes et délits contre la sureté de l'Etat	346
Loi n° 63-23 du 15 janvier 1963, fixant la composition, les règles de fonctionnement et la procédure de la cour de sureté de l'état.....	346, 349
Loi n° 63-138 du 20 février 1963	350
Loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement.....	70, 71
Loi n° 82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles.....	71, 81
Loi n° 83-609 du 8 juillet 1983 portant création d'une délégation parlementaire dénommée office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques	74
Loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie ...	357
Loi n° 87-565 du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs	80
Loi n° 93-3 du 4 janv. 1993 relative aux carrières	72
Loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement	72, 82 à 85, 130, 132
Loi n° 99-882 du 18 octobre 1999 relative à la substitution, à l'expression « aux opérations effectuées en Afrique du Nord », de l'expression « à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie et au Maroc »	284
Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives .	370
Loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages	84 à 86
Loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile.....	80
Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit..	379
Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise	243
Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385..	381, 382
Loi n° 2016-162 du 19 février 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385	386

REGLEMENTS

Décret du 15 octobre 1810 relatif aux Manufactures et Ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode.....	68, 69
Décret du 20 octobre 1937 portant règlement d'administration publique pour l'application du décret loi du 30 octobre 1935 sur le libre écoulement des eaux.....	82
Décret n° 56-268 du 16 mars 1956.....	293
Décret n° 56-269 du 16 mars 1956.....	293
Décret n° 58-489 du 17 mai 1958 portant application de certaines dispositions de la loi instituant un état d'urgence.....	297
Décret n° 58-490 du 17 mai 1958 portant application de certaines dispositions de la loi instituant un état d'urgence.....	289
Décret n° 60-1299 du 8 décembre 1960 décidant de soumettre un projet de loi à référendum	315
Décrets n° 61-395 du 22 avril 1961 portant déclaration de l'état d'urgence.....	315, 351
Décret n°61-396 du 22 avril 1961 portant déclaration de l'état d'urgence	315
Décret n° 62-305 du 19 mars 1962 portant règlement du référendum d'autodétermination dans les départements d'Alger.....	337

Décret n° 62-310 du 20 mars 1962 décidant de soumettre un projet de loi au référendum ; projet publié en annexe concernant les accords à établir et les mesures à prendre au sujet de l'Algérie sur la base des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962	337
Décret n° 84-328 du 3 mai 1984 relatif à l'élaboration des plans d'exposition aux risques naturels prévisibles	71, 83
Décret n° 88-622 du 6 mai 1988 relatif aux plans d'urgence.....	80
Arrêté n° 85-035 du 12 janvier 1985 proclamant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire de Nouvelle-Calédonie	358, 363
Arrêté n° 69 du 27 janvier 1985 portant application de l'état d'urgence sur le territoire de Nouvelle Calédonie	364
Arrêté n° 70 du 27 janvier 1985 portant application de l'état d'urgence sur le territoire de Nouvelle-Calédonie	364
Décret n° 2005-1130 du 7 septembre 2005 relatif aux plans de prévention des risques technologiques	85
Décret n° 2005-1156 du 13 septembre 2005	80
Décret n° 2005-1157 du 13 septembre 2005 relatif au plan ORSEC.....	80
Décret n° 2005-1386 du 8 novembre 2005portant application de l'état d'urgence	367, 377
Décret n° 2005-1387 du 8 novembre 2005 relatif à l'application de l'état d'urgence.....	367, 369
Décret n° 2006-2 du 3 janvier 2006 mettant fin à l'application de la loi n° 2005-1425 du 18 novembre 2005	215, 368, 379
Décret n° 2006-212 du 23 février 2006 relatif à la sécurité des activités d'importance vitale	225
Décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de l'état d'urgence	379, 380
Décret n° 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de l'état d'urgence	379, 380
Décret n° 2015-1478 du 14 novembre 2015 modificatif de l'application de l'état d'urgence	379, 380

TRAITES

Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907	481
Conventions de Genève du 12 août 1949.....	483, 486, 487
Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949	486, 487

DIRECTIVE COMMUNAUTAIRE

Directive 82/501/CEE du Conseil, du 24 juin 1982, concernant les risques d'accidents majeurs de certaines activités industrielles.....	80
---	----

DECISIONS PRISES SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 16

Décision du 23 avril 1961	316
Décision du 24 avril 1961	321, 335, 351
Décision du 27 avril 1961	321, 335, 339
Décision du 29 septembre 1961 mettant fin à l'application de l'article 16 de la Constitution	322, 335, 340
Décision du 4 mai 1961.....	335, 338
Décision du 29 septembre 1961 relative à certaines mesures prises en vertu de l'article 16 de la Constitution.....	322
Décision du 29 septembre 1961 relative à certaines mesures prises en vertu de l'article 16	322, 335, 338, 340, 351

Annexes :

Lettre du Général De Gaulle à son Premier ministre Michel Debré, en date du 31 août 1961 et relative au rôle du Parlement lors de l'application de l'article 16 de la Constitution :

« La réunion exceptionnelle du Sénat, le 5 septembre, et de l'Assemblée nationale, le 12 septembre, décidée par les présidents de ces assemblées sur le sujet des questions agricoles et sous couvert du texte littéral de l'article 16 met en cause, à la fois, l'application de la Constitution et le fonctionnement régulier des pouvoirs publics. La mise en vigueur de l'article 16, décidée par le Président de la République dans des circonstances où le pays et les institutions sont en péril, si elle attribue au chef de l'Etat la charge de prendre toutes décisions qu'il juge nécessaires comporte pour le Parlement le droit de se réunir. Il s'agit en effet qu'à l'occasion d'événements dangereux et dramatiques la représentation nationale ait le moyen de se faire entendre. Il s'agit, en même temps, que le Président de la République et le Gouvernement puissent en appeler d'urgence à son concours. Ces dispositions pourraient permettre, le cas échéant, d'éviter au Parlement l'absence scandaleuse qui fut la sienne en juin 1940.

J'observe qu'à la date du 24 avril dernier, où j'eus à décider, pour de très graves raisons, l'application de l'article 16, le Parlement se trouvait en session et qu'ainsi ne se posait pas la question de sa réunion exceptionnelle.

Il ne m'apparaît pas que la raison pour laquelle les assemblées vont se réunir en septembre, après avoir, le 22 juillet, de leur propre chef et compte tenu de la situation alors beaucoup moins tendue, suspendu le cours de leurs travaux, soit l'existence d'un péril national pressant sans qu'on puisse d'ailleurs contester la grande importance des problèmes que les assemblées comptent évoquer.

Il est de fait que la Constitution assignait au travail législatif du Parlement des sessions ordinaires d'une durée et à des dates déterminées, ainsi que, exceptionnellement des sessions extraordinaires convoquées par décret du Président de la République. A moins d'un motif tenant à des circonstances immédiatement dangereuses pour la Patrie et pour la République, motifs qui suscitaient à coup sûr des initiatives du chef de l'Etat et du gouvernement, il serait donc injustifié de légiférer en dehors des sessions [Nous soulignons].

Si compte tenu de la lettre stricte de la Constitution, je ne fais pas actuellement obstacle au principe de la convocation ni au fait que les membres des assemblées en prennent occasion

pour s'exprimer sur le sujet de l'agriculture et que le gouvernement les entende, je tiendrai pour contraire à la Constitution que la réunion annoncée du Parlement ait un aboutissement législatif. J'approuve donc le gouvernement qui, comme vous m'en avez rendu compte, entend ne pas participer, le cas échéant, à un tel aboutissement avant l'ouverture de la prochaine session : celle-ci devant, d'ailleurs, suivre de trois semaines seulement la date prévue pour la réunion exceptionnelle de l'Assemblée nationale.

Au contraire, la préparation du travail législatif prévue pour cette session parlementaire, en particulier pour ce qui concerne l'ensemble capital et cohérent des problèmes agricoles, économiques et financiers de la France, peut et doit s'effectuer dans des conditions adéquates à leur grande importance et comporter par conséquent un contact organisé entre le gouvernement, qui déposera des projets, et les commissions parlementaires compétentes. Je sais que telle est votre intention et j'exprime le souhait que cette coopération s'établisse de la meilleure manière possible ».

Table des matières

Remerciements	5
Sommaire	7
Abréviations et acronymes	9
Introduction	13
Partie 1 : Crises cadres, causes d'encadrement de la décision publique.....	59
Titre 1 : Les modalités d'intervention du décideur public	63
Chapitre 1 : D'une nécessité de prévention à une obligation de prévision	65
Section 1 : L'apparition d'une démarche de prévention des risques	67
§1) D'une approche empirique à une approche systémique.....	67
A) Une démarche technocratique ancienne à l'échelon local.....	67
1) Les premiers textes relatifs à la prévention des risques	68
2) Les législations contemporaines de prévention des risques	70
B) Une démarche démocratique récente à l'échelon national	73
1) L'émergence du rôle du Parlement en matière d'expertise.....	73
2) Les limites du rôle du Parlement en matière d'expertise	76
§2) D'une approche déterministe de la prévention vers une approche probabiliste.....	77
A) Une systématisation des procédés de prévision	79
1) La consécration de la planification.....	79
2) Le recours progressif à une démarche probabiliste.....	82
B) Une démocratisation des modalités de décision	87
1) Une place plus large de l' élu dans l'architecture décisionnelle	87
2) Une place toujours ambiguë de l' élu dans l'architecture décisionnelle	88
Section 2 : Le développement d'un cadre juridique de prévention des risques.....	90
§1) Le rôle cardinal de la police de l'urbanisme dans la prévision des risques.....	90
A) Le recours généralisé à la planification	91
1) Les enjeux de l'urbanisation	91
2) Les mécanismes de la planification.....	92
B) La fonction de l' élu dans la prise de décision	96
1) Une place en retrait lors de l'élaboration des plans.....	96
2) Une réelle faculté de négociation	98
§2) Le rôle auxiliaire des autres pouvoirs de police du maire.....	102
A) Les pouvoirs de police générale	102
1) Les conditions du recours aux pouvoirs de police générale.....	103
2) Les modalités du recours aux pouvoirs de police générale	104
B) Les pouvoirs de polices spéciales.....	107
1) La police des édifices menaçant ruine.....	107
2) La police des campings	110

Chapitre 2 : L'essor du principe de précaution	115
Section 1 : La précaution, principe directeur de la décision publique.....	119
§1) La décision publique en situation d'incertitude	119
A) Les enjeux de la décision publique en situation d'incertitude.....	120
1) La notion d'incertitude et ses différents degrés	121
2) La spécificité de la décision publique en situation d'incertitude	122
B) Les réponses des pouvoirs publics face à l'incertitude.....	125
1) L'efficacité limitée du recours à l'expert	125
2) L'intervention nécessaire de l' élu	127
§2) L'intégration progressive du principe de précaution en droit français.....	129
A) D'une construction prétorienne à la constitutionnalisation du principe.....	129
1) De la reconnaissance jurisprudentielle à la consécration législative.....	130
2) La constitutionnalisation du principe de précaution.....	133
B) L'intégration de la précaution dans la conduite des politiques publiques	143
1) Un principe directeur à l'action des parlementaires.....	143
2) Une obligation de précaution tempérée pour l' élu local	144
Section 2 : Le droit des sols, champ privilégié d'application du principe de précaution	148
§1) L'introduction du principe de précaution dans le droit des sols.....	148
A) L'introduction jurisprudentielle du principe de précaution.....	149
1) Le refus originel	149
2) L'acceptation postérieure à la constitutionnalisation du principe	150
B) Les limites jurisprudentielles apportées au principe de précaution	152
1) Des limites strictes	152
2) Des limites amenées à évoluer	152
§2) Les perspectives d'évolution du principe de précaution dans le droit des sols	154
A) La portée des nouvelles prérogatives de l' élu local en matière de précaution	154
1) Les nouvelles prérogatives de l' élu en matière de précaution.....	154
2) Les limites à la mise en œuvre du principe de précaution.....	156
B) L'évolution jurisprudentielle probable du principe de précaution.....	157
1) Les défauts et ambiguïtés du cadre juridique actuel de la précaution	158
2) L'évolution potentielle du rôle de l' élu en matière de précaution	160

Titre 2 : Les procédés d'élaboration de la décision publique.....	165
Chapitre 1 : Les insuffisances de la politique de gestion des risques	169
Section 1 : Les travers du modèle de conceptualisation des risques	170
§1) La conceptualisation erronée du risque comme phénomène exogène	170
A) La polémologie appliquée au risque : le risque comme ennemi	171
1) Un paradigme archaïque	171
2) Un paradigme évoluant difficilement.....	174
B) La prédominance de la logique des plans.....	177
1) Les plans : un mal nécessaire	177
2) Une nécessaire refondation du recours aux plans	181
§2) La difficile prise en compte du risque comme phénomène dynamique	185
A) Les dynamiques à l'œuvre dans l'appréhension du risque	186
1) L'évaluation du risque.....	186
2) La perception du risque.....	189
B) Les dynamiques à l'œuvre au stade de la prise de décision	191
1) L'évaluation de l'impact de la décision en matière de risques.....	191
2) L'évaluation de l'impact de la décision en matière sociale.....	192
Section 2 : Les travers du modèle d'adoption des décisions publiques face au risque.....	194
§1) Les imperfections de modèle général d'adoption des décisions publiques.....	195
A) Les difficultés de la décision en situation complexe	195
1) L'extension du domaine de la crise.....	196
2) L'apparition d'un univers controversé	200
B) L'intégration des nouveaux paramètres d'adoption de la décision	206
1) Les nouveaux paramètres de la décision	206
2) Les enjeux du recours aux nouveaux paramètres de la décision.....	209
§2) La nécessité de repenser le modèle général d'adoption des décisions publiques.....	211
A) Intégrer la perception sociale des risques à l'adoption de la décision.....	211
1) L'absence de critères objectifs	211
2) La présence de biais subjectifs	212
B) Rechercher de nouveaux critères d'adoption de la décision.....	214
1) L'apparition de nouveaux critères de décision.....	214
2) Les enjeux éthiques posés par les nouveaux critères de décision	216

Chapitre 2 : La nécessité de repenser la politique de gestion des risques.....	219
Section 1 : La création d'un nouveau paradigme d'appréhension des risques	220
§1) Un renversement de perspective dans l'appréhension des risques.....	220
A) De la lutte contre les aléas à la sécurisation des enjeux	220
1) Une gestion du risque par les enjeux plutôt que par les aléas	221
2) La résilience comme principe directeur de l'action publique	223
B) La consécration du niveau stratégique sur l'échelon opérationnel.....	227
1) La nécessité d'une vision stratégique des risques	227
2) Critères généraux pour un renouveau stratégique	231
§2) L'intégration de dynamiques complexes dans l'appréhension des risques.....	233
A) L'intégration du long terme dans l'appréhension des risques	234
1) Les limites de la distinction entre prévention et précaution.....	234
2) Le risque et la crise comme phénomènes systémiques et dynamiques	237
B) L'appréhension du risque comme phénomène complexe.....	239
1) Le risque comme phénomène social	239
2) Gestion de crise et crise de gestion	245
Section 2 : La refonte de la doctrine d'action face au risque.....	248
§1) Le risque comme principe d'organisation des politiques publiques	249
A) Le risque comme instrument de conduite des politiques publiques	249
1) Le renouvellement des politiques publiques	249
2) Le risque, principe ordonnateur des politiques publiques.....	254
B) Le risque, paramètre structurant des politiques publiques.....	257
1) Repenser l'architecture décisionnelle des politiques publiques	257
2) Introduire un facteur démocratique dans l'architecture décisionnelle	262
§2) L' élu comme arbitre de la décision publique	265
A) Une implication différenciée de l' élu selon la nature du risque.....	265
1) Une implication large en cas d'incertitude radicale	265
2) Une implication minimale en cas de risque délimité	266
B) L' élu, décideur en dernier ressort.....	267
1) L' élu, la crise et le politique.....	267
2) L'irréductibilité du politique	268
Conclusion de la première partie	271

Partie 2 : Crises politiques, révélatrices d'autonomisation de la décision publique..... 273

Titre 1 : De la Crise de régime aux régimes de crise..... 277

Chapitre 1 : La naissance des régimes de crise 281

Section 1 : Le recours à des régimes de crise pour un régime en crise	282
§1) Les événements d'Algérie et la naissance de l'état d'urgence.....	282
A) Les causes des lois d'urgence.....	283
1) L'apparition de la guerre moderne	283
2) Les nécessités de la guerre moderne	285
B) L'adoption de lois d'urgence.....	286
1) La loi sur l'état d'urgence de 1955.....	287
2) La loi sur les pouvoirs spéciaux de 1956	293
§2) Les événements de 1958 et la naissance de la V ^e République	294
A) Les crises de mai 1958	295
1) Les émeutes de rue	295
2) La Révolution de palais.....	297
B) Les pleins pouvoirs de juin 1958.....	301
1) L'investiture du Gouvernement	301
2) L'institution d'un régime	304
Section 2 : Le recours à des régimes de crise pour un changement de régime.....	306
§1) L'utilisation exceptionnelle des pouvoirs ordinaires de l'article 38	306
A) Le recours détourné à l'article 38.....	307
1) Les causes de l'institution de l'article 38.....	307
2) L'article 38 et l'adoption d'une loi de pleins pouvoirs	308
B) Les mutations de l'état d'urgence sous l'empire de l'article 38.....	311
1) L'éviction du Parlement de la procédure de déclaration de l'état d'urgence	312
2) L'éviction du Parlement de la procédure de modification de l'état d'urgence	313
§2) L'utilisation ordinaire des pouvoirs exceptionnels de l'article 16	313
A) La concentration des pouvoirs entre les mains du Président.....	313
1) L'élaboration de l'article 16.....	314
2) Le recours à l'article 16.....	318
B) La dépossession des prérogatives du Parlement.....	322
1) La question des prérogatives du Parlement.....	322
2) La question de la motion de censure	326

Chapitre 2 : L'évolution des régimes de crise.....	333
Section 1 : La postérité des régimes d'exception	334
§1) L'exception sous l'empire de la loi référendaire.....	334
A) Referendum et pouvoirs d'exception	335
1) Une loi référendaire héritière des dispositifs d'exception.....	335
2) Une loi référendaire garante de la continuité des dispositifs d'exception.....	338
B) Referendum et juridictions d'exception	339
1) Du Haut Tribunal militaire à la Cour militaire de Justice	339
2) De la Cour militaire de Justice à la Cour de sûreté de l'Etat.....	341
§2) La loi ordinaire au secours de l'exception	345
A) L'absolution législative des juridictions d'exception.....	345
1) Le nécessaire recours aux juridictions d'exception.....	345
2) Le nécessaire recours au Parlement	347
B) Les répercussions de l'absolution législative sur l'exception.....	351
1) Les répercussions politiques	351
2) La controverse juridique	352
Section 2 : Le renouveau des régimes d'exception	356
§1) L'utilisation des régimes d'exception hors métropole	356
A) La déclaration de l'état d'urgence	356
1) Un climat politique explosif.....	356
2) La nécessité de recourir à l'état d'urgence renforcé.....	358
B) Le « rétablissement » de l'état d'urgence.....	360
1) Le dévoiement de la loi	360
2) Un précédent dangereux.....	363
§2) L'utilisation des régimes d'exception en métropole	366
A) Les violences urbaines de 2005.....	366
1) Les causes du recours à l'état d'urgence.....	366
2) L'encadrement juridique du recours à l'état d'urgence.....	369
B) La vague terroriste de 2015	379
1) Les modifications de l'état d'urgence	381
2) L'échec de la constitutionnalisation de l'état d'urgence	386

Titre 2 : De la crise de l'Etat à l'Etat de crise.....	389
Chapitre 1 : La Crise, phénomène de dissolution de l'Etat.....	395
Section 1 : L'Etat comme facteur de cohésion contre la Crise.....	396
§1) Les liens logiques et ontologiques entre les éléments constitutifs de l'Etat.....	396
A) Les éléments constitutifs de l'Etat.....	396
1) De la population à la Nation.....	397
2) De la Nation vers l'Etat.....	400
B) Les éléments structurants de l'Etat.....	402
1) L'Etat comme système de normes	402
2) La nécessité d'un principe ordonnateur de l'Etat.....	407
§2) Les modalités d'organisation du pouvoir comme facteur d'unification de l'Etat.....	409
A) La Constitution comme expression de l'organisation du pouvoir.....	409
1) La Constitution, expression actuelle des aspirations de la Nation	409
2) La Constitution, expression conjoncturelle des aspirations de la Nation.....	412
B) La soumission à l'autorité comme invariant du pouvoir	413
1) Les raisons de la soumission à l'autorité.....	413
2) La légitimité de la soumission à l'autorité	416
Section 2 : La Crise comme mécanisme de dissolution de l'Etat.....	418
§1) La Crise comme rupture des éléments constitutifs de l'Etat.....	418
A) La Crise et les mécanismes de désagrégation de l'Etat.....	418
1) La Crise comme rupture entre les éléments constitutifs de l'Etat.....	419
2) La Crise comme remise en cause des éléments structurants de l'Etat	420
B) La Crise comme révélation des fondements théoriques de l'Etat.....	421
1) la décision comme fondement de l'Etat	421
2) Irréductibilité et continuité entre décision et système de normes	425
§2) La Crise, outil de déstabilisation des Etats.....	430
A) La Crise, nouvel instrument dans la conduite des conflits	430
1) Conflit et ennemi intérieur	431
2) Ennemi intérieur et unité de l'Etat	432
B) La guerre subversive, nouvelle forme de conflit	434
1) Sur la nature de la guerre	434
2) Sur les spécificités de la guerre subversive.....	438

Chapitre 2 : La Crise, instrument de déstabilisation de l'Etat	441
Section 1 : Les causes du recours à la crise comme instrument de conduite des conflits	446
§1) L'abandon des formes classiques des conflits entre Etats.....	446
A) Mutations de la guerre et mutations de l'Etat.....	447
1) Le modèle classique de l'Etat face aux nouvelles formes de guerre.....	447
2) Les relations entre formes de l'Etat et formes de guerres	449
B) La crise du modèle westphalien de la guerre.....	452
1) La recherche de la protection de la population	453
2) La population comme objectif militaire	455
§2) L'émergence d'une forme moderne de conflits	458
A) La guerre irrégulière, forme ordinaire des conflits.....	458
1) Rupture et continuité entre guerre régulière et irrégulière	458
2) Les caractères généraux de la guerre irrégulière	460
B) La guerre irrégulière, conflit asymétrique	462
1) Un conflit asymétrique dans les buts de guerre.....	462
2) Un conflit asymétrique dans la conduite de la guerre	463
Section 2 : Les spécificités du recours à la crise comme instrument de conduite des conflits ...	466
§1) Le contrôle de la population comme nouveau but de guerre	466
A) Le contrôle de la population par l'action politique subversive	467
1) La recherche de la polarisation de la population.....	467
2) L'Etat face à l'action politique subversive.....	471
B) Le contrôle de la population par le recours au terrorisme	473
1) Le Terrorisme comme politique de la violence.....	473
2) Le Terrorisme comme asymptote de la violence politique	478
§2) Le partisan comme nouveau système d'arme dominant	480
A) L'apparition de la notion de partisan.....	480
1) L'immixtion de l'irrégularité dans le champ de la guerre régulière.....	480
2) L'essor de l'irrégularité dans le champ de la guerre régulière	484
B) L'évolution de la notion de partisan	486
1) L'intégration de l'irrégularité dans le champ de la guerre régulière	486
2) La confusion entre guerre régulière et guerre irrégulière.....	488
Conclusion.....	493
Bibliographie.....	503
Articles et chapitres d'ouvrages.....	517
Notes et commentaires	540
Rapports, études et documents officiels	542
Index	549
Lois et textes.....	551
Annexes :	555
Table des matières	557